

KUNST FREIHEIT

Vanessa Rüegger

Helbing Lichtenhahn Verlag
Nomos Verlag

Vanessa Rüegger

KUNSTFREIHEIT

Vanessa Rüegger

KUNST FREIHEIT

Helbing Lichtenhahn Verlag
Nomos Verlag

Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds
zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

DOI: https://doi.org/10.46455/HELBING_LICHTENHAHN/978-3-7190-4415-2



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung - Nicht kommerziell -
Keine Bearbeitungen 4.0 International Lizenz.

ISBN 978-3-7190-4415-2 (gedruckte Ausgabe)

2020 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

www.helbing.ch

Die Freiheit der Kunst ist gewährleistet.
Schweizerische Bundesverfassung

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	XI
Vorwort	XXIX
Einleitung	1
I Gegenstand	1
II Methoden	1
1 Grundsätzliches zur juristischen Methodenlehre	1
2 Verfassungsauslegung	5
3 Grundrechtskonkretisierung	7
4 Rechtsvergleichung	9
5 Einbezug anderer Fachbereiche	11
III Aufbau	16
1 Historische Entwicklung und rechtliche Grundlagen	16
2 Schutzzweck und Schutzbereich	17
3 Bedingungen, Pflichten und freiheitsfördernde Massnahmen	17
4 Grenzen, Beurteilungsmassstab und Beurteilungskriterien	18
Erster Teil Grundlagen	21
I Historische Entwicklung	21
1 Spuren der Freiheit: Aufklärung und Revolution	22
2 Exceptio artis: Kunst und Bürgertum	28
3 Verbriefte Offenheit: Verfassung und Avantgarde	35
4 Kunstfreiheit: eine Standortbestimmung	39
II Rechtliche Grundlagen	40
1 Die breite Basis der Kunstfreiheit	40
2 Internationales Recht	41
3 Europäische Menschenrechtskonvention	61
4 Schweizer Verfassungsrecht	66
5 Weitere Rechtsordnungen	92
6 Zusammenfassung	107
Zweiter Teil Schutz	111
I Schutzzweck	111
1 Schutzzweck der Meinungsäusserungsfreiheit	112
2 Schutzdimensionen der Kunstfreiheit	119
3 Künstlerische Persönlichkeitsentfaltung	122
4 Kulturelle Vielfalt	147
5 Politische Selbstbestimmung	177
6 Zusammenfassung	198

II	Schutzbereich	200
1	Eingrenzung des Schutzbereichs der Kunstfreiheit	200
2	Grundrechtlicher Kunstbegriff	201
3	Sachlicher Schutzbereich	220
4	Persönlicher Schutzbereich	238
5	Zusammenfassung	247
	Dritter Teil Gewährleistung	249
I	Bedingungen der Freiheit	249
1	Einleitung	249
2	Formelle und materielle Freiheit	253
3	Pflicht zur Verwirklichung der Kunstfreiheit (Art. 35 BV)	270
4	Gewährleistungsdimensionen der Kunstfreiheit	278
5	Zusammenfassung	291
II	Freiheitsfördernde Massnahmen	292
1	Vielfalt der Kunstförderung i.w.S.	293
2	Komplementarität staatlicher Massnahmen	294
3	Schaffung geeigneter Marktbedingungen	296
4	Förderung der künstlerischen Ausbildung	329
5	Kunstförderung i.e.S.	332
6	Zusammenfassung	333
III	Kunstförderung i.e.S.: rechtliche Grundlagen	334
1	Internationales Recht	334
2	Kantonales Recht	337
3	Bundesrecht	340
4	Zusammenfassung	351
IV	Kunstförderung i.e.S.: selektive Förderinstrumente	352
1	Das Dilemma selektiver direkter Kunstförderung	353
2	Kunstförderung und Subventionsrecht	356
3	Materielle Anforderungen	357
4	Prozedurale Anforderungen	376
5	Zusammenfassung	387
	Vierter Teil Grenzen	393
I	Die relative Freiheit der Kunst	393
1	Freiheit als Grundsatz	394
2	Offenheit für Veränderungen	396
3	Rechtfertigung von Eingriffen	398
4	Unantastbarer Kerngehalt der Kunstfreiheit	409
5	Zusammenfassung	415
II	Beurteilungsmassstab	415
1	Auf der Suche nach einem rechtlichen Beurteilungsmassstab für die Kunst	416
2	Verfahrensrechte als methodische Vorgabe	427
3	Zusammenfassung	435

III	Beurteilungskriterien	436
1	Kunst- und kontextspezifische Beurteilung der Kunst	437
2	Gesellschaftlicher und politischer Gesamtkontext	440
3	Kontext des Kunstwerkes	442
4	Kunstwerk	448
5	Zusammenfassung	479
	Zusammenfassung	483
1	Historische Entwicklung	483
2	Rechtliche Grundlagen	484
3	Schutzzweck	485
4	Schutzbereich	486
5	Gewährleistung	488
6	Grenzen	489
	Schlussfolgerungen	491
1	Die Kunstfreiheit hat eine eigenständige normative Tragweite	491
2	Die Kunstfreiheit garantiert die kunstspezifische Beurteilung der Kunst	492
3	Kunstfreiheit bedingt Kunstförderung	494
4	Die Kunstfreiheit ist ein Bekenntnis zu Vielfalt und Veränderung	495
	Abbildungen	499
	Literaturverzeichnis	521
	Abkürzungsverzeichnis	569
	Erlassverzeichnis	575
	Materialienverzeichnis	581

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht	VII
Vorwort	XXIX
Einleitung	1
I Gegenstand	1
II Methoden	1
1 Grundsätzliches zur juristischen Methodenlehre	1
<i>Pragmatisches Rechtsverständnis</i>	3
<i>Methoden für die Konkretisierung der Kunstfreiheit</i>	4
2 Verfassungsauslegung	5
3 Grundrechtskonkretisierung	7
<i>Offenheit der Grundrechte</i>	7
<i>Abwägung mit anderen Rechtsgütern</i>	8
<i>Topische Methode</i>	8
4 Rechtsvergleichung	9
<i>Einbezug rechtsvergleichender Standpunkte</i>	9
<i>Pragmatischer Ansatz des Bundesgerichts</i>	10
<i>Wert der Rechtsvergleichung für die Grundrechtskonkretisierung</i>	10
<i>Wert der Rechtsvergleichung für die Konkretisierung der Kunstfreiheit</i>	11
5 Einbezug anderer Fachbereiche	11
<i>Ausdifferenzierung und Weiterentwicklung von Grundbegriffen</i>	11
<i>Bedeutung für die Konkretisierung der Kunstfreiheit</i>	12
<i>Untersuchungen zum Verhältnis von Kunst und Recht</i>	13
<i>Methode der affirmativen Genealogie</i>	14
<i>Anmerkung zur Rezeption anderer Fachbereiche</i>	15
III Aufbau	16
1 Historische Entwicklung und rechtliche Grundlagen	16
2 Schutzzweck und Schutzbereich	17
3 Bedingungen, Pflichten und freiheitsfördernde Massnahmen	17
4 Grenzen, Beurteilungsmassstab und Beurteilungskriterien	18
Erster Teil Grundlagen	21
I Historische Entwicklung	21
1 Spuren der Freiheit: Aufklärung und Revolution	22
1.1 Französische Revolution	22
1.2 Amerikanische Revolution	23
1.3 Helvetische Revolution	25
1.4 Intellektuelle Revolution	25
2 Exceptio artis: Kunst und Bürgertum	28
2.1 Ausdifferenzierung der bürgerlichen Öffentlichkeit	28
2.2 Erfindung der künstlerischen Autonomie	29

2.3	Erfindung der Fotografie	31
2.4	Exceptio artis: Die Prozesse Flaubert und Baudelaire	32
2.5	Baudelaire vor dem EGMR	34
3	Verbriefte Offenheit: Verfassung und Avantgarde	35
3.1	Die Enge der Akademie	35
3.2	Sezessionsbewegungen und Avantgarde	36
3.3	Brancusis Prozess	37
3.4	Zweiter Weltkrieg und geistige Landesverteidigung	38
3.5	Institutionalisierung der Kunstfreiheit im Schweizer Recht	39
4	Kunstfreiheit: eine Standortbestimmung	39
II	Rechtliche Grundlagen	40
1	Die breite Basis der Kunstfreiheit	40
2	Internationales Recht	41
2.1	Humanitäres Völkerrecht	41
a)	Lieber Code	42
b)	Haager Abkommen von 1899 und 1907	42
c)	Genfer Konventionen und Zusatzprotokolle	43
d)	Haager Kulturgutabkommen (1954) und Protokolle	44
2.2	Charta der Vereinten Nationen und UNESCO-Konventionen	45
a)	UN-Charta	45
b)	UNESCO-Verfassung	45
c)	UNESCO-Konventionen	46
d)	UNESCO-Kulturförderungskonvention	47
2.3	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte	48
a)	Freie Meinungsäußerung (Art. 19)	49
b)	Künstlerische Freiheit und kulturelle Teilhabe (Art. 27 Abs. 1)	50
<i>Entstehungsgeschichte</i>		50
<i>Kulturbegriff</i>		51
<i>Schutzumfang</i>		51
c)	Geistiges Eigentum (Art. 27 Abs. 2)	52
2.4	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte	53
a)	Freie Meinungsäußerung (Art. 19)	53
<i>Schutz der Kunst unter der Meinungsäußerungsfreiheit</i>		53
b)	Kulturelles Leben von Minderheiten (Art. 27)	54
<i>Schutz von Minderheiten</i>		54
<i>Begriffe</i>		55
<i>Kollektivrecht oder Individualrecht?</i>		55
2.5	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte	56
a)	Recht auf kulturelle Teilhabe (Art. 15 Abs. 1 (a))	56
<i>Definition des Kulturbegriffs</i>		56
<i>Schutzbereich</i>		57
<i>Gewährleistungsdimensionen</i>		58
<i>Kollektivrecht oder Individualrecht?</i>		58

b)	Künstlerische Freiheit (Art. 15 Abs. 1 (a), 2 und 3)	59
c)	Geistiges Eigentum (Art. 15 (c))	60
2.6	Weitere Verträge und Erklärungen	60
3	Europäische Menschenrechtskonvention	61
3.1	Müller g. Schweiz	62
3.2	Entwicklung der Rechtsprechung	62
3.3	Rechtfertigung von Einschränkungen	63
3.4	Bedeutung von Art. 10 EMRK für Art. 21 BV	64
3.5	EMRK und kulturelle Teilhabe	65
3.6	Weitere Abkommen des Europarates	65
4	Schweizer Verfassungsrecht	66
4.1	Der weite Weg zur Anerkennung der Kunstfreiheit	66
a)	Rechtsprechung zur Handels- und Gewerbefreiheit	67
b)	Rechtsprechung zur Presse- und Meinungsäusserungsfreiheit	69
	<i>Ausschluss der Kunst vom Schutz der Presse- und Meinungsäusserungsfreiheit</i>	69
	<i>Anerkennung der Meinungsäusserungsfreiheit als ungeschriebenes Grundrecht</i>	70
	<i>Pressefreiheit als «Durchbruchspunkt» der Meinungsäusserungsfreiheit</i>	71
	<i>Schutz der Kunst unter der Meinungsäusserungsfreiheit</i>	72
	<i>Ausdrückliche Anerkennung der Kunstfreiheit</i>	72
c)	Exceptio artis im Strafrecht	73
	<i>Verbot unsittlicher Darstellungen</i>	73
	<i>Exceptio artis im Strafrecht: das Fahrner-Urteil</i>	74
	<i>Entwicklung der Rechtsprechung</i>	74
	<i>Verrechtlichung der Exceptio artis-Rechtsprechung im revidierten Sexualstrafrecht</i>	75
	<i>Rechtsprechung zum revidierten Sexualstrafrecht</i>	77
d)	Exceptio artis im Zivilrecht	77
	<i>Exceptio artis im Zivilrecht: das Maradan-Urteil</i>	77
	<i>Exceptio artis im Zivilrecht: das Hodler-Urteil</i>	78
	<i>Fortführung der Rechtsprechung im geltenden Recht</i>	79
4.2	Bundesverfassung (Art. 21 BV)	80
a)	Vorarbeiten zur revidierten Bundesverfassung	80
b)	Schutz der Kunst als Kultur i.e.S. und die Zurückweisung einer Kulturfreiheit	80
c)	Bisherige Rechtsprechung zu Art. 21 BV	81
d)	Stand der Lehre	83
4.3	Kantonsverfassungen	85
4.4	Verhältnis zu anderen Grundrechten	86
a)	Kommunikationsgrundrechte und Kunstfreiheit	87
	<i>Kommunikationsgrundrechte in der BV</i>	87
	<i>Meinungsfreiheit als Auffängergrundrecht</i>	87
	<i>Kunstfreiheit als lex specialis zur Meinungsfreiheit</i>	88

b)	Wirtschaftliche Grundrechte und Kunstfreiheit	88
	<i>Echte Konkurrenz zwischen der Kunstfreiheit und der</i>	
	<i>Wirtschaftsfreiheit</i>	88
	<i>Kunst und kommerzielle Zwecke</i>	89
4.5	Kunstfreiheit als Teil der Kulturverfassung	91
a)	Kulturverfassung im engen und im weiten Sinn	91
b)	Kulturverfassung im kulturwissenschaftlichen Sinn	92
5	Weitere Rechtsordnungen	92
5.1	Deutschland	93
a)	Paulskirchenverfassung	93
b)	Weimarer Reichsverfassung	93
c)	Bonner Grundgesetz	94
	<i>Schutz der Kunstfreiheit in Art. 5 Abs. 3 GG</i>	94
	<i>Stand von Rechtsprechung und Lehre</i>	94
	<i>Mephisto-Urteil</i>	95
	<i>Entwicklung der Rechtsprechung</i>	95
5.2	Europäische Union	96
a)	Allgemeine Rechtsgrundsätze und Kunstfreiheit	96
b)	Schutz der Kunstfreiheit in der Grundrechtecharta	97
c)	Tragweite der Grundrechtecharta für das Schweizer Recht	99
5.3	Vereinigte Staaten von Amerika	99
a)	First Amendment und Free Speech Clause	100
b)	Schutz der Kunst unter dem First Amendment	100
c)	Schutzniveau für künstlerische Äusserungen	103
d)	Exceptio artis-Rechtsprechung im Bereich von «Obscenity»	105
6	Zusammenfassung	107
	<i>Schutz der Kunstfreiheit im internationalen Recht</i>	108
	<i>Schutz der Kunst im Schweizer Recht</i>	108
	<i>Unklarheiten in Bezug auf Zweckausrichtung und</i>	
	<i>Geltungsumfang</i>	108
	Zweiter Teil Schutz	111
I	Schutzzweck	111
1	Schutzzweck der Meinungsäusserungsfreiheit	112
1.1	Schutzdimensionen der Meinungsäusserungsfreiheit	112
1.2	Meinungsvielfalt und demokratische Selbstbestimmung	113
1.3	Persönlichkeitsentfaltung	116
1.4	Zusammenfassung	119
2	Schutzdimensionen der Kunstfreiheit	119
	<i>Ansätze einer Theorie zum Schutzzweck der Kunstfreiheit</i>	119
3	Künstlerische Persönlichkeitsentfaltung	122
3.1	Kunst als Ausdruck der Persönlichkeit	122
a)	Kunst als Freiheit (18. Jahrhundert)	123
b)	Kunst als Wahrheit (19. Jahrhundert)	125
c)	Kunst als Praxis (20. Jahrhundert)	126

d)	Verankerung im Persönlichkeitsrecht	129
	<i>Verankerung im zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz</i>	129
	<i>Verankerung im Urheberpersönlichkeitsrecht</i>	130
3.2	Gleichwertigkeit und Zweckfreiheit der Kunst	132
a)	Hierarchisierung der Kunst und des Künstlersubjekts	132
b)	Psychiatriekunst als Sinnbild eines Paradigmenwechsels	134
	<i>Morgenthaler und Wölfli</i>	134
	<i>Prinzborns «Bildnerei der Geisteskranken»</i>	135
	<i>Politisierung der Hierarchie im 19. und 20. Jahrhundert</i>	136
	<i>Institutionalisierung der Gleichwertigkeit nach dem</i> <i>zweiten Weltkrieg</i>	138
c)	Existentialistische Theoretisierung in der Nachkriegszeit	139
	<i>Giacomettis Kunst als Referenzpunkt</i>	139
	<i>Theoretisierung bei Karl Jaspers</i>	140
	<i>Theoretisierung bei Richard Rorty</i>	142
d)	Verankerung im Verfassungsrecht	143
	<i>Verankerung in der Menschenwürdegarantie</i>	143
	<i>Verankerung im Grundrecht der persönlichen Freiheit</i>	144
	<i>Gleichwertigkeit und Zweckfreiheit der Kunst</i>	145
3.3	Zusammenfassung	146
	<i>Schutz der künstlerischen Persönlichkeitsentfaltung</i>	146
	<i>Gleichwertigkeit und Zweckfreiheit der Kunst</i>	146
	<i>Kunst als individuelle und gesellschaftliche Praxis</i>	147
4	Kulturelle Vielfalt	147
4.1	Demokratisierung von Kunst und Kultur	148
a)	Geistige Wohlfahrt: Ansätze einer Kulturpolitik in der Helvetik	148
	<i>Helvetische Verfassung</i>	148
	<i>Ministerium der schönen Künste</i>	149
	<i>Bureau für National-Cultur</i>	150
	<i>Kultivierung des Menschen</i>	151
	<i>Gleichheit durch Bildung</i>	152
	<i>Das Erbe der Helvetik</i>	152
b)	Geistige Hebung: die Kulturpolitik des jungen Bundesstaates	153
	<i>Bildung des Schönheitssinns (Ludwig Snell)</i>	153
	<i>Der junge Bundesstaat</i>	154
	<i>Unterstützung von Kunstverbänden und Gründung von</i> <i>Kulturinstitutionen</i>	154
c)	Geistige Landesverteidigung: der heisse Kulturkrieg	155
	<i>Gründung von Pro Helvetia</i>	155
	<i>Kritik am Kulturverständnis von Pro Helvetia</i>	156
d)	Geistige Offensive: der kalte Kulturkrieg	157
	<i>Der kalte Kulturkrieg in der Schweiz</i>	157
	<i>Internationale Initiativen</i>	158
	<i>Formen des Widerstands</i>	159
	<i>Auswirkungen auf den Film</i>	159

e)	Geistige Vielfalt: die Demokratisierung des Kulturbegriffs	161
	<i>Clottu-Bericht</i>	161
	<i>Öffnung und Demokratisierung des Kulturbegriffs</i>	161
	<i>Fortbestehen dirigistischer Tendenzen</i>	163
4.2	Kulturelle Vielfalt als Ausdruck und Bedingung der Kunstfreiheit	164
	<i>Verankerung im internationalen Recht</i>	164
	<i>Ansätze in der Rechtsprechung höchster Gerichte</i>	167
4.3	Verfassungsrechtliche Verankerung	168
a)	Der Kulturbegriff im Schweizer Verfassungsrecht	168
b)	Der Kulturbegriff im internationalen Recht	169
c)	Kunst als Kultur im engen Sinn	171
b)	Orientierung der Staatsordnung am offenen Kulturbegriff	172
	<i>Kulturelle Vielfalt als Staatsziel</i>	172
	<i>Problematik kulturalistischer Verengungen</i>	173
4.4	Zusammenfassung	176
5	Politische Selbstbestimmung	177
5.1	Die Bedeutung freier Kommunikation für die Demokratie	177
a)	Demokratie als Verfahren der Selbstgesetzgebung	177
b)	Politische Rechte i.e.S. und i.w.S.	178
c)	Kommunikative Teilhabe als Voraussetzung politischer Selbstbestimmung	179
d)	Eigenheiten der Kunst als Kommunikationsform	180
	<i>Vieldeutigkeit und Offenheit</i>	180
	<i>Erfahrung und Ausdruck</i>	181
	<i>Imagination und Veränderung</i>	182
5.2	Das Politische der Kunst	182
a)	Politische Kunst	182
b)	Das Politische der Kunst	183
5.3	Kunst und demokratische Legitimität	185
a)	Theorien des politischen Imaginären	185
	<i>Das imaginäre Volk der Demokratie</i>	186
	<i>Kantorowicz: Die zwei Körper des Königs</i>	188
	<i>Legende: Gott im Spiegel</i>	189
	<i>Goodrich: Visiocracy of Justice</i>	190
	<i>Luhmann: Die symbolisch-expressive Funktion des Verfahrens</i>	191
b)	Kunstfreiheit als Bedingung demokratischer Legitimität	192
	<i>Demokratie und Theater</i>	192
	<i>Carl Schmitt: Politische Romantik</i>	193
	<i>Demokratie und Imagination</i>	195
5.4	Zusammenfassung	197
	<i>Das Politische der Kunst</i>	197
	<i>Verflechtung von Kunst und Staat</i>	197
	<i>Kunstfreiheit als Ausdruck einer offenen Demokratie</i>	198
6	Zusammenfassung	198
	<i>Individuelle Schutzdimension: Künstlerische Persönlichkeitsentfaltung</i>	198

	<i>Gesellschaftliche Schutzdimension: Kulturelle Vielfalt</i>	199
	<i>Politische Schutzdimension: Politische Selbstbestimmung</i>	199
	<i>Schutzzweck als normativer Bezugspunkt für die Anwendung der Kunstfreiheit</i>	200
II	Schutzbereich	200
1	Eingrenzung des Schutzbereichs der Kunstfreiheit	200
2	Grundrechtlicher Kunstbegriff	201
2.1	Einführung in den Kunstbegriff	201
	a) Veränderlichkeit als Eigenheit der Kunst	201
	b) Kein gefestigter Kunstbegriff im ausserrechtlichen Bereich	202
2.2	Der grundrechtliche Kunstbegriff	203
	a) Rechtliche Anerkennung des offenen Kunstbegriffs (Brancusi)	203
	b) Offener Kunstbegriff des Bundesverfassungsgerichts (Mephisto)	204
	c) Offener Kunstbegriff des Bundesgerichts	204
	d) Offener Kunstbegriff als Ausdruck der Menschenwürde	205
	e) Offener Kunstbegriff des EGMR	206
	f) Kunstbegriff des amerikanischen Supreme Courts	207
2.3	Kriterien für die grundrechtliche Definition von Kunst	208
	a) Entwicklung von Kriterien in Rechtsprechung und Lehre	209
	<i>Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts</i>	209
	<i>Rechtsprechung des Bundesgerichts</i>	210
	b) Überblick über die Kriterien	211
	c) Formelle Kriterien	212
	d) Materielle Kriterien	213
	<i>Freier kreativer Ausdruck</i>	213
	<i>Freie Gestaltung des Materials</i>	214
	<i>Interpretationsoffenheit und Mehrdeutigkeit</i>	215
	<i>Kritik, Provokation und Reflexion</i>	215
	e) Subjektive Kriterien	216
	<i>Heterogenität der bisherigen Rechtsprechung</i>	216
	<i>Kunst als Praxis der Selbstverständigung</i>	216
	<i>Parallelen zur Glaubens- und Gewissensfreiheit</i>	216
	<i>Würdigung subjektiver Gesichtspunkte als Ausdruck der Menschenwürde</i>	217
	f) Kontextspezifische Kriterien	218
	<i>Objektivierende Kriterien</i>	218
	<i>Ablehnung von Schein-Objektivierungen</i>	218
	<i>Parallele zur Glaubens- und Gewissensfreiheit</i>	219
2.4	Zusammenfassung	220
3	Sachlicher Schutzbereich	220
3.1	Schutz der Kunst als elementarer Persönlichkeitsbereich	220
3.2	Schutz künstlerischer Äusserungen	223
	a) Schutz aller Arten von Kunst	223
	b) Schutz von Satire	223
3.3	Schutz des Werk- und Wirkungsbereichs der Kunst	224
	a) Schutz des künstlerischen Schaffens	224

b)	Schutz der Beschaffung von Informationen für die Herstellung von Kunst	225
	<i>Schutz unter der Informationsfreiheit</i>	225
	<i>Weitreichenderer Anspruch auf Zugang zu Informationen bei «kunstgemässer Notwendigkeit»?</i>	226
c)	Verwendung von Kunstwerken Dritter	227
	<i>Abwägung der geschützten Interessen</i>	227
	<i>Sampling-Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs (EuGH)</i>	229
	<i>Fair Use und Transformative Test des amerikanischen Supreme Court</i>	230
d)	Interpretation und Aufführung von Kunstwerken Dritter	231
3.4	Schutz kunstvermittelnder Tätigkeiten	231
a)	Schutz von Galeristen, Verlegern, Produzenten usw.	231
b)	Schutz der Kunstvermittler unter der Medienfreiheit (echte Konkurrenz)	232
c)	Schutz der Kunstkritiker	233
3.5	Schutz des Konsums von Kunst	233
a)	Stand von Rechtsprechung und Lehre	233
b)	Plädoyer für den Schutz der Kunstrezeption als kunstspezifischer Vorgang	234
3.6	Schutz des Kunstwerkes	235
a)	Schutz der persönlichkeitsrelevanten Beziehung zu einem Kunstwerk	235
b)	Schutz vor Zerstörung von Kunst	236
c)	Schutz des Kunstwerks als Kulturgut unter der Kunstfreiheit?	237
4	Persönlicher Schutzbereich	238
4.1	Natürliche Personen	239
a)	Natürliche Personen als Träger der Kunstfreiheit	239
b)	Einschränkung bei wirtschaftlicher Tätigkeit	239
c)	Anmerkungen zur Beschwerdelegitimation von Kunstrezipienten	240
4.2	Juristische Personen	241
a)	Juristische Personen als Träger der Kunstfreiheit	241
b)	Kulturinstitutionen als Grundrechtsträger	242
c)	Einschränkungen für juristische Personen	243
4.3	Staatliche Institutionen und Private mit öffentlichem Auftrag	243
a)	Grundsatz und Ausnahmen	243
b)	Parallelen zur Grundrechtsträgerschaft von Medienunternehmen	244
c)	Parallelen zur Grundrechtsträgerschaft von Hochschulen	245
d)	Grundrechtsträgerschaft staatlicher Kulturinstitutionen	246
5	Zusammenfassung	247
	<i>Offener Kunstbegriff</i>	247
	<i>Umfassender Schutzbereich</i>	247
	<i>Ausblick auf den dritten Teil der Arbeit</i>	248

Dritter Teil Gewährleistung	249
I Bedingungen der Freiheit	249
1 Einleitung	249
1.1 Ansätze einer staatlichen Kunstpolitik	249
1.2 Freiheit vom und durch den Staat	251
1.3 Kunstförderung und die Gewährleistung der Kunstfreiheit	252
2 Formelle und materielle Freiheit	253
2.1 Freiheit ohne Chancen: die Anderen der Kunst	253
a) Die Stellung der Frauen in der Kunst	253
<i>Bedeutung der Kunstinstitutionen für die Kunst</i>	254
<i>Öffentliche Kunst und privates Kunsthandwerk</i>	254
<i>Ausschluss der Frauen von Kunstinstitutionen</i>	255
<i>Fortbestehen materieller Ungleichheiten trotz formeller Gleichheit</i>	256
b) Vergeschlechtlichung der Rechtsprechung zur Kunst	258
c) Kritik an einem formellen Verständnis der Kunstfreiheit	260
<i>«Mythos Kunstfreiheit»</i>	260
<i>Kritik der Grundrechte</i>	261
2.2 Chancen der Freiheit: die Materialisierung der Grundrechte	263
a) Veränderung des Grundrechtsverständnisses	263
b) Materielles Grundrechtsverständnis	265
c) Kunstförderung als Voraussetzung der Kunstfreiheit	266
2.3. Zusammenfassung	269
3 Pflicht zur Verwirklichung der Kunstfreiheit (Art. 35 BV)	270
3.1 Verpflichtete	270
a) Institutionell	270
<i>Staat als primärer Grundrechtsadressat</i>	270
<i>Institutionelle Grundrechtsbindung bei wirtschaftlicher Tätigkeit</i>	271
b) Funktional	272
<i>In Erfüllung einer staatlichen Aufgabe</i>	272
<i>Private Unternehmen des Staates</i>	273
<i>Bindung bei Nebenaktivitäten</i>	273
<i>Keine Entlastung von der Grundrechtsträgerschaft</i>	274
3.2 Verpflichtungen	275
a) Objektivrechtlich	275
b) Individualrechtlich	278
4 Gewährleistungsdimensionen der Kunstfreiheit	278
4.1 Programmatische Dimension	279
4.2 Flankierende Dimension	281
4.3 Justiziable Dimension	281
a) Abwehransprüche	281
b) Schutzansprüche	282
c) Leistungsansprüche	282
<i>Beschränkte justiziable Ansprüche auf staatliche Leistungen</i>	282
<i>Bedingter Anspruch auf Nutzung des öffentlichen Grundes und der öffentlichen Infrastruktur</i>	283

	<i>Mittelbarer Leistungsanspruch aus dem Gleichbehandlungsgebot</i>	284
	<i>Anspruch auf künstlerische Bildung aus Art. 19 BV i. V.m. Art. 21 BV</i>	285
4.4	Anwendung der Kunstfreiheit unter Privaten	285
4.5	Anwendung der Kunstfreiheit in besonderen Rechtsverhältnissen	287
	a) Geltung der Kunstfreiheit in besonderen Rechtsverhältnissen	287
	b) Die Kunstfreiheit im Strafvollzug	289
	c) Besondere Anforderungen aus der Fürsorgepflicht	290
5	Zusammenfassung	291
II	Freiheitsfördernde Massnahmen	292
1	Vielfalt der Kunstförderung i.w.S.	293
	<i>Kunstförderung i.w.S.</i>	293
	<i>Kunstförderung i.e.S.</i>	293
	<i>Förderung der Entstehung, Erhaltung und Vermittlung von Kunst</i> . . .	294
2	Komplementarität staatlicher Massnahmen	294
	<i>Föderaler Aufbau der Kunstförderung</i>	294
	<i>Subsidiarität staatlicher Kunstförderung gegenüber Privaten</i>	294
3	Schaffung geeigneter Marktbedingungen	296
3.1	Kunstmarkt als heterogenes Feld	296
	a) Markt für bildende Kunst	297
	b) Filmmarkt	297
	c) Teilmärkte weiterer Kunstsparten	298
3.2	Einbettung der Kunst in die freie Marktwirtschaft	298
	a) Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)	298
	<i>Schutzbereich und Träger der Wirtschaftsfreiheit</i>	298
	<i>Rechtfertigung von Einschränkungen</i>	299
	<i>Wettbewerbsneutralität</i>	300
	<i>Gleichbehandlung im Wettbewerb</i>	300
	<i>Bedingter Anspruch auf Nutzung des öffentlichen Grundes</i>	301
	<i>Programmatische Pflicht zur Institutionalisierung von sozialen</i>	
	<i>Rahmenbedingungen</i>	302
	b) Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 BV)	303
	<i>Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit</i>	303
	<i>Grundsatzwidrige Massnahmen</i>	304
	<i>Ausnahme vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit für den</i>	
	<i>Filmmarkt</i>	305
	<i>Geltung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit für den restlichen</i>	
	<i>Kunstmarkt</i>	307
	<i>Geltung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit bei Subventionen</i>	
	<i>an die Kunst</i>	307
	<i>Pflicht zur Schaffung günstiger Rahmenbedingen</i>	309
	c) Wirtschaftsförderung und internationale Abkommen	310
	d) Urheberrecht als Voraussetzung für die Teilnahme am Markt	311
	<i>Urheberrecht als Teil eines umfassenden Persönlichkeitsschutzes</i>	311
	<i>Urheberrechtsgesetz</i>	312
	<i>Bemerkungen zum Folgerecht</i>	314

3.3	Regulierung des Kunstmarktes	315
a)	Kartellrechtliche Massnahmen	315
	<i>Zulässigkeit der Wettbewerbspolitik</i>	315
	<i>Ausnahmen vom Wettbewerb bei überwiegenden öffentlichen Interessen</i>	316
	<i>Bewilligung von Ausnahmen durch den Bundesrat</i>	317
b)	Finanzmarktkontrolle	318
	<i>Kunstmarkt als Teil des Finanzmarkts</i>	318
	<i>Finanzmarktkontrolle</i>	318
	<i>Bekämpfung der Geldwäscherei</i>	319
c)	Kulturgüterschutz	320
	<i>Kulturgüterschutzrecht</i>	320
	<i>Marktregulierung und Kulturgüterschutz</i>	321
3.4	Regulierung und Förderung der Medien	322
a)	Regulierung von Radio und Fernsehen	322
b)	Leistungsauftrag von Radio und Fernsehen	322
c)	Konkretisierung des Leistungsauftrags im RTVG	324
d)	Kulturauftrag und Kulturförderung	325
e)	Überprüfung durch die UBI	325
3.5	Steuerrechtliche Instrumente	326
3.6	Sozialversicherungsrechtliche Instrumente	327
a)	Sozialversicherungsrecht und Kultur	327
b)	Berücksichtigung kunstspezifischer Bedingungen bei Leistungen der Sozialhilfe und der Sozialversicherungen	328
c)	Spezifische sozialpolitische Massnahmen für Kunstschaffende	329
4	Förderung der künstlerischen Ausbildung	329
4.1	Künstlerische Bildung als Teil eines ausreichenden Grundschulunterrichts	329
4.2	Instrumente zur Förderung der künstlerischen Bildung	330
4.3	Kunstfreiheit und Zulassungsschranken an Kunstschulen	331
5	Kunstförderung i.e.S.	332
6	Zusammenfassung	333
III	Kunstförderung i.e.S.: rechtliche Grundlagen	334
1	Internationales Recht	334
1.1	UNO-Pakte und UNESCO-Kulturförderungskonvention	334
1.2	Inhaltliche Ausrichtung der UNESCO-Kulturförderungskonvention	335
1.3	Kulturpolitische Massnahmen	336
2	Kantonales Recht	337
2.1	Souveränität der Kantone im Bereich der Kulturförderung	337
2.2	Ausgestaltung des Kulturauftrags in den Kantonsverfassungen	338
2.3	Konkretisierung des Kulturauftrags in den kantonalen Kulturförderungsgesetzen	339
2.4	Organisationsstrukturen der kantonalen Kulturförderung	339
3	Bundesrecht	340
3.1	Der Kulturauftrag des Bundes (Art. 69 BV)	341

a)	Unterstützung kultureller Bestrebungen im gesamtschweizerischen Interesse	341
	<i>Geltungsbereich von Art. 69 Abs. 2 BV</i>	341
	<i>Parallele oder subsidiäre Kompetenz?</i>	341
b)	Förderung der Kunst und Musik	342
3.2	Spezifische Förderkompetenzen des Bundes	343
a)	Film (Art. 71 BV)	343
b)	Musikalische Bildung (Art. 67a BV)	343
3.3	Kulturfördergesetz (KFG) und Verordnung (VKFG)	345
a)	Kulturfördergesetz (KFG)	345
b)	Ziele der Kulturförderung gemäss KFG	345
c)	Bereiche der Kulturförderung gemäss KFG	346
d)	Ausführende Verordnungen	346
3.4	Kulturbotschaften	346
a)	Kulturbotschaft 2012–2015	347
b)	Kulturbotschaft 2016–2020	348
c)	Kulturbotschaft 2021–2024	348
3.5	Träger der eidgenössischen Kulturpolitik	349
a)	Bundesamt für Kultur (BAK) und Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA)	349
b)	Pro Helvetia	350
c)	Schweizerische Nationalbibliothek (NB)	350
c)	Schweizerisches Nationalmuseum (SNM)	351
4	Zusammenfassung	351
IV	Kunstförderung i.e.S.: selektive Förderinstrumente	352
1	Das Dilemma selektiver direkter Kunstförderung	353
1.1	Kunstförderung als Freiheit und als Eingriff in die Freiheit	353
1.2	Warum Kunstförderung nicht <i>per se</i> Zensur ist	353
1.3	Rechtliche Anforderungen an die selektive Kunstförderung	355
2	Kunstförderung und Subventionsrecht	356
3	Materielle Anforderungen	357
3.1	Rechtliche Grundlage	358
a)	Legalitätsprinzip	358
b)	Delegation von Rechtsetzungskompetenzen an die Exekutive	359
c)	Ermessenssubventionen und Legalitätsprinzip	360
d)	Anforderungen an die rechtlichen Grundlagen	361
3.2	Ausrichtung am Schutzzweck der Kunstfreiheit	362
a)	Verschränkung von Grundrechtsschutz und Leistungsverwaltung	362
b)	Instrumentalisierungsverbot	363
3.3	Sachgerechte Priorisierung der Finanzierungsgesuche	364
a)	Fördervoraussetzungen und Förderkriterien	364
b)	Rechtliche Anforderungen an die Definition von Förderkriterien	365
c)	Praktiken der Kunstbewertung	367
d)	Sachliche Rechtfertigung der Förderkriterien	368

e)	Rechtmässigkeit inhaltlicher Einschränkungen bei der Kunstförderung	371
3.4	Achtung von Freiheit und Autonomie der Geförderten	373
a)	Freiheit der Geförderten	373
b)	Autonomie geförderter Kunstinstitutionen	375
4	Prozedurale Anforderungen	376
4.1.	Verfahrensgarantien	376
a)	Zusammensetzung des Entscheidgremiums und Ausstandsgründe	376
<i>Zusammensetzung des Entscheidgremiums</i>		376
<i>Ausstandsgründe nach Art. 10 VwVG</i>		377
b)	Partizipationsrechte und rechtliches Gehör	379
c)	Protokollpflicht und Akteneinsichtsrecht	381
4.2.	Neutralitätspflicht	382
a)	Staatliche Neutralitätspflicht	382
b)	Keine strikte Neutralität in der Leistungsverwaltung	383
4.3	Rechtsschutz	384
a)	Kognition des Bundesgerichts	384
b)	Qualifizierte Rügepflicht für Grundrechtsverletzungen	385
c)	Kognition des Bundesverwaltungsgerichts: Ausschluss der Unangemessenheitsprüfung	386
d)	Prüfungsdichte bei Kunstförderungsbeiträgen	386
5	Zusammenfassung	387
<i>Der schmale Grat zwischen Dirigismus und Laisser-faire in der Kunstförderung</i>		387
<i>Bedingungen der Freiheit</i>		388
<i>Kunstförderung im weiten Sinn</i>		388
<i>Künstlerische Bildung</i>		389
<i>Kunstförderung i.e.S.</i>		389
<i>Rechtliche Anforderungen an die selektive Kunstförderung</i>		390
Vierter Teil	Grenzen	393
I	Die relative Freiheit der Kunst	393
1	Freiheit als Grundsatz	394
2	Offenheit für Veränderungen	396
a)	Kunst als Provokation und Veränderung	396
b)	Kunstfreiheit als Garantin eines kunstspezifischen Freiraums	397
c)	Kunstfreiheit als relative Freiheit	397
3	Rechtfertigung von Eingriffen	398
3.1	Eingriff	399
a)	Begriff	399
b)	Eingriffe durch Tun oder Unterlassen	399
c)	Direkte und indirekte Eingriffe	399
d)	Chilling Effect	400
3.2	Rechtfertigung	401
a)	Rechtfertigungsgründe nach Art. 36 BV	401

b)	Ausdifferenzierung der Rechtsprechung zu einzelnen Rechtsfragen	401
c)	Verhältnismässigkeitsprüfung	402
3.3	Anforderungen aus der Europäischen Menschenrechtskonvention	403
a)	Rechtfertigungsprüfung nach Art. 10 Ziff. 2 EMRK	403
b)	Besonderer Schutz politischer Meinungsäußerungen	403
3.4	Rechtsvergleichende Hinweise	404
a)	Deutschland	404
b)	Vereinigte Staaten von Amerika	405
	<i>Clear and Present Danger Test</i>	405
	<i>Brandenburg-Test</i>	407
	<i>Indirekte Einschränkungen von Free Speech: O'Brien-Test</i>	408
4	Unantastbarer Kerngehalt der Kunstfreiheit	409
4.1	Minimaler Raum für die künstlerische Persönlichkeitsentfaltung	409
a)	Mindestmass an künstlerischen Entfaltungsmöglichkeiten	409
b)	Verbot eines Herstellungs- und Veröffentlichungszwangs	410
4.2	Zensurverbot	410
a)	Verbot systematischer Vorzensur	411
b)	Jugendschutz und Präventivzensur	411
c)	Mittelbare Zensur	411
d)	Ordentliche Budgetkürzungen	414
5	Zusammenfassung	415
II	Beurteilungsmassstab	415
1	Auf der Suche nach einem rechtlichen Beurteilungsmassstab für die Kunst	416
1.1	Vom subjektiven zum objektivierten Beurteilungsmassstab	416
a)	Frühe Rechtsprechung	416
b)	Entwicklung spezifischer Beurteilungsmassstäbe	417
1.2	Defizite von objektivierenden Rechtsfiguren	417
a)	Unklarheit über die Beurteilungskriterien	417
	<i>Beispiel Internetpornografie (BGE 131 IV 64)</i>	418
	<i>Kritik in der Lehre</i>	418
	<i>Kritik an objektivierenden Rechtsfiguren in der deutschen Rechtsprechung</i>	419
b)	Bevormundung der Zuschauer	420
c)	Zuschauer	421
	<i>Emanzipation der Zuschauer</i>	421
1.3	Plädoyer für einen kriterienbasierten Beurteilungsmassstab	422
a)	Rechtsprechung des EGMR	422
b)	Ansätze einer kriterienbasierten Beurteilung in der Rechtsprechung des Bundesgerichts	424
c)	Kants These zum Kunsturteil als reflektiertes Urteil	425
d)	Die begründete Pragmatik des rechtlichen Kunsturteils	426
2	Verfahrensrechte als methodische Vorgabe	427
2.1	Die Bedeutung des Dialogs zwischen Kunst und Recht	427
	<i>Historische Beispiele</i>	427
	<i>Brancusi v United States</i>	428

	<i>Schnitzlers Reigen</i>	428
	<i>D. H. Lawrence: Lady Chatterley's Lovers</i>	429
2.2	Rechtliches Gehör als methodische Pflicht, der Kunst zuzuhören	430
	a) Entscheidungsfindungsverfahren	430
	b) Verfahrensrechte als Auslegungsrichtlinien	432
	c) Rechtliches Gehör als qualitative Leitlinie für die Anwendung der Kunsthfreiheit	433
2.3	Einbezug von Sachverständigen	434
3	Zusammenfassung	435
III	Beurteilungskriterien	436
1	Kunst- und kontextspezifische Beurteilung der Kunst	437
	1.1 Kunstspezifische Beurteilung	437
	1.2 Kontextspezifische Beurteilung	438
	1.3 Illustration anhand des Basler Pappteller-Falls	438
2	Gesellschaftlicher und politischer Gesamtkontext	440
3	Kontext des Kunstwerkes	442
	3.1 Räumlicher und zeitlicher Kontext	442
	3.2 Intention und Position der Kunstschaffenden	443
	3.3 Adressaten und Rezipienten	444
	<i>Beispiele aus der amerikanischen Rechtsprechung</i>	445
	<i>Rezipienten als mündige Zuschauer</i>	446
4	Kunstwerk	448
	4.1 Strukturtypische Merkmale der Kunstform	448
	a) Eigenheiten von Kunstgattungen	448
	b) Beispiel Rap	450
	c) Beispiel Strassenkunst	450
	<i>Impulse aus der amerikanischen Rechtsprechung</i>	451
	<i>Impulse aus der deutschen Rechtsprechung</i>	453
	4.2 Medium	454
	a) Bedeutung des Mediums für die Beurteilung eines Kunstwerks	454
	b) Umgang mit neuen Medien	456
	c) Besonderheiten des Internets	457
	d) Beispiele	460
	<i>Der Künstler als gläserner Bürger: Hasan Elahi</i>	460
	<i>Digitale Transformation als Provokation: !Bitnik</i>	460
	4.3 Inhalt	461
	a) Die Komplexität der Kunstinterpretation	461
	b) Rechtliches Bewertungsverbot für Kunst	463
	c) Rechtliche Kunstinterpretation als begründete Pragmatik	464
	d) Artikulationsdefizite der Kunst	465
	e) Verschränkung von Form und Inhalt	466
	4.4 Die Beispiele Mephisto und Esra	467
	a) Das Mephisto-Urteil	467
	<i>Urteil des Bundesverfassungsgerichts</i>	467
	<i>Abweichende Sondervoten zum Mephisto-Urteil</i>	468

b)	Das Esra-Urteil	469
	<i>Urteil des Bundesverfassungsgerichts</i>	469
	<i>Abweichende Sondervoten zum Urteil</i>	470
	<i>Kritik in der Lehre</i>	472
4.5	Fiktionalität als kunstspezifisches Merkmal	473
a)	Kunst und Fiktion	473
b)	Konsequenzen für die rechtliche Beurteilung eines Kunstwerks	476
5	Zusammenfassung	479
	<i>Pflicht zur kunstspezifischen Beurteilung</i>	479
	<i>Berücksichtigung des gesellschaftlichen und politischen Gesamtkontexts</i>	479
	<i>Berücksichtigung des spezifischen Kontexts des Kunstwerks</i>	480
	<i>Berücksichtigung strukturentypischer Merkmale einer Kunstgattung</i>	480
	<i>Bedeutung des verwendeten Mediums</i>	481
	<i>Inhaltliche Interpretation</i>	481
	Zusammenfassung	483
1	Historische Entwicklung	483
2	Rechtliche Grundlagen	484
	<i>Internationales Recht</i>	484
	<i>Schweizer Verfassungsrecht</i>	484
3	Schutzzweck	485
	<i>Künstlerische Persönlichkeitsentfaltung</i>	485
	<i>Kulturelle Vielfalt</i>	485
	<i>Politische Selbstbestimmung</i>	485
4	Schutzbereich	486
	<i>Offener Kunstbegriff</i>	486
	<i>Sachlicher Schutzbereich</i>	487
	<i>Persönlicher Schutzbereich</i>	488
5	Gewährleistung	488
	<i>Verpflichtung zur tatsächlichen Verwirklichung der Kunstfreiheit</i>	488
	<i>Kunstförderung i. w. S.: Freiheitsfördernde Massnahmen</i>	488
	<i>Kunstförderung i. e. S.: Direkte Fördermassnahmen</i>	488
6	Grenzen	489
	<i>Freiheit als Grundsatz</i>	489
	<i>Rechtfertigungsprüfung</i>	490
	<i>Beurteilungsmassstab</i>	490
	<i>Beurteilungskriterien</i>	490
	Schlussfolgerungen	491
1	Die Kunstfreiheit hat eine eigenständige normative Tragweite	491
	<i>Kunstfreiheit als lex specialis zur Meinungsäusserungsfreiheit</i>	491
	<i>Anerkennung der eigenständigen Bedeutung der Kunstfreiheit</i>	492
2	Die Kunstfreiheit garantiert die kunstspezifische Beurteilung der Kunst	492
	<i>Kunstspezifische Beurteilung von Kunst</i>	492

	<i>Fiktionalität, Vieldeutigkeit und Interpretationsoffenheit von Kunst</i>	492
	<i>Die Pflicht, der Kunst zuzuhören</i>	493
	<i>Kunstspezifische Fortentwicklung der Gesetzgebung und Rechtsprechung</i>	493
3	Kunsthfreiheit bedingt Kunstförderung	494
	<i>Kunst ist in Praktiken und institutionelle Strukturen eingebettet</i>	494
	<i>Ausrichtung der Kunstförderung an der Kunstfreiheit</i>	494
4	Die Kunstfreiheit ist ein Bekenntnis zu Vielfalt und Veränderung	495
	<i>Bedeutung von Vielfalt für Kunst und Kultur</i>	495
	<i>Offenheit für überraschende Kunst</i>	495
	<i>Künstlerische Vielfalt und Vergangenheitsbewältigung</i>	496
	Abbildungen	499
	Literaturverzeichnis	521
	Abkürzungsverzeichnis	569
	Erlassverzeichnis	575
	Materialienverzeichnis	581

Vorwort

Mein Dank gilt Prof. Dr. Markus Schefer, der die Entstehung dieser Arbeit an der Juristischen Fakultät der Universität Basel auf ideale Weise begleitet und das Erstgutachten verfasst hat. Ebenso danke ich Prof. Dr. Felix Uhlmann und Prof. Dr. Sabine Müller-Mall für die Erstellung der Gutachten.

Die Habilitationsschrift ist in meinen Lehr- und Wanderjahren an der Universität Basel, den Universitären Fernstudien Schweiz, dem Institut für Rechtsvergleichung in Lausanne, dem Max Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg, an der Cardozo School of Law und an der NYU Law School in New York entstanden. Dabei durfte ich die grosszügige Unterstützung zahlreicher Personen erfahren, insbesondere danke ich Prof. Peter Goodrich, Prof. Jocelyn Getgen Kestenbaum, Prof. Meg Satterthwaite, Prof. Burt Neuborne, Prof. Dr. Anne Peters, Prof. Dr. Rainer Maria Kiesow, Prof. Dr. Franz Werro, Prof. Dr. Daniela Thurnherr, Prof. Dr. Jörg Paul Müller, Dr. Peter Mosimann, lic. iur. Alexander Jolles und Josef Felix Müller. Dem Verlag Helbing Lichtenhahn danke ich für die sorgfältige Begleitung der Publikation. Von Herzen danke ich meiner Familie und meinen Freunden. Stand von Literatur und Rechtsprechung ist August 2019. Stellenweise ist die Entwicklung bis Juli 2020 berücksichtigt.

Einleitung

I Gegenstand

Diese Arbeit befasst sich mit der rechtlichen Geltung der Kunstfreiheit. Die Schweizer Bundesverfassung gewährleistet die Kunstfreiheit als eigenständiges Grundrecht in Artikel 21 BV. Die Bestimmung besteht aus einem schlichten Satz: *Die Freiheit der Kunst ist gewährleistet*. Die Arbeit fragt nach der rechtlichen Tragweite dieser Worte. Sie untersucht die Grundlagen der Kunstfreiheit, die Rechte und Pflichten, die das Grundrecht begründet, und seine Grenzen.

Die Schweizer Bundesverfassung gewährleistet eine freiheitlich-demokratische Rechtsordnung. Die Grundrechte bilden neben dem organisatorischen Prinzip der Gewaltentrennung und dem Legalitätsprinzip einen der zentralen Pfeiler der Staatsorganisation. Der Grundrechtskatalog verschafft den vom Verfassungsgeber als besonders wertvoll anerkannten Bereichen persönlicher Entfaltung und gesellschaftlichen Zusammenlebens rechtliche Anerkennung. Zum Ausdruck kommt damit sowohl die Pflicht, diese Bereiche vor Gefahren und Einschränkungen durch Dritte zu verteidigen, als auch die Bereitschaft, die zu ihrer Sicherung notwendigen Bedingungen zu schaffen.

Als Grundrecht ist die Kunstfreiheit in den Kern der rechtlichen Grundordnung eingeschrieben. Sie bestätigt die hohe Wertschätzung, die der Kunst als Kommunikationsform und als kulturellem Gut in der Rechtsordnung entgegengebracht wird. Die vorliegende Arbeit verteidigt die These, dass die Geltung der Kunstfreiheit in einem ganzheitlichen Sinn zu verstehen ist: Mit der Kunstfreiheit verpflichtet sich die Gesellschaft in rechtlich verbindlicher Weise, die Werthaftigkeit der Kunst anzuerkennen, die Freiheit der Kunst für jeden einzelnen Menschen zu schützen und die Voraussetzungen zu schaffen, damit Menschen tatsächlich in den Genuss ihrer künstlerischen Freiheit kommen.

Die vorliegende Arbeit begründet die Geltung der Kunstfreiheit normativ, systematisiert ihre rechtsdogmatische Ausgestaltung und zeigt Wege für ihre gesetzliche Konkretisierung auf. Ziel ist es, für ein bis anhin im Schweizer Recht wenig berücksichtigtes Grundrecht eine tragfähige normative Grundlage und weiterführende Argumentationsmuster zu erarbeiten. Die so entstandenen Thesen zur Kunstfreiheit sind ein Angebot zum Dialog. Bieten sie einen Anstoss für die weitere Auseinandersetzung mit der Kunstfreiheit – und sei es, um die hier vorgelegten Thesen zu widerlegen –, so hat die Untersuchung ihren Zweck erfüllt.

II Methoden

1 Grundsätzliches zur juristischen Methodenlehre

Wie man vom schlichten Wortlaut von Art. 21 BV «*Die Freiheit der Kunst ist gewährleistet*» zu dessen rechtlichem Geltungsumfang gelangt, ist erklärungsbedürftig. Die juristische Methodenlehre befasst sich mit der Frage, wie Rechtsnormen interpretiert und

auf den Einzelfall angewendet werden.¹ Mittlerweile kaum noch bestritten ist, dass sich aus Rechtsbestimmungen nicht so etwas wie ein «Sinn» ermitteln lässt, unter den neue Sachverhalte lediglich «subsumiert» werden müssten, um ein vorgezeichnetes Urteil in logischer Deduktion abzuleiten.² Gerade die rechtshistorische Forschung hat dazu beigetragen, sowohl streng positivistische Annahmen über den Richter als logisch-deduktiven Subsumtionsautomaten als auch totalitär-dezisionistische Auffassungen eines willkürlich alleinherrschenden Richterkönigs zu historisieren. Ob der Richter als König oder Subsumtionsautomat verstanden wird, hängt massgeblich vom jeweiligen Rechts- und Staatsverständnis ab.³ Neben der anhaltenden Debatte über die Tragfähigkeit der

¹ Schlicht ist der Methodenbegriff bei BURCKHARDT, *Methode und System*, 13, der *Methode* als «die richtige Art des Vorgehens, um zu einem Ziele zu gelangen» bezeichnet, wobei das Ziel der juristischen Methode «die Erkenntnis des Rechtes» ist; sinngemäss übernommen bei G. MÜLLER, *Methodik in der Rechtssetzung*, 7; ähnlich der Begriff bei BIAGGINI, *Methodik in der Rechtsanwendung*, 27. Zum Begriff der juristischen Methode im schweizerischen Kontext auch RHINOW, *Rechtssetzung und Methodik*, 2.

² So mittlerweile auch der Kanon in den Lehrbüchern, siehe bsw. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, *Bundesstaatsrecht*, N 86; TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 4 N 4; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, *Verfassungsrecht*, N 545–547; ebenso in den Kommentaren, siehe bsw. BELSER, BSK N 56 zur Einleitung: «Wer eine Norm im Rahmen der Anwendung auslegt, findet nicht einen in ihr angelegten Sinn, sondern misst ihr – auf der Suche nach einem praktikablen, legitimen und akzeptablen Entscheid – einen Sinn bei und leistet damit einen Beitrag zur Klärung und Weiterentwicklung der Verfassung.» Siehe weiter auch TSCHANNEN, *Staatsrecht*, § 4 N 4: «Es kann bei der Auslegung nicht um die Herleitung unumstösslicher Wahrheiten gehen, sondern nur darum, eine zurzeit allgemein annehmbare Lesart einer Norm vorzulegen.»; EPINEY, *Verfassungsauslegung*, 4: «dass die Auslegung und ihr Ergebnis letztlich keine «exakte Wissenschaft» darstellen und es nicht um das Finden von «Wahrheiten» geht, sondern es nur vertretbare und nicht mehr vertretbare Argumentationsweisen gibt.»; HALLER, *Verfassungsförderung*, 14: «Es geht bei der Rechtsfindung wie in der Wissenschaft nicht um letzte Objektivität, sondern um eine verfahrensmässig kanalisierte Reduktion von Subjektivität.» Früh bereits HUBER, *Konkretisierung der Grundrechte*, 192. Zum Ganzen grundlegend LARENZ, *Methodenlehre*, insbes. 203, 212–214, 247; F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, 30; BIAGGINI, *Verfassung und Richterrecht*, 361–363, 379, 491; andeutungsweise jetzt auch KRAMER, *Juristische Methodenlehre*; des Weiteren anstelle vieler KIESOW, *Rechtswissenschaft*, 590; GRASNICK, *Unsichere Kanonisten*. Mit der Rechtsauslegung eingehend befasst sich auch die Literatur zu Art. 1 ZGB, siehe einführend SCHWANDER, *ZGB Handkommentar* 1 N 1–3; DÜRR, *ZK ZGB* 1 N 7 ff.; vertiefend EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, *BK ZGB* 1; AMSTUTZ, *Der Text des Gesetzes*. In der Rechtsprechung des Bundesgerichts findet sich indessen nach wie vor die Formulierung, dass das Gesetz «aus sich selbst heraus, das heisst nach seinem Wortlaut, Sinn und Zweck» ausgelegt wird, sich der Sinn einer Norm «erkennen» lässt, und vom «klaren Wortlaut» einer Bestimmung nur dann abgewichen werden darf, wenn dieser nicht den «wahren Sinn» der Bestimmung «wiedergibt», BGE 141 II 262 E. 4.1 und 4.2.

³ Zum Ganzen OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat*; DIES., *De l'Esprit des légendes*; RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung*; FOLJANTY, *Recht oder Gesetz*; LAHUSEN, *Savigny*; namentlich auch FÖGEN, *Lied vom Gesetz*; DIES., *Grenzfälle*, 104 f.; KIESOW, *Unité du droit*. Aus der Schweizer Lehre insbes. BIAGGINI, *Verfassung und Richterrecht*, 24 ff.; RHINOW, *Rechtssetzung und Methodik*, 1 f., 17 ff.; CHIARIELLO, *Der Richter als Verfassungsgeber?*.

klassischen Auslegungselemente⁴ haben auch Beiträge etwa zur juristischen Hermeneutik⁵, zur Topik⁶, zur Systemtheorie⁷ und zur Diskurstheorie⁸ die juristische Methodenlehre vertieft und um neue Gesichtspunkte ergänzt.

Die juristischen Methoden der Auslegung⁹ vermitteln dem entscheidfallenden Organ eine gewisse Orientierung bei der Entscheidungsfindung, sind in ihrem Leistungsvermögen aber auch auf diesen Beitrag beschränkt. Sie vermögen den Entscheidungsträger nicht von der argumentativ-schöpferischen Aufgabe der Rechtsfindung zu entlasten. Juristische Methoden lenken die Aufmerksamkeit des Rechtsanwenders auf verschiedene Aspekte, die seine Auseinandersetzung mit einem konkreten Rechtsproblem vertiefen können. Die Rückbindung der Grundrechtskonkretisierung an die Methodik vermittelt eine gewisse Struktur, innerhalb welcher sich die Konkretisierung des Grundrechts im Einzelfall argumentativ begründen lässt. Es handelt sich um dasjenige Mass an Rechtssicherheit, das im Rahmen der Grundrechtskonkretisierung vorausgesetzt werden darf.¹⁰

Pragmatisches Rechtsverständnis

Wenn in der Folge methodische Annahmen über die Konkretisierung der Kunstfreiheit angeführt sind, so basieren sie auf einem pragmatischen Rechtsverständnis. *Pragmatisch* will an dieser Stelle heissen, dass im Zentrum der Überlegungen die Praxis der Gerichte und die ihnen zur Verfügung stehenden Mittel der Erkenntnisgewinnung stehen. Die rechtsanwendende Behörde löst praktische Fragen zum konkreten Sachverhalt unter Berücksichtigung der gegebenen Umstände und mit pragmatischen Methoden. So ist es den Gerichten beispielsweise vom Aufwand her ganz praktisch nicht zuzumuten, die Gefahr, die von einem Gewaltfilm für die Jugend ausgeht, mittels empirischer Methoden zu ermitteln. Das Gericht kann sich aber unter Umständen darauf stützen, ob aus der Soziologie repräsentative Studien zu Gewaltfilmen vorliegen, die die Wahrscheinlichkeit einer Gefahr belegen oder widerlegen. Rechtsanwendung ist weder ein

⁴ Einführende Hinweise bei BIAGGINI, Methodik der Rechtsanwendung, 31–35; aus rechtshistorischer Sicht KIESOW, Rechtswissenschaft.

⁵ GADAMER, Wahrheit und Methode.

⁶ VIEHWEG, Topik und Jurisprudenz.

⁷ LUHMANN, Recht der Gesellschaft.

⁸ HABERMAS, Faktizität und Geltung; ALEXY, Theorie der juristischen Argumentation.

⁹ Der Begriff *Auslegung* wird vorliegend synonym mit *Konkretisierung* verwendet. Zwischen *Auslegung*, *Konkretisierung* und *Rechtsfortbildung* unterscheiden aber bswa BIAGGINI, Staatsrecht, § 7 N 46; BELSER, BSK BV, N 67 Einleitung; ebenso RÜTSCHKE, Rechtsvergleichung, 137 f., wonach *Rechtsauslegung* die «Auffindung von bestehendem Recht» ist, *Rechtsfortbildung* hingegen «neues Recht schafft». Bei Betonung der Wichtigkeit der Unterscheidung verweist Rütsche zugleich darauf, dass sich «angesichts der Unschärfe dieses Unterscheidungskriteriums im Anwendungsfall Rechtsauslegung nicht immer deutlich von Rechtsfortbildung abgrenzen» lässt.

¹⁰ BIAGGINI, Demokratietheorie, 2–4, 5–7; DERS., Methodik der Rechtsanwendung, 31, 46 f., 51; HALLER, Verfassungsförderung, 15; GRIMM, Recht und Staat, 309; in Bezug auf die Kunstfreiheit F. MÜLLER, Freiheit der Kunst, 39.

induktiver noch ein logisch-deduktiver Prozess, sondern ein pragmatisch begründetes Werturteil.

Die Rechtswissenschaft ist eine ihrem Untersuchungsgegenstand angepasste Wissenschaft, insofern sie die normativ orientierte Reflexion dieser Praxis zu leisten versucht.¹¹ Die Lehre systematisiert und strukturiert den Diskurs über die Praxis der Rechtsanwendung, wobei sie sich darum bemüht, sowohl die Vielfalt möglicher Fallkonstellationen als auch die Pragmatik der juristischen Entscheidungsbegründung zu reflektieren. Eine an einem praktischen Rechtsverständnis ausgerichtete Rechtswissenschaft bietet sich den Rechtsanwendern als Gesprächspartner an und zeigt mögliche Problemkonstellationen und Argumentationswege auf. Die von der Methodenlehre vorgeschlagenen juristischen Methoden sollen den rechtsanwendenden Behörden eine gewisse Orientierung vermitteln, wie sie den Prozess der Rechtskonkretisierung argumentativ zu strukturieren vermögen. Was ein Gericht mit diesen Angeboten macht, ist der Gestaltungsfreiheit der Entscheidungsträger überlassen. Eine die Kasuistik des Einzelfallentscheids einschränkende Funktion kommt der Rechtswissenschaft nicht zu. Der Rechtsprechung steht es offen, ihren Entscheid mal mehr, mal weniger mit einem in der Methodenlehre angeführten Begründungsmuster zu rechtfertigen.¹² Indessen sind auch die rechtsanwendenden Behörden an die Verfassung selbst gebunden. Die Verfassung gibt nicht Methoden der Verfassungsauslegung vor, verpflichtet aber zur Einhaltung gewisser materieller und prozeduraler Standards in der Entscheidungsbegründung.

Methoden für die Konkretisierung der Kunstfreiheit

Die nachfolgenden Abschnitte vertiefen die einzelnen Methoden, die für die Konkretisierung der Kunstfreiheit zur Verfügung stehen. Die Konkretisierung der Kunstfreiheit hat sich entsprechend der juristischen Methodenlehre vorerst an den klassischen juristi-

¹¹ Zur Theorie als Rat für die Praxis und dem Recht als «praktische Wissenschaft» bereits BURCKHARDT, *Methode und System des Rechts*, 34, 48.

¹² Entsprechend hat sich bswe Bernhard Schlink unter der Prämisse eines zunehmend kasuistisch operierenden Bundesverfassungsgerichts von der Dogmatik verabschiedet, SCHLINK, *Abschied von der Dogmatik*, 162: «In einem freundlichen Zukunftsszenarium ist die Verfassungsrechtswissenschaft, die sich nicht mehr für dogmatische Systeme, sondern allenfalls für Prinzipien interessiert, fall- und problemorientiert, sensibel für die hinter den Rechtsfragen stehenden Machtfragen, kritisch, politisch, konfliktfähig und -freudig, dem allgemeinen gesellschaftlichen und politischen Diskurs so nahe, wie sie es als dogmatische Wissenschaft nicht sein konnte.»; a.M. etwa EPINEY, *Verfassungsauslegung*, 3, wonach die klassischen Auslegungselemente abschliessend die zulässigen Argumentationselemente vorgeben: «Im Einzelnen spüren die Auslegungsmethoden [erwähnt (4) sind die grammatikalische, die historische, die systematische und die teleologische Auslegung] somit letztlich die zulässigen Argumentationsschienen vor; sie stellen m.a.W. einen abschliessenden Katalog dar, an dem sich jede Auslegung zu orientieren hat.» Zur Diskussion über den Wert der Methodik für die (Grund-)Rechtspraxis übersichtlich WRASE, *Norm und Wirklichkeit*, 29–35, der seinerseits (38–41) der Idee einer Strukturierung der Entscheidungsbegründung mittels Rückkoppelung an dogmatische Systematik, material-problembefugene Methodik und soziologisch-wirklichkeitsbezogener Rechtsfindung verbunden bleibt.

schen Auslegungsmethoden zu orientieren. Das bedeutet, dass der Wortlaut der Bestimmung, ihre systematische Stellung in der Rechtsordnung, ihre Entstehungsgeschichte und ihren Zweck bei der Konkretisierung der Kunstfreiheit zu berücksichtigen sind. Für die Arbeit mit Grundrechtsbestimmungen hat sich ergänzend der topische Ansatz als Auslegungsmethode bewährt, mit welchem unter Einbezug von allgemeineren Gesichtspunkten rechtlich tragfähige Positionen entwickelt werden. Des Weiteren besteht ein umfangreicher transnationaler und rechtsvergleichender Dialog über die Geltung der Grundrechte. Grundrechte sichern fundamentale Lebensbereiche, deren rechtliche Gewährleistung sich in ähnlicher Form auch in anderen Rechtsordnungen ausdifferenziert hat. Für die Konkretisierung der Grundrechte hat sich des Weiteren der interdisziplinäre Einbezug von historischen, soziologischen und philosophischen Arbeiten als unablässig erwiesen. Als grundlegende Bestimmungen der Rechtsordnung weisen Grundrechte eine vielschichtige Entstehungsgeschichte auf. Darin sind menschliche Unrechtserfahrungen und historische Monumentalereignisse ebenso verflochten wie philosophische, politische und rechtswissenschaftliche Schriften. Die nachfolgenden Abschnitte vermitteln einen Überblick über die in dieser Arbeit für die Konkretisierung der Kunstfreiheit angewandten Methoden.

2 Verfassungsauslegung

Die Auslegung von Verfassungsbestimmungen erfolgt grundsätzlich gestützt auf die gewöhnlichen juristischen Auslegungsmethoden. Wie bereits erwähnt ist eine Rechtsnorm nach ständiger Rechtsprechung und Lehre ausgehend von ihrem Wortlaut und unter Einbezug ihrer Entstehungsgeschichte, systematischen Stellung und Zweckausrichtung auszulegen.¹³ Das Bundesgericht befolgt einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es ab, die einzelnen Auslegungselemente hierarchisch zu ordnen. Es fordert eine pragmatische, sachlich richtige Entscheidung. Die Auslegung soll zu einem «vernünftigen, praktikablen und befriedigenden Ergebnis»¹⁴ führen, das dem Problemlösungsbedarf Rechnung trägt, die einander gegenüberstehenden Rechtsgüter zu einem schonenden Ausgleich bringt und dabei die Wertungsentscheidungen des geschichtlichen Normsetzers achtet.¹⁵

Systematisch ist bei der Auslegung von Verfassungsnormen ihre hochrangige Stellung in der Normenhierarchie ebenso wie ihre Stellung innerhalb der Verfassung zu berücksichtigen. Die Verfassung ist die rechtliche Grundordnung des Staates.¹⁶ Sie be-

¹³ BGE 141 II 262 E. 4.1. Anstelle vieler TSCHANNEN, Auslegung der neuen Bundesverfassung, 235 f.; EPINEY, Verfassungsauslegung, 3 f.; BELSER, BSK BV, N 58 Einleitung; BIAGGINI, Staatsrecht, § 7 N 45; weiterführend BIAGGINI, Verfassung und Richterrecht, 68 ff.; ebenso im deutschen Verfassungsrecht BVerfGE 105, 135 (157); anstelle vieler WRASE, Norm und Wirklichkeit, 27 f., 214 ff.; a.M. noch BÖCKENFÖRDE, Methoden der Verfassungsinterpretation, 2090 f.

¹⁴ BGE 141 II 262 E. 4.1.

¹⁵ BGE 141 II 262 E. 4.1.

¹⁶ Dieser Satz wird gemeinhin WALTER KÄGI, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, zugeschrieben, siehe etwa GRIMM, Die Zukunft der Verfassung II, 33; sinngemäss BGE 116 Ia

inhaltet die grundlegendsten Anforderungen an die Organisation und die Aufgaben des Staates und die Rechtsstellung des Einzelnen. Als Erlass mit erhöhter formeller Geltungskraft steht die Bundesverfassung über den Erlassen der Bundesversammlung und kann nur auf dem erschwerten Weg der Verfassungsrevision geändert werden.¹⁷ Obwohl der Verfassung erhöhte Geltungskraft zukommt, ist sie dennoch ein lebendiges und revidierbares Dokument. Die Bestimmungen der Bundesverfassung unterliegen sowohl durch Verfassungsänderungen als auch aufgrund ihrer gerichtlichen Anwendung einem ständigen Fortbildungsprozess. Die aktualisierende Auslegung durch die Gerichte ermöglicht eine kontextsensible Anpassung der rechtlichen Grundordnung an veränderte Verhältnisse im konkreten Einzelfall.¹⁸

Ob die einzelnen Verfassungsnormen untereinander gleichrangig und gleichwertig sind, ist in der Lehre umstritten. Zu diesem Disput gehört auch die Frage, ob den Grundrechten gegenüber anderen Verfassungsbestimmungen grundsätzlich mehr Gewicht zukommt.¹⁹ Ein Teil der Lehre steht für die Gleichwertigkeit der Verfassungsbestimmungen ein, soweit der Verfassungsgeber keine spezielle Hierarchie unter ihnen aufstellt.²⁰ Lehre und Rechtsprechung weisen aber auch die Tendenz auf, die Heterogenität der Verfassungsbestimmungen und ihr unterschiedliches normatives Gewicht zu berücksichtigen.²¹ Die Verfassung bildet keine homogene Einheit. Sie ist eine historisch gewachsene Struktur punktueller, nicht immer aufeinander abgestimmter Prinzipien, Zielsetzungen, Rechte, Staatsaufträge, Kompetenznormen und Bestimmungen über die Staatsorganisation. Verfassungsbestimmungen sind mit Blick auf die Schaffung einer minimalen Einheit und Kohärenz und die in der Verfassung zum Ausdruck kommenden Strukturprinzipien zu interpretieren.²² Die einzelnen Bestimmungen unterscheiden sich zugleich beträchtlich hinsichtlich ihrer normativen Tragweite. Diese Unterschiede und inhaltlichen Spannungen dürfen in einer nach Harmonie strebenden Auslegung nicht einfach eingeebnet werden.²³

359 E. 5. c: «Die Verfassung ist die rechtliche Grundordnung, aus der sich alles staatliche Recht ableitet. Dem entspricht das Anliegen, alle Rechtssätze bei ihrer Auslegung auf die übergeordneten Wertentscheidungen der Verfassung auszurichten. Die verfassungskonforme Auslegung betont demnach den inneren Zusammenhang, der zwischen allen staatlichen Rechtsnormen besteht.»

¹⁷ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N 24.

¹⁸ So bereits GIACOMETTI, Auslegung, 1; anstelle vieler BIAGGINI, Verfassung und Richterrecht, 361 f., 379.

¹⁹ Siehe die entsprechende Diskussion bei BIAGGINI, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK, 316–337; siehe auch TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, in: Kommentar neue Bundesverfassung, § 9 N 5.

²⁰ BGE 139 I 16 E. 4.2; anstelle vieler TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4 N 13; BELSER, BSK BV, N 69 zu Einleitung; zur praktischen Konkordanz HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts, 125–136; EICHENBERGER, Sinn und Bedeutung einer Verfassung, 159.

²¹ BGE 139 I 16 E. 4.2.1; TSCHANNEN, Auslegung der neuen Bundesverfassung, 240.

²² BGE 139 I 16 E. 4.2.1.

²³ Anstelle vieler HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N 99 f. m.w.H. auf die reichhaltige Diskussion in der Lehre.

3 Grundrechtskonkretisierung

Offenheit der Grundrechte

Grundrechte nehmen in der Verfassung eine zentrale Stellung ein. Zugleich sind sie meist offen und knapp formuliert. Das trifft auch auf die Kunstfreiheit zu.²⁴ Grundrechtsbestimmungen geben oft kaum mehr als ein Stichwort vor, um das sich die interpretative Auseinandersetzung formiert. Die Offenheit der Grundrechte ist nicht ein Defizit, sondern Ausdruck der spezifischen Stellung, die sie in der Rechtsordnung einnehmen. Verfassungsrechtliche Organisationsbestimmungen oder technische Rechtsätze sollen dem Gericht wenig Beurteilungsspielraum einräumen oder ihn von vornherein beschränken. Bei der Anwendung von Grundrechten sind Gerichte demgegenüber gerade dazu aufgefordert, sich vertieft und eigenständig mit den grundlegenden Wertungs- und Abwägungsfragen auseinanderzusetzen, die grundrechtliche Problemstellungen aufwerfen. Die offene Formulierung der Grundrechte verpflichtet die Gerichte dazu, sich in jedem Einzelfall inhaltlich mit Geschichte und Schutzrichtung des Grundrechts auseinanderzusetzen und so die grundlegenden Wertungs- und Abwägungsfragen im konkreten Einzelfall substantiell zu beurteilen.²⁵

Grundrechte müssen in Bezug auf die jeweils konkret vorliegenden Fallkonstellationen weiterentwickelt werden. Dabei kann und soll sich ein Gericht sowohl auf Präjudizien und Arbeiten aus der Lehre stützen als auch Impulse aus anderen Rechtsordnungen oder aus spezialisierten Wissenschaftszweigen aufgreifen. Die rechtsdogmatische Aufbereitung der bisherigen Rechtspraxis und Lehre lässt den diskursiven Rahmen erkennen, in dem das Grundrecht argumentativ begründet zur Anwendung gebracht werden könnte.²⁶ Erst wenn der bisherige Diskurs zu einem Grundrecht ausreichend erfasst ist, wird die Bestimmung im konkreten Einzelfall einer für die juristische Praxis nachvollziehbaren Aktualisierung zugänglich. So bildet auch für die Kunstfreiheit die bisherige Praxis das Fundament für die Anwendung des Grundrechts. Jedes Mal, wenn Gerichte im Einzelfall über den Umfang und die Schranken eines Sach-

²⁴ Entsprechend wurde in der deutschen Lehre die Frage aufgeworfen, ob die begriffliche Offenheit der Kunstfreiheit ihre Schutzfunktion reduziert, weil sie dadurch den Gerichten zu wenig Vorgaben macht, wie sie das Grundrecht anzuwenden haben, so bswa WÜRGNER, *Freiheit der Kunst*, 4. Derselbe Vorwurf zur Kunstfreiheit findet sich bereits unter der Weimarer Reichsverfassung: «kraftvoll und einfach, also schön gesagt, aber zu kraftvoll und einfach, und darum nicht gut gesagt», KITZINGER, Art. 142 Satz 1, in: Nipperdey, *Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung II*, 449.

²⁵ Grundsätzlich HUBER, *Konkretisierung der Grundrechte*, 199, 204 f.; MÜLLER, *Geschichtliche Grundlagen*, HGR VII/2, § 202 N 21; GRIMM, *Recht und Staat*, 309; HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 56, 60; weiter auch TSCHANNEN, *Auslegung der neuen Bundesverfassung*, 236 f.; HALLER, *Verfassungsfortbildung*, 10–12; BELSER, BSK BV, N 67 Einleitung; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, *Grundrechte*, § 6 N 4; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, *Verfassungsrecht*, N 1091; spezifisch zur Kunstfreiheit F. MÜLLER, *Freiheit der Kunst*, 37, 39.

²⁶ Zur entsprechenden Funktion der Rechtsdogmatik einführend BIAGGINI, *Demokratietheorie*, 2–4, 5–7.

bereichs entscheiden, schreiben sie die Konturen des grundrechtlichen Normgehalts fort und leisten damit den schöpferischen Akt der Grundrechtskonkretisierung.

Abwägung mit anderen Rechtsgütern

Die Konkretisierung eines Grundrechts sollte vom Anspruch geleitet sein, im konkreten Anwendungsfall diejenige normative Grenze ausfindig zu machen, mit der einerseits die grundrechtlich geschützten Aspekte eines Lebensbereichs im Sinne der freiheitlich-demokratischen Verfassungsordnung möglichst umfassend gewährleistet sind und andererseits mit dem gemeinschaftlichen Wohl und mit den Rechten Dritter vereinbar bleiben.²⁷ Jeder Entscheid über die Abwägung zwischen einander gegenüberstehenden Rechtsgütern ist eine Bewertung der zur Frage stehenden Interessen. Die rechtfertigende Erwägung des Entscheids ist der Versuch, den wertenden Entscheid von subjektiver Willkür abzuheben. Dabei stehen dem Entscheidungsträger weder «richtige» Kriterien zur Verfügung, noch lässt sich das dezisionistische Element der Entscheidung umgehen. Die einzige Kontrollinstanz über die «Richtigkeit» eines Entscheids ist der im Anschluss geführte Diskurs.²⁸ Auch der Kerngehalt eines Grundrechts konstituiert sich nicht aus einem irgendwie zu eruierenden «Wesen» der Grundrechte.²⁹ Er kann auch nicht systematisch aus den Grundrechten «abgeleitet» werden. Der Kerngehalt verdichtet sich in Auseinandersetzung mit der bisherigen Rechtspraxis am konkreten Einzelfall. Der pragmatisch verstandene Kerngehalt der Grundrechte muss in jedem einzelnen Anwendungsfall von Neuem konkretisierend ausgebildet und diskursiv vermittelt werden.³⁰ Die Grundrechtskonkretisierung hat dabei sowohl normativ als auch problemorientiert zu erfolgen. Das bedeutet unter anderem, dass der Rechtsanwender die mutmasslichen Auswirkungen und rechtspolitischen Überlegungen im Entscheid mitbedenkt. So sehr es die Funktion der Grundrechte ist, gewisse Werte in der gesamten Rechtsordnung zur Geltung zu bringen, ist die Akzeptanz und damit auch die Durchsetzbarkeit der vom Rechtsanwender vorgetragenen Interpretation der Werte nicht losgelöst von gesellschaftlichen und politischen Kräften zu denken.³¹

Topische Methode

Für die Grundrechtskonkretisierung hat sich in Ergänzung zu den klassischen Auslegungselementen die topische Auslegungsmethode bewährt. Die Bewertung und Abwägung von Grundrechtsproblemen erfolgt mit Rückgriff auf Argumentationsmuster

²⁷ Siehe SCHEFER/LOOSER, Beeinträchtigung, 83; BGE 97 I 45 E. 3.

²⁸ So u.a. bereits RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 151 f. m.w.H.

²⁹ Das Schweizer Recht grenzt sich diesbezüglich von der deutschen Dogmatik zu Art. 19 Abs. 2 GG ab; SCHEFER/LOOSER, Beeinträchtigung, 93; SALADIN, Grundrechte im Wandel, 282 f. Aus diesem Grund ist der Verweis von Art. 36 Abs. 4 BV auf Art. 19 Abs. 2 GG bei Ausbleiben eines Hinweises auf diesen grundlegenden Unterschied verkürzt.

³⁰ Gl.M. SCHEFER/LOOSER, Beeinträchtigung, 93.

³¹ Entsprechend auch GRIMM, Role of Fundamental Rights, 28 f.

oder allgemeinere Gesichtspunkte, aus denen sich für die Entscheidung im Einzelfall tragfähige Argumente gewinnen lassen. Die Auswahl, Bewertung und Gewichtung der für den Entscheid beigezogenen Gesichtspunkte ist mit ihrer konkreten Anwendung zu leisten. Eine argumentativ geleistete Problementwicklung soll im Einzelfall eine praktische Konkordanz der zur Frage stehenden Rechtsgüter herstellen. Die beigezogenen Topoi sind so zu wählen, dass sie die normspezifischen Gesichtspunkte sachgerecht ermitteln und in die Abwägung einfließen lassen können.³² Gerade die historische Auslegung der Kunstfreiheit vermag den Entscheidungsträger dafür zu sensibilisieren, dass die positivrechtliche Verankerung des Grundrechts in der Bundesverfassung gestützt auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts erfolgte. Ebenso soll sie den Entscheidungsträger dafür sensibilisieren, dass Art. 21 BV nicht eine Zäsur zur bisherigen Rechtsprechung und Dogmatik zur Kunstfreiheit setzt. Der Verfassungsgeber ging von der Fortführung und -entwicklung der bisherigen Rechtsprechung aus (siehe Teil I Kapitel II.4.2).³³

4 Rechtsvergleichung

Einbezug rechtsvergleichender Standpunkte

Gerichte weisen eine lange Tradition auf, rechtsvergleichende Standpunkte in ihre Argumentation einzubeziehen. Auch findet sich in der Lehre eine reichhaltige Auseinandersetzung zur Art und Weise, wie dies geschehen sollte. Es ist kaum noch umstritten, dass rechtsvergleichende Standpunkte in die Rechtsauslegung einbezogen werden. Zu der Frage, wie und mit welchem Ziel Gerichte rechtsvergleichend arbeiten sollten, lassen sich in der Lehre indessen verschiedene Positionen identifizieren. Sie reichen von einem formalen über einen funktionalen, bis zu stärker kontextorientierten oder pragmatischen Ansätzen.³⁴ Die Debatte sensibilisiert dafür, dass der Einbezug von

³² Die *topisch-problemlorientierte Methode* ist insbes. in VIEHWEG, Topik und Jurisprudenz, ausgeführt und hat sich in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts etabliert, zum Ganzen OSSENBÜHL, Grundrechtsinterpretation, HGR I, § 15 N 14, 66; zur topischen Methode auch bereits BÖCKENFÖRDE, Methoden der Verfassungsinterpretation, 2091–2093, der ausgehend von einem klassischen Verständnis der juristischen Methoden die Gefahr einer Beliebigkeit der beigezogenen Gesichtspunkte kritisch vermerkte.

³³ Der Nachführungsauftrag der neuen Bundesverfassung ist entsprechend im Rahmen des historischen Auslegungselements zu würdigen, TSCHANNEN, Auslegung der neuen Bundesverfassung, 225.

³⁴ Einführend und mit einem Überblick über die Debatte GARDBAUM, How Compare Constitutional Law?, 111–119; TUSHNET, Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law, 1–10; BESSON/HECKENDORN URSCHELER/JUBÉ, Comparing Comparative Law; JACKSON, Comparative Constitutional Law: Methodologies, in: Rosenfeld/Sajó, Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, 54–74; DORSEN et al., Comparative Constitutionalism, 1–32; BAER, Verfassungsvergleichung; des Weiteren auch HECKENDORN URSCHELER, Methode der richterlichen Rechtsvergleichung, 91–95; KADNER GRAZIANO, Justizielle Rechtsvergleichung, 13–18; BIAGGINI, Einige Gedanken zum interjudikativen Dialog; SCHMID/MOROWA/HECKENDORN URSCHELER, Rechts-

anderen Rechtsordnungen in Rechtsprechung und Lehre nicht instrumentell erfolgen darf, um für das erwünschte Resultat eine Scheinlegitimität zu erzeugen. Gerichte sollten sich in einem ergebnisoffenen Ansatz mit rechtsvergleichenden Untersuchungen befassen und Problemstellungen nicht isoliert betrachten. Die Rezeption rechtsvergleichender Standpunkte bedarf ausreichender Berücksichtigung des spezifischen kulturellen und historischen Kontextes der einbezogenen Rechtsnormen.

Pragmatischer Ansatz des Bundesgerichts

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist im Gegensatz zu den intensiv geführten Lehrgesprächen über die Methodik der Rechtsvergleichung durch ein pragmatisches Rechtsverständnis charakterisiert. Das Bundesgericht berücksichtigt rechtsvergleichende Standpunkte dort, wo deren Einbezug die Suche nach einer überzeugenden Position zu unterstützen vermag.³⁵ Mit einer entsprechenden Selbstverständlichkeit pflegt auch das deutsche Bundesverfassungsgericht einen «internationalen und europäischen Dialog»³⁶ über verfassungsrechtliche Fragen. Gerichte verschaffen sich rechtsvergleichend Orientierung über ähnliche Diskussionen in anderen Rechtsordnungen, soweit dies für die Auseinandersetzung mit der eigenen Rechtsordnung unterstützend ist. Letztlich entscheiden Gerichte aber auch unter Einbezug rechtsvergleichender Standpunkte immer autonom. Sie behalten das *letzte Wort* über die Geltung der eigenen Verfassung.

Wert der Rechtsvergleichung für die Grundrechtskonkretisierung

Im Bereich der Grundrechte kann der Einbezug anderer Rechtsordnungen in verschiedener Hinsicht die Entscheidungsfindung unterstützen. Der rechtsvergleichende Blick kann die Konkretisierung einer offenen Grundrechtsnorm unter Einbezug einer allenfalls vorliegenden «gemeineuropäischen»³⁷ respektive transnational verbreiteten Rechtsüberzeugung stützen. Der Rechtsvergleich kann ebenso dazu dienen, Bestimmungen des Schweizer Rechts mit den Rechtsnormen anderer Rechtsordnungen zu kontrastie-

vergleichung in der Rechtsprechung; GERBER, Einfluss des ausländischen Rechts; WERRO, Jurisprudence et droit comparé; TSCHENTSCHER, Dialektische Rechtsvergleichung. GLENDON, Comparative Law, betont die Eigenheiten der amerikanischen Verfassung, demgegenüber unterstreicht WALDRON, Foreign Law and the Modern Ius Gentium, den Wert eines rechtsvergleichenden Dialogs auch für das amerikanische Verfassungsrecht.

³⁵ BGE 123 III 473 E. 5.c; BGE 127 III 318 E. 2.b; BGE 138 III 497 E. 3.4; BGE 124 III 266 E. 4; KADNER GRAZIANO, Justizielle Rechtsvergleichung, 11; HECKENDORN URSCHELER, Methode der richterlichen Rechtsvergleichung, 90; a.M. hingegen RÜTSCHKE, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, 139, wonach «Rechtsvergleichung nicht Auslegung» sein kann.

³⁶ BVerfGE 128, 326 (368 f.); GRABENWARTER, in: Maunz/Dürig, GGK (Lfg. 68 Januar 2013) 5 I/II N 15.

³⁷ BGE 126 II 425 E. 2.b und 4.a; der EGMR spricht von einem «European Consent» als «settled and long-standing principles established in the law of the member States», EGMR 57813/00 (2011) S.H. and others v Austria, N 96; RÜTSCHKE, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, 140 f.

ren oder die Konsens- oder Tragfähigkeit eines Urteils zu prüfen und zu festigen.³⁸ Sofern die Rechtsvergleichung substanziell und kontextbewusst erfolgt, lassen sich rechtsvergleichend wichtige Impulse für die Entwicklung einer rechtlich tragfähigen Schweizer Grundrechtsdogmatik gewinnen und formalistische *legal transplants* verhindern. Die rechtsvergleichend gewonnene Vielfalt an Fällen bereichert die Bearbeitung der Rechtsfragen und ist für die aktualisierende Konkretisierung der Kunstfreiheit eine wertvolle Ergänzung. Gerade weil es bei Verfassungsfragen um grundlegende Fragen geht, die sich so oder ähnlich auch in anderen demokratisch-rechtsstaatlich organisierten Staaten stellen, ist der rechtsvergleichende Dialog für die aktualisierende Konkretisierung der Verfassung fruchtbar.

Wert der Rechtsvergleichung für die Konkretisierung der Kunstfreiheit

Der Einbezug rechtsvergleichender Standpunkte ist gerade für die Konkretisierung der Kunstfreiheit besonders anregend. Sowohl im deutschen als auch im amerikanischen Recht findet sich eine reichhaltige Auseinandersetzung mit Fragen der Kommunikationsgrundrechte und der künstlerischen Freiheit. Einzelne rechtsdogmatische Elemente wie beispielsweise der *offene Kunstbegriff* und die *kunstspezifische* Beurteilung von Sachverhalten haben das Bundesgericht und die Lehre aus dem deutschen Recht übernommen. Der Einbezug der deutschen und der amerikanischen Rechtsprechung und Lehre ist für die Auslegung von Art. 21 BV in dieser Hinsicht eine Voraussetzung, um die Dogmatik der Bestimmung überhaupt erfassen zu können. Diese Arbeit enthält dort Hinweise auf die deutsche und amerikanische Rechtspraxis zur Kunstfreiheit, wo diese die historische Entwicklung des Grundrechts mitbestimmen, der Konkretisierung des Schweizer Rechts interessante Impulse zu vermitteln vermögen oder zur Prüfung der Plausibilität und Tragbarkeit eines Interpretationsvorschlags beitragen.

5 Einbezug anderer Fachbereiche

Ausdifferenzierung und Weiterentwicklung von Grundbegriffen

Zum Einbezug von Forschungsthesen aus anderen Wissenschaftszweigen in die rechtliche Entscheidungsfindung besteht eine umfangreiche Debatte. Die Schriften zeigen auf, wie verbreitet die Rezeption von Erkenntnissen anderer Wissenschaftszweige in den Rechtswissenschaften ist und unter welchen Bedingungen sich auch Gerichte auf Forschungsthesen etwa der Soziologie, der Wirtschaftswissenschaften, der Medizin oder der Philosophie stützen.³⁹ Das Bundesgericht legte für sich den methodischen Grund-

³⁸ GARDBAUM, *How to Compare Constitutional Law*, 110; in der Schweizer Lehre ähnlich RÜTSCHÉ, *Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht*, 134 f., 140; HECKENDORN URSCHELER, *Methode der zivilrechtlichen Rechtsvergleichung*, 94 f.

³⁹ Siehe insbes. GRIMM, *Notwendigkeit und Bedingungen interdisziplinärer Forschung*, 25, 27; BAER, *Schlüsselbegriffe*, 240; DIES., *Rechtssoziologie*, 51–85; KIRSTE et al., *Interdisciplinary Research in Jurisprudence and Constitutionalism*; einführend des Weiteren MAHLMANN, *Le Chariot*; grund-

satz fest, dass einer Entscheidung «die einer rechtsstaatlichen Freiheitsidee entsprechenden philosophischen und ethischen Prinzipien»⁴⁰ zugrunde zu legen sind. Dieser methodische Ansatz zu den normativen Grundlagen der verfassungsrechtlichen Ordnung findet sich auch in der Lehre. Für Giovanni Biaggini beispielsweise dient der Einbezug anderer Fachbereiche der «Klärung, Ausdifferenzierung und Weiterentwicklung jener Grundbegriffe, die für Analyse, Verständnis und Kritik des geltenden Rechts erforderlich sind»⁴¹. Diesem Ansatz schliesst sich auch die vorliegende Arbeit an. Für die Kunstfreiheit ist insbesondere der Einbezug von geschichtswissenschaftlichen, soziologischen, philosophischen und kunsttheoretischen Schriften relevant. Die Kunstfreiheit lässt sich nicht ohne Einbezug der Schriften aus der Ästhetik und der Kunsttheorie zur Kunst und ohne minimale Kenntnisse des wechselseitigen Verhältnisses von Kunst und Recht tragfähig entwickeln.⁴²

Bedeutung für die Konkretisierung der Kunstfreiheit

Eine rechtswissenschaftliche Abhandlung über die rechtliche Geltung der Kunstfreiheit, die in einem für die Gesellschaft dermassen zentralen Lebensbereich wie der Kunst Thesen über deren normative Grundlagen entwickelt, kommt nicht ohne Einbezug der historischen Genese der Kunstfreiheit und der mit ihr verwobenen Werke der Kunst, der Kunstgeschichte und der Ästhetik und Kunsttheorie aus. Die Konkretisierung der Kunstfreiheit gewinnt gerade aus der Kenntnisnahme von Thesen anderer Fachbereiche wie der Kunstgeschichte, der Ästhetik⁴³ und der Kunsttheorie wichtige Impulse. Der Lebenssachbereich der Kunst betrifft zentrale Aspekte des gesellschaftlichen Zusammenlebens. Im Diskurs über die Kunst entzündet sich seit Jahrhunderten die Frage danach, was der Mensch ist und in welchem Bezug er zu seinem Umfeld steht. Seit der Aufklärung haben sich viele Autoren des philosophischen Kanons auch der Kunst zugewendet. In ihren Theorien über die Kunst haben sie zentrale Thesen über die menschliche Erkenntnisfähigkeit und Freiheit entwickelt, die auch in das normative Fundament der liberalen Verfassungsordnung eingeflochten sind. Im Nachdenken über die Kunst überschneidet sich die Frage nach der rechtlichen Freiheit der Kunst mit der Frage nach der Kunst der demokratischen Freiheit. Erst aus dem Dialog mit

legend mit einem systemtheoretischen Ansatz TEUBNER, Selbstsubversive Gerechtigkeit, 336; zum Ganzen bereits RÜEGGER, Politische Rechte, 85.

⁴⁰ BGE 97 I 45 E. 3.

⁴¹ BIAGGINI, Demokratietheorie, 9; sinngemäss AUER, Problèmes fondamentaux, 10 f.

⁴² GL.M. F. MÜLLER, Freiheit der Kunst, 67; grundlegend auch VISMANN, Bildregime, 27.

⁴³ *Ästhetik* ist die Wissenschaft vom sinnlich Wahrnehmbaren, teilweise auch als Auseinandersetzung mit der Wahrnehmung der Wirklichkeit bezeichnet. Teilweise beschränkt sich die Begriffsverwendung auf die Wissenschaft vom Schönen oder diejenige der Kunst. *Ästhetisch* ist das, was sinnlich wahrnehmbar ist, unabhängig davon ob es als schön oder hässlich gilt. Einführend zur Ästhetik WELSCH, Ästhetisches Denken, 9 f.; MAJETSCHAK, Ästhetik zur Einführung; SCHNEIDER, Geschichte der Ästhetik; BALMER, Philosophische Ästhetik; BERTRAM, Kunst. Eine philosophische Einführung; ELDRIDGE, An Introduction to the Philosophy of Art.

den auf die Kommentierung der Kunst spezialisierten Wissenschaftszweigen lässt sich die normative Ausrichtung des Grundrechts und die einzelfallbasierte Bewertung der kunstspezifischen Sachverhalte auf eine Weise bewältigen, die fachgerecht an den Diskurs über die Geschichte der Kunst und ihre gesellschaftliche Stellung anknüpft.

Untersuchungen zum Verhältnis von Kunst und Recht

Neben Untersuchungen zur Kunst sind für die Konkretisierung der Kunstfreiheit auch wissenschaftliche Untersuchungen zum vielschichtigen Verhältnis von Kunst und Recht relevant. Sie sensibilisieren dafür, wie komplex das Verhältnis zwischen der Kunst und ihrer rechtlichen Regulierung ist. Die Forschung zu *Kunst und Recht* erfolgt mit vielfältigen methodischen Ansätzen, darunter historische, philosophische, soziologische, literatur- und kunstwissenschaftliche oder künstlerische Blickwinkel.⁴⁴ Die Untersuchungen weisen darauf hin, dass Kunst sowohl eine individuelle als auch eine gesellschaftliche Praxis ist, auf die pluralistisch generierte Regeln einwirken. Das soziale Feld der Kunst ist in vielfältiger Weise in normative, ökonomische, institutionelle und rechtliche Strukturen eingebunden. Sie begünstigen Prozesse der Herstellung und Wahrnehmung von Kunst ebenso wie sie diese Prozesse einschränken und verändern. So kommt beispielsweise der Kreativität in der gegenwärtigen Gesellschaft aussergewöhnliche Bedeutung zu. Die Verbreitung des künstlerisch-kreativen Ethos für die individuelle Selbstentfaltung, für die Kunst als Kommunikationsform und als ökonomische Anforderung an die Arbeitswelt gilt neben der Entwicklung neuer Medien als eine der einflussreichsten kulturellen Veränderungen seit dem Zweiten Weltkrieg.⁴⁵

Eine vom Recht getrennte Sphäre der Künste gibt es ebenso wenig wie ein von der Kunst losgelöstes Recht. Das Recht steht als Teil der Gesellschaft in vielfältigen und

⁴⁴ Aus der Forschung zum Verhältnis von Kunst und Recht siehe insbes. KANTOROWICZ, Zwei Körper; DERS., Die Souveränität des Künstlers; LEGENDRE, Gott im Spiegel; DOUZINAS/NEAD, Law and the Image; GOODRICH, Oedipus Lex; DERS., Legal Emblems; JOLY/VISMANN/WEITIN, Bildregime; MARIN, Porträt des Königs; AGAMBEN, Creation and Anarchy; BALKE, Souveränität; KOSCHORKE et al., Der fiktive Staat; WAGNER/SHERWIN, Law, Culture and Visual Studies; GOODRICH/HAYAERT, Legal Vision; BEN-DOR, Law and Art; BAXI, Towards an Aesthetics of Human Rights; BLÜMLE, Der Zeuge im Bild; DIES., Gemeinschaft in und vor dem Bild; KEE, Art and Law in Post-Sixties America; GEPHART/LEKO, Law and the Arts; MÜNKLER/STENZEL, Inszenierung von Recht; KILCHER/MAHLMANN/MÜLLER-NIELADA, Fechtschulen und phantastische Gärten; DREIER, Bild und Recht; BREDEKAMP, Der Künstler als Verbrecher. Bemerkenswert und mit einem eigenen Ansatz GRIMM, Von der Poesie im Recht. Zur Darstellung des Rechts in der Kunst siehe bswa FEHR, Kunst und Recht; PLEISTER/SCHILD, Recht und Gerechtigkeit im Spiegel der europäischen Kunst; VON MATT, Recht, Gerechtigkeit und Sympathie. Zum Bildgebrauch in der juristischen Ausbildung siehe RÖHL/ULBRICH, Recht anschaulich; BERGMANS, Visualisierungen in Rechtslehre und Rechtswissenschaft; BRUNSCHWIG, Visualisierung von Rechtsnormen; BRUNSCHWIG, On Visual Law; schon früh LACHMAYER/GARNITSCHNIG, Computergaphik und Rechtsdidaktik; ein konkretes Anwendungsbeispiel ist BEGLINGER/TOBLER, Das EUR-Charts Projekt, vertieft bei TOBLER, Introducing Visualisation.

⁴⁵ RECKWITZ, Erfindung der Kreativität, 9–16.

sich ständig verändernden Wechselwirkungen mit der Kunst. Die Regulierung der Kunst ist kulturell und geschichtlich bedingt. Kunst entsteht und wirkt wiederum in Abhängigkeit von den sozialen, ökonomischen, politischen und rechtlichen Bedingungen ihrer jeweiligen Gegenwart.⁴⁶ Kunst und Recht bringen sich beide erst aus den verschiedenen menschlichen Begegnungen hervor und verändern sich selbst mit ihnen. Die Kunstfreiheit ist als rechtliche Garantin der künstlerischen Autonomie und Freiheit, aber auch als rechtliche Schranke dieser Freiheit Teil dieses vielschichtigen Verhältnisses von Kunst und Recht.

Methode der affirmativen Genealogie

Bei der Konkretisierung der Kunstfreiheit stellt sich die Frage, ob und wie die Genese für die Konkretisierung des Grundrechts herangezogen werden kann. Grundrechte sind historisch kontingente Ideen, die positivrechtlich gesetzt und damit veränderlich sind. Grundrechte sind weder angeboren, noch können sie in einer wie auch immer gearteten Natur des Menschen aufgefunden werden. Seit der Einsicht in die Relativität der Werte steht eine rational-logische Begründung der Grundrechte als letzte, transzendente Werte einer Rechtsgemeinschaft nicht mehr zur Verfügung. Grundrechte sind erfundene und nicht gefundene Rechte.⁴⁷ Dennoch scheinen die Grundrechte etwas über das gesetzte Recht Hinausweisendes zum Ausdruck zu bringen.

Georg Jellinek war vielleicht der erste Jurist, der in seiner Abhandlung über die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte (1895) eine vermittelnde Position zwischen einem positivistischen Relativismus und einem naturrechtlichen Transzendentismus vertrat. Er formulierte die These, dass man weder aus irgendeiner Philosophie noch aus dem Naturrecht oder der Geschichte verbindliche Normen für das positive Recht ableiten kann. Dennoch trennte Jellinek Genese und Geltung der Grundrechte nicht auf radikale Weise, wie dies positivistische Relativisten tun. Er verwies vielmehr darauf, dass die Rechte zwar kontingent gesetzt sind, ihnen aber umfangreiche Debatten und bedeutende historische Erfahrungen vorausgehen, die unser Verständnis von ihnen formen und ihre Legitimität fundieren.⁴⁸

Hans Joas hat im Anschluss an Georg Jellinek mit der Methode einer *affirmativen Genealogie*⁴⁹ eine zwischen Genese und Geltung vermittelnde Position vorgelegt. Dem-

⁴⁶ Zur institutionell-normativen Bedingtheit künstlerischer Freiheit einfühend BOURDIEU, Regeln der Kunst; GOMBRICH, Geschichte der Kunst, 562; RECKWITZ, Erfindung der Kreativität, 9–16. Sinngemäß das pluralistische Rechtsverständnis bei HELLER, Staatslehre, 82 f., 117 f.; BÄUMLIN, Staat, Recht und Geschichte, 7 ff.; siehe jetzt auch MATTER, Die pluralistische Staatstheorie, 37–42, erläuternd SCHINDLER, in: Matter, Die pluralistische Staatstheorie, 21 f.

⁴⁷ Zur Geschichte der Grund- und Menschenrechte siehe einfühend HUNT, Inventing Human Rights; ISHAY, History of Human Rights; JOAS, Sakralität der Person; MOYN, The Last Utopia.

⁴⁸ JELLINEK, Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 48–53; einfühend JOAS, Sakralität der Person, 40–46.

⁴⁹ JOAS, Sakralität der Person, 14. Zur Methode einer kritischen Geschichtsschreibung der Menschenrechte, aus der keine verbindlichen Vorgaben, aber Impulse für die zeitgenössische Weiterentwick-

nach sind Menschenrechte positiv gesetztes Recht, dessen Interpretation in engem Dialog mit ihrer Entstehungsgeschichte und der Philosophie erfolgt. Die Geschichte verdeutlicht, dass Rechte aus Erfahrungen und ihrer politischen Verarbeitung in verbindlichen Dokumenten hervorgehen. Sie sind Ausdruck kontingenter Wertvorstellungen, deren normatives Fundament über den einzelnen Akt ihrer rechtlichen Konstituierung hinausreicht. Das Wissen um die Debatten und Erfahrungen, die zur rechtlichen Institutionalisierung der Grundrechte führen, kann die Kontingenz der Grundrechte als gesetzte Rechtsnormen nicht relativieren. Grundrechte müssen in ständiger Praxis immer wieder von Neuem erstritten, bestätigt und aktualisiert werden. Das gilt nicht nur für die Garantie der Menschenwürde, das Folterverbot oder das Recht auf Leben, sondern auch für die Kunstfreiheit. Dennoch geht der Verrechtlichung der Grundrechte eine umfangreiche ideengeschichtliche und gesellschaftspolitische Entwicklung voran, die auch für ihre aktualisierende Konkretisierung relevant ist.

Die vorliegende Arbeit orientiert sich an diesem Ansatz einer affirmativen Genealogie der Grundrechte. Entsprechend reichert die vorliegende Untersuchung die Konkretisierung der Kunstfreiheit mit Erzählungen ihrer historischen Entwicklung und mit Schriften unterschiedlicher Disziplinen zur Freiheit der Kunst an. Mit diesem Untersuchungsansatz bleibt die Trennung zwischen Genese und Geltung erhalten. Zugleich bleibt die Einbindung in den historischen und philosophischen Dialog zum tangierten Sachbereich als methodisches Gebot der Grundrechtskonkretisierung gewährleistet. Die Methode der affirmativen Genealogie verbindet die historische Kontingenz institutionalisierter Werte mit den über die positivistische Relativität hinausweisenden, mehrschichtigen, diskursiven Bezugspunkten ihrer Genese. Auch in einen solchen Dialog eingebettet bleibt die Kunstfreiheit ein verfassungsrechtlich verbriefteter Wert, dessen Geltung nicht allgemeingültig und zeitlos vorliegt, sondern relativ ist und sich erst aus der Konkretisierung im Einzelfall ergibt. Im Idealfall wird die rechtliche Geltung der Kunstfreiheit in der Berücksichtigung von Genese und Geltung des Grundrechts als informierter Entscheid zu einem konkreten Sachverhalt geleistet.

Anmerkung zur Rezeption anderer Fachbereiche

Die Konkretisierung des Grundrechts muss so weit über die Kunst, die Kunstgeschichte und die Ästhetik informiert sein, wie es für die Entwicklung einer sachlich begründeten und damit anerkennungswürdigen Rechtsdogmatik zur Kunstfreiheit erforderlich ist. Es kann in einer rechtswissenschaftlichen Arbeit hingegen nicht darum

lung der Menschenrechte gewonnen werden können, siehe bswa auch MOYN, *Human Rights and the Uses of History*, xi-xx. Zur gestaltenden Macht der Menschenrechte als sozial wirksames Faktum und den Methoden einer Soziologie der Menschenrechte einfürend MAHLMANN, *Neue Perspektiven einer Soziologie der Menschenrechte*. Demnach ermöglicht das menschliche praktische Urteilsvermögen als kognitive Voraussetzung die Entwicklung von Moral und Recht (darin eingeschlossen die Menschenrechte) komplexe Urteile, die aus der Auseinandersetzung mit verschiedenen Argumenten hervorgehen, darunter auch die historische Entwicklung des Grundrechts (343 f.).

gehen, Forschung unter Anwendung kunsthistorischer, kunsttheoretischer oder künstlerischer Methoden zu betreiben. Die Konkretisierung der Kunstfreiheit ist auf die fachgerechte Kenntnisnahme der Thesen anderer Fachbereiche beschränkt. Dabei gilt es zu beachten, dass sich Theorien anderer Autoren nicht einfach in gegenwärtigen Theorien «darstellen» und quasi unverändert in neue Theorien einverleiben lassen. Jede zeitgenössische Kategorisierung wirkt sich auf den Untersuchungsgegenstand und folglich auf die Interpretation der einbezogenen Texte aus. Sowohl die Geschichtlichkeit jeder Aussage über die Kunst als auch die Geschichtlichkeit von Aussagen über Aussagen über die Kunst muss stets mitbedacht werden. Von der Möglichkeit einer Objektivität bei der Rezeption von Theorien auszugehen, wäre eine historistische Betrachtungsweise dieser Theorien.⁵⁰ Auch sind vergangene Theorien keine Vorstufen zu zeitgenössischen Theorien. Das wäre eine Instrumentalisierung dieser Theorien. Damit würde der Bedeutungswandel ausser Acht gelassen, der im Moment der Interpretation und Übertragung in einen neuen Kontext unvermeidbar erfolgt. Die Rezeption historischer Texte verändert durch die zeitliche Bedingtheit der angewandten Untersuchungskategorien die Art und Weise, wie diese Texte gelesen und interpretiert werden. Entsprechend formulierte der Kunsthistoriker Georges Didi-Hubermann die These, dass der geschichtliche Diskurs nie «geboren» wird, sondern immer wieder aufs Neue beginnt.⁵¹ Und so beginnt auch die sogenannte Kunstgeschichte mit jeder neuen Erzählung über die Kunst. Die vorliegende Rezeption verschiedener Thesen zur Kunst verändert methodisch bedingt deren Gehalt in signifikanter Weise. Der Einbezug von Theorien ist nicht eine Repräsentation oder Abbildung dieser Theorien, sondern eine originäre Konstruktion. Es ist eine Einladung zum Dialog über die Bedeutung der Kunst innerhalb des Rechtssystem und aus rechtswissenschaftlicher Sicht.

III Aufbau

Mit dem Untersuchungsgegenstand, der These und der methodischen Ausrichtung sind die Grundzüge der Arbeit festgelegt. Die Arbeit folgt einem systematischen Aufbau und ist in vier Teile gegliedert.

1 Historische Entwicklung und rechtliche Grundlagen

Der erste Teil der Arbeit vermittelt einen Überblick über die historische Entwicklung der Kunstfreiheit und ihre rechtlichen Grundlagen. Im Kapitel über die historische Entwicklung der Kunstfreiheit geht es weniger um einen historischen Abriss der Entstehungsgeschichte des Grundrechts als vielmehr um die punktuelle normative Verortung der Kunstfreiheit im vielschichtigen Diskurs über die Stellung der Kunst in der modernen Gesellschaft. Zu diesem Diskurs haben die Revolutionäre des 18. Jahrhunderts in

⁵⁰ Einführend BÜRGER, Theorie der Avantgarde, 23–29.

⁵¹ DIDI-HUBERMANN, Das Nachleben der Bilder, 11.

Amerika und Frankreich ebenso beigetragen wie die Philosophen und Philosophinnen der Aufklärung. Impulsgebend waren auch institutionelle Veränderungen, wie etwa das Ende der Monarchie in Frankreich und die Umfunktionierung des Louvre in ein öffentliches Museum. Zu den weiteren Eckpunkten, anhand derer sich die Entwicklung der Kunstfreiheit ansatzweise erfassen lässt, gehören künstlerische Entwicklungen sowie die gesellschaftlichen und institutionellen Veränderungen, die mit ihnen verbunden sind. Für die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Kunstfreiheit als eigenständiges Grundrecht ausschlaggebend war schliesslich – neben der Jahrzehnte andauernden Filmzensur – die verheerende Kunstpolitik des Dritten Reiches.

Das zweite Kapitel zeigt die breite rechtliche Verankerung der Kunstfreiheit im geltenden Recht auf. Das Kapitel vermittelt einen Überblick über die rechtlichen Grundlagen der Kunstfreiheit im internationalen Recht, im eidgenössischen und kantonalen Verfassungsrecht und in den Rechtsordnungen Deutschlands, der Europäischen Union und der Vereinigten Staaten.

2 Schutzzweck und Schutzbereich

Der zweite Teil befasst sich mit der Frage nach dem Schutzzumfang der Kunstfreiheit. Wie umfangreich fällt der grundrechtliche Schutz der künstlerischen Freiheit aus? Die Beantwortung dieser Frage bedarf der Kenntnisse des normativen Fundaments der Kunstfreiheit. Das erste Kapitel spinnt ausgewählte Fäden zwischen der Kunstfreiheit und dem geisteswissenschaftlichen Diskurs über die Kunst. Dabei kann es im Rahmen einer juristischen Arbeit nicht darum gehen, das weite Feld der Ästhetik und Kunsttheorie systematisch aufzuarbeiten. Ziel ist es vielmehr, anhand ausgewählter Beispiele den rechtlichen Horizont für das normative Fundament des Grundrechts in den Geisteswissenschaften zu öffnen und im Gefüge der demokratischen Verfassungsordnung zu verorten. Die normative Begründung der Kunstfreiheit bildet das Fundament der Rechtsdogmatik des Grundrechts. Erst wenn klar ist, *warum* die Kunst grundrechtlich gewährleistet ist, kann auch die Frage beantwortet werden, *wie* dieser Schutz rechtlich auszugestalten ist.

Auf dem ersten Kapitel aufbauend legt das zweite Kapitel den Schutzbereich der Kunstfreiheit fest. Dabei drängt sich in einem ersten Schritt die Frage auf, wie der Kunstbegriff verfassungsrechtlich definiert wird und weshalb der vom deutschen Bundesverfassungsgericht und vom Schweizer Bundesgericht verwendete *offene* Kunstbegriff aus rechtlicher Sicht nach wie vor überzeugt. Im Anschluss geht es darum, spezifische Fragen zum sachlichen und persönlichen Schutzzumfang der Kunstfreiheit zu thematisieren.

3 Bedingungen, Pflichten und freiheitsfördernde Massnahmen

Der dritte Teil wendet sich der Gewährleistung der Kunstfreiheit zu. Es geht um die Frage, welche Pflichten das Grundrecht begründet und mit welchen Instrumenten seine Umsetzung erfolgt. Das erste Kapitel nähert sich unter Einbezug historischer Erfahrungen in grundsätzlicher Weise der Frage an, was es bedeutet, die Freiheit der

Kunst zu gewährleisten. Es geht darum, aufzuzeigen, warum die Kunstfreiheit keine ideale Freiheit ist, sondern nur – aber immerhin – darauf ausgerichtet ist, dem künstlerischen Schaffen freiheitsfördernde Bedingungen zu schaffen. Dazu steht dem Staat eine Vielfalt an Mitteln zur Förderung der künstlerischen Freiheit zur Verfügung. Diese Mittel beschränken sich nicht auf finanzielle Förderleistungen. Ganz zentral sind regulative Massnahmen und die Ausgestaltung der Partizipations- und Verfahrensrechte. Wer Massnahmen zur Förderung der Kunstfreiheit ergreift, sieht sich mit dem Dilemma konfrontiert, dass jede staatliche Fördermassnahme zugleich eine Vorgabe an die Kunst und also eine rechtfertigungsbedürftige Einschränkung ihrer Freiheit ist. Das vierte Kapitel zeigt auf, wie direkte und selektive Formen der Kunstförderung grundrechtskonform ausgestaltet werden können.

4 Grenzen, Beurteilungsmassstab und Beurteilungskriterien

Der vierte Teil richtet sich auf die Frage nach den *Grenzen der Kunstfreiheit*. Die Verfassung räumt der Kunst keine absolute Freiheit ein. Das künstlerische Schaffen ist vielmehr, wie jede menschliche Tätigkeit, in die Gesellschaft eingebunden. Die Kunst findet ihre Grenzen dort, wo gewichtige öffentliche Interessen oder die Freiheiten Dritter eine Einschränkung zu rechtfertigen vermögen. Das erste Kapitel fasst die allgemeine Schrankendogmatik zusammen. Das zweite Kapitel zeigt auf, nach welchem Beurteilungsmassstab die Entscheidungsträger bei ihrem Urteil über die Rechtmässigkeit von Einschränkungen die Eigenheiten der Kunst zu berücksichtigen haben. Der Abschnitt betont, dass der Verfassungsgeber mit der Kunstfreiheit einen Grundsatzentscheid *für* die Freiheit der Kunst gefällt hat. Das bedeutet, dass bei der Rechtfertigungsprüfung von Eingriffen der künstlerischen Freiheit grosses Gewicht eingeräumt werden muss. Die Freiheit der Kunst ist die Regel. Rechtmässige Eingriffe sind die streng zu handhabende Ausnahme. Zur Beurteilung umstrittener Kunst hat sich eine eigene Dogmatik entwickelt, die eine kunstspezifische Beurteilung gewährleisten soll. In der Rechtsprechung nationaler und internationaler Gerichte haben sich gewisse Kriterien bewährt, anhand derer Kunstwerke auf ihre Rechtmässigkeit überprüft werden können. Das dritte Kapitel thematisiert die einzelnen Kriterien und zeigt mögliche Anwendungskonstellationen auf.

Mit diesem Programm sind einige, aber bei weitem nicht alle rechtlichen Fragen zur Kunstfreiheit abgehandelt. Viele Verbindungen zur Kunst und zu den unermesslichen Beständen der sie kommentierenden Schriften bleiben unberührt. Die vorliegende Arbeit vermag zur Geschichte und Theorie der künstlerischen Freiheit einige Anhaltspunkte zu vermitteln. Eine umfassende Abhandlung bleibt fachspezifischen Untersuchungen vorbehalten. Entsprechend anspruchsvoll gestaltete sich die Auswahl der Texte und historischen Ereignisse, aus denen die vorliegende Abhandlung ihre Thesen zur historischen Entwicklung und zum normativen Fundament der Kunstfreiheit konstruiert.

Die Untersuchung hat sich im Bereich der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Kunstfreiheit um grösstmögliche Vollständigkeit bemüht. Aus dem Bestand an Ur-

teilen unterer Instanzen konnte nur eine eng begrenzte Auswahl berücksichtigt werden. Die Schriften zur Kunstfreiheit im Schweizer Verfassungsrecht sind systematisch aufgearbeitet. Bei den Schriften zum Kulturverwaltungsrecht, zum Kunstrecht, zum Urheberrecht, zum Verhältnis von Kunst und Recht und zur Kunstfreiheit in anderen Rechtsordnungen soll die Literatur den Stand der Diskussion aufzeigen. Der Anspruch auf Vollständigkeit muss auch an dieser Stelle aufgrund der Quantität des vorliegenden Materials zugunsten einer qualitativen Konzentration auf die zentralen Gedankengänge zurückgestellt werden.

Erster Teil

Grundlagen

I Historische Entwicklung

Die Kunstfreiheit ist ein relativ junges Grundrecht. Es findet 1848 in der gescheiterten Paulskirchenverfassung einen ersten Ausdruck und steht in der Weimarer Reichsverfassung von 1919. In ihrer heutigen Form kam die Kunstfreiheit nach dem Zweiten Weltkrieg im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschlands zu Papier. In der Schweiz sollte die Kunstfreiheit erst 1999 mit der Totalrevision in die Bundesverfassung eingehen. Die ersten Spuren der Idee einer künstlerischen Freiheit gehen indessen weit über ihre formell-rechtliche Anerkennung hinaus. Die Kunstfreiheit ist ideengeschichtlich mit denjenigen Schriften zur Kunst verwoben, die im 18. Jahrhundert die Ästhetik als neue Disziplin der Philosophie begründeten. Ab Mitte des 19. Jahrhunderts finden sich in Rechtsurteilen mit der sogenannten *Exceptio artis*-Rechtsprechung Spuren einer der Kunst eigens zugestandenem Freiheit. Diese Rechtsprechung verdichtete sich im 20. Jahrhundert zur Anerkennung der Kunstfreiheit eigenständiges Grundrecht. Diese drei Episoden aus der vielschichtigen Entwicklung der Kunstfreiheit sollen an dieser Stelle der Orientierung halber aufgegriffen und zu einem Narrativ verdichtet werden: Erstens die Periode rund um die Französische Revolution, zweitens die spektakulären Kunstprozesse des 19. und frühen 20. Jahrhunderts und drittens die verfassungsrechtliche Institutionalisierung der Kunstfreiheit vor und nach dem Zweiten Weltkrieg.

Das Kapitel nimmt in seiner chronologisch ausgerichteten Systematik einiges vorweg, was später in thematischen Schwerpunkten vertieft wird. Denn es ist für die Konkretisierung der Kunstfreiheit hilfreich, der Orientierung halber einen Blick in die Sammelkiste diskursiver Bezugspunkte zu werfen. Die an dieser Stelle den nachfolgenden Ausführungen vorangestellte Genese beschränkt sich darauf, in einem summarischen Überblick mögliche Anknüpfungspunkte für den vielschichten Diskurs über die rechtliche Geltung der Kunstfreiheit indikativ aufzuzeigen.⁵² Das komplizierte Geflecht gleichzeitiger Ungleichzeitigkeiten, nicht rekonstruierbarer Kausalitäten und das Gewirr zufälliger Ereignisse verunmöglichen ein lineares Fortschrittsnarrativ über die Genese der Kunstfreiheit. Jeder Darstellung der Geschichte der Grundrechte liegt zudem eine eigentümliche Form der Erzählung zugrunde, die die blinden Flecken ihrer Gegenwart teilt.

⁵² Zur Genese der Kunstfreiheit einfürend WÜRTEMBERGER, Zur Geschichte der Kunstfreiheit; DERS., Rechtliche Grenzen politischer Kunst in historischer Betrachtung; GRIMM, Recht und Staat; WÜRKNER, Freiheit der Kunst, 17 ff.; HAMANN, Staatliche Zensur und Kunstfreiheit.

1 Spuren der Freiheit: Aufklärung und Revolution

Gegen Ende des 18. Jahrhunderts kam es mit der *amerikanischen Unabhängigkeitserklärung*, der *Bill of Rights* und der *französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* zu den ersten feierlichen Erklärungen der Menschenrechte. Die Kunstfreiheit sucht man in diesen Dokumenten vergebens. Auch in den politischen Debatten ist sie in keiner der Forderungen zu finden. Das Augenmerk der Revolutionäre lag auf der *Meinungs- und Pressefreiheit*. Darin eingeschlossen war die *Literatur*, nicht aber andere Formen der Kunst wie beispielsweise das Theater und die bildenden Künste.

1.1 Französische Revolution

Die Kunst selbst war indessen auf den Schauplätzen der Revolutionen in prominenter Funktion präsent. In Frankreich veränderten sich mit dem Sturz der Monarchie nicht nur wichtige Parameter der Kunstakademie, sondern auch die Funktion der Kunst. Sie wurde vom Repräsentationsmittel für das Königshaus und der Aristokratie zu einer revolutionären Kraft und einem integralen Teil des Bürgertums und seinen wirtschaftlichen Strukturen. Mit der Loslösung von ihrer Repräsentationsfunktion für die aristokratische Gesellschaft wurde die Kunst zum einen frei, auf ihre Weise an den revolutionären Ereignissen teilzunehmen. Zum anderen wurde sie zum öffentlichen Gut im Dienst des Volkes und war also fortan in veränderter Weise mit dem Politischen verbunden (siehe dazu Teil II Kapitel 5.3). Das zeigt sich etwa darin, dass die französischen Revolutionäre 1792 die königliche Kunstsammlung verstaatlichten. Die Sammlung war bereits damals umfangreich.⁵³ Die königliche Sammlung war im *Palais de Louvre* untergebracht. Ein Jahr nach Beginn der Revolution wurde das Gebäude als der Allgemeinheit frei zugängliches Museum geöffnet.

Mit der Französischen Revolution veränderte sich die gesellschaftliche Stellung der Kunst und ihre institutionelle Verbindung zum Staat grundlegend. Diese Veränderungen waren für die Kunst dermassen bedeutend, dass der Kunsthistoriker T. J. Clark den Beginn der Moderne in der Kunst auf den 25. Oktober 1793 datiert.⁵⁴ Es ist der Tag der Hinrichtung Marie-Antoinettes. Am selben Tag trat der Künstler Jacques-Louis David mit dem Gemälde *La Mort de Marat* an die Öffentlichkeit, das mit Clark gefolgt wie kein anderes Werk den Beginn der modernen Kunst und der Demokratie symbolisch markiert. Das schlichte Gemälde zeigt den als revolutionären Helden gefeierten Jean-Paul Marat mit entblöstem Oberkörper in der Badewanne liegend, in der linken Hand eine Botschaft seiner Mörderin, in der Rechten eine Feder, mit der er gerade

⁵³ Napoleon sollte die Sammlung des Louvre nach der Revolution mit weiteren bedeutenden Werken ergänzen, die er auf seinen Streifzügen durch Europa und in den Kolonien raubte und nach Paris senden liess. Zur Geschichte des Louvres während der französischen Revolution und unter Napoleons Herrschaft siehe einführend die Biografie Vivian Denons, dem damaligen Direktor des Louvre: KAISER, *Der glückliche Kunsträuber*. Zur instabilen Situation der Kunstschaaffenden nach dem Fall Napoleons siehe CROW, *The Fall of Napoleon in the Course of European Art*.

⁵⁴ CLARK, *Painting in the Year Two*, 13.

noch eine wohlthätige Geste zu Papier gebracht hatte. Jacques-Louis David wurde wenige Tage nach Marats Ermordung im Juli 1793 vom Konvent damit beauftragt, ein Porträt seines ermordeten Freundes zu erstellen, den er noch am Vorabend seines Todes persönlich besucht hatte. David schloss sich bereits früh der Revolution an und wurde Mitglied der Nationalversammlung. Er war indessen sein Leben lang politisch reaktionär. Bevor er zur Revolution konvertierte, war er Hofmaler des Königshauses. Im Anschluss an die Revolution folgte er Napoleon als Maler. Nach dessen Untergang malte er bürgerliche Portraits. In der ersten Republik erhielt er beinahe uneingeschränkte Entscheidungsmacht über die Kunstpolitik. David setzte sich in seiner politischen Funktion für die Abschaffung der Akademie ein und bewirkte die Erhaltung zahlreicher Kunstwerke aus der königlichen Sammlung. Werke, von denen er nichts hielt, überliess er der Zerstörung.⁵⁵ Mit *La Mort de Marat* hatte David das Bild eines politischen Märtyrers geschaffen, das sich stark an die theologische Ikonografie anlehnt. Er überführte diese Ikonografie in eine politisch-theologische Bildsprache für die im Entstehen begriffene Volksherrschaft und verlieh ihr damit einen wirkungsmächtigen bildlichen Ausdruck. *La Mort de Marat* wurde bei seiner Veröffentlichung 1793 von einer Menschenmenge in einem feierlichen Umzug durch die Strassen von Paris getragen und im Anschluss im Louvre öffentlich ausgestellt. Es verbreitete sich als Kopie in ganz Frankreich. Das Bild markiert den Beginn einer neuen Epoche in der Kunst und steht stellvertretend für die veränderte Stellung der Kunst in der postrevolutionären Gesellschaft.⁵⁶

1.2 Amerikanische Revolution

Für die Gründungsväter der Vereinigten Staaten waren Bildung, Pflege und Förderung der Kultur ein zentrales Anliegen der demokratischen Staatenbildung.⁵⁷ In der auf dem Reissbrett konzipierten Hauptstadt Washington D.C. finden sich unmittelbar neben den Gebäuden der drei staatlichen Gewalten auch das Nationalarchiv und die Nationalmuseen. Die Auseinandersetzung mit Literatur und Kunst war für viele der Gründungsväter zentral für die Entwicklung ihrer Ideen. Bücher waren namentlich für Thomas Jefferson von grosser persönlicher Bedeutung. Sie vermittelten ihm Wissen und Orientierung über die zeitgenössische Gesellschaft und ihre Geschichte. Jeffersons Bibliothek umfasste mehrere tausend Einträge. Neben Büchern über Geschichte, Politik und Philosophie bildeten Werke der Literatur und Kunst einen wichtigen Bestand-

⁵⁵ Zur Verschränkung von Davids Ansichten als Künstler und seinen politischen Handlungen während der Revolution siehe ROBERTS, David, 39 ff. Für einen historischen Überblick zur engen Beziehung zwischen der Zerstörung von alter Kunst und dem Entstehen von neuer Kunst seit der französischen Revolution siehe GAMBONI, *The Destruction of Art*, 11 ff., 32 ff.

⁵⁶ Zum Ganzen CLARK, *Painting in the Year Two*.

⁵⁷ Zu den historischen und ideengeschichtlichen Grundlagen der Amerikanischen Unabhängigkeitserklärung (1776), der Verfassung (1789) und dem First Amendment siehe einführend AMAR, *America's Constitution*; des Weiteren bswe auch NEUBORNE, *Madison's Music*, 17–34; ELLIS, *Founding Brothers*.

teil seiner Sammlung. Er ordnete seine Bibliothek in den drei Kategorien *Memory*, *Reason* und *Imagination*. Erinnerung, Vernunft und Vorstellungskraft waren für Jefferson die drei Dimensionen menschlichen Denkens und Handelns, die einen ganzheitlichen Zugang zur Welt und die Konzeption einer noch zu erschaffenden Demokratie ermöglichen. Diese persönliche Erfahrung prägte auch Jeffersons Politik. Wie viele seiner Zeitgenossen glaubte auch er an die transformative Kraft der Bildung und an die Bedeutung der Aufbewahrung, Förderung und Pflege der Kultur für eine egalitäre Demokratie (weiterführend Teil III Kapitel I).⁵⁸ Die von Jefferson gegründete *Library of Congress* ist heute eine der grössten Bibliotheken der Welt. Sie beherbergt unzählige Manuskripte und Werke der Wissenschaften und der Künste. Ihr ebenerdiger Standort neben dem Parlament und dem Supreme Court versinnbildlicht die Verschränkung von Politik, Recht, Wissenschaft, Bildung und Kultur sowie ihre konzeptionelle Bedeutung als Pfeiler der Demokratie.

Viele der bis heute für Bildung, Forschung und Kunst zentralen Institutionen teilen dieses ideelle und historische Fundament. Auf einer Tafel in einer Vitrine der New York Public Library, einer für alle offenen Bibliothek mit einem unermesslichen Bestand, ist die Idee ihrer Gründer mit folgenden Worten beschrieben:

«A great library preserves the records of civilization. It is a keeper of human history. And it contributes to the advancement of knowledge and artistic creation by making its myriad collections available for use. [...] In conceiving the Library, the founders were following the tradition of history's great universal libraries – [...]. They added to that original vision a very American proviso: the resources of the Library would be open to all, freely, promptly, and without question.»⁵⁹

Die im späten 18. Jahrhundert und im Verlauf des 19. Jahrhunderts gegründeten Kulturinstitutionen und ihre Pflege und Erweiterung in den danach folgenden Jahrzehnten sind eng mit den ideellen und institutionellen Grundlagen der Kunstfreiheit verschränkt (siehe Teil III). Die Kunst ist in ihrer gegenwärtigen Form mit diesen Kulturinstitutionen verflochten und entsteht oftmals in engem Dialog mit ihnen. Für ein Verständnis der Kunstfreiheit ist es entscheidend, die Geschichte der modernen Kulturinstitutionen und ihre Verschränkung mit dem modernen Verfassungsstaat und der Idee demokratischer Herrschaftsordnung stets mitzubedenken.

⁵⁸ JEFFERSON, Notes on the State of Virginia, 149; aus den Briefen bswe JEFFERSON, The Writings of Thomas Jefferson, Band 5, 448; aus der Literatur zu Jefferson GISH/KLINGHARD, Thomas Jefferson and the Science of Republican Government, 202, 205 f.; CROW, Thomas Jefferson, Legal History and the Art of Recollection, 87, 114, 126–129. Zur Bedeutung von Kunst und Kultur für die Gründung der Vereinigten Staaten von Amerika einführend KORNFIELD, Creating an American Culture 1775–1800.

⁵⁹ Tafel in der Halle der New York Public Library (besucht im Dezember 2018).

1.3 Helvetische Revolution

Nicht minder präsent war die Kunst als politisches Feld in der den Eidgenossen von Napoleon aufgezwungenen Helvetik. Die Helvetische Verfassung gewährleistete erstmals liberale Freiheitsrechte auf dem Territorium der heutigen Schweiz. In ihrer Entstehungsgeschichte finden sich keinerlei Spuren der Kunstfreiheit. Die Helvetische Verfassung institutionalisierte aber ein eigenes Kulturministerium. In der kurzen Zeitspanne der Helvetischen Republik von 1798 bis 1803 bekleidete Albrecht Stapfer das Amt. Neben einem umfassenden Bildungsprogramm initiierte er erste Bemühungen zur Förderung der Kunst und zog die Gründung einer Kunstakademie in Betracht. Seine Amtszeit war von kurzer Dauer und keine seiner Ideen kam zur Umsetzung. Die Episode deutet aber darauf hin, wie eng Kunst und Kunstpolitik in Form von Bildung und Förderung mit dem aufklärerischen Gedankengut und den sie in eine gesellschaftliche Organisationsform transformierenden Revolutionen verbunden sind (zum Ganzen ausführlich Teil 2 Kapitel I.4.2.a).

1.4 Intellektuelle Revolution

Rückblickend ist die Idee einer künstlerischen Freiheit als roter Faden im zufälligen Geflecht von Hoffnungen und Handlungen ab der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts in den Schriften der Aufklärer an unterschiedlichen Stellen erkennbar. Die aufklärerischen Staatstheorien entstanden zeitgleich mit der Ästhetik. Sie bildete in dieser Form einen neuen Zweig der Philosophie. Baumgarten, der als Begründer der Ästhetik gilt, veröffentlichte seine berühmte Schrift zur Ästhetik⁶⁰ in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts. Seine Texte waren für die Schriften namentlich von Kant⁶¹ und Schiller⁶² wegweisend. Auffallend viele Intellektuelle, die sich in der Epoche der Aufklärung mit modernen Formen der Staatsorganisation befassten, schrieben auch Abhandlungen über die Kunst. So widmete beispielsweise Edmund Burke neben seiner Abhandlung über die Regierung auch der Kunst ein eigenes Werk.⁶³ Denis Diderot verkam bekannterweise im Theater vom Paulus zum Saulus und entwickelte seine Gedanken über eine veränderte Gesellschaftsordnung in engem Dialog mit der Kunst. Teilweise verfasste er seine Gedanken in künstlerischer Form.⁶⁴ Dasselbe trifft auf seine Zeitgenossen Voltaire, Rousseau, Lessing, Schiller oder Goethe zu, die zwischen essayistischen und literarischen Textformen oszillierten und ihre Thesen zur menschlichen Freiheit und der idealen Staatsform in engem Dialog mit dem Theater und der bildenden Kunst entwickelten. Ihre Schriften verfassten ausnahmslos alle diese Autoren trotz und in Auseinandersetzung mit einer oftmals rigi-

⁶⁰ BAUMGARTEN, *Theoretische Ästhetik*.

⁶¹ KANT, *Kritik der Urteilskraft* (KdU).

⁶² SCHILLER, *Über die ästhetische Erziehung des Menschen*, in Ders., *Sämtliche Schriften*.

⁶³ BURKE, *Philosophische Untersuchung*.

⁶⁴ BLOM, *Böse Philosophen*, 34–37, 44–54, 165 f., 223 f., 329, 334; CURRAN, *Diderot*, 201–231.

den Zensur und den Forderungen nach einer Pressefreiheit, darin eingeschlossen die Freiheit der Literatur.⁶⁵

Fragen der Ästhetik sind untrennbar mit der Konzeption von Freiheit und Autonomie, der Vorstellung moderner Subjektivität und der Rechtfertigung demokratischer Herrschaft verbunden.⁶⁶ Selbstredend finden sich bereits zu sehr frühen Zeitpunkten zahlreiche Hinweise auf die Ausdifferenzierung eines freiheitlichen Kunstverständnisses. In der Signatur Albrecht Dürers beispielsweise, in der sich der Künstler als Subjekt mit einer autonomen Autorschaft und Handlungssouveränität konstituiert. Ebenso in den Arbeiten des Handwerkers Michelangelo, der sich über die bestehenden Konventionen hinwegsetzt, indem er seine Werke in einer den herrschenden Konventionen auf subtile Weise widersprechenden Weise modelliert. Und bereits in der Renaissance wurde Kunst nicht mehr nur als Repräsentation von Gegenständen, sondern auch als Ausdruck von subjektiven Erfahrungen aufgefasst. Künstlerinnen und Künstler verstanden ihre Kunstwerke zunehmend als Ausdruck ihrer Persönlichkeit.⁶⁷

In den Schriften der Aufklärer verdichten sich diese Ideen in sprachlicher Form. Kunst und Dichtung galten Kant und Schiller als besonderes Mittel, das den Menschen auf sinnliche Weise eine eigene Form der Erkenntnis vermittelt. Die künstlerische Form der Erkenntnis vermag demnach die rationalen Erkenntnisformen sinnlich zu ergänzen. Die Beschäftigung mit Kunst und Literatur würde es den Menschen im Dialog mit den Werken Dritter ermöglichen, sich ein eigenes Urteil zu bilden. Die Thesen von Kant und Schiller zur menschlichen Wahrnehmung und Erkenntnisfähigkeit gestehen dem Menschen eine eigene, von Vorgaben Dritter losgelöste Urteilsfähigkeit zu. Das wiederum ist gerade in den Schriften Schillers Voraussetzung für eine freiheitliche Herrschaftsordnung, in der der Mensch befähigt wird, sich ein eigenes Urteil zu bilden, ihm Ausdruck zu verleihen und also wahrhaft frei zu sein. Diese Verschränkung von Individuation in und mittels Kunst und politischer Transformation kommt auch in einer Passage aus Alexis de Tocquevilles 1835 verfasstem Text *De l'Amérique* zum Ausdruck. Darin verortet Tocqueville den Ursprung der demokratischen Revolution in der Ausbreitung der Aufklärung. Mit ihr verbreiten sich Literatur, Kunst und Wissenschaft. Alle diese Disziplinen führen zu mehr Wissen, Selbstbestimmung und Gleichheit und demnach zu einer Veränderung der Regierungsform:

«La poésie, l'éloquence, la mémoire, les grâces de l'esprit, les feux de l'imagination, la profondeur de la pensée, tous ces dons que le ciel répartit au hasard, profitèrent à la démocratie, et lors même qu'ils se trouvèrent dans la possession de ses adversaires, ils servirent encore sa cause en mettant en relief la grandeur naturelle de l'homme; ses conquêtes

⁶⁵ Zur Zensur im 18. Jahrhundert einfühend HAEFS/MIX, Zensur im Jahrhundert der Aufklärung; PLACHTA, Damnatur. Für eine Darstellung der Zensur über eine grössere Zeitspanne hinweg übersichtlich DERS., Zensur; TORTAROLO, The Invention of Free Press; FEATHER, A History of British Publishing.

⁶⁶ EAGLETON, Ästhetik, 2 f.

⁶⁷ GOMBRICH, Geschichte der Kunst, 496; LUHMANN, Kunst der Gesellschaft, 241; RAUTERBERG, Ich der Künstler.

s'étendirent donc avec celles de la civilisation et des lumières, et la littérature fut un arsenal ouvert à tous, où les faibles et les pauvres vinrent chaque jour chercher des armes.»⁶⁸

Tocqueville liess keinen Zweifel daran, dass er die Aufklärung und die gesellschaftliche Gleichheit als wichtigste Entwicklungen einer demokratischen Regierungsform erachtete. Er betonte, dass Bildung und Kultur wichtige Voraussetzungen der Demokratie sind, diese aber nicht ohne gesunden Menschenverstand, eine Portion Pragmatismus und Erfahrung in der Selbstregierung auskommt.⁶⁹

Das Nachdenken über die Fähigkeit des Menschen, sich seine Vorgaben selbst zu konzipieren und über sein Leben, seine Arbeit und seine Ideen selbst zu bestimmen, kulminiert in denjenigen Schriften, die das Postulat des selbstbestimmten Menschen zu ihrem philosophischen und politischen Programm erheben. Mit ihnen konstituiert sich der Mensch als eigenständig handelndes, fühlendes und urteilendes Subjekt, das die Regeln nicht mehr autoritär von einem König, der Natur oder von Gott empfängt, sondern sich, eingebettet in eine politische Gemeinschaft, seine eigenen Regeln setzt. Ein Akt der Selbstbestimmung, der erst unter aufgeklärten Bedingungen denkbar wird. Die Aufklärung als Befreiung aus der selbst verschuldeten Unmündigkeit liegt als Gedanke sowohl der Demokratie als auch den Menschenrechten zugrunde. An ihrer Schnittstelle verschränkt sich politische Organisation mit persönlicher Selbstbestimmung. An dieser imaginierten Wegkreuzung ist die Idee einer künstlerischen Freiheit in die Gedankenzüge der Aufklärung eingebettet. Mit der künstlerischen Freiheit kommt der Gedanke zum Ausdruck, dass die Künstlerinnen und Künstler sich vormals freiwillig der Fremdbestimmung feudaler Vorgaben der Gestaltung unterworfen hatten und sich damit ihrer Fähigkeit beraubten, nach selbst gesetzten Vorgaben frei zu gestalten. Aufklärung bedeutete für die Künstlerinnen und Künstler, dass sie sich aus dieser selbst verschuldeten Abhängigkeit befreien und sich ihre gestalterischen Vorgaben selbst setzen konnten. Die Geschichte der Kunstfreiheit bildet sich nach dieser Auffassung letztlich aus jedem einzelnen künstlerisch-gestaltenden Akt, mit dem sich ein Mensch über die bestehenden Konventionen seiner Zeit hinwegsetzt und damit als eigenständiges und selbstbestimmtes Subjekt konstituiert.

Für viele der revolutionären Entwicklungen um die Jahrhundertwende war die Idee individueller Rechte und Freiheiten wichtig, aber nicht alleine ausschlaggebend. Oftmals sind es parallel ablaufende und teilweise auch nicht oder erst spät miteinander im Dialog stehende Entwicklungen und kulturelle Veränderungen sowie deren zufällige Überschneidung mit Partikularinteressen, die eine gesellschaftliche Entwicklung antreiben. Die Historikerin Lynn Hunt geht beispielsweise davon aus, dass die rechtliche Abschaffung der Folter nicht einfach eine Folge des Diskurses über fundamentale Rechte war, sondern aus verschiedenen Faktoren einer grösseren kulturellen Transformation hervorging, darunter auch eine grundlegende Veränderung der Empathien und zwi-

⁶⁸ TOCQUEVILLE, De l'Amérique, Introduction.

⁶⁹ TOCQUEVILLE, De l'Amérique, 303.

schenmenschlichen Sensibilitäten. Eine Entwicklung, die gemäss Hunt auch in der Kunst der Briefromane und der Porträtmalerei Ausdruck fand.⁷⁰ Ähnlich argumentierte im Schweizer Kontext auch Zaccaria Giacometti. Demnach haben die Menschenrechte, nachdem sie in den amerikanischen und französischen Erklärungen verabschiedet wurden, ihren ersten Ausdruck in Schillers Dramatik erhalten.⁷¹

Kant und Schiller haben der Entwicklung der Freiheitsrechte im Allgemeinen und der künstlerischen Freiheit im Besonderen wichtige Impulse gegeben. Sie sind aber nicht deren Erfinder. Sie haben vielmehr einer mehrschichtigen kulturellen Entwicklung sprachlichen Ausdruck verliehen. Der Einfluss einzelner Intellektueller auf die Kunst und auf die Entwicklung der Grundrechte ist stellenweise nachweisbar, sollte aber nicht überschätzt werden. Es führt kein direkter Weg von irgendeinem Philosophen zu den Artikeln in den Unabhängigkeits- und Menschenrechtserklärungen oder zur Konzeptionalisierung der Kunstfreiheit. Rousseau war nicht etwa *Begründer* der französischen Erklärung der Menschenrechte. Zugleich bestreitet wohl kaum jemand, dass die Lektüre von Rousseaus *Du Contrat Social* dem einen oder anderen Akteur, der am Prozess der Verfassungsgebung und der Verabschiedung der Erklärungen beteiligt war, Gedankenanstösse für die Entwicklung seiner politischen Überzeugungen gab. Auch stammt keine der Erklärungen aus der Feder eines einzelnen Autors. Jefferson war zwar massgebend an der Unabhängigkeitserklärung beteiligt. Er verfasste den Entwurf und stand dabei in regem Austausch mit den französischen Aufklärern. Aber die letztlich verabschiedete Unabhängigkeitserklärung ist ein durch viele Zufälle bestimmtes Produkt, an dem verschiedene Akteure mitgearbeitet haben und deren partikulare Interessen das Dokument zu einem Kompromiss geformt haben.⁷²

2 Exceptio artis: Kunst und Bürgertum

2.1 Ausdifferenzierung der bürgerlichen Öffentlichkeit

Folgt man der These von Jürgen Habermas, so hat die demokratische Öffentlichkeit ihren Ursprung in den Pariser Salons und im literarischen Diskurs. Die bürgerliche Gesellschaft verwandelte beide in einen Raum politischer Debatten und also politischer Öffentlichkeit.⁷³ Die Idee der politischen Öffentlichkeit als unabdingbare Voraussetzung einer legitimen Staatsordnung findet prominenten Ausdruck in den Schriften von Jeremy Bentham und Edmund Burke Ende des 18. Jahrhunderts. Besonders ausgereift ist die Figur der öffentlichen Meinung in den Schriften Immanuel Kants, der sie als ein Prinzip der Rechtsordnung und eine Methode der Aufklärung postuliert. Kant bezieht sich auch hier auf den Kerngedanken der Aufklärung als Befreiung aus der Unmündigkeit durch eigenständiges Denken und Handeln. Aber für Kant handelt

⁷⁰ HUNT, *Inventing Human Rights*, 109–112.

⁷¹ GIACOMETTI, *Demokratie als Hüterin der Menschenrechte*, 3.

⁷² JOAS, *Sakralität der Person*, 39, 46.

⁷³ HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 116f.

es sich dabei nicht um ein isoliertes Denken, sondern um ein Denken in Gemeinschaft. Kant hält es für weniger wahrscheinlich, dass einer sich alleine aus seiner Unmündigkeit befreit, als wenn es vor einem Publikum geschieht. Dafür muss dem Einzelnen die notwendige Freiheit zur Kommunikation mit anderen gewährleistet werden. Die politische Öffentlichkeit, in der Menschen selber denken und dies vor einem Publikum und im Dialog mit anderen Menschen tun, wird unter dem Begriff der *Öffentlichkeit* also zu einem Organisationsprinzip des liberalen Rechtsstaats.⁷⁴

Eine institutionalisierte Funktion kam der Öffentlichkeit erstmals in der französischen Verfassung von 1791 zu. In der Schweiz findet sich die Idee einer politischen Öffentlichkeit als Grundlage der Demokratie ab 1830 in den liberalen Kantonsverfassungen und 1848 in der ersten Bundesverfassung. Die politische Öffentlichkeit gilt in ihnen als Voraussetzung der Volksherrschaft im Rahmen einer rechtsstaatlich organisierten Demokratie. Die verfassungsrechtlich institutionalisierte Öffentlichkeit war indessen weder offen noch inklusiv. Bekanntlich galt mehr als die Hälfte der Bevölkerung als nicht geeignet, in der politischen Öffentlichkeit als Rechtssubjekte zu sprechen. Frauen blieben aus der politischen Öffentlichkeit ausgeschlossen und die Darstellung ihrer Körper und Verhaltensformen war mit strengen Sittlichkeitsklauseln reguliert.

2.2 Erfindung der künstlerischen Autonomie

Die Kunst hatte in dieser Öffentlichkeit von Beginn an eine eigene Stellung. Während sich unter der Pressefreiheit relativ früh ein gerichtlich bewachter Freiraum für politische Äusserungen etablierte, lag für einen entsprechenden Schutz im Bereich der Kunst noch nicht einmal das entsprechende Vokabular vor. Erst die Aufklärung, die Revolutionen und die sukzessiv ausdifferenzierte bürgerliche Gesellschaft liessen im Bereich der Kunst eine bisher unbekannte Form der *Autonomie* von autoritären Vorgaben und ökonomischen Zwängen entstehen.⁷⁵ In der sukzessive funktional ausdifferenzierten Gesellschaft des 19. Jahrhunderts konstituierte sich die Kunst als funktional eigenständiger Lebensbereich nach sich selbst auferlegten Organisationsstrukturen und ästhetischen Vorgaben. Die in diesem engen Sinne freier gewordene Kunst hatte nicht mehr die Idealisierung oder Repräsentation der Welt, oder die ästhetische Gestaltung der Abläufe anderer Teilbereiche, also beispielsweise die Ausstattung eines Gerichtssaals, zur hauptsächlichen Aufgabe, auch wenn sie nach wie vor dafür Verwendung fand. Die Künstlerinnen und Künstler wandten sich vielmehr von repräsentativen Aufträgen ab und befassten sich zunehmend mit ihrer eigenen Wahrnehmung von sich und der sie umgebenden Welt. Pierre Bourdieu erzählt in *Die Regeln der Kunst* seine eigene Version

⁷⁴ Zum Ganzen HABERMAS, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 174–176, 178, 180. Zum Begriff der Öffentlichkeit in der Diskurstheorie LIEBER, Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit; BENHABIB, Hannah Arendt, 311 ff., 325.

⁷⁵ Zum Ganzen insbes. LUHMANN, Kunst der Gesellschaft, 317; GRIMM, Recht und Staat, 104 f.; rezipiert bei GRABER, Zwischen Geist und Geld, 29–46, 30; WÜRTEMBERGER, Zur Geschichte der Kunstfreiheit, 137 f.

darüber, wie sich die Literatur als autonomes Kunstfeld im 19. Jahrhundert in Frankreich ausbildete. Die Schriftsteller lösten sich demnach von der «Nachahmungspoetik» und entwickelten ein Selbstverständnis als autonome Literaten. Dafür stützt er sich hauptsächlich auf die Werke von Flaubert und Baudelaire, mit denen er seine Thesen von der Autonomisierung der Literatur und der Herausbildung des modernen Kunstfeldes und seiner Akteure im Kontext der bürgerlichen Gesellschaft fundierte.⁷⁶ Ähnliche Aussagen finden sich auch zu Leben und Werk von Gottfried Keller. Zu Beginn seiner schriftstellerischen Tätigkeit noch ganz dem Auftrag einer politischen Rhetorik und Symbolik der Literatur des 18. Jahrhunderts verschrieben, die ihre Arbeit in den Dienst der *res publica* stellte, wandte er sich unter dem Einfluss der Genieästhetik zunehmend einem autonomen und somit von kunstfremden Zweckbestimmungen befreiten Literaturverständnis zu. *Der grüne Heinrich* kann entsprechend auch als Kellers Versuch gelesen werden, das Postulat der Selbstbestimmung der bürgerlichen Gesellschaft und deren Anforderungen an eine autonome Kunst unter den Vorgaben der Genieästhetik autobiografisch zu spiegeln.⁷⁷

Die *Autonomie* der Kunst konstituierte sich innerhalb der politischen, sozialen und ökonomischen Öffentlichkeit der bürgerlichen Gesellschaft des 19. Jahrhunderts. Das aufstrebende Bürgertum entdeckte die Kunst als identitätsbildendes Medium für sich. In der Begegnung mit Kunst suchten die Menschen nach einer eigenen, von der ständischen Zugehörigkeit unabhängigen Identität. Kunst ermöglichte Orientierung und Persönlichkeitsbildung. In einer Zeit, in der sich Fortschritt und Veränderung zur gesellschaftlichen Maxime erhöhten, vermittelte eine der gesellschaftlichen Veränderung verschriebene Kunst ihren Betrachtern das Gefühl, am Fortschritt der Gesellschaft teilzunehmen. Und weil Fortschritt auch im Sinne der persönlichen Entwicklung gefordert wurde, ermöglichten Kunstwerke eine die Gegenwart intuitiv deutende Orientierung. Kunst versprach den Bürgerinnen und Bürgern, die gesellschaftlich geforderte Kultivierung ihrer Person zu leisten, eine ihren Umständen angepasste Identität herauszubilden und mittels Kunst ihre eigene Gegenwart, in der sie sich ständig neu zu positionieren hatten, kontinuierlich zu erfassen. Entsprechend war das Bürgertum bereit, einen Teil seiner Mittel für die Kunst einzusetzen. Der Kunst öffnete sich ein neuer Markt.⁷⁸ Die Anerkennung von Rechten des geistigen Eigentums⁷⁹, zuerst für die Literatur, später auch für die bildenden Künste, bildete die rechtliche Voraussetzung für die Generierung von wirtschaftlichem Wert auf dem freien Markt durch den Verkauf von Kunstwerken. Im ausdifferenzierten Feld der Kunst sind die Betrachter, Verleger, Käufer und Kritiker gemeinsam an der Erzeugung des symbolischen und ökonomischen Kapitals der einzelnen Kunstwerke in einer der bürgerlichen Gesellschaft eigentümlichen Weise beteiligt.

⁷⁶ BOURDIEU, Regeln der Kunst. Bourdieus Ansatz ist einfürend kontextualisiert bei DAL MOLIN, Von der schwierigen Kunst, 19–27 m.w.H.

⁷⁷ ULLRICH, Was war Kunst, 23; STOCKER, Keller und die Verfassung, 7 f.

⁷⁸ LUHMANN, Kunst der Gesellschaft, 227, 229; GRIMM, Recht und Staat, 105.

⁷⁹ Als erstes modernes Immaterialgütergesetz für literarische Werke gilt der britische Copyright Act von 1710, gefolgt vom Engraving Copyright Act (sog. Hogarth's Act) von 1735.

2.3 Erfindung der Fotografie

Als grundlegend für diese Entwicklung gilt – neben der Veränderung des Marktes und den Herstellungsbedingungen – die Erfindung der Fotografie. Bilder traten mit der Fotografie in bisher unbekannter Menge auf und waren ungemein mehr Menschen zugänglich als die bildenden Künste, die bis dahin ein faktisches Monopol auf die Bildproduktion hatten. Die technische Entwicklung der Handkamera ermöglichte es einer breiten Masse, Bilder anfertigen zu lassen oder gar selbst herzustellen. Das mechanische Verfahren der Bilderzeugung stand in scharfem Kontrast zum Handwerk der bildenden Künste. Ein Abbild der Wirklichkeit zu erschaffen war nun nicht mehr eine Frage der persönlichen Fähigkeiten und die Geschwindigkeit der Bildherstellung blieb in der Malerei unerreicht.⁸⁰

Das wirkte sich sowohl auf die Ästhetik als auch auf die gesellschaftlichen Praktiken der Bildproduktion und -konsumation aus. Die zu Beginn des 19. Jahrhunderts verbreiteten Schönheitsbegriffe der Ästhetik hatten sich in Auseinandersetzung mit der Malerei, der klassischen Musik und der Bildhauerei entwickelt. Die Fotografie stellte die Unterscheidung zwischen Schönem und Unschönem, die auch an handwerkliche Fertigkeiten gebunden waren, grundlegend infrage. Gegen Ende des 19. Jahrhunderts konnte grundsätzlich jeder Mensch, der über die notwendige Apparatur verfügte, Bilder machen. Entsprechend veränderte sich die Funktion der Kunst. Sie verlor ihre Stellung als repräsentierendes Medium. Was ihr blieb, war ihre eigene Radikalität. Die Veränderung der ästhetischen Konventionen wurde zur einzig noch gültigen Konvention der Kunst. Überschritten Künstlerinnen und Künstler die bisher von der Gesellschaft eingehaltenen Kodizes, wurde dies, nach anfänglicher Skandalisierung, zunehmend als Fortschritt und als symptomatisch für die eigene Zeit gewertet.⁸¹

Der Fotografie als Bildmedium haftete in der rechtlichen Beurteilung die mit der christlichen Theologie der *vera icon* verbundene Vorstellung an, dass sich im Bild etwas abzeichnet, das ausserhalb des Bildes real existiert. Der Abdruck Jesu auf dem Tuch der Veronika der Glaubensgemeinschaft als Zeuge davon, was einmal wirklich war, ebenso wie bildliches Zeugnis des bildlos Göttlichen als Grundlage.⁸² Es ist diese Verbindung zwischen Bild und Realität ebenso wie die Wirkung des Bildes auf die Realität und die dadurch bewirkte Veränderung des menschlichen Glaubens, die auch der rechtlichen Regulierung der Bilder anhaftet: Die Annahme, dass Bilder etwas darstellen, das, in die Tat umgesetzt, strafbar ist; und dass das Bild selbst, aufgrund seiner Wirkung, zu einer Straftat führt. Diese Verbindung zwischen den Fiktionen der Kunst und dem Glauben an eine Wirkmacht, die über das Kunstwerk hinausreicht und welche im Stande ist, die Menschen in die Irre zu leiten und in Versuchung zu führen, bestimmt den Umgang

⁸⁰ GOMBRICH, Geschichte der Kunst, 524, 616; KEMP, Geschichte der Fotografie, 7 ff.; SONTAG, Über Fotografie, 13, 102 f., 146, 165.

⁸¹ GOMBRICH, Geschichte der Kunst, 613 f.; BREDEKAMP, Bildmedien, 369; BERTRAM, Kunst, 20; GRIMM, Recht und Staat, 105.

⁸² Einführend BREDEKAMP, Bildmedien, 365–368.

mit Bildern und der Kunst bis in die Gegenwart. Es ist das Dilemma zwischen der aufklärenden und der demagogischen Wirkung der Bilder, das auch die Diskussion über den (rechtlichen) Umgang mit Kriegsbildern und die Legitimität von Gewaltdarstellungen spaltet.⁸³ Das eindrücklichste Beispiel dafür ist die Jahrzehnte andauernde, rigide Filmzensur. Im ersten Weltkrieg entdeckten die Kriegsnationen den Film als Propagandamittel. Die neutrale Schweiz reagierte umgehend mit einem Kriegsfilmverbot. Dem Film wurde ein intensives Wirkungspotenzial zuerkannt. Die Regierung befürchtete, der Film könnte die Bevölkerung zu kriegerischen Handlungen bewegen oder Unruhen auslösen.⁸⁴ Die Nationalstaaten bedienten sich auch vor und während dem Zweiten Weltkrieg systematisch des Films als Propagandamedium. Sie produzierten Filme für ein Millionenpublikum. Eine Erfahrung, die Siegfried Kracauer zur Theoretisierung des Films als Medium bewegte, das gesellschaftliche Gegebenheiten widerspiegelt, lenkend verändert und die Psyche der Massen sowohl entschlüsselt als auch verschleiert und verführt. Er schrieb dem Film die Macht zu, die Menschen sowohl zu einem erhöhten Bewusstsein zu führen als auch zu blindem Gehorsam zu verleiten.⁸⁵ Erwin Panofsky erkannte im Film ein Medium, das die herrschende Lebensform erfasst und zugleich transzendiert.⁸⁶ Walter Benjamin sah den Film vielmehr als Triumph des aktiven Sehens, der hierarchiefreien Vermittlung der Kunst, ihrer Darbietung und Rezeption.⁸⁷ Eine verwandte Diskussion über die Macht der Bilder findet sich bereits Mitte des 19. Jahrhunderts im Umgang mit als unsittlich empfundenen Bildern. 1857 verabschiedete das britische Parlament den Campbells *Obscene Publishing Act*. Die British Library verbannte im selben Jahr Bücher mit erotischem Gehalt – entsprechend der Bedeutung des Wortes *ob-scene* als *off-scene* und also nicht auf der Bühne der Öffentlichkeit stehend – in eine geheime Abteilung.⁸⁸ Damit konstituierte sich die Grenze zwischen einer öffentlichen Kunst und erotischem Schund sowie dem bürgerlichen Richter als Wächter über die Grenze zwischen dem Einen und dem Anderen.

2.4 **Exceptio artis: Die Prozesse Flaubert und Baudelaire**

Diese drei Entwicklungen – die Reaffirmation einer Wirkmacht für literarische und bildnerische Darstellungen in der Moderne, die sittlich regulierte Aufteilung der Öffentlichkeit in der bürgerlichen Gesellschaft und die zunehmende Anerkennung einer eigenen Form gesellschaftlicher Autonomie für die Kunst – kreuzen sich in den be-

⁸³ Einführend BREDEKAMP, *Bildmedien*, 370; SONTAG, *Das Leiden anderer betrachten*; zum Ganzen bereits RÜEGGER, *Menschenrechtsfilm oder Kriegsporno*.

⁸⁴ BGE 41 I 40 E. 2. Es ist die erste Filmzensurmassnahme, die bis ans Bundesgericht gelangte. Zum Kino in der Schweiz zur Zeit des Ersten Weltkriegs siehe GERBER, *Zwischen Propaganda und Unterhaltung*; UHLMANN, *Die Filmzensur im Kanton Zürich*.

⁸⁵ KRACAUER, *Von Caligari bis Hitler*; siehe auch den gleichnamigen Film von RÜDIGER SUCHSLAND (2014).

⁸⁶ PANOFSKY, *On Film*.

⁸⁷ BENJAMIN, *Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit*.

⁸⁸ NEAD, *Bodies of Judgment*, 212.

rühmten Kunstprozessen des 19. Jahrhunderts. Im selben Jahr, in dem das britische Parlament obszöne Bilder stärker regulierte und die British Library erotische Bilder aus der Öffentlichkeit verbannte, standen Gustave Flaubert mit *Madame Bovary* und Charles Baudelaire mit *Les fleurs du Mal* wegen Verstosses gegen die öffentliche Moral vor Gericht. Flaubert kam frei; Baudelaire wurde verurteilt. Beiden Autoren wurde vorgeworfen, sie hätten mit ihren Werken gegen die öffentliche Moral und die guten Sitten verstossen.

Der Fall Flaubert wurde am 7. Januar 1857 vor der sechsten Kammer des Tribunal de Correctionnel de la Seine verhandelt.⁸⁹ Die Anklage verurteilte den Roman wegen seiner «couleur lascive», mit welcher Flaubert den Ehebruch und die Begehren der jungen Madame Bovary und ihren Selbstmord in realistischer Weise beschrieb, ohne diese Verhaltensformen ausdrücklich zu verurteilen. Der gesellschaftlich gut situierte Schriftsteller wurde von Maître Sénard vertreten, ehemaliger Präsident des Assemblées. Der Anwalt plädierte mit Inbrunst vier Stunden die Unschuld des Autors. Er betonte, dass *Madame Bovary* eingebettet in eine literarische Tradition zu lesen ist und das Werk in zahlreichen literarischen Bezügen zu anerkannten Werken der Literatur steht. Er bat das Gericht, auf die Zensur eines in seiner Gesamtheit herausragenden künstlerischen Werkes zu verzichten. Das Gericht sprach sein Urteil einen Monat später am 7. Februar 1857. Für die Richter verletzte das Buch die guten Sitten und überschritt die der Literatur zugestandenen Grenzen. Dennoch verurteilten sie Flaubert nicht, weil sein literarisches Unterfangen ernsthaft gewesen sei und er mit seinem Werk nicht beabsichtigte, gegen die Sitten zu verstossen.

Weniger nachgiebig war dasselbe Gericht im Umgang mit Baudelaires Gedicht. Nicht nur war Baudelaire gesellschaftlich von einem anderen Stand als Flaubert, auch dürfte seine Rechtsvertretung weniger eloquent und nachdrücklich den literarischen Charakter und Wert des Werkes und seine Anbindung an die literarische Tradition verteidigt haben. Entsprechend fiel auch das Urteil weniger verständnisvoll für das literarische Anliegen Baudelaires aus. Das Urteil bringt vielmehr eine rigide Moralität zum Ausdruck, unfähig die subtile Mehrschichtigkeit der Gedichte und den unterschweligen Humor zu erfassen, mit dem sich Baudelaire kritisch mit den strengen moralischen Vorgaben seiner Zeit befasste.⁹⁰

Die Prozesse gegen Flaubert und Baudelaire bilden den symbolischen Auftakt der *Exceptio artis*-Rechtsprechung.⁹¹ Es handelt sich um eine eigenwillige Rechtspre-

⁸⁹ Die Originaldokumente zum Prozess von Flaubert sind nicht erhalten geblieben. Flaubert liess den Prozess stenografieren und veröffentlichte Auszüge des Transkripts in der Ausgabe von Madame Bovary bei Charpentier 1873. Zu den Kunstprozessen in Frankreich im 19. Jahrhundert einfühend SAPIRO, *The Legal Responsibility of the Writer*, 21–47; LADENSON, *Dirt for Art's Sake*, 17–46.

⁹⁰ LADENSON, *Dirt for Art's Sake*, 47–77, m.w.H.

⁹¹ Spuren der *Exceptio artis*-Entscheidungen lassen sich auch weiter zurückverfolgen. BREDEKAMP, *Der Künstler als Verbrecher*, zeichnet die *Exceptio artis*-Sonderbehandlung von Kunstschaffenden im Strafrecht der Vor- und Frühmoderne nach und stellt die These auf, dass diese Sonderbehandlung vor allem auch aus der vielschichtigen Verschränkung der Kunst mit staatlicher Herrschaft her-

chung zur Kunst, in der bis vor kurzem zwar nicht von einer Kunstfreiheit als Grundrechte die Rede war, die Gerichte aber eine Dogmatik entwickelten, die der Kunst einen besonderen Wert für die Gesellschaft einräumt und damit eine gewisse Narrenfreiheit in der Öffentlichkeit zugesteht. Während im 19. Jahrhundert vorwiegend die Literatur vor Gericht stand, verschob sich die Aufmerksamkeit im 20. Jahrhundert auf den Film. Im 21. Jahrhundert richtet sie sich auf das Internet.⁹² In einem langen Bogen, der sich vom *Maradan*-Urteil,⁹³ über die Urteile *Hodler*,⁹⁴ *Fahrner*,⁹⁵ *Bergman*⁹⁶ und *Müller*⁹⁷ bis in die Gegenwart⁹⁸ zieht, lässt sich die Ausdifferenzierung der Kunstfreiheit in der Form einer *Exceptio artis* auch im Schweizer Recht beobachten. Es ist diese *Exceptio artis*-Rechtsprechung, die für die Entwicklung der Kunstfreiheit als *eigenständiges* und auf Verfassungsebene institutionalisiertes Grundrecht letztlich ausschlaggebend war.

2.5 Baudelaire vor dem EGMR

Auch das erste Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Kunstfreiheit befasst sich mit einem Verstoß gegen die Sittlichkeit (zur Rechtsprechung des EGMRs zur Kunstfreiheit siehe Teil I Kapitel II.3). In diesem Urteil schliesst sich der Bogen von Flaubert und Baudelaire zur Kunstfreiheit in ihrer heutigen Form. Zur Beurteilung stand eine Gemäldeserie des Schweizer Künstlers Joseph Felix Müller.⁹⁹ Es zeigt mehrere Personen mit entblößten Gliedern und in sexuellen Handlungen (Abbildung 2). Der Künstler selbst gab an, dass er sich in seinem Kunstwerk mit der Normie-

vorgeht. Dazu gehört neben der dienenden Funktion der Kunst zur Herrschaft auch ihr zur Herrschaft in einem Spannungsverhältnis stehenden Souveränität als Ort originärer Schöpfung. Siehe etwa BREDEKAMP, Der Künstler als Verbrecher, 20 f.: «Als *creator*... *ut deus* repräsentiert der Künstler in seinem Geltungsrahmen denselben Status wie der Herrscher, der als Stifter des Rechts *ex nihilo* befähigt ist, *super ius et contra ius* zu agieren. [...] Wenn der herausragende Künstler zum Verbrecher wurde, konnte er folglich zum privilegierten Ausweis des Souveräns werden, das Gesetz zu garantieren, indem dieser sich über dessen Rahmen erhob. Der von der Strafe befreite kriminelle Künstler war das Medium des zur Ausnahme fähigen Souveräns. Aus diesem Grund lief die Expoenierung des singulären Künstlers mit der Ausformulierung der modernen Souveränitätslehre parallel.» Vertieft zu diesem Themenkomplex auch KANTOROWICZ, Die Souveränität des Künstlers.

⁹² Einführend anstelle vieler bswe GRÜTTEMEIER, *Literary Trials*; siehe entsprechend auch die Aufarbeitung der *Exceptio artis*-Rechtsprechung in Südafrika bei LAROS, *Literature and the Law in South Africa*. Zur Rechtsprechung über den Film siehe die ausführliche Darstellung in Teil I Kap. II.4.1.

⁹³ BGE 21 I 175.

⁹⁴ BGE 70 II 127.

⁹⁵ BGE 86 IV 19.

⁹⁶ BGE 87 I 275; BGer-Urteil vom 19. September 1962 i.S. Filmklub Luzern g. Regierungsrat Kanton Luzern, ZBl 1963 363 ff.

⁹⁷ EGMR 10737/84 (1988), Müller g. Schweiz, in: EuGRZ 1988, 543 ff.

⁹⁸ BGE 131 IV 64.

⁹⁹ Ich danke dem Künstler und seinem Anwalt Paul Rechsteiner für den Austausch über das Werk und den Hintergrund des Gerichtsverfahrens.

nung und Darstellung von Sexualität befassen wollte. Das Bundesgericht und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte würdigten dieses Anliegen des Künstlers ebenso wenig wie sie dem besonderen Verhältnis der Kunst zur Darstellung von Nacktheit und Sexualität und der langen Rechtsprechung zur *Exceptio artis* Beachtung schenkten. Und das, obwohl der vom Regionalgericht einbezogene Kunsthistoriker und Kurator Jean-Christophe Ammann dem Gericht eine entsprechende Würdigung des Kunstwerks vorgelegt hatte.

Umso bemerkenswerter ist deshalb die abweichende Meinung des Richters Spielmann zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte¹⁰⁰. Nach Spielmann führt die unzureichende Berücksichtigung der künstlerischen Besonderheiten zu gravierenden Fehlurteilen gegen die Kunst.¹⁰¹ Er stützt sich dafür auf Passagen aus dem Urteil zu Baudelaire und die Aufhebung des Urteils durch den Pariser Kassationshof knapp hundert Jahre später. Der Pariser Kassationshof anerkannte 1949 das Urteil gegen Baudelaire aus dem 19. Jahrhundert als Fehlurteil, rehabilitierte Charles Baudelaire und gab *Les Fleurs du Mal* für die Öffentlichkeit frei. Der EGMR-Richter spannt in seiner Dissenting Opinion damit in bemerkenswerter Weise den Bogen zu den Anfängen der *Exceptio artis*-Rechtsprechung, in der Gerichte um einen besonderen Beurteilungsmassstab für die Kunst rangen und die sich im Verlaufe eines Jahrhunderts mit der Anerkennung der Kunstfreiheit zu einem menschenrechtlichen Anspruch verdichtet hat.

Prozesse gegen die Kunst wegen Verstößen gegen die Sittlichkeit finden bis in die Gegenwart statt. Die bürgerliche Einteilung künstlerischer Erzeugnisse in kulturell wertvolle Kunst und wertlose, von der Öffentlichkeit fernzuhaltende Pornografie bleibt insbesondere auch im Sexualstrafrecht bis in die Gegenwart erhalten. Die Rezeption der *Exceptio artis*-Rechtsprechung vermag diesen Auseinandersetzungen in der Anwendung der Kunstfreiheit wichtige Erfahrungswerte und zentrale Gedankengänge für den rechtlichen Umgang mit Kunst zu vermitteln.

3 Verbriefte Offenheit: Verfassung und Avantgarde¹⁰²

3.1 Die Enge der Akademie

Die gesellschaftliche Stellung und Funktion der Kunst veränderte sich mit den politischen Revolutionen, der Demokratisierung der Staatsorganisation und der Verbürgerlichung der Wirtschaft im 19. Jahrhundert grundlegend. Als funktional abgegrenztes Lebensfeld kam der Kunst gegenüber anderen gesellschaftlichen Kräften eine Art Eigenständigkeit zu, die gemeinhin mit dem Begriff einer relativen *Autonomie* in Verbin-

¹⁰⁰ EGMR 10737/84 (1988) Müller v Switzerland, Dissenting Opinion of Judge Spielmann, Appendix, 24–26 (in der deutschen Übersetzung des Urteils nicht enthalten).

¹⁰¹ EGMR 10737/84 (1988) Müller v Switzerland, Dissenting Opinion of Judge Spielmann, Appendix, 24–26, N 10 f.

¹⁰² Einzelne Passagen aus diesem Abschnitt wurden erstmals veröffentlicht in RÜEGGER, Eine Geschichte zu erzählen.

dung gebracht wird.¹⁰³ Die Bezeichnung einer autonomen Kunst sollte dennoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Kunst im 19. und 20. Jahrhundert Gegenstand intensiver staatlicher Regulierung blieb. Diese verschränkte sich mit rigiden, im Inneren des Kunstfeldes praktizierten und von aussen auf die Kunst projizierten ästhetischen Kodizes und Selektions- und Disziplinierungsmechanismen, mit denen die Ausbildung und Förderung der Künstlerinnen und Künstler und die Veröffentlichung ihrer Werke streng kontrolliert blieben. Wer sich diesen Vorgaben nicht unterordnete, hatte bis um die Jahrhundertwende und teilweise auch noch weit über den Ersten Weltkrieg hinaus (und in gewisser Weise bis in die Gegenwart) geringe Aussichten auf Erfolg auf dem Kunstmarkt. Die oftmals staatlich geförderten grossen Künstlervereinigungen kontrollierten den Kunststil ebenso wie den Zutritt zum Markt durch Ausbildung und durch offizielle, häufig auch durch staatliche Würdenträger patronierte Ausstellungen.¹⁰⁴

3.2 Sezessionsbewegungen und Avantgarde

Dieses ausschliesslich agierende System kam jedoch schon früh unter Legitimierungszwang. Im Jahr 1863 organisierte man in Paris zum ersten Mal eine Gegenausstellung mit den vom offiziellen Salon zurückgewiesenen Arbeiten. Im *Salon des Refusés* war unter anderem auch Manets *Déjeuner sur l'herbe* zu sehen, das als eines der wichtigsten Werke für die Begründung des Impressionismus gilt, eine der frühen avantgardistischen Kunstrichtungen. Ab 1874 organisierte die wachsende Gruppe der von der Akademie verstossenen «unabhängigen» Künstler wie Edouard Manet, Claude Monet und Edgar Degas eigene Ausstellungen. Ähnliche Entwicklungen lassen sich in ganz Europa beobachten. So gründete eine Gruppe «autonomer» Künstler 1892 die *Münchener Secession*. Im Jahr 1897 entstand die *Wiener Secession*. Künstlerinnen und Künstler schrieben zunehmend selbst über ihre eigene Kunst und behaupteten ihre eigenen Positionen. 1909 veröffentlichte Filippo Tommaso Marinetti das *Manifest des Futurismus*¹⁰⁵. Ihm sollten im Verlauf des Jahrhunderts tausende von Künstlermanifesten folgen, in denen Künstlerinnen und Künstler ihr eigenes Selbstverständnis propagierten und rechtfertigten.¹⁰⁶

Die Kunstwerke der Avantgarde lassen sich rückblickend der Theorie Peter Bürgers¹⁰⁷ folgend, als Bestandteil derjenigen Entwicklung in der Kunst lesen, welche die Möglichkeit zerstörte, dass eine bestimmte Kunstrichtung Allgemeingültigkeit für sich beanspruchen konnte. Mit der Erfindung radikal neuer Sprachen wiesen die Avantgardisten die historischen Einschränkungen künstlerischer Ausdrucksformen der Kunstakademien zurück. Sie öffneten damit der Kunst sukzessive die Gesamtheit aller

¹⁰³ BÜRGER, Theorie der Avantgarde, 49 f.

¹⁰⁴ Siehe etwa die Salon-Kultur in Frankreich, einführend dazu DIEDEREN/CARS, Gut. Wahr. Schön.

¹⁰⁵ MARINETTI, Manifest des Futurismus.

¹⁰⁶ DANCHEV, Artists' Manifestos.

¹⁰⁷ BÜRGER, Theorie der Avantgarde, insbes. 26 f., 74 f., 113, 119, 121.

erdenklichen Ausdrucksformen und Themen. Jede Geschichte konnte nun Gegenstand künstlerischer Mittel werden, ebenso wie jedes Mittel Aufnahme in die Kunst finden konnte. Hinfällig wurde damit auch die Möglichkeit, partikuläre ästhetische Normen als allgemeingültige Normen zu setzen.

3.3 Brancusis Prozess

Eine der grössten Herausforderungen für das konservative Kunstverständnis war die während des Ersten Weltkrieges lose formierte Gruppe der Dadaisten. An ihren Veranstaltungen nahmen Künstlerinnen und Künstler wie Hugo Ball, Emmy Hennings, Tristan Tzara, Marcel Duchamp, Sophie Taeuber, Hans Arp und Friedrich Glauser teil. Ihre Werke sollten Anlass für die Öffnung des rechtlichen Kunstbegriffs und die Tragweite der rechtlich geschützten Freiheitsgrade der Kunst sein. Die entscheidende rechtliche Auseinandersetzung entzündete sich an Constantin Brancusis Skulptur *Bird in Space* (Abbildung 1). Der in Paris lebende Bildhauer Constantin Brancusi war einer der ersten Künstler, der in seinen Arbeiten abstrakte Formen räumlich umsetzte. Er stand in engem Austausch mit den Dadaisten. 1926 weigerte sich die amerikanische Zollbehörde, *Bird in Space* die normalerweise für Kunstwerke bei der Einfuhr nicht anfallende Zollgebühr zu erlassen. Die Zollbehörde begründete ihren Entscheid mit einem klassisch-repräsentativen Kunstverständnis: Es handle sich beim eingeführten Gegenstand nicht um ein Kunstwerk, denn er weise keinerlei Ähnlichkeiten mit einem Vogel auf.¹⁰⁸ Nachdem das Gericht den Künstler ebenso wie zahlreiche Zeugen und Kunstexperten angehört hatte, verwarf es das Vorbringen der Zollbehörde und erkannte *Bird in Space* im Jahr 1927 als zollbefreites Kunstwerk an. Das Gericht war der Ansicht, dass sich die Kunst fortentwickelt und mit Brancusi eine neue Schule vom klassischen Naturalismus distanziert und stattdessen abstrakten Ideen und ihrer künstlerischen Darstellung zugewandt hatte.

«Whether or not we are in sympathy with these newer ideas and the schools which represent them, we think the facts of their existence and their influence upon the art world as recognized by the courts must be considered.»¹⁰⁹

Mit dem Urteil zu Brancusis *Bird in Space* hatte ein Gericht erstmals nicht nur die Veränderlichkeit der Kunst anerkannt, sondern auch die Notwendigkeit, dass das Recht diesen gesellschaftlichen Entwicklungen mit Offenheit begegnet. Auf dem europäischen Kontinent sollte sich diese Idee indessen erst im Nachgang des Zweiten Weltkrieges durchsetzen. Die totalitären und faschistischen Regime propagierten ein idea-

¹⁰⁸ Der Künstler selbst empfand dies als ungerecht. 1927 schreibt er an Marcel Duchamp: «c'est une grand injustice. [...] Il verra alors que c'est le développement d'un travail honnête pour atteindre un autre but que les séries manufacturées pour faire de l'argent», zit. aus ROWELL, Brancusi contre Etas-Unis, 7. Zur Freundschaft zwischen Brancusi und Duchamp siehe FRANKLIN, Brancusi & Duchamp.

¹⁰⁹ Zitiert aus ROWELL, Brancusi vs. United States.

lisiert-homogenisiertes Kulturverständnis. Sie nutzten die Kunst systematisch für ihre Propagandazwecke. Und sie schalteten die Kunst gleich, indem nur noch regimiekonforme Kunst Bestand haben konnte. Diese Vorgänge sind bekannt, so dass sie hier nicht weiter ausgeführt werden müssen. Vermerkt sei einzig, dass die rigide Kontrolle über die Bilder mit der Bildlosigkeit des Unvorstellbaren einherging. Aus dem Inneren des Konzentrationslagers Auschwitz-Birkenau sind, abgesehen von den als Flaschenpost im Erdboden versteckten Skizzen und Nachrichten, nur vier Fotografien überliefert.¹¹⁰

3.4 Zweiter Weltkrieg und geistige Landesverteidigung

Die Schweizer Künstlerinnen und Künstler unterlagen mit der Geistigen Landesverteidigung einer unvergleichbar milderer Variante dirigistischer Kulturpolitik. Sie manifestierte sich in ideologisch aufgeladenen Kulturförderungsstrukturen und in punktueller (Selbst-)Zensur. Die Buchausgabe von *Matto regiert* erschien 1943 – fünf Jahre nach Friedrich Glausers frühem Tod. Anspielungen auf Hitlers Radiorede, ebenso wie weitere Passagen, die Bezüge zu den grosspolitischen Ereignissen der damaligen Gegenwart herstellen, sucht man darin vergebens. Als sensiblem Beobachter seiner Zeit entgingen Glauser die aggressive Kriegsrhetorik und die Repressionen durch die totalitären Herrscher im Norden und Süden sowie auch die autoritären Tendenzen im Landesinneren ebenso wenig wie die existenziellen Differenzen, mit denen sie die Kunst nach einem Freund-Feind-Schema in gesund und krank spalteten. Was Glauser im Inneren der Anstalt über die politischen Veränderungen in der Welt um ihn herum erfuhr, belastete ihn. In einem Brief vom 23. März 1936 schrieb er aus der Waldau:

«Ich lese Zeitungen und zwingen mich dazu, obwohl ich dann immer zwei, drei Stunden brauche, um mich von so einer Lektüre zu erholen. [...] Letztthin hat das Radio eine Rede von Hitler verbreitet [...]. Ich habe mich bald gedrückt. Ich konnte nicht mehr. Das ist, dachte ich zuerst, das ist das Ende ... Das ist das Ende von allem, was wir gern hatten, von Bildern, Musik, Versen.»¹¹¹

Glauser sprach in seinen Texten die Fragilität der kontingenten Abgrenzung zwischen Normalität und Wahnsinn an, die das Narrativ über die Kunst und Nicht-Kunst ebenso unterfütterte wie diejenige zwischen vernünftigen und verrückten Menschen.¹¹² Eine mit staatlicher Gewalt durchgesetzte Erzählung, die für viele das Exil, für eine Mehrzahl hingegen den Tod bedeutete. Glausers Leben fiel just in diejenige Zeit, die mit ihrer Unterdrückung sämtlicher von der rechtlich institutionalisierten Norm ab-

¹¹⁰ Im August 1944 stellten Häftlinge des sogenannten Sonderkommandos unter unvorstellbaren Bedingungen Fotografien des Lagers her. Obwohl es gelang, die Filmrolle aus dem Lager zu schmuggeln und in Polen zu entwickeln, wurden sie erst nach dem Ende des Krieges veröffentlicht, zum Ganzen DIDI-HUBERMANN, *Bilder trotz allem*, 15 ff.

¹¹¹ GLAUSER, Brief vom 23. März 1936, in: Ders., *Briefe* (Band 2), 209 f.

¹¹² Siehe einführend zu Glauser KÄSERMANN, *Wo überall «Matto regiert»*; WERNLI, *Schreiben am Rand. Zum sozialpolitischen Hintergrund HUONKER, Diagnose: «moralisch defekt»*; RIETMANN, «Liederlich» und «arbeitsscheu».

weichenden Kunst rückblickend zum Wendepunkt für die rechtliche Anerkennung der Kunstfreiheit werden sollte. Das deutsche Grundgesetz enthält mit beinahe unkommentierter Selbstverständlichkeit eine eigene Bestimmung über die Freiheit der Kunst. Das deutsche Bundesverfassungsgericht war im Anschluss massgebend daran beteiligt, dem Grundrecht substanzielle Konturen zu verleihen (siehe Teil I Kapitel II.5.1). Parallel dazu entwickelte der Supreme Court der Vereinigten Staaten seine Rechtsprechung zum Schutz der freien Meinungsäußerung, in der es zwar die Kunstfreiheit kaum thematisierte, dafür aber wegweisende Aussagen zur Bedeutung freier Kommunikation für die demokratische Gesellschaft machte (dazu Teil I Kapitel II.5.3).

3.5 Institutionalisation der Kunstfreiheit im Schweizer Recht

Im Schweizer Recht finden sich erstaunlicherweise weder in der Rechtsprechung noch in der Lehre Hinweise darauf, dass die nationalsozialistische Kunstpolitik und die Ereignisse des Zweiten Weltkrieges die Entwicklung der Kunstfreiheit massgeblich beeinflusst haben. In der Schweiz hat sich die Freiheit der Kunst seit dem späten 19. Jahrhundert aus einem komplizierten Geflecht aus *Exceptio artis*-Rechtsprechung und einer intensiven Auseinandersetzung über den Schutzzumfang der Handels- und Gewerbefreiheit sowie der Pressefreiheit vorwiegend anhand der Filmzensur herausgebildet (siehe ausführlich Teil I Kapitel I.4.1). Der Bundesrat gewährleistete der Kunst erstmals 1911 grundrechtlichen Schutz unter der Handels- und Gewerbefreiheit. Obwohl von der Lehre seit den 1920er-Jahren gefordert, folgte die Anwendung der Presse- und Meinungsäußerungsfreiheit auf die Kunst mit erheblicher Verzögerung erst 1961.¹¹³ Dabei stützte sich das Bundesgericht massgeblich auf die Entwicklung der Kunstfreiheit durch das deutsche Bundesverfassungsgericht, ohne jedoch dessen historische Ursprünge zu kommentieren. 1986 anerkannte das Bundesgericht die Kunstfreiheit ausdrücklich als Teilgehalt der Meinungsäußerungsfreiheit.¹¹⁴ Zwei Jahre später folgte der Europäische Gerichtshof mit dem Urteil *Müller g. Schweiz*¹¹⁵ mit einer weiten Auslegung der Meinungsäußerungsfreiheit. Es dient dem Gerichtshof bis heute als Leiturteil zum menschenrechtlichen Schutz der Kunst. Bei der Totalrevision der Bundesverfassung war es beinahe selbstverständlich, die Kunstfreiheit in den Grundrechtskatalog aufzunehmen (ausführlich Teil I Kapitel II.4.2).

4 Kunstfreiheit: eine Standortbestimmung

Die Entwicklung der Kunstfreiheit war ein heterogener Prozess und regional stark divergierend. Von der Idee einer künstlerischen Selbstbestimmung in den philosophischen Schriften des 18. Jahrhunderts über gesellschaftliche Praktiken einer als autonom

¹¹³ Implizit in BGE 87 I 114 E. 2; ausdrücklich in BGer-Urteil vom 19. September 1962 i.S. Filmklub Luzern g. Regierungsrat Kanton Luzern, ZBl 1963 363 ff. E. 3.

¹¹⁴ ZBl 87/1986 126, 129 E. 2.b.

¹¹⁵ EGMR 10737/84 (1988), *Müller g. Schweiz*, in: EuGRZ 1988, 543 ff.

verstandenen Kunst seit dem 19. Jahrhundert bis zur Institutionalisierung als Grundrecht im 20. Jahrhundert lässt sich kein linearer Weg nachzeichnen. Aus den bruchstückhaften Informationen lässt sich aber eine Erzählung über die Genese des Grundrechts konstruieren. Daraus wird deutlich, wie eng das Nachdenken über die Kunst und ihre Freiheit mit den Theorien über die Staatsorganisation und die Funktion freier Kommunikation in der Demokratie verwoben ist. Zugleich zeigt sich, dass die Literatur, nicht aber andere Kunstformen, Berücksichtigung in der politischen und rechtlichen Debatte über die Presse- und Meinungsäusserungsfreiheit fand. Parallel zu der Debatte über den Grundrechtsschutz freier Meinungsäusserungen entwickelten die Gerichte mit der *Exceptio artis* einen eigenen Umgang mit der Kunst. Darin zeigt sich nicht nur die Bereitschaft der Gerichte, der Kunst eine Ausnahmestellung einzuräumen, sondern auch die Suche nach einem die Eigenheiten der Kunst berücksichtigenden rechtlichen Beurteilungsmaßstab.

Die Geschichte der Kunstfreiheit hat uns an den Punkt ihrer rechtlichen Institutionalisierung als Grund- und Menschenrecht geführt. Das nächste Kapitel vermittelt einen Überblick über die rechtlichen Grundlagen der Kunstfreiheit.

II Rechtliche Grundlagen

1 Die breite Basis der Kunstfreiheit

Die Kunstfreiheit ist im geltenden Recht breit verankert. Im internationalen Recht¹¹⁶ gewährleisten bereits das humanitäre Völkerrecht und die Charta der Vereinten Nationen gewisse Teilaspekte der Kunstfreiheit. Die Kunstfreiheit ist in den zentralen menschenrechtlichen Erklärungen und Verträgen enthalten. Sowohl die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte als auch der Internationale Pakt über die zivilen und politischen Rechte und der Internationale Pakt über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte gewährleisten die künstlerische Freiheit. Ausdrücklich geschützt ist die Kunstfreiheit als eigenes Menschenrecht oder als Teilgehalt des Rechts auf kulturelle Teilhabe auch in einer Reihe weiterer Konventionen, namentlich der Kinderrechtskonvention und der Behindertenrechtskonvention. Die regionalen Menschenrechtskonventionen Europas, Amerikas und Afrikas enthalten Bestimmungen über die Freiheit der Kunst und die kulturelle Teilhabe.

Im Schweizer Verfassungsrecht ist die Freiheit der Kunst sowohl in der Bundesverfassung als auch in der Mehrheit der Kantonsverfassungen anerkannt. Wie in der

¹¹⁶ Die von der Schweiz ratifizierten internationalen Verträge sind für die Behörden verbindlich (Art. 5 Abs. 4 BV). Sie sind komplementär in der Auslegung von Art. 21 BV zu berücksichtigen, WYTTENBACH, BSK BV 21 N 2 m.w.H.; MEYER/HAFNER, BV 21 N 2; GRABER, Kunstbegriff, 102; BGE 128 IV 201 E. 1.2 und 1.3. Aufgrund der beschränkten Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts (Art. 190 BV) kommt dem internationalrechtlichen Schutz der Menschenrechte, insbes. durch die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), gegenüber den Bundesgesetzen eine entsprechende Bedeutung zu.

Schweiz gewährleisten gerade auch jüngere Verfassungsdokumente in der Regel die Freiheit der Kunst in einer eigenen Bestimmung, so etwa die Verfassung Südafrikas¹¹⁷ oder die Grundrechtecharta der Europäischen Union. Historisch bedingt findet sich im deutschen Grundgesetz bereits seit Mitte des 20. Jahrhunderts eine entsprechende Garantie. Im amerikanischen Verfassungsrecht sind künstlerische Äußerungen grundsätzlich als *Free Speech* unter dem First Amendment geschützt. Die Konkretisierung der Kunstfreiheit gewinnt ganz besonders aus dem Dialog mit den höchsten Gerichten anderer Staaten weiterführende Impulse. Die Urteile anderer Gerichte liefern wertvolles Anschauungsmaterial für die Anwendung des Grundrechts.

Die nachfolgenden Ausführungen vermitteln einen Überblick über die für die Kunstfreiheit einschlägigen Normen in den Erklärungen und Verträgen des internationalen Rechts, in der Bundesverfassung, in den Kantonsverfassungen und in den Verfassungen anderer Rechtsordnungen.

2 Internationales Recht

2.1 Humanitäres Völkerrecht

Die Verwendung von kulturellen Gütern zur Finanzierung von Krieg, als Mittel der Unterdrückung und Zerstörung der Kultur des Gegners und als Kriegstrophäe ist ebenso alt wie der Krieg als Form menschlicher Konfliktlösung. Das moderne Kriegsvölkerrecht, auch humanitäres Völkerrecht genannt, legt verbindliche Vorgaben im Kriegsfall fest. Ziel ist es, im Ausnahmezustand eines Krieges den Kern einer rechtsstaatlichen Ordnung zu bewahren. Das humanitäre Völkerrecht enthält spezifische Bestimmungen, die den Schutz des Kulturguts regeln. In diesen Bestimmungen kommt der Kern der gesellschaftlichen Werthaltung gegenüber der Kunst zum Ausdruck. Damit findet erstmals die Verbindung zwischen dem Schutz, der Erhaltung und dem Zugang zum Kulturgut *Kunst* als strukturelle Voraussetzung für die Entwicklung der Menschheit, einer Gesellschaft und ihrer Mitglieder in rechtlicher Form Ausdruck.¹¹⁸

¹¹⁷ LAROS, *Literature and the Law in South Africa*; für ein jüngeres Urteil siehe *Judgment of the Magistrate's Court Judiciary, Cape Party v Iziko – South African National Gallery* (4.7.2017) (EC02/2017).

¹¹⁸ O'KEEFE, *Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, 360: «The vision of cultural property as a shared heritage – shared by a people, shared by present humanity and shared with generations to come – has driven the evolution of international rules and institutions adherent to its logic, continues to inform how the rules are interpreted and applied, and serves as both an internal draw towards compliance and conceptual framework for international mobilisation in defence of cultural treasures.» Zur Vorstellung eines gemeinsamen kulturellen Erbes und Ideen zum Wert der Kunst für die Gemeinschaft siehe weiterführend auch MERRYMAN, *Thinking about the Elgin Marbles*, 24–221. Zur Verbindung zwischen den Ideen, die den Schutz der Kulturgüter begründen und diejenigen, die den Menschenrechten zu Grunde liegen, siehe FRANCONI, *Culture, Heritage and Human Rights*, in: Francioni/Scheinin, *Cultural Human Rights*, 1–15, 11, 15, wonach der Kulturgüterschutz mit der Idee verbunden ist, dass die Zerstörung von Kulturgut nicht nur das Erbe der gesamten Gemeinschaft betrifft, sondern die Rechte und die Würde aller Menschen verletzt. Um-

a) Lieber Code

Die Idee eines besonderen Statuses für die Kunst im Kriegsfall lässt sich bis in die Schriften von Grotius und Vitoria nachzeichnen und akzentuiert sich in den Schriften von Vattel im 18. Jahrhundert.¹¹⁹ Eine frühe Version eines rechtlichen Schutzes der Kunst im Kriegsfall ist der *Lieber Code*¹²⁰. Der 1863 von Abraham Lincoln im amerikanischen Bürgerkrieg verabschiedete Kodex erlaubt es dem Sieger, sich das öffentliche Eigentum des besiegten Gegners anzueignen (Art. 31). Davon ausgenommen ist das Eigentum von Kirchen, Spitälern, Universitäten und Museen aller Art, darunter auch der Kunstmuseen (Art. 34). Klassische Werke der Kunst, Bibliotheken und wissenschaftliche Sammlungen sind vor vermeidbaren Beschädigungen zu schützen (Art. 35). Dabei räumt der *Lieber Code* dem Sieger (entgegen dem heute geltenden Recht) die Befugnis ein, Kunstwerke, Bibliotheken und Sammlungen zu beschlagnahmen, wobei der Friedensvertrag über das Eigentum bestimmen soll. Unter keinen Umständen dürfen die Werke weggegeben, verkauft, zerstört oder als Privateigentum angeeignet werden (Art. 36).¹²¹

b) Haager Abkommen von 1899 und 1907

Die Vorschriften des *Lieber Code* zum Schutz von Kulturgütern finden in den Haager Abkommen von 1899¹²² und 1907¹²³ ihre Entsprechung. Art. 27 des Haager Abkommens von 1907 legt fest, dass «[b]ei Belagerungen und Beschiessungen [...] alle erforderlichen Massnahmen getroffen werden [sollen], um die dem Gottesdienste, der Kunst, der Wissenschaft und der Wohltätigkeit gewidmeten Gebäude [...] zu schonen, vorausgesetzt, dass sie nicht gleichzeitig zu einem militärischen Zwecke Verwendung finden.» Als die Nationalsozialisten im Zweiten Weltkrieg den vielleicht umfangreich-

gekehrt wird die Förderung der Kunst und der kulturellen Vielfalt nicht nur ein menschenrechtliches Gebot, sondern auch ein gemeinsames Anliegen der Weltgemeinschaft (15): «[...] the notion of cultural heritage becomes inseparable from human rights in two different ways. First, because the defence and promotion of cultural diversity cannot be divorced from the commitment to the fulfilment of human rights and fundamental freedoms [...]; and second, because cultural diversity may not be invoked as an excuse to infringe upon, or limit the scope of, human rights guaranteed under international law.»

¹¹⁹ Zur historischen Entwicklung seit der Renaissance O'KEEFE, Protection of Cultural Property in Armed Conflict, 5–13.

¹²⁰ Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (General Orders No. 100) (24. April 1863), abgedruckt in SHELLY HARTIGAN, Military Rules, 45–71.

¹²¹ Zur Entstehungsgeschichte und der inhaltlichen Ausrichtung des Lieber Codes SHELLY HARTIGAN, Military Rules, 1–29 (zum Schutz der Kunst im Lieber Code nicht weiterführend [16]).

¹²² Internationale Übereinkunft betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs vom 29. Juli 1899 (Haager Abkommen [1899]), in Kraft getreten für die Schweiz am 18. Juni 1907 (SR 0.515.111).

¹²³ Abkommen betreffend die Rechte und Pflichten der neutralen Mächte und Personen im Falle eines Landkriegs vom 18. Oktober 1907 (Haager Abkommen [1907]), in Kraft getreten für die Schweiz am 11. Juli 1910 (SR 0.515.21).

ten Kunstraub der Geschichte begingen, verstießen sie also gegen das bereits geltende humanitäre Völkerrecht. In rechtlicher Hinsicht unterscheiden sich damit die Kunstplünderungen während des Zweiten Weltkrieges von Napoleons Kunstraubzügen durch Europa.¹²⁴

c) Genfer Konventionen und Zusatzprotokolle

Rechtliche Grundlagen des geltenden humanitären Völkerrechts sind neben den Haager Abkommen die vier *Genfer Konventionen*¹²⁵ und ihre *Zusatzprotokolle*¹²⁶. Das *Erste Zusatzprotokoll über den Schutz der Opfer in bewaffneten Konflikten* (Protokoll I) verbietet in Art. 53 feindselige Handlungen in internationalen bewaffneten Konflikten gegen geschichtliche Denkmäler, Kunstwerke oder Kultstätten, die zum kulturellen oder geistigen Erbe der Völker gehören, und solche Objekte zur Unterstützung des militärischen Einsatzes zu verwenden oder zum Gegenstand von Repressalien zu machen. Angriffe, die gegen eindeutig erkannte geschichtliche Denkmäler, Kunstwerke oder Kultstätten, die zum kulturellen oder geistigen Erbe der Völker gehören und denen aufgrund einer besonderen Vereinbarung, zum Beispiel im Rahmen einer zuständigen internationalen Organisation, besonderer Schutz gewährt wurde, gerichtet sind und ihre weitgehende Zerstörung verursachen, gelten als *schwere Verletzungen* des humanitären Völkerrechts. Eine zusätzliche Voraussetzung ist dabei, dass keine Anzeichen vorliegen, wonach die gegnerische Partei Kulturgüter zur Unterstützung des militärischen Einsatzes verwendet (Art. 53 Bst. b) und die betreffenden geschichtlichen Denkmäler, Kunstwerke und Kultstätten *nicht* in unmittelbarer Nähe militärischer Ziele gelegen sind (Art. 85 Ziff. 4 (d) des ersten Zusatzprotokolls). Ein ähnlicher Schutz kommt dem Kulturgut mit Art. 16 des *Zweiten Zusatzprotokolls über den Schutz der Opfer in bewaffneten Konflikten*

¹²⁴ Zum Schutz der Kultur in den Haager Abkommen einführend O'KEEFE, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, 22–34.

¹²⁵ Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der bewaffneten Kräfte im Felde vom 12. August 1949, in Kraft getreten für die Schweiz am 21. Oktober 1950 (SR 0.518.12) (Genfer Konvention I); Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten, Kranken und Schiffbrüchigen der bewaffneten Kräfte zur See vom 12. August 1949, in Kraft getreten für die Schweiz am 21. Oktober 1950 (SR 0.518.23) (Genfer Konvention II); Genfer Abkommen über die Behandlung der Kriegsgefangenen vom 12. August 1949, in Kraft getreten für die Schweiz am 21. Oktober 1950 (SR 0.518.42) (Genfer Konvention III); Genfer Abkommen über den Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten vom 12. August 1949, in Kraft getreten für die Schweiz am 21. Oktober 1950 (SR 0.518.51) (Genfer Konvention IV).

¹²⁶ Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (Genfer Zusatzprotokoll I) vom 8. Juni 1977, in Kraft getreten für die Schweiz am 17. August 1982 (SR 0.518.521); Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte (Genfer Zusatzprotokoll II) vom 8. August 1977, in Kraft getreten für die Schweiz am 17. August 1982 (SR 0.518.522); Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über die Annahme eines zusätzlichen Schutzzeichens (Genfer Zusatzprotokoll III) vom 8. Dezember 2005, in Kraft getreten für die Schweiz am 14. Januar 2007 (SR 0.518.523).

(Protokoll II) in *nicht* internationalen bewaffneten Konflikten zu. In bewaffneten Konflikten ist es verboten, feindselige Handlungen gegen geschichtliche Denkmäler, Kunstwerke oder Kultstätten zu begehen, die zum kulturellen oder geistigen Erbe der Völker gehören, und sie zur Unterstützung des militärischen Einsatzes zu verwenden.¹²⁷

d) Haager Kulturgutabkommen (1954) und Protokolle

Der Schutz der Kunst bei bewaffneten Konflikten ist mit dem *Haager Abkommen für den Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten* (1954)¹²⁸ und den zwei ergänzenden Protokollen¹²⁹ in eigenen Verträgen geregelt, was die elementare Bedeutung, die der Kunst und des kulturellen Erbes zugemessen wird, unterstreicht.¹³⁰ Zum *Kulturgut* gehören nach Art. 1 des *Haager Kulturgutabkommens* «a) bewegliches oder unbewegliches Gut, das für das kulturelle Erbe der Völker von grosser Bedeutung ist, wie z.B. Bau-, Kunst- oder geschichtliche Denkmäler kirchlicher oder weltlicher Art, archäologische Stätten, Gruppen von Bauten, die als Ganzes von historischem oder künstlerischem Interesse sind, Kunstwerke, Manuskripte, Bücher und andere Gegenstände von künstlerischem, historischem oder archäologischem Interesse sowie wissenschaftliche Sammlungen und bedeutende Sammlungen von Büchern, von Archivalien oder von Reproduktionen des oben umschriebenen Kulturguts; b) Gebäude, die in der Hauptsache und tatsächlich der Erhaltung oder Ausstellung des unter a umschriebenen beweglichen Guts dienen, wie z.B. Museen, grosse Bibliotheken, Archive sowie Bergungsorte, in denen im Falle bewaffneter Konflikte das unter a umschriebene bewegliche Kulturgut in Sicherheit gebracht werden soll; c) Denkmalzentren, das heisst Orte, die in beträchtlichem Umfang Kulturgut im Sinne der Unterabsätze a und b aufweisen.» Das Haager Kulturgutabkommen entstand auf Initiative der UNESCO, welche wiederum aus den Erfahrungen des Zweiten Weltkriegs im Umgang mit Kunst und Kulturgütern errichtet wurde.

¹²⁷ Zum Schutz der Kunst unter den Genfer Konventionen FORREST, *International Law and the Protection of Cultural Heritage*, 73–78.

¹²⁸ Haager Abkommen für den Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten vom 14. Mai 1954 (Haager Kulturgutabkommen), in Kraft getreten für die Schweiz am 15. August 1962 (SR 0.520.3).

¹²⁹ Haager Protokoll über den Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten vom 14. Mai 1954, in Kraft getreten für die Schweiz am 15. August 1962 (SR 0.520.32) (Haager Zusatzprotokoll I); Zweites Protokoll zum Haager Abkommen von 1954 für den Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten vom 26. März 1999, in Kraft getreten für die Schweiz am 9. Oktober 2004 (SR 0.520.33) (Haager Zusatzprotokoll II).

¹³⁰ Zum Haager Kulturgutabkommen CHAMBERLAIN, *War and Cultural Heritage*; TOMAN, *The Protection of Cultural Property*; O'KEEFE, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, 92 ff.; zum zweiten Haager Protokoll spezifisch TOMAN, *Cultural Property in War*.

2.2 Charta der Vereinten Nationen und UNESCO-Konventionen

a) UN-Charta

Die Gründung der Vereinten Nationen nach dem Zweiten Weltkrieg erfolgte im Bewusstsein um die Verletzlichkeit der Menschen gegenüber Eingriffen in ihre kulturelle Selbstbestimmung und die Bedeutung von Kultur für das Verständnis und den Austausch zwischen den Menschen. Die *Charta der Vereinten Nationen*¹³¹ verpflichtet die Vereinten Nationen in Art. 55 (b) neben der sozialen Wohlfahrt (a) und der Verwirklichung der Menschenrechte (c), die internationale Zusammenarbeit auf den Gebieten der Kultur und der Bildung zu fördern. Ziel der Kulturförderung ist es nach Art. 55 UNO-Charta, «jenen Zustand der Stabilität und Wohlfahrt herbeizuführen, der erforderlich ist, damit zwischen den Nationen friedliche und freundschaftliche, auf der Achtung des Grundsatzes der Gleichberechtigung und Selbstbestimmung der Völker beruhende Beziehungen herrschen».

b) UNESCO-Verfassung

Wenige Monate nach Kriegsende gründeten die Vereinten Nationen die *UNESCO* (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization)¹³². Die UNESCO hat den Auftrag, die Verpflichtung von Art. 55 UNO-Charta umzusetzen. Die Gründer gingen von der Annahme aus, dass «Kriege im Geist der Menschen entstehen» und deshalb auch der Frieden «im Geist der Menschen» verankert werden muss. Die Präambel der Verfassung der UNESCO umschreibt die *ratio* der Organisation wie folgt:

«Im Lauf der Geschichte der Menschheit hat wechselseitige Unkenntnis immer wieder Argwohn und Misstrauen zwischen den Völkern der Welt hervorgerufen, sodass Meinungsverschiedenheiten nur allzu oft zum Krieg geführt haben.»¹³³

Ein ausschliesslich auf «politischen und wirtschaftlichen Abmachungen von Regierungen beruhender Friede»¹³⁴ vermag gemäss den Vertragsstaaten nicht für dauerhaften Frieden zu sorgen. Mit der Gründung der UNESCO verankern sie die Überzeugung, dass Friede, wenn er nicht scheitern soll, «in der geistigen und moralischen Solidarität der Menschheit»¹³⁵ verankert werden muss. Als Mittel gegen Diskriminierung, Hass und Demokratie und als unerlässliche Grundlage für die Würde des Menschen propagieren die Vereinten Nationen mit der Gründung der UNESCO die «weite Verbreitung von Kultur und die Erziehung zu Gerechtigkeit, Freiheit und Frieden»¹³⁶. Eine Auf-

¹³¹ Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945, für die Schweiz in Kraft getreten am 10. September 2002 (UN-Charta) (SR 0.120).

¹³² Verfassung der Organisation für Bildung, Wissen und Kultur (UNESCO) vom 16. November 1945, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. Januar 1949 (UNESCO-Verfassung) (SR 0.401).

¹³³ Präambel der UNESCO-Verfassung.

¹³⁴ Präambel der UNESCO-Verfassung.

¹³⁵ Präambel der UNESCO-Verfassung.

¹³⁶ Präambel der UNESCO-Verfassung.

gabe, die «für alle Völker eine höchste Verpflichtung» ist, «die im Geiste gegenseitiger Hilfsbereitschaft und Anteilnahme erfüllt werden muss»¹³⁷.

Artikel 1 Ziff. 2 der *UNESCO-Verfassung* betraut die Organisation damit, «in allen Massenmedien bei der Förderung der Verständigung und der gegenseitigen Kenntnis der Völker mitzuwirken und internationale Vereinbarungen zu empfehlen, die den freien Austausch von Ideen durch Wort und Bild erleichtern» (a). Sie sollen des Weiteren «der Volksbildung und Verbreitung von Kultur neuen Auftrieb geben» (b) und das «Wissen bewahren, erweitern und verbreiten», indem sie das Welterbe durch «Erhaltung und Schutz des Welterbes an Büchern, Kunstwerken und Denkmälern der Geschichte und Wissenschaft sowie durch Empfehlung der dazu erforderlichen internationalen Vereinbarungen an die jeweils betroffenen Staaten» erhalten und schützen. Die UNESCO soll die «internationale Zusammenarbeit in allen Bereichen des geistigen Lebens» fördern, darunter auch der Kulturschaffenden und der Veröffentlichung künstlerischer Erzeugnisse. Ebenso soll durch internationale Zusammenarbeit die weltweite und freie Zugänglichkeit aller Veröffentlichungen von geistigen Erzeugnissen ermöglicht werden (c). Dabei hat die UNESCO gemäss Art. 1 Ziff. 3 *UNESCO-Verfassung* die «Unabhängigkeit, Unverletzlichkeit und schöpferische Vielfalt der Kulturen und Bildungssysteme der Mitgliedstaaten» zu wahren. Sie darf sich «nicht in Angelegenheiten einmischen, die im Wesentlichen in die innerstaatliche Zuständigkeit fallen».

c) UNESCO-Konventionen

Die UNESCO ist neben ihren kulturfördernden Tätigkeiten mit der Aufgabe betraut, normative Vorgaben im Bereich der Kultur und Wissenschaft zu empfehlen (Art. 1 Ziff. 2 Bst. a *UNESCO-Verfassung*). Sie kam dieser Aufgabe mit einer breiten Palette an Erklärungen, Konventionen und Empfehlungen nach. Diese regeln verschiedenste Aspekte der kulturellen Rechte. Zu den wichtigsten Verträgen für die Auslegung der Kunstfreiheit zählt erstens das *Welturheberrechts-Abkommen* (1952)¹³⁸. Es setzt die Pflicht zur Gewährleistung von Urheberpersönlichkeitsrechten aus Art. 27 Abs. 2 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (siehe Teil I Kapitel II.2.3.c) in rechtlich verbindlicher Form um. Des Weiteren hat die UNESCO zwei Verträge zum Schutz von Kulturgütern verabschiedet: Die *UNESCO-Kulturgüterschutzkonvention* (1970)¹³⁹ und das *Übereinkommen zum Schutz des Kultur- und Naturgutes der Welt* (1972)¹⁴⁰.

¹³⁷ Präambel der UNESCO-Verfassung.

¹³⁸ Welturheberrechts-Abkommen vom 6. September 1952, in Kraft getreten für die Schweiz am 30. März 1956 (Welturheberrechts-Abkommen) (SR 0.231.0).

¹³⁹ Übereinkommen über Massnahmen zum Verbot und zur Verhütung der rechtswidrigen Einfuhr, Ausfuhr und Übereignung von Kulturgut vom 14. November 1970, in Kraft getreten für die Schweiz am 3. Januar 2004 (UNESCO-Konvention 1970) (SR 0.444.1); kommentierend zum Abkommen O'KEEFE, *Commentary on the 1970 UNESCO Convention*.

¹⁴⁰ Übereinkommen zum Schutz des Natur- und Kulturgutes der Welt vom 23. November 1972, in Kraft getreten für die Schweiz am 17. Dezember 1975 (UNESCO-Kulturgüterschutzkonvention) (SR 0.451.41).

Von grosser Bedeutung im Konfliktfall ist das *Haager Abkommen über den Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten* (1954) (siehe vorne Teil I Kapitel II.2.1).

d) UNESCO-Kulturförderungskonvention

Das *UNESCO-Übereinkommen über den Schutz und die Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen (UNESCO-Kulturförderungskonvention)*¹⁴¹ verpflichtet die Vertragsstaaten dazu, die kulturelle Vielfalt zu schützen und zu fördern (Art. 1 Bst. a).¹⁴² Die Konvention ist eine weitere Bekräftigung der Bedeutung der kulturellen Vielfalt als «gemeinsames Erbe der Menschheit»¹⁴³, die «zum Nutzen aller geachtet und erhalten werden soll»¹⁴⁴. Die Vertragsstaaten betonen mit der Ratifikation der Konvention, «dass die kulturelle Vielfalt eine reiche und vielfältige Welt schafft, wodurch die Wahlmöglichkeiten erhöht und die menschlichen Fähigkeiten und Werte bereichert werden»¹⁴⁵. Kulturelle Vielfalt gilt demnach im internationalen Recht als «eine Hauptantriebskraft für die nachhaltige Entwicklung von Gemeinschaften, Völkern und Nationen»¹⁴⁶. Voraussetzung für die kulturelle Vielfalt sind «Demokratie, Toleranz, soziale Gerechtigkeit und gegenseitige Achtung der Völker und Kulturen»¹⁴⁷. Mit der Konvention bestätigen die Vertragsstaaten die bereits in der UN-Charta und den vorhergehenden UNESCO-Konventionen zum Ausdruck gebrachte Annahme, wonach die Achtung, Förderung und Erhaltung kultureller Vielfalt für «Frieden und Sicherheit auf lokaler, nationaler und internationaler Ebene»¹⁴⁸ und die «volle Verwirklichung der in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und in anderen allgemein anerkannten Übereinkünften verkündeten Menschenrechte und Grundfreiheiten»¹⁴⁹ unabdingbar sind. Des Weiteren hebt die Konvention die Bedeutung von Kultur in der nationalen und internationalen Entwicklungspolitik und -zusammenarbeit und für die Bekämpfung von Armut hervor. Die Konvention betont dabei, «dass kulturelle Aktivitäten, Güter und Dienstleistungen sowohl eine wirtschaftliche als auch eine kulturelle Natur haben, da sie Träger von Identitäten, Werten und Sinn sind, und daher nicht so behandelt werden dürfen, als hätten sie nur einen kommerziellen Wert»¹⁵⁰.

¹⁴¹ Übereinkommen über den Schutz und die Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen vom 20. Oktober 2005, in Kraft getreten für die Schweiz am 16. Oktober 2008 (UNESCO-Kulturförderungskonvention) (SR 0.440.9).

¹⁴² Zum Übereinkommen weiterführend VON SCHORLEMER/STOLL, UNESCO Convention. Bislang hat die Schweiz zwei Staatenberichte (2008–2012 und 2012–2016) vorgelegt.

¹⁴³ Präambel der UNESCO-Kulturförderungskonvention.

¹⁴⁴ Präambel der UNESCO-Kulturförderungskonvention.

¹⁴⁵ Präambel der UNESCO-Kulturförderungskonvention.

¹⁴⁶ Präambel der UNESCO-Kulturförderungskonvention.

¹⁴⁷ Präambel der UNESCO-Kulturförderungskonvention.

¹⁴⁸ Präambel der UNESCO-Kulturförderungskonvention.

¹⁴⁹ Präambel der UNESCO-Kulturförderungskonvention.

¹⁵⁰ Präambel der UNESCO-Kulturförderungskonvention. Zum Verhältnis von kulturellen Rechten, der UNESCO-Kulturförderungskonvention und den Welthandelsabkommen siehe einführend MORIJN, The Place of Cultural Rights in the WTO System.

2.3 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte

Auch die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR)¹⁵¹ ist aus den Erfahrungen des Zweiten Weltkrieges entstanden.¹⁵² Die AEMR ist eine rechtlich nicht verbindliche Erklärung, die jedoch für die auf ihr aufbauenden Menschenrechtsverträge wegweisend ist. In der Präambel der AEMR erklären ihre Autoren die «Anerkennung der angeborenen Würde und der gleichen und unveräußerlichen Rechte aller Mitglieder der Gemeinschaft der Menschen» zur Grundlage von «Freiheit, Gerechtigkeit und Frieden in der Welt»¹⁵³. Die Bemühungen der Menschen sollen sich auf die Errichtung einer Welt richten, «in der die Menschen Rede- und Glaubensfreiheit und Freiheit von Furcht und Not geniessen»¹⁵⁴. Schon in diesen Worten kommt die Tragweite der Meinungsäusserungsfreiheit für das System der Menschenrechte als Grundpfeiler einer demokratischen Ordnung zum Ausdruck.

Die Mehrheit der Verfasser verstand die Erklärung als ein einheitliches Dokument, dessen Artikel auf demselben moralischen, philosophischen und historischen Fundament gründen. Wiederholt betonten sie, dass der Reihenfolge der Artikel kein Gewicht zukommt, sondern jeder Artikel als integraler Bestandteil des gesamten Textes zu lesen ist. Dem Entstehungsprozess und den einzelnen Artikeln der Erklärung – seien sie der sogenannten ersten, zweiten oder dritten Generation zugeordnet – liegt die vereinende Idee zugrunde, wonach die volle und freie Entfaltung der Menschen die Grundlage und das Ziel jeder Demokratie und gerechten sozialen Ordnung ist.¹⁵⁵

Die AEMR bildet den Ausgangspunkt für die Verabschiedung der zwei für die Vertragsstaaten rechtlich verbindlichen und im nachfolgenden Abschnitt thematisierten Menschenrechtsverträge: dem *Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte* von 1966 (Zivilpakt/UNO-Pakt II)¹⁵⁶ und dem *Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte* (Sozialpakt/UNO-Pakt I)¹⁵⁷. Alle drei Menschenrechtsdokumente enthalten vor dem Hintergrund ihrer Entstehungsgeschichte wichtige Hinweise zum Schutzzweck und Schutzbereich der Kunstfreiheit. Gemeinsam betrachtet geben sie den verschiedenen Gewährleistungsdimensionen der Kunstfreiheit Ausdruck. Die Bestimmungen sind unter Einbezug der gesamten Konvention auszulegen. Die Trennung in einen Vertrag über zivile und politische Rechte und einen Vertrag

¹⁵¹ Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (Universal Declaration of Human Rights) (AEMR), von der Generalversammlung der Vereinten Nationen verabschiedet am 10. Dezember 1948 (UN Doc. GA Res 217 A).

¹⁵² Die Travaux Préparatoires der AEMR sind gesammelt publiziert bei SCHABAS, UDHR. Vertiefend MORSINK, UDHR; ALFREDSSON/EIDE, UDHR; GLENDON, A World Made New.

¹⁵³ Präambel der AEMR.

¹⁵⁴ Präambel der AEMR.

¹⁵⁵ MORSINK, UDHR, insbes. 191 f., 210 f.

¹⁵⁶ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992 (Zivilpakt) (SR 0.103.2).

¹⁵⁷ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992 (Sozialpakt) (SR 0.103.1).

über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte ist Ausdruck des Kalten Krieges und seiner ideologischen Differenzen in Bezug auf die Ausgestaltung der Grundfreiheiten und der Staatsorganisation. Diese Differenzen zeichneten sich bereits in den Verhandlungen zur Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte ab.

a) Freie Meinungsäußerung (Art. 19)

Formell trennt die Allgemeine Menschenrechtserklärung den Schutz der Kunst in zwei Teile, bestehend aus der Meinungsfreiheit und der freien Meinungsäußerung (Art. 19) auf der einen Seite und den kulturellen Teilhabe- und Eigentumsrechten (Art. 27) auf der anderen Seite.

Das Recht auf Meinungsfreiheit und freie Meinungsäußerung in Art. 19 AEMR schützt die Freiheit, ungehindert Meinungen zu vertreten sowie Informationen und Ideen zu suchen, zu empfangen und zu verbreiten. Die Verfasser beriefen sich auf einen weiten Meinungsbegriff, der Meinungen jeder Art und Form umfasst, auch die Kunst. Eingeschlossen ist die Verwendung von Medien jeder Art ebenso wie grenzüberschreitende Kommunikation. Mit Grenzen meinten sie sowohl geografische als auch ideologische Grenzen.¹⁵⁸

In einer Eingabe der Sowjetunion während der Vertragsverhandlungen findet sich ein Vorschlag für eine Bestimmung, die ausdrücklich die Freiheit des künstlerischen Ausdrucks benennt.

«In accordance with the principles of democracy and in the interests of strengthening international collaboration and world peace, everyone must be legally guaranteed the right to freely express his opinions and, in particular, freedom of speech and the Press and also freedom of artistic expression.»¹⁵⁹

Das Komitee befasste sich ausführlich mit verschiedenen Aspekten dieses Vorschlags, nicht aber mit der Frage, ob die Freiheit des künstlerischen Ausdrucks ausdrücklich in der Erklärung genannt werden sollte.¹⁶⁰ Eleanor Roosevelt, die die Erklärung maßgeblich initiiert hatte und für die Vereinigten Staaten an den Sitzungen teilnahm, sprach sich für eine möglichst schlichte und konsensfähige Formulierung des Menschenrechts aus. Da es sich aus ihrer Sicht um das fundamentalste aller Menschenrechte handelte, sollte es unmissverständlich formuliert sein.¹⁶¹ Generell bemühte man sich in den Verhandlungen, den Wortlaut der Erklärung möglichst einfach und kurz zu halten und unnötige Präzisierungen oder Ergänzungen wegzulassen. Das Schweigen der Konvention

¹⁵⁸ KORTTEINEN/MYNTTI/HANNIKAINEN, in: Andersson/Eide, UDHR, 401–403; MORSINK, UDHR, 58–72.

¹⁵⁹ Amendment to Article 17 of the Draft Declaration (E/800) submitted by the Union of Soviet Socialist Republics, abgedruckt in SCHABAS, UDHR, Band 3, 2321.

¹⁶⁰ Summary Record of the Hundred and Twenty-Eighth Meeting [of the Third Committee] held on 9 November 1948 in Paris, abgedruckt in SCHABAS, UDHR, Band 3, 2503–2513.

¹⁶¹ Summary Record of the Hundred and Twenty-Eighth Meeting [of the Third Committee] held on 9 November 1948 in Paris, abgedruckt in SCHABAS, UDHR, Band 3, 2511.

zur Freiheit des künstlerischen Ausdrucks dürfte darin seine Erklärung finden. Es ist unbestritten, dass Art. 19 AEMR auch künstlerische Äusserungen umfasst.

b) Künstlerische Freiheit und kulturelle Teilhabe (Art. 27 Abs. 1)

Artikel 27 AEMR enthält vier verschiedene Geltungsbereiche: erstens das Recht auf Teilhabe am kulturellen Leben, zweitens das Recht, an den Vorteilen des wissenschaftlichen Fortschritts teilzuhaben, drittens den Anspruch auf die Gewährleistung von Eigentumsrechten an geistigen Erzeugungen und viertens die wissenschaftliche und künstlerische Freiheit. Spezifisch geschützt ist die Freiheit der Kunst in Art. 27 Ziff. 1 AEMR. Demnach hat jeder das Recht

«am kulturellen Leben der Gemeinschaft frei teilzunehmen, sich an den Künsten zu erfreuen und am wissenschaftlichen Fortschritt und dessen Errungenschaften teilzuhaben».

Eng verschränkt mit Art. 27 AEMR ist das in Art. 26 AEMR gewährleistete Recht auf eine Bildung, die «auf die volle Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit und auf die Stärkung der Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten» gerichtet ist.

Entstehungsgeschichte

Zum Zeitpunkt der Verabschiedung der Erklärung kannten erst vereinzelte Verfassungen Bestimmungen über den Schutz kultureller Aspekte der Gesellschaft, namentlich Saudi-Arabien, Bolivien, Brasilien, Uruguay und Jugoslawien. Der Ursprung von Art. 27 liegt aber eher in einem Vorschlag des *Inter-American Judicial Committee* und dem Engagement des mit der Ausarbeitung des Entwurfs der Erklärung beauftragten kanadischen Juristen John Peters Humphrey. Humphreys Wertschätzung der Kunst lässt sich auf seine eigenen Erfahrungen zurückführen. Er und seine Ehefrau pflegten einen intensiven Austausch mit der Kunstszene in Montreal. Kunst, Literatur, Theater und Musik waren für sie Teil ihres intellektuellen Lebens und der Entfaltung ihrer Persönlichkeit. In den Verhandlungen verteidigte René Cassin den Artikel gegenüber Kürzungsversuchen. Der Vertreter der UNESCO betonte die Bedeutung der egalitären Ausrichtung des Artikels. Seiner Ansicht nach setzt das Recht eine Priorität, indem es das kulturelle Leben und den Zugang zu Kultur gegenüber materialistischen und wirtschaftlichen Interessen an der Kultur den Vorrang einräumt. Auf Vorschlag des peruanischen Delegierten ergänzte die Kommission die Bestimmung mit dem bedeutenden Wort *freely*. Das Wort sollte zum Ausdruck bringen, dass ohne umfassende Freiheit keine dem Wert des Menschen entsprechende Schöpfung möglich ist. Die Bestimmung sollte (analog zur Gewissensfreiheit) die Freiheit des kreativen Denkens vor schädlichen Entwicklungen schützen.¹⁶²

¹⁶² MORSINK, UDHR, 217–220; ADALSTEINSSON/THÓRHALLSON, in: Alfredsson/Eide, UDHR, 577–580; STAMATOPOULOU, Cultural Rights, 11–18.

Kulturbegriff

Die Interpretation von Art. 27 AEMR wirft schwierige begriffliche und konzeptionelle Fragen auf und bleibt Gegenstand von Debatten. Unklar ist insbesondere, wie weit oder eng der Begriff des «kulturellen Lebens der Gemeinschaft» zu fassen ist. Versteht man die Bestimmung im weitesten Sinn, so zählen zur Kultur sämtliche menschlichen Tätigkeiten. Kultur als Ausdruck menschlichen Lebens steht nach diesem Verständnis in enger Verbindung zum Begriff der Menschenwürde als Grundlage einer freiheitlichen Ordnung. Liest man die Bestimmung in einem engeren Sinn, sind mit dem Begriff spezifischer die kulturellen Handlungen und Produkte im Bereich der verschiedenen Kunstsparten ebenso wie kulturelle Artefakte bezeichnet. In den Materialien zu Art. 27 AEMR kommt in vielen Stellungnahmen noch ein enger (und heute veralteter) Kunstbegriff zum Ausdruck, der die «hohe Kultur» der Kunst schützt.¹⁶³ Seither hat sich mit der UNESCO-Erklärung von Mexiko¹⁶⁴, der UNESCO-Kulturförderungskonvention und der Freiburger Erklärung über die kulturellen Rechte¹⁶⁵ ein umfassenderer Kulturbegriff herausgebildet, der Kultur im weiten Sinne schützt. Der Kulturbegriff umfasst dann den Ausdruck und die Kreativität aller Menschen und in allen möglichen Formen, ebenso wie Lebensformen und Handlungsweisen als Ausdruck von Kultur (zum Kulturbegriff siehe ausführlicher Teil II Kapitel 1.4.3).¹⁶⁶

Schutzumfang

Aus den *Travaux préparatoires* lässt sich entnehmen, dass die Verfasser mit der Bestimmung die Freiheit künstlerischen und wissenschaftlichen Schaffens ohne staatliche Ingerenz oder Vorgabe von Tätigkeiten oder Vereinnahmung für durch von aussen aufgetragene Zwecke beabsichtigten. Eine besondere Betonung liegt auf der Reziprozität der Kultur, insofern nicht nur das Erzeugen von Kunst, sondern auch der Genuss der Kultur und der öffentliche Zugang zu kulturellen Erzeugnissen in der Bestimmung angesprochen sind.¹⁶⁷ In den *Travaux Préparatoires* findet sich zudem die Idee einer staatlichen Pflicht, Kunstwerke und andere intellektuelle Erzeugnisse der Bevölkerung zu-

¹⁶³ MORSINK, UDHR, 217–219.

¹⁶⁴ UNESCO-Kommissionen der Bundesrepublik Deutschland, Österreich und der Schweiz (Hrsg.), UNESCO-Konferenzbericht Nr. 5, Weltkonferenz über Kulturpolitik, Mexiko 1982, München 1983 (World Conference on Cultural Policies, Mexico 1982).

¹⁶⁵ Fribourg Declaration on Cultural Rights. Das Dokument wurde am 7. und 8. Mai 2007 vom Observatory of Diversity and Cultural Rights, der Organisation Internationale de la Francophonie und der UNESCO der Öffentlichkeit vorgestellt. Es ist kein Vertragsinstrument der Vereinten Nationen.

¹⁶⁶ SSENYONJO, ECSR, 626 f.; STAMATOPOULOU, Cultural Rights, 107–112 und 112–148 (mit einer hilfreichen Konturierung des Schutzbereichs des Rechts auf kulturelle Teilhabe).

¹⁶⁷ Summary Record of the Hundred and Fiftieth and Fifty-First and Fifty-Second Meeting [of the Third Committee] held on 20 and 22 November 1948 in Paris, abgedruckt in SCHABAS, UDHR, Band 3, 2719–2729, 2738–2744, 2744–2754; ADALSTEINSSON/THÓRHALLSON, in: Alfredsson/Eide, UDHR, 579 f.

gänglich zu machen und ihr die für das Verständnis von Kunst notwendige Bildung zu vermitteln.¹⁶⁸

c) Geistiges Eigentum (Art. 27 Abs. 2)

Artikel 27 Abs. 2 AEMR verpflichtet die Staaten, Urheberrechte für wissenschaftliche und künstlerische Erzeugungen vorzusehen. Es handelt sich um eine der umstrittensten Bestimmungen der Erklärung.¹⁶⁹ Auf der einen Seite standen Vertreter, die im geistigen Eigentum nichts anderes als private Eigentumsrechte sahen. Sie lehnten das Institut des Eigentums als gesellschaftliche Organisationsform ab und positionierten sich aus diesem Grund auch gegen die Anerkennung von geistigen Eigentumsrechten. Eine befürwortende Position nahmen dagegen Vertreter ein, die das geistige Eigentum als Ausdruck der Persönlichkeitsrechte der Künstlerinnen und Künstler auffassten, so etwa die französische Delegation und die lateinamerikanischen Delegationen. Die entscheidenden Verhandlungen zu Art. 27 Abs. 2 AEMR fanden zeitgleich mit der *Berner Konferenz* über das geistige Eigentum im Frühsommer 1948 statt. Die Berner Konferenz stärkte die urheberrechtlichen Persönlichkeitsrechte in der *Berner Konvention über den Schutz literarischer und künstlerischer Werke*¹⁷⁰. Eine Mittelposition nahmen diejenigen Vertreter ein – unter ihnen Eleanor Roosevelt als Vertreterin der Vereinigten Staaten und die Vertreter einiger Commonwealth-Länder –, die die Urheberrechte der Künstlerinnen und Künstler nicht abstritten, sie aber nicht als Menschenrechte erachteten, sondern als auf gesetzlicher Ebene zu gewährleistende Rechtstitel.

Artikel 27 Abs. 2 AEMR erinnert mit dem Recht auf «Schutz der geistigen und materiellen Interessen» der Urheber von Werken der Wissenschaft, Literatur oder Kunst daran, dass die Autonomie der Kunst und der Wissenschaften von ihren rechtlichen Bedingungen, namentlich der Regulierung der Wirtschaft, abhängig ist (siehe dazu auch Teil III Kapitel II). Das Institut des geistigen Eigentums war das zentrale Instrument für die Ausdifferenzierung der Kunst als autonomer Bereich in der bürger-

¹⁶⁸ Summary Record of the Hundred and Fiftieth Meeting [of the Third Committee] held on 20 November 1948 in Paris, abgedruckt in SCHABAS, UDHR, Band 3, 2721 (Stellungnahme des Abgeordneten von Ecuador).

¹⁶⁹ Der Streit um die Aufnahme einer Bestimmung über das geistige Eigentum zieht sich durch die gesamten Debatten über Artikel 27 (entspricht Artikel 25 im zum damaligen Zeitpunkt diskutierten Entwurf), siehe Summary Record of the Hundred and Fiftieth, Fifty-First and Fifty-Second Meeting [of the Third Committee] held on 20 and 22 November 1948 in Paris, abgedruckt in SCHABAS, UDHR, Band 3, 2719–2729, 2738–2744, 2744–2754; zum Ganzen MORSINK, UDHR, 219–222.

¹⁷⁰ Die Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst vom 9. September 1886, von der Schweiz am 5. Dezember 1887 ratifiziert, war das erste völkerrechtliche Abkommen, welches die Anerkennung von Urheberrechten anderer Staaten gewährleistete. Anstoss für seine Erarbeitung gab unter anderem Victor Hugo. Es wurde seither mehrmals revidiert. Die in der Schweiz rechtskräftige Form ist die Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst, revidiert in Paris am 24. Juli 1971, in Kraft getreten für die Schweiz am 25. September 1993 (SR 0.231.15).

lichen Marktwirtschaft. Erst die Institutionalisierung von geistigen Eigentumsrechten erlaubte Formen des Kunsthandels, die den Künstlerinnen und Künstlern die Unabhängigkeit von Mäzenen und mächtigen Auftraggebern ermöglichten und damit ihre gesellschaftliche Stellung grundlegend transformierten. Die intensiven Debatten zum geistigen Eigentum bringen zugleich das Spannungsverhältnis zum Ausdruck, in dem die Rechte an kulturellen Erzeugungen mit dem freien Zugang und der Fortentwicklung von Kunst und Kultur stehen und um deren Gleichgewicht jedes System, das geistige Eigentumsrechte kennt, zu ringen hat.

2.4 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte

a) Freie Meinungsäußerung (Art. 19)

Der Zivilpakt gewährleistet in Art. 19 Abs. 1 das Recht auf unbehinderte Meinungsfreiheit (freedom of opinion). Der zweite Absatz schützt das Recht auf freie Meinungsäußerung (freedom of expression). Den beiden Absätzen gingen in den Verhandlungen umfangreiche Diskussionen voraus. Es folgte die Trennung in zwei Absätze, wovon der erste die private Dimension des Rechts, eine Meinung für sich im Inneren zu halten, zum Ausdruck bringen sollte. Der zweite Absatz enthält die öffentliche Dimension des Rechts, eine Meinung gegenüber anderen Menschen zu äussern.¹⁷¹ Die Meinungsfreiheit ist ein notstandsfestes und nicht einschränkbares Menschenrecht, sie überschneidet sich mit der Gewissensfreiheit in Art. 18 Zivilpakt und bildet den Kern der Meinungsäußerungsfreiheit in Art. 19 Abs. 2 Zivilpakt. Die Bestimmung schützt auch davor, eine Meinung aufgezwungen zu bekommen.

Schutz der Kunst unter der Meinungsäußerungsfreiheit

Die Kunst ist im Recht auf freie Meinungsäußerung des Zivilpakts – im Gegensatz zu Art. 19 AEMR – ausdrücklich erwähnt. Demnach schützt die Meinungsäußerungsfreiheit das «Gedankengut jeder Art in Wort, Schrift oder Druck, durch Kunstwerke oder andere Mittel eigener Wahl» (Art. 19 Abs. 2 Zivilpakt). Der Menschenrechtsausschuss hat sich bis anhin in wenigen Individualbeschwerdeverfahren mit dem Schutz der Kunst unter dem Zivilpakt befasst.¹⁷²

¹⁷¹ NOWAK, ICCPR, 441 f. (Art. 19 N 7–10).

¹⁷² UN-MRA, Hak-Chul Shin/Republik Korea, No. 926/2000 vom 16. März 2004, Ziff. 7.2, 15; HRC, Report of the Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights, The right to freedom of artistic expression and creativity (U.N. Doc. A/HRC/23/34) (14. März 2013), N 15: «Few decisions in the United Nations system relate to artistic freedom. In its Communication 926/2000 of 2004, concerning a painter, Hak-Chul Shin, who had been convicted for a painting deemed to be an «enemy-benefiting expression» contrary to the National Security Law, the Human Rights Committee found that the Republic of Korea had violated article 19 of ICCPR. The Working Group on Arbitrary Detention, in its Opinion 32/2011, declared that Lapiro de Mbanga, a famous Cameroonian musician and composer, had been arbitrarily detained for the legitimate exercise of his right to freedom of expression.»

Artikel 19 räumt das Recht ein, Ideen und Informationen zu beschaffen, zu empfangen und weiterzugeben. Die Bestimmung ist im weiten Sinn zu verstehen und umfasst auch pornografische, schockierende oder kommerzielle Äußerungen.¹⁷³ Ob die Bestimmung das Recht umfasst, Informationen zu suchen, ist umstritten. Vom Wortlaut her geht die Bestimmung weiter als beispielsweise die Meinungsäußerungsfreiheit in Art. 10 EMRK. Mehrheitlich wird die Bestimmung dahingehend ausgelegt, dass sich das Recht auf generell zugängliche Informationen beschränkt. Zudem hat sich eine spezifische Dogmatik in Bezug auf den Zugang zu Informationen von staatlichen Organen entwickelt.¹⁷⁴ Wie alle Rechte der ersten Generation ist auch für die Meinungsäußerungsfreiheit mittlerweile unbestritten, dass sie neben negativen auch positive staatliche Pflichten umfasst. Dazu gehören Schutzpflichten sowie flankierende und programmatische Erfüllungspflichten (zu den Gewährleistungsdimensionen der Kunstfreiheit ausführlich Teil III Kapitel I.3).¹⁷⁵

Der dritte Absatz des Artikels greift die ebenfalls in Art. 28 und 29 der Menschenrechtserklärung zum Ausdruck gebrachte Idee auf, dass die Meinungsäußerungsfreiheit für ihre Träger Rechte und *Pflichten* begründet. Ergänzend nennt die Bestimmung die Bedingungen für die Beschränkung der freien Meinungsäußerung. Art. 20 Zivilpakt nimmt mit dem Verbot von «Kriegspropaganda» und dem Verbot jeglichen Eintretens «für nationalen, rassischen oder religiösen Hass, durch das zu Diskriminierung, Feindseligkeit oder Gewalt aufgestachelt wird», zwei bestimmte Kategorien von Meinungsäußerungen vom Schutzbereich des Menschenrechts aus.¹⁷⁶

b) Kulturelles Leben von Minderheiten (Art. 27)

Schutz von Minderheiten

Eine besondere Stellung in Bezug auf die künstlerische Freiheit nimmt Art. 27 des Zivilpakts ein. Die Bestimmung ist auf den Schutz von Minderheiten ausgerichtet. Sie findet trotz entsprechender Vorschläge und Diskussionen in der Kommission keine direkte Entsprechung in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte. Art. 27 des Zivilpakts verpflichtet die Staaten, «Angehörigen ethnischer, religiöser oder sprachlicher Minderheiten» nicht das Recht vorzuenthalten, «gemeinsam mit anderen Angehörigen ihrer Gruppe ihr eigenes kulturelles Leben zu pflegen, ihre eigene Religion zu bekennen und auszuüben oder sich ihrer eigenen Sprache zu bedienen».¹⁷⁷

¹⁷³ Anstelle vieler JOSEPH/CASTAN, ICCPR, 18.22 ff.; Human Rights Committee, General Comment No. 34, Art. 19 Freedom of opinion and expression, 12. September 2011 (U.N. Doc. CCPR/C/GC/34) (nachf. HRC, GC 34), N 18; NOWAK, ICCPR, 443 (Art. 19 N 12).

¹⁷⁴ Zusammenfassend JOSEPH/CASTAN, ICCPR, 18.28 ff.; NOWAK, ICCPR, 446 (Art. 19 N 17–20).

¹⁷⁵ Zur Schutzpflicht NOWAK, ICCPR, 448 (Art. 19 N 21 f.).

¹⁷⁶ JOSEPH/CASTAN, ICCPR, 18.30 ff. m.w.H.; KORTTEINEN/MYNTTI/HANNIKAINEN, in: Anderson/Eide, UDHR, 404; ausführlich auch HRC, GC 34 N 21 ff.

¹⁷⁷ Ergänzend zum Zivilpakt hat die Generalversammlung am 18. Dezember 1992 in der Resolution 47/135 eine nicht-verbindliche Erklärung über die Rechte von Minderheiten verabschiedet (Decla-

Begriffe

Wie Art. 27 Sozialpakt (siehe Teil 1 Kapitel II.2.2.5) wirft auch Art. 27 Zivilpakt schwierige Auslegungsfragen auf. Offen ist unter anderem, wie der Begriff *Minderheit* zu verstehen ist. Am verbreitetsten ist die Definition aus *Capotortis Bericht*, wonach *Minderheiten* dadurch definiert sind, dass sie erstens numerisch anderen Mitgliedern der Bevölkerung unterlegen sind, zweitens in einer nicht dominanten gesellschaftlichen und politischen Stellung sind und drittens ethnische, religiöse oder sprachliche Merkmale aufweisen, die sie vom Rest der Bevölkerung abheben.¹⁷⁸ Umstritten ist weiter, ob Einwanderer oder Migranten eine Minderheit bilden, wobei die den Artikel kommentierenden Dokumente sich für eine Anwendung auf nicht nationalisierte Personen aussprechen.¹⁷⁹

Der Begriff des *kulturellen Lebens* wird sowohl in der Erklärung als auch im Zivilpakt mehrheitlich in einem weiten *und* einem engen Sinn verstanden. Geschützt sind *sowohl* alle menschlichen Lebensformen als Kultur *als auch* Kunstwerke als eine spezifische Ausdrucksform des kulturellen Lebens.¹⁸⁰

Kollektivrecht oder Individualrecht?

In den Verhandlungen zu Art. 27 Zivilpakt war umstritten, ob die Bestimmung als Kollektivrecht oder als Individualrecht ausgestaltet werden sollte. Am Ende entschieden sich die Verhandlungspartner für die Gewährleistung eines Individualrechts.¹⁸¹ Grundsätzlich steht das Recht nicht Minderheiten als solchen zu, sondern den Personen, die diesen Minderheiten angehören. Die Textpassage «in community with the other members of their group» soll zugleich die kollektive Dimension des Individualrechts zum Ausdruck bringen. Die Frage bleibt in der Lehre umstritten.¹⁸²

Obwohl die Bestimmung negativ formuliert ist, enthält sie neben Achtungs- auch staatliche Schutzpflichten, namentlich gegen Diskriminierungen. Der Umfang pro-

ration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities (U.N. Doc. A/RES/47/135).

¹⁷⁸ Study on the rights of persons belonging to ethnic, religious and linguistic minorities (Francesco Caporti) (1979) (U.N. Doc. E/CN. 4/Sub.2/384/Rev.1), N 96; NOWAK, ICCPR, 643 (Art. 27 N 14).

¹⁷⁹ Human Rights Committee, General Comment No. 23: The rights of minorities (Art. 27) (CCPR/C/21/Rev.1/Add.5) (1994) (HRC, GC 23), N 5.2; NOWAK, ICCPR, 645 (Art. 27 N 17).

¹⁸⁰ HRC, GC 23, N 7. Illustrativ die Begriffsdefinition bei NOWAK, ICCPR, 658 f. (Art. 27 N 41): «The term «cultural life» is to be understood in the broad sense. In addition to the customs, morals, traditions, rituals, types of housing, eating habits, etc. that are characteristic of the minority, the term covers economic activities, such as reindeer husbandry, cattle raising, hunting and fishing, the manufacture of objects of art, the encouragement of music, the establishment of cultural organizations, the publication of literature in the minority's language, etc., as well as – as a sort of pre-condition – the right to pass on this culture by way of educating following generations».

¹⁸¹ So auch HRC, GC 23, N 6.2, wonach es sich um ein Individualrecht handelt, dass jedoch vom Staat je nach Konstellation Massnahmen zur Unterstützung einer Gruppe erfordert.

¹⁸² Siehe NOWAK, ICCPR, 652 (Art. 27 N 32), 655 (Art. 27 N 36) m.w.H. auf die Diskussion.

grammatischer Erfüllungspflichten ist umstritten. Er ist in jedem Fall kontextspezifisch zu beurteilen. Zum Mindesten müssen Minderheiten ein Mitspracherecht bei Entscheidungen haben, die sie in ihrer Lebensweise betreffen.¹⁸³

2.5 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte

Der *Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte* (Sozialpakt) garantiert mit Art. 27 kulturelle Rechte. Die Bestimmung setzt Art. 27 AEMR in rechtlich verbindlicher Form um. Wie die Menschenrechtserklärung gewährleistet auch der Sozialpakt drei Formen kultureller Rechte: das Recht auf kulturelle Teilhabe, die künstlerische Freiheit und eine Gewährleistungsklausel für Persönlichkeitsrechte an geistigen Erzeugnissen.

a) Recht auf kulturelle Teilhabe (Art. 15 Abs. 1 (a))

Die kulturellen Teilhaberechte kommen im ersten Absatz von Art. 15 Sozialpakt zum Ausdruck. Mit schlichtem Wortlaut gewährleistet die Bestimmung das «Recht eines jeden, am kulturellen Leben teilzunehmen» (Art. 15 (1) (a)). Im Vergleich zur Schwesterbestimmung in Art. 27 AEMR fällt auf, dass im Sozialpakt der Begriff *of the community* nicht mehr verwendet wird. Die Kürzung bringt die bereits in der Menschenrechtserklärung intendierte Offenheit der kulturellen Teilhaberechte noch klarer zum Ausdruck.

Definition des Kulturbegriffs

Genau wie bei Art. 27 der Menschenrechtserklärung bleibt auch beim Recht auf kulturelle Teilhabe des Sozialpakts offen, wie umfangreich der Begriff *kulturelles Leben* zu verstehen ist.¹⁸⁴ Der Sozialausschuss hat sich zum Begriff in seinem General Comment Nr. 21¹⁸⁵ zum Recht auf kulturelle Teilhabe wie folgt geäußert:

«11. In the Committee's view, culture is a broad, inclusive concept encompassing all manifestations of human existence. The expression 'cultural life' is an explicit reference to culture as a living process, historical, dynamic and evolving, with a past, a present and a future.

¹⁸³ HRC, GC 23, N 6.1; NOWAK, ICCPR, 657–666 (Art. 27 N 39–52).

¹⁸⁴ Zur Diskussion über einen engen, lediglich künstlerische Artefakte umfassenden Kulturbegriff, oder einem weiten, sämtliche menschlichen Tätigkeiten bezeichnende Verwendung, siehe übersichtlich SAUL/KINLEY/MOWBRAY, ICESCR, 1180 f.; zum Recht auf kulturelle Teilhabe im Sozialpakt siehe auch O'KEEFE, *Right to Take Part in Cultural Life*; CAMPAGNA, *Implementing the Human Right to Take Part in Cultural Life*.

¹⁸⁵ CESCR, General Comment No. 21, *Right of everyone to take part in cultural life* (art. 15, para. 1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) (21.12.2009) (U.N. Doc. E/C.12/GC/21) (CESCR, GC 21).

12. The concept of culture must be seen not as a series of isolated manifestations or hermetic compartments, but as an interactive process whereby individuals and communities, while preserving their specificities and purposes, give expression to the culture of humanity. This concept takes account of the individuality and otherness of culture as the creation and product of society.

13. The Committee considers that culture, for the purpose of implementing article 15 (1) (a), encompasses, inter alia, ways of life, language, oral and written literature, music and song, non-verbal communication, religion or belief systems, rites and ceremonies, sport and games, methods of production or technology, natural and man-made environments, food, clothing and shelter and the arts, customs and traditions through which individuals, groups of individuals and communities express their humanity and the meaning they give to their existence, and build their world view representing their encounter with the external forces affecting their lives. Culture shapes and mirrors the values of well-being and the economic, social and political life of individuals, groups of individuals and communities.»¹⁸⁶

Der Sozialausschuss hat den Kulturbegriff also umfassend ausgelegt und beispielsweise auch Rituale, die Esskultur oder den Sport unter Art. 15 Sozialpakt in den Schutzbereich der Bestimmung einbezogen. Ein Teil der Lehre hat sich dieser Auslegung m. A. n. zu Recht angeschlossen.¹⁸⁷ Für andere Autoren legt die Bezugnahme auf Werke der «Literatur und Kunst» und auf «schöpferische Werke» nahe, «dass diese Bestimmung Kultur in einem engen Sinn versteht, d.h. im Wesentlichen künstlerische Aktivitäten und Produktionen umfasst».¹⁸⁸

Schutzbereich

Die *Teilhabe* (to take part) am kulturellen Leben umfasst das Recht auf Teilnahme, Zugang und Beitrag zum kulturellen Leben. *Teilnahme* (participation) umfasst das Recht, alleine oder in Gemeinschaft mit anderen, frei zu handeln, eine eigene Identität zu wählen und sie zu ändern, am politischen und kulturellen Leben teilzunehmen, sich in einer Sprache eigener Wahl auszudrücken, sich kulturelles Wissen und Ausdrucksformen anzueignen und sie mit anderen zu teilen, ebenso wie die eigene Kreativität zu leben und an kreativen Aktivitäten teilzunehmen. *Zugang* (access) bedeutet das Recht, alleine und in Gemeinschaft mit anderen die eigene Kultur zu erfahren sowie eine kulturelle Ausbildung und ein kulturelles Training zu erhalten. Jeder hat das Recht, unterschiedlichste Ausdrucksformen zu lernen, in den Genuss des kulturellen Erbes und der kreativen Schöpfungen anderer Menschen und Gemeinschaften zu kommen und einen Lebensstil zu leben, der mit dem Gebrauch von kulturellen Gütern und Ressourcen

¹⁸⁶ CESCR, GC 21, N 11–13.

¹⁸⁷ Mit breit abgestützter Begründung bsw. SENYONJO, ECSR, 626–630; mit einem weiten Kulturbegriff, aber einer nuancierten Eingrenzung des Schutzbereichs STAMATOPOULOU, Cultural Rights, 107–148.

¹⁸⁸ KÄLIN/KÜNZLI, Universeller Menschenrechtsschutz, 483.

verbunden ist. Der *Beitrag* (contribution) zum kulturellen Leben umfasst das Recht, in die Kreation von spirituellen, materiellen, intellektuellen oder emotionalen Ausdrucksformen einer Gemeinschaft involviert zu sein.¹⁸⁹

Gewährleistungsdimensionen

Wie alle Menschenrechte umfasst auch das Recht auf kulturelle Teilhabe mehrere Gewährleistungsdimensionen. Es auferlegt den Staaten sowohl negative als auch positive Pflichten. Das Recht auf Teilhabe verpflichtet die Staaten, nicht in die kulturellen Freiheiten einzugreifen, sondern sie mit geeigneten gesetzlichen und kulturpolitischen Massnahmen zu ermöglichen und zu fördern. Staaten haben eine Achtungs-, Schutz- und Erfüllungspflicht (respect, protect, fulfil).¹⁹⁰ Für die Beurteilung der Erfüllungspflicht hat der Sozialausschuss detailliertere Kriterien aufgestellt.¹⁹¹

Kollektivrecht oder Individualrecht?

Das Recht auf kulturelle Teilhabe des Sozialpakts ist ursprünglich – wie der Schutz des kulturellen Lebens von Minderheiten in Art. 27 des Zivilpakts – als Individualrecht konzipiert. Es weist inhaltlich eine gemeinschaftliche Dimension auf, insofern Kultur *per se* ein gemeinschaftliches Phänomen ist. Die Träger des Rechts sind indessen Einzelpersonen. Das gilt auch dann, wenn mehrere Einzelpersonen gemeinsam Rechte für ihre gemeinschaftlich ausgeübte Kultur geltend machen. Der Sozialausschuss hat derweil in seinem General Comment die Trägerschaft des Rechts dahingehend präzisiert, dass es als individuelles Recht von einer Einzelperson oder gemeinsam mit anderen sowie als kollektives Recht im Namen einer Gruppe ausgeübt werden kann.¹⁹²

Ähnlich hat sich auch die Afrikanische Menschenrechtskommission zum Recht auf kulturelle Teilhabe für Minderheiten in der Banjul-Charta (Art. 17) ausgesprochen.

«Article 17 of the Charter is of a dual dimension in both its individual and collective nature, protecting, on the one hand, individuals's participation in the cultural life of their community and, on the other hand, obliging the state to promote and protect traditional values recognized by a community.»¹⁹³

¹⁸⁹ CESCR, GC 21, N 15; SAUL/KINLEY/MOWBRAY, ICESCR, 1185; umfassend STAMATOPOULOU, Cultural Rights, 112–148.

¹⁹⁰ ICESCR, GC 21, N 6.

¹⁹¹ ICESCR, GC 21, N 16; STAMATOPOULOU, Cultural Rights, 148–158.

¹⁹² CESCR, GC 21, N 9; SAUL/KINLEY/MOWBRAY, ICESCR, 1183; SSENONJO, ESCR, 624.

¹⁹³ ACHPR, Centre For Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International On Behalf of Endrois Welfare Council v Kenya, No. 276/2003 (2009).

Die individuelle und die kommunitäre Dimension des Grundrechts können miteinander im Widerspruch stehen. Illustrativ dafür ist der Fall *Lovelace v. Canada*¹⁹⁴. Die Beschwerdeführerin heiratete einen Mann, der nicht ihrem Stamm angehörte und verlor damit das Recht, in ihrem Reservat wohnen zu dürfen. Die Einschränkung des Wohnrechts sollte die Identität ihres Stammes schützen. Die Menschenrechtskommission erkannte eine Verletzung des Individualrechts auf kulturelle Teilhabe. Die Massnahme zur Erhaltung der kulturellen Minderheit erschien dem Komitee gegenüber dem Individualrecht auf Teilhabe an dieser Kultur als unverhältnismässig. Dem Sozialausschuss ist seinerseits bis anhin kein entsprechender Fall vorgelegt worden. Es wäre zu erwarten, dass der Sozialausschuss ähnlich entscheidet.¹⁹⁵

In einem vergleichbaren Fall verwies der amerikanische Supreme Court die Entscheidungshoheit über den Streitlösungsmechanismus der betroffenen Gemeinschaft.¹⁹⁶ Dieser Lösungsansatz ist umstritten, weil anzunehmen ist, dass die Gemeinschaft die Rechte der Gemeinschaft und die Erhaltung ihrer traditionellen Regeln höher gewichtet als die Individualrechte ihrer Mitglieder. In patriarchal strukturierten Gemeinschaften zementiert dies tendenziell auch die ungleiche Behandlung von Frauen.¹⁹⁷

b) Künstlerische Freiheit (Art. 15 Abs. 1 (a), 2 und 3)

Das Recht auf künstlerische Freiheit ist im Sozialpakt einerseits implizit im Recht auf kulturelle Teilhabe (Art. 15 Abs. 1 (a)) enthalten. Die künstlerische Freiheit ist unabdingbare Voraussetzung, damit Menschen am kulturellen Leben teilnehmen, Zugang zu Kultur erhalten und selbst zur Kultur beitragen können. Andererseits verpflichten sich die Vertragsstaaten in Art. 15 Abs. 3 des Sozialpakts, «die zu wissenschaftlicher Forschung und schöpferischer Tätigkeit unerlässliche Freiheit zu achten». Der Schutzbereich der künstlerischen Freiheit des Sozialpakts überschneidet sich mit demjenigen der freien Meinungsäusserung in Art. 19 des Zivilpakts. Art. 15 Abs. 3 Sozialpakt ist als Individualrecht unmittelbar anwendbar und justiziabel.¹⁹⁸

Eingriffe in die künstlerische Freiheit nach Art. 15 Abs. 3 Sozialpakt können in unterschiedlichster Form erfolgen. Dazu gehören nicht nur Zensurmassnahmen, sondern auch Einschränkungen im Zugang zu Ressourcen und Infrastruktur, eine rigide Reglementierung des öffentlichen Raums und hohe Strafen bei Zuwiderhand-

¹⁹⁴ HRC, *Lovelace v Canada*, No.24/77 (30. Juli 1981), N 16 f. Ebenso HRC, *Kitok v Sweden*, No. 197/85 (27. Juli 1988), N 9.6; HRC, *Mahuika v New Zealand*, No. 547/93 (27. Oktober 1993), N 9.6.

¹⁹⁵ G.I.M. SAUL/KINLEY/MOWBRAY, ICESCR, 1185.

¹⁹⁶ *Santa Clara Pueblo v Martinez*, 98 U.S. 1670 (1978).

¹⁹⁷ Zur Frage, ob sich die liberale Rechtsordnung überhaupt mit kulturellen Rechten mit einer kollektiven Dimension vereinbaren lässt, siehe mit einem theoretischen Ansatz KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*; JOVANOVIĆ, *Collective Rights*; aus juristischer Sicht debatiert in FRANCIONI/SCHENIN, *Cultural Human Rights*, etwa 3–6.

¹⁹⁸ KÄLIN/KÜNZLI, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 483; SSENYONJO, *ESCR*, 630.

lung gegen gesetzliche Vorgaben. Der Sozialausschuss hat im Staatenberichtsverfahren wiederholt auf entsprechende Verstösse gegen die künstlerische Freiheit hingewiesen.¹⁹⁹

c) Geistiges Eigentum (Art. 15 (c))

Als dritter Teilgehalt der kulturellen Rechte gewährleistet Art. 15 Abs. 1 (c) des Sozialpakts jedem das Recht, den Schutz der geistigen und materiellen Interessen zu genießen, die ihm als Urheber von Werken der Wissenschaft, Literatur oder Kunst erwachsen. Die Bestimmung ist identisch mit Art. 27 Abs. 2 der Allgemeinen Menschenrechtserklärung und überträgt diese in eine rechtlich verbindliche Form. Auch beim Sozialpakt war die Aufnahme der Bestimmung umstritten. Man war sich uneinig, ob die Urheberrechte den Status von Menschenrechten erhalten sollten oder ob Eigentum überhaupt ein legitimes Institut einer Rechtsordnung ist.²⁰⁰

Der Sozialausschuss hat die Bestimmung dahingehend ausgelegt und als Menschenrecht gerechtfertigt, als er zwischen den Rechten am geistigen Eigentum und ihrem persönlichkeitsrechtlichen Kern unterschied. Die Persönlichkeitsrechte des geistigen Eigentums schützen die persönliche Verbindung zwischen einem Autor und seinem Werk und deren wirtschaftliche Subsistenz.²⁰¹ Aus diesem Grund ist der persönliche Geltungsbereich der Bestimmung gemäss Sozialausschuss auf natürliche Personen beschränkt, die Schöpfer eines literarischen oder künstlerischen Werkes sind.²⁰² Den Staaten bleibt in der Umsetzung der völkerrechtlichen Vorgaben ein grosser Ermessensspielraum. Das Recht ist in denjenigen Staaten als Individualrecht direkt anwendbar und justizierbar, die Immaterialgüterrechte gewährleisten.²⁰³ Das trifft auf die Schweiz zu.

2.6 Weitere Verträge und Erklärungen

Die Kunstfreiheit und das Recht auf kulturelle Teilhabe sind in mehreren der sektoriellen Menschenrechtsabkommen ausdrücklich erwähnt, wovon hier nur einige erwähnt seien.²⁰⁴

¹⁹⁹ Siehe bswa CESCR, Concluding Observations Republic of Korea (U.N. Doc. E/C.12/1/Add. 59) (21. Mai 2001), N 32; CESCR, Concluding Observations Kenya (U.N. Doc. E/C.12/1993) (3. Juni 1993), N 19; CESCR, Concluding Observations China (U.N. Doc. E/C.12/1/Add. 107) (13. Mai 2005); SAUL/KINLEY/MOWBREY, ICESCR, 1193 f.

²⁰⁰ Saul/Kinley/Mowbrey, ICESCR, 1225.

²⁰¹ CESCR, General Comment No. 17 on the right of everyone to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he or she is the author (article 15, paragraph 1(c) of the Covenant) (12.1.2006) (U.N. Doc. E/C.12/GC/17) (CESCR, GC 17), N 1–3.

²⁰² CESCR, GC 17, N 7 f.; gl.M. SAUL/KINLEY/MOWBRAY, ICESCR, 1226.

²⁰³ CESCR, GC 17, N 30–34; KÄLIN/KÜNZLI, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 485.

²⁰⁴ Einführend auch WYTTEBACH, BSK BV 21 N 2.

Das *Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung*²⁰⁵ sichert den gleichen Zugang zur Kultur (Art. 5). Die *UNO-Behindertenrechtskonvention* (UN-BRK)²⁰⁶ verpflichtet ihre Vertragsparteien, geeignete Massnahmen zu treffen, damit Menschen mit Behinderungen ihr kreatives, künstlerisches Potenzial entfalten können (Art. 30 UN-BRK). Die Konvention weist darauf hin, dass es noch nicht ausreicht, die künstlerische Freiheit zu deklarieren, sondern dass es zu ihrer tatsächlichen Verwirklichung aktiver Massnahmen des Staates bedarf. Diese müssen so ausgestaltet sein, dass sie den besonderen Bedürfnissen ihrer Grundrechtsträger angemessen begegnen. Die *UNO-Kinderrechtskonvention* (UN-KRK)²⁰⁷ gewährleistet die freie Meinungsäusserung und das Recht auf Teilhabe am künstlerischen Leben ausdrücklich für Kinder und Jugendliche (Art. 13 und 31 UN-KRK). Das internationale Recht verpflichtet damit die Staaten, den Bedürfnissen von Kindern und Jugendlichen im Bereich der Kunst besondere Aufmerksamkeit zu schenken.

3 Europäische Menschenrechtskonvention

Die *Europäische Menschenrechtskonvention* (EMRK)²⁰⁸ trat für die Schweiz am 28. November 1974 in Kraft. Sie ist aufgrund ihres Durchsetzungsverfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und der beschränkten Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundesgerichts (Art. 190 BV) das wichtigste völkerrechtliche Instrument für die Gewährleistung der Grund- und Menschenrechte in der Schweiz. Aufgrund ihrer herausragenden Bedeutung im Schweizer Recht soll der Schutz der Kunstfreiheit unter der EMRK an dieser Stelle in einem eigenen Abschnitt vorgestellt werden.

Im Gegensatz zur EMRK enthalten andere regionale Menschenrechtskonventionen eine eigene Bestimmung zur Kunstfreiheit, oder gewährleiten kulturelle Rechte. Die *Amerikanische Menschenrechtskonvention*²⁰⁹ schützt die Meinungsfreiheit und das Recht der freien Meinungsäusserung in Art. 13, darin namentlich eingeschlossen die Kunst. Die *Afrikanische Menschenrechtskonvention* (Banjul-Charta) schützt in Art. 9 das Recht, Informationen zu erhalten und seine Meinungen im Rahmen der Gesetze zu äussern und zu verbreiten. Art. 17 gewährleistet das Recht auf Bildung und auf ungehinderte Teilnahme am kulturellen Leben der Gemeinschaft. Art. 22 der Banjul-Charta räumt allen Völkern das Recht auf eigene wirtschaftliche, soziale und kulturelle

²⁰⁵ Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21. Dezember 1965, für die Schweiz in Kraft seit 29. Dezember 1994 (SR 0.104) (UN-Rassendiskriminierungskonvention).

²⁰⁶ Übereinkommen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, für die Schweiz in Kraft seit 15. Mai 2014 (SR 0.109) (UN-BRK).

²⁰⁷ Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes, für die Schweiz in Kraft seit 26. März 1997 (SR 0.107) (UN-KRK).

²⁰⁸ Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, für die Schweiz in Kraft getreten am 28. November 1974 (SR 0.101) (EMRK).

²⁰⁹ American Convention on Human Rights, verabschiedet in San José am 22. November 1969 (ACHR).

Entwicklung unter angemessener Berücksichtigung ihrer Freiheit und Identität sowie der gleichmässigen Beteiligung am gemeinsamen Erbe der Menschheit ein.

3.1 Müller g. Schweiz

Die EMRK gewährleistet die Freiheit der Kunst als Teilgehalt des Rechts auf freie Meinungsäusserung in Art. 10 EMRK. Das bestätigte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in seinem ersten Urteil zum Schutz der Kunst, im Urteil *Müller gegen Schweiz*.²¹⁰ Vor diesem Urteil hatte die Kommission zu Fragen der Kunst zwei Stellungnahmen verfasst, in denen sich bereits die entsprechende Haltung abzeichnete.²¹¹ Im Urteil *Müller* ging es um ein Kunstwerk des Schweizer Künstlers Josef Felix Müller. Er hatte in einer Kunstausstellung in der Stadt Freiburg i.Ue. drei Gemälde veröffentlicht, die sexuelle Handlungen unterschiedlichster Form darstellten. Für den Künstler ging es dabei um eine symbolische und metaphorische Darstellung von Sexualität, in der er Fragen nach Geschlechterrollen und Macht thematisieren wollte (siehe vorne Teil I Kapitel I.2).²¹² Das Gericht bestätigte, dass das Recht auf freie Meinungsäusserung auch künstlerische Äusserungen umfasst und erachtete dies als nicht weiter begründungsbedürftig.

3.2 Entwicklung der Rechtsprechung

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bestätigte den Schutz der Kunstfreiheit in konstanter Rechtsprechung.²¹³ Insgesamt entschieden die Kommission und der Gerichtshof bis anhin ungefähr drei Dutzend Fälle zur Kunstfreiheit²¹⁴, wobei ungefähr ein Drittel an formellen Eintretensvoraussetzungen scheiterte²¹⁵ und ein Fall²¹⁶ auf Verhandlungsebene zwischen den Parteien entschieden wurde. In der Lehre ist die Rechtsprechung zum Schutz der Kunst unter Art. 10 EMRK im Grundsatz unbestritten. Meinungsverschiedenheiten bestehen in Bezug auf spezifische Begründungen einzelner

²¹⁰ EGMR 10737/84 (1988), *Müller g. Schweiz*, in: EuGRZ 1988, 543 ff. (auf Englisch ungekürzt publiziert als EGMR 10737/84 (1988) *Müller v Switzerland*, N 27.

²¹¹ EKMR 8710/79 (1982), *X. Ltd and Y. v UK*; EKMR 9870/82 (1983), *N. v Switzerland*, in: EuGRZ 1984, 259 ff., 260.

²¹² Zum Kontext des Falls siehe HASLER, Der «Phall Fribourg» und die Frage der Moral, in: Meyer/Riklin, Frau Huber geht nach Strassburg, 57–71; THOMI, Künstler mit nonkonformistischem Gedankengut.

²¹³ Bestätigt bswe in EGMR 13470/87 (1994) *Otto-Preminger Institut v Austria*, N 49; EGMR 40287/98 (2005) *Alinak v Turkey*, N 56; EGMR 68354/01 (2007) *Vereinigung bildender Künstler v Austria*, N 27; EGMR 68354/01 (2008) *Leroy v France*, N 26; EGMR 38004/12 (2018) *Alekhina v Russia (Pussy Riot)*. Das Bundesgericht hat die weite Auslegung des EGMR zum Schutz der Kunst unter Art. 10 EMRK rezipiert in BGE 128 IV 201 E. 1.4.1.

²¹⁴ Siehe die Zusammenstellung bei POLYMEÑOPOULOU, *Artistic Freedom at the ECHR*, 513 f.

²¹⁵ Darunter auch die Fälle zu Shalman Rushdis *Satanische Verse* (EGMR 17439/90 (1991) *Choudhury v United Kingdom*), und zu den Dänischen Mohammed-Karikaturen (EGMR 5853/06 (2006) *Ben El Mahi and Others v Denmark*).

²¹⁶ EGMR 37721/97 (2003) *Erkanli v Turkey*.

Urteile und die Gewichtung der Kunst gegenüber anderen Schutzgütern.²¹⁷ Die Rechtsprechung des EGMR zu Fragen der künstlerischen Freiheit blieb über Jahrzehnte relativ knapp begründet. So liessen die Kommission und der Gerichtshof beispielsweise offen, ob der künstlerische Ausdruck einen umfangreicheren Schutz genießt als jede andere Form der Meinungsäusserung. Die Kommission griff dies im Entscheid zu Harald Naegelis Spayereien (Abbildung 6) als Frage auf, liess sie aber unbeantwortet.²¹⁸ Indessen zeichnete sich in den einzelnen Urteilen ab, dass der EGMR für die Beurteilung der Kunst eine kunstspezifische Haltung einzunehmen bereit war. So berücksichtigte das Gericht neben dem Publikationsmedium und seinem Verbreitungsgrad auch die Besonderheiten der künstlerischen Kommunikationsform, ihre mögliche Fiktionalität, Mehrdeutigkeit und Persönlichkeitsnähe.²¹⁹

Besonders ausführlich befasste sich der EGMR mit dem Schutz der Kunst im Urteil *Alekhina and others v Russia*²²⁰, in dem es Grundsätze für die Beurteilung von Kunst festlegt. In der Sache hatten die Beschwerdeführer als Mitglieder der feministischen Punk Band *Pussy Riot* in der Moskauer Erlöser-Kathedrale ein Protestlied gegen den Präsidenten und die Kirche aufgeführt und wurden zu mehrjährigen Freiheitsstrafen verurteilt (Abbildung 3). Der EGMR erkannte das legitime Interesse an der Beschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit an religiösen Stätten an, erachtete aber das rigide Verfahren und die hohe Strafe als unverhältnismässig. Der EGMR bekräftigte im Urteil die Bedeutung der freien Meinungsäusserung für die demokratische Gesellschaft und betonte, dass auch die Kunst einen wichtigen Beitrag zum öffentlichen Austausch von Ideen und Informationen beiträgt.²²¹

3.3 Rechtfertigung von Einschränkungen

Wie für alle Menschenrechte in der EMRK gilt auch für die Kunstfreiheit, dass der Schutz künstlerischer Äusserungen nicht absolut ist.²²² Einschränkungen bedürfen gemäss Art. 10 Ziff. 2 EMRK einer gesetzlichen Grundlage, müssen einem zwingenden gesellschaftlichen Bedürfnis entsprechen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein. Der EGMR hat wiederholt betont, dass Ausnahmen von der Meinungs-

²¹⁷ Anstelle vieler zusammenfassend MENSCHING, in Karpenstein/Mayer, EMRK-K 10 N 23; ausführlich POLYMEÑOPOULOU, *Artistic Freedom at the ECHR*.

²¹⁸ EKMR 9870/82 (1983), Naegeli, in: EuGRZ 1984, 259 ff., 260; zum Verfahren MÜLLER, *Sprayer von Zürich*. Harald Naegli stand mittlerweile wiederholt wegen Sachbeschädigung vor Gericht, so zuletzt in Zürich (siehe NZZ vom 13.9.2017 «Der «Sprayer von Zürich» Harald Naegli steht wieder vor Gericht») und in Düsseldorf (siehe WEILER-ESSER, *Kunstfreiheit und Sachbeschädigung*). Gleich eine Reihe von Auseinandersetzungen mit den Behörden entzündeten sich an den im Zürcher Grossmünster und in der Innenstadt gesprayten Totentanz (siehe Abbildung 6).

²¹⁹ Siehe bswa EGMR 42571/98 (2005) I.A. v Turkey; EGMR 23462/94 (1999), N 48 Arslan v Turkey; EGMR 68354/01 (2007) *Vereinigung bildender Künstler v Austria*, N 32–37.

²²⁰ EGMR 38004/12 (2018) *Alekhina v Russia (Pussy Riot)*, N 228.

²²¹ EGMR 38004/12 (2018) *Alekhina v Russia (Pussy Riot)*, N 203.

²²² EGMR 10737/84 (1988) *Müller v Switzerland*, N 34.

äusserungsfreiheit eng zu halten sind und die Begründung besonders überzeugend ausfallen muss.²²³ In seiner umfangreichen Rechtsprechung zu den Schranken des Grundrechts hat der EGMR das gerichtliche Vorgehen für einzelne Fallgruppen ausdifferenziert (dazu Teil IV Kapitel I.3). Für die Rechtfertigungsprüfung möglicher Einschränkungen der Kunstfreiheit orientierte sich der EGMR im Urteil *Alekhina* an der sich bereits aus den vorhergehenden Urteilen abzeichnenden kontext- und kunstspezifischen Prüfung. Der EGMR beachtete den gesellschaftlichen und politischen Gesamtkontext, den spezifischen Kontext und den Inhalt des Protestsongs. Im Urteil zur Kunstperformance von Pussy Riot berücksichtigte der Gerichtshof Ort, Dauer und Form der Kunstperformance, ebenso wie die Reaktion der Sicherheitsbehörden und der Justiz.

3.4 Bedeutung von Art. 10 EMRK für Art. 21 BV

Die Bedeutung der EMRK für die Kunstfreiheit im Schweizer Recht zeigt sich exemplarisch im Bereich der Filmzensur, die mit Verweis auf die EMRK infrage gestellt wurde. So wies das Bundesgericht beispielsweise 1988 die Beschwerde eines Sex-Shop-Inhabers gegen eine Strafe wegen Verstosses gegen die Sittlichkeit ab. Der Sex-Shop-Betreiber hatte in einem kleinen, separaten Vorführraum jedem Interessenten nach der Bezahlung eines Eintritts oder dem Kauf von Sex-Heften den Film *New York City* gezeigt, der homosexuelle Handlungen zwischen mehreren Partnern zeigt. Das Bundesgericht vertrat die Ansicht, es bestehe ein berechtigtes Interesse, die Moral erwachsener Personen zu schützen, unter denen sich «ebenfalls labile und leicht beeinflussbare Menschen befinden» dürften.²²⁴ Der EGMR erachtete seinerseits die Vorführung des Films als durch Art. 10 EMRK geschützt.²²⁵ Kurz darauf änderte das Bundesgericht seine Rechtsprechung zur Filmzensur. Es erkannte den Film als geschützte Meinung gemäss Art. 10 EMRK an.²²⁶ Filme mit sexuellen Handlungen sollten nur noch dann strafbar sein, wenn dadurch eine andere Person zu Schaden kommen könnte oder wenn jemand davor bewahrt werden sollte, gegen seinen Willen sexuelle Darstellungen wahrnehmen zu müssen.²²⁷ Die Rechtsprechung bereitete die anstehende Öffnung des Pornografie-strafatbestandes in Art. 197 StGB vor (dazu hinten Teil I Kapitel II.4.2.c).²²⁸

²²³ EGMR 69698/01 (2007) *Stoll v Switzerland*, N 101; EGMR 38004/12 (2018) *Alekhina v Russia* (*Pussy Riot*), N 198.

²²⁴ BGE 114 IV 116 E. 4b.

²²⁵ EKMR 17116/90 (1993) *Scherrer v Switzerland*, N 53. Der EGMR fällte kein Urteil, weil der Beschwerdeführer während dem Verfahren verstarb, MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 560 Fn. 41.

²²⁶ BGE 128 IV 201 E. 1.4.1.; a.M. noch BGE 114 IV 116 E. 4b/cc.

²²⁷ BGE 117 IV 276 E. 3c. Es bestätigte diese Haltung in der Folge: Noch zu Art. 204 aStGB BGE 117 IV 283 E. 4c; BGE 117 IV 457 E. 2b. Weiterhin als nicht zulässig erachtete das Bundesgericht Gewaltpornografie. So verurteilte es die filmische Darstellung der Vergewaltigung einer Frau, weil sie «durch ihre Verharmlosung die Frau erniedrigt» und andeutet, «die Anwendung von Gewalt steigere das Lustempfinden», BGE 117 IV 283 E. 4c.

²²⁸ Zu Art. 197 StGB fällte das Bundesgericht erste Urteile in BGE 124 IV 106; BGE 128 IV 201 (zur harten Pornographie); BGE 131 IV 64 (zum Begriff der Pornographie).

3.5 EMRK und kulturelle Teilhabe

Die Europäische Menschenrechtskonvention enthält – anders als die Allgemeine Menschenrechtserklärung, der Zivilpakt und der Sozialpakt – keine spezifischen Bestimmungen zur Förderung der Kunst, zum Anspruch auf kulturelle Teilhabe oder zum Schutz kultureller Minderheiten. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat kulturelle Fragen aber verschiedentlich unter Anwendung des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) thematisiert, beispielsweise zur Sprache²²⁹ oder zum Respekt für den Lebensraum und die Lebensform von Minderheiten²³⁰. Art. 8 EMRK schützt das Recht des Einzelnen, seine Persönlichkeit in privaten sozialen Bereichen selbstbestimmt zu entfalten.²³¹

3.6 Weitere Abkommen des Europarates

Die *Europäische Sozialcharta*²³² verweist an mehreren Stellen auf die kulturellen Teilhaberechte. Art. 23 Abs. 1 (a) verpflichtet die Vertragsparteien, älteren Menschen die Möglichkeit zu geben, so lange wie möglich vollwertige Mitglieder der Gesellschaft zu bleiben, und zwar durch ausreichende Mittel, die es ihnen ermöglichen, ein menschenwürdiges Leben zu führen und aktiv am öffentlichen, sozialen und kulturellen Leben teilzunehmen. Art. 30 (a) der Sozialcharta verpflichtet die Vertragsparteien, die wirksame Ausübung des Rechts auf Schutz gegen Armut und soziale Ausgrenzung zu gewährleisten. Das bedingt im Rahmen eines umfassenden und koordinierten Ansatzes, dass die Staaten Massnahmen ergreifen, um für Personen, die in sozialer Ausgrenzung oder Armut leben oder Gefahr laufen, in eine solche Lage zu geraten, sowie für deren Familien den tatsächlichen Zugang, insbesondere zu Arbeit, zu Wohnraum, zu Ausbildung, Bildung, Kultur und Fürsorge zu fördern. Art. 15 Abs. 3 des Sozialpakts verpflichtet die Staaten, behinderten Menschen, ungeachtet ihres Alters und der Art und Ursache ihrer Behinderung, die wirksame Ausübung des Rechts auf Eigenständigkeit, soziale Eingliederung und Teilhabe am Leben der Gemeinschaft zu gewährleisten. Sie sollen ihre vollständige soziale Eingliederung und Teilhabe am Leben der Gemeinschaft fördern, insbesondere durch Massnahmen, die darauf gerichtet sind, Kommunikations- und Mobilitätshindernisse zu überwinden und den Zugang zu Förderungsmitteln, Wohnraum, Freizeitmöglichkeiten und kulturellen Aktivitäten zu ermöglichen.

²²⁹ EGMR 1474/62 und 1677/62 und 1691/62 und 1769/63; 1994/63; 2126/64 (1968) Case «Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium» (Urteil des EGMR zu den belgischen Sprachenfällen).

²³⁰ EGMR 9278/81 und 9415/81 (1983) G. and E. v Norway (zum Minderheitenschutz der Sami); EGMR 20348/92 (1996) Buckley v United Kingdom (zum Schutz des Lebensstils von Fahrenden unter der EMRK). Zur Rechtsprechung über die kulturellen Rechte unter Anwendung der EMRK einfürend ECHR RESEARCH DIVISION, Cultural Rights.

²³¹ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 140; WYTTENBACH, BSK BV 21 N 2.

²³² Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3. Mai 1996, von der Schweiz nicht ratifiziert (Sozialcharta).

Die *Europäische Kulturkonvention*²³³ von 1954 enthält – wie die Europäische Sozialcharta –, keine Individualrechte. Sie verpflichtet die Staaten zu verschiedenen programmatischen Massnahmen zum Schutz und zur Förderung von Kunst und Kultur. Die Konvention ist am Schutz des gemeineuropäischen kulturellen Erbes ausgerichtet. Es soll im Interesse der Menschheit erhalten und weiterentwickelt werden. Der Europarat hat eine Reihe weiterer Abkommen über den Schutz kultureller Minderheiten und über kulturelle Teilhaberechte verabschiedet, darunter das Rahmenabkommen zum Schutz nationaler Minderheiten.²³⁴

4 Schweizer Verfassungsrecht

4.1 Der weite Weg zur Anerkennung der Kunstfreiheit

Die Bundesverfassungen von 1848 und 1874 enthielten keine Bestimmung zur Freiheit der Kunst. Die ersten nennenswerten gerichtlichen Auseinandersetzungen über den grundrechtlichen Schutz der Kunst fanden in der Schweiz um die Jahrhundertwende und zu Beginn des 20. Jahrhunderts statt. In diesem Zeitraum veränderte sich das Unterhaltungsgewerbe grundlegend. Die *Belle Époque* führte mit den Variétés und Tingeltangels zu einer Öffnung des Schauspiels. Kinematografen brachten bewegte Bilder in die Schweiz. Beide Unterhaltungsformen wurden vorwiegend von den ärmeren Bevölkerungsschichten konsumiert. Nach dem damals herrschenden idealistischen Kunstverständnis²³⁵ waren weder der Film noch das Schauspiel als Kunst anerkannt. Sie galten im Gegenteil als Gefahr für die Gesellschaft. Entsprechend häufig waren sie Gegenstand polizeilicher Einschränkungen. Vor diesem Hintergrund entwickelte das Bundesgericht den grundrechtlichen Schutz der Kunst in seiner Rechtsprechung zur Presse- und Meinungsäusserungsfreiheit und der Rechtsprechung zur Handels- und Gewerbefreiheit. Beide Entwicklungen sind zugleich in das komplizierte Geflecht der *Exceptio-artis*-Rechtsprechung zur Sittlichkeit und zum zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz eingebunden.

²³³ Europarat, Europäisches Kulturabkommen vom 19. April 1954.

²³⁴ Rahmenübereinkommen des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten vom 1. Februar 1995, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Februar 1999 (SR 0.441.1).

²³⁵ Als *idealistisch* oder *essentialistisch* gelten Kunstverständnisse, die davon ausgehen, dass Kunst bestimmte Wesenseigenschaften aufweist, unter Anwendung derer sich Gegenstände als Kunst identifizieren lassen. So fragt bsw. die traditionelle Werkästhetik nach Eigenschaften, die ein Gegenstand aufweisen muss, um als Kunst zu gelten. Die traditionelle Rezeptionsästhetik stellt auf die Eigenschaften von Erfahrungen ab, die eine Person mit Kunst macht. Bei beiden Definitionsansätzen geht es darum, *objektiv-allgemeine Kriterien* zu gewinnen, die einen Gegenstand zu einem Kunstwerk machen, oder eine Erfahrung als ästhetische Erfahrung auszeichnen, BERTRAM, Kunst, 23–29.

a) Rechtsprechung zur Handels- und Gewerbefreiheit

Der Bundesrat nahm die Kunst in einem Entscheid von 1883 zunächst vom Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit aus, weil mit ästhetischen Darstellungen nicht in erster Linie ein Erwerb, sondern die Beeinflussung des Publikums beabsichtigt werde.²³⁶ Im Jahr 1911 revidierte der Bundesrat seine Haltung und erkannte das Theater und den Film als Gewerbe im Sinne der Handels- und Gewerbefreiheit an. Er begründete seine Rechtsprechungsänderung damit, dass die Möglichkeit, sein Handwerk und seine Dienstleistungen wirtschaftlich verwerten zu können, Teil der persönlichen Entfaltung einer Person ist.²³⁷ Fortan waren alle Handlungen, die einen gewerblichen Zweck verfolgten, grundrechtlich geschützt, und zwar unabhängig davon, ob sie als nützlich für die Gesellschaft galten, als qualitativ hochstehendes Produkt Anerkennung fanden oder wirtschaftlich erfolgreich waren.

Im Jahr 1912 ging die Rechtsprechungskompetenz im Bereich der Handels- und Gewerbefreiheit vom Bundesrat an das Bundesgericht über.²³⁸ Es führte die Rechtsprechung des Bundesrates im gleichen Sinne weiter.²³⁹ Unter Anwendung der Handels- und Gewerbefreiheit prüfte das Bundesgericht wiederholt repressive Massnahmen gegen das Kino.²⁴⁰ Von Beginn an sprach sich das Bundesgericht gegen ein absolutes Filmverbot aus.²⁴¹ In konstanter Rechtsprechung beurteilte es aber die Gefahr, die von Filmen ausgeht, als erheblich. Es stützte deshalb die Präventivzensur von Filmen als «scharfes Kontrollmittel»²⁴², weil sie die grösste Garantie biete, «das Uebel an der Wurzel»²⁴³ zu

²³⁶ BBl 1884 II 758; HENGGELEDER-MÖLICH, Kinematograph, 50 f. Siehe auch den Bundesratsbeschluss (BRB) vom 14. August 1883 (BBl 1884/2 651 f.), dazu aus der damaligen Lehre GÜEX, Cinématographie, 6; HENGGELEDER-MÖLICH, Kinematograph, 50; später auch diskutiert bei BAEGGLI, Kunstfreiheit, 67. Zu Einschränkungen von Musik, Tanz und Schauspiel äusserte sich der Bundesrat bswe in BBl 1876 II 576, 775; BRB v. 15. April 1898 (BBl 1898 III 67. Salis, II, Nr. 894), BRB v. 14. August 1883 (BBl 1884 II 758, 894); BRB v. 14. August 1883 (BBl 1884 II 758, 890), zum Ganzen BURCKHARDT, BVK 1914, 266.

²³⁷ BRB v. 10. Februar 1911 (BBl 1911 III 682 ff.); HENGGELEDER-MÖLICH, Kinematograph, 51. Die Lehre begrüsst die Ausweitung des Grundrechtsschutzes, BURCKHARDT, BVK 1905, 276 f.; DERS., BVK 1914, 259; GÜEX, Cinématographie, 6; HENGGELEDER-MÖLICH, Kinematograph, 49 f.; FLEINER, Bundesstaatsrecht, 377.

²³⁸ Änderung des Bundesgesetzes über die Organisation der Rechtspflege (1893) von 1911; FLEINER, Bundesstaatsrecht, 379 Fn. 7.

²³⁹ In ständiger Rechtsprechung bestätigt bswe in BGE 38 I 435 E. 3; BGE 39 I 12 E. 1; BGE 40 I 167 E. 2; BGE 40 I 479, 480; BGE 43 I 251 E. 1; BGE 47 I 34 E. 2; BGE 49 I 87 E. 1; ebenso in BGE 59 I 58 E. 3 für das Theater und in BGE 59 I 107 E. 1 für den Beruf der Schauspielerei.

²⁴⁰ Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Verbot von Filmen beginnt in der Schweiz mit einem Urteil zur Zensur von Kriegsbildern im Jahr 1915, BGE 41 I 40 E. 2.

²⁴¹ BGE 48 I 470, 471.

²⁴² BGer-Urteil vom 14. Juni 1918 i.S. Burckhardt u.a., Kinematographenbesitzer g. Kanton Luzern, E. 3b.

²⁴³ BGer-Urteil vom 14. Juni 1918 i.S. Burckhardt u.a., Kinematographenbesitzer g. Kanton Luzern, E. 3b.

fassen. Demgegenüber schreite die als weniger einschneidend eingestufte Repressivzensur erst dann ein, wenn der Schaden bereits entstanden sei.²⁴⁴

Die von den Kantonen erlassenen Zensurmassnahmen trafen nicht nur den Film, sondern auch seine Titelbezeichnungen, Plakate und Inserate. Das Bundesgericht überprüfte regelmässig entsprechende kantonale Massnahmen und verfeinerte dabei sukzessive seine Anforderungen an die Rechtfertigung von Einschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit. So erachtete es die systematische Präventivzensur der Kinoreklame in allen Zeitungen als unverhältnismässig²⁴⁵, erhöhte die Anforderungen an die rechtlichen Grundlagen für die Filmzensur und beschränkte den Geltungsbereich der polizeilichen Generalklausel²⁴⁶. Es nuancierte seine inhaltliche Beurteilung der Massnahmen hinsichtlich der Eingriffsintensität und erachtete umfassende Einschränkungen nur noch dann als gerechtfertigt, wenn die polizeilich zu verhindernde Gefahr beträchtlich und unmittelbar war und das öffentliche Interesse auf keine andere Weise gewahrt werden konnte.²⁴⁷ Was das Bundesgericht hingegen nicht weiter thematisierte, war, dass die kantonalen Regierungen ihre Massnahmen oft mit ästhetischen Wertungen verbanden. So hatte der Regierungsrat des Kantons Aargau beispielsweise den Film *S'Waisechind vo Engelberg* – eine adaptierte Verfilmung von Johanna Spyris *Heidi* – für Kinder nicht zugelassen, mit der Begründung, der Film sei «kitschig» und behandle «das ernste Thema der Verdingkinder auf leichtfertige Art» und werde deshalb von «zahlreichen namhaften Erziehern und Filmsachverständigen abgelehnt»²⁴⁸.

Unter Anwendung der Handels- und Gewerbefreiheit stellte sich das Bundesgericht protektionistischen Massnahmen der Städte entgegen, die damit ihre staatlichen Kulturbetriebe vor privater Konkurrenz abschirmen wollten.²⁴⁹ Ebenso schützte das Bundesgericht die Kinobetreiber vor religiös begründeten Einschränkungen der Betriebszeiten. Die persönliche Freiheit gewährleiste auch das Recht, die Freizeit unabhängig von religiösen Vorgaben zu gestalten.²⁵⁰ Das Bundesgericht schützte hingegen arbeitsrechtlich begründete Einschränkungen der Betriebszeiten der Kinos aufgrund sozialstaatlicher Überlegungen.²⁵¹ Des Weiteren auferlegten die Städte den Kinobetreibern eine besondere Steuer, die das Bundesgericht unter dem Gesichtspunkt der Prohibition prüfte.²⁵² Verschiedentlich versuchten die Kantone in der angespannten

²⁴⁴ BGer-Urteil vom 14. Juni 1918 i.S. Burckhardt u.a., Kinematographenbesitzer g. Kanton Luzern, E. 3b.

²⁴⁵ BGE 78 I 298 E. 6.

²⁴⁶ BGE 83 I 111 E. 1.

²⁴⁷ BGE 78 I 298 E. 6; ebenso in der damaligen Lehre FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, 308.

²⁴⁸ BGE 83 I 111, 111 f.

²⁴⁹ BGE 40 I 479, 481; bestätigt, u.a. in BGE 41 I 40, 43; BGE 47 I 34 E. 2; BGE 49 I 87 E. 1; BGE 50 I 168 E. 2; BGE 59 I 58 E. 2; dazu auch FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, 284.

²⁵⁰ BGE 50 I 168 E. 2.

²⁵¹ BGE 40 I 167 E. 2.

²⁵² BGE 38 I 435 E. 3 (kritisch zum Urteil BURCKHARDT, BVK 1914, 273); BGE 40 I 184, 187; bestätigt in BGE 41 I 264 E. 1, BGE 43 I 251 E. 1. Die Rechtsprechung zu prohibitiven Steuern ent-

wirtschaftlichen Lage während des Ersten²⁵³ und vor dem Zweiten²⁵⁴ Weltkrieg, den Kinos eine Luxussteuer aufzuerlegen. Sie begründeten diese Massnahme damit, dass die Kinobesucher in wirtschaftlich schwierigen Zeiten mit dem Besuch des Kinos unnötige Ausgaben tätigten, vor denen sie zu schützen seien. Das Bundesgericht erachtete die Massnahmen gegenüber Erwachsenen als wirtschaftspolitisch motiviert und infolgedessen unzulässig, gegenüber Kindern hingegen als eine gerechtfertigte erziehungspolitische Massnahme. Seine Rechtsprechung zum Jugendschutz bestätigte das Bundesgericht wiederholt.²⁵⁵ Es vertrat die Ansicht, dass Bilder und Filme bereits in geringen Dosen einen schädlichen Einfluss auf die Jugend sowie auf weniger entwickelte Erwachsene oder solche mit schwachem Charakter hätten.²⁵⁶

b) Rechtsprechung zur Presse- und Meinungsäusserungsfreiheit

Das Bundesgericht sollte erst nach jahrzehntelangen rechtlichen Auseinandersetzungen künstlerischen Äusserungen Schutz unter der Presse- und Meinungsäusserungsfreiheit gewährleisten. Die Bundesverfassung von 1874 kannte keine Bestimmung zur Meinungsäusserungsfreiheit. Sie schützte einzig die Freiheit der Presse (Art. 55 aBV). Die Bestimmung war wörtlich aus der ersten Bundesverfassung von 1848 (Art. 45) übernommen.

Ausschluss der Kunst vom Schutz der Presse- und Meinungsäusserungsfreiheit

Der Schutzbereich der Pressefreiheit blieb auf Bundesebene lange Zeit eng begrenzt. Die Pressefreiheit kam nur für mechanische Druckerzeugnisse zur Anwendung, die Äusserungen «im Dienste der Allgemeinheit» oder Lehrmeinungen veröffentlichten.²⁵⁷ Das Bundesgericht schloss den Film von der Pressefreiheit aus, weil er die rigiden Anforderungen des Begriffs der Presseerzeugnisse nicht erfüllte.²⁵⁸ Das Bundesgericht sprach weiter sowohl dem Film als auch dem Variété die aus seiner Sicht Meinungsäusserungen kennzeichnende Ernsthaftigkeit ab. Sie würden «ausschliesslich der Befriedigung der Schaulust des Publikums» dienen, weshalb sie nicht schützenswert seien. Der

wickelte bereits der Bundesrat (BBl 1902 IV 541 ff.; BBl 1902 IV 819; BBl 1903 I 542 ff.). Sie wurde vom Bundesgericht übernommen, BGer-Urteil vom 10. Juli 1912 i.S. Chavan g. Bern, E. 3; BURCKHARDT, BVK 1914, 273.

²⁵³ BGE 42 I 269 E. 1 (274 f.).

²⁵⁴ BGE 59 I 58; BGE 59 I 107.

²⁵⁵ Bsw. BGE 78 I 298; BGE 83 I 111.

²⁵⁶ BGE 78 I 298 E. 4.

²⁵⁷ Nicht geschützt waren bsw. gewerbliche Druckerzeugnisse (BGE 36 I 39 E. 1; BGE 42 I 74 E. 1) oder Plakate auf öffentlichem Grund (BGE 19 I 20 E. 2). Zum Schutz von Flugblättern unter Art. 55 aBV siehe BGE 52 I 120 E. 1. Zur früher Entwicklung der Pressefreiheit, siehe BURCKHARDT, BVK 1914, 520–523.

²⁵⁸ BGer-Urteil vom 14. Juni 1918 i.S. Burckhardt u.a., Kinematographenbesitzer g. Kanton Luzern, E. 3a.

Kinozuschauer sehe bloss «bewegte Bilder ohne Substrat», «einer szenischen Vorführung im Theater vergleichbar». Ein Film sei «reine Unterhaltung» und deshalb nicht eine Meinung, sondern «die sinnesfällige Darstellung äusserer Bewegungsvorgänge».²⁵⁹ Das Bundesgericht zog in einem späteren Urteil zwar erneut in Erwägung, dass man kaum mehr behaupten dürfe, «dass in einem Film eine Lehrmeinung nicht zum Ausdruck gebracht werden kann», hielt aber trotz entgegengesetzter Meinungen in der Lehre an seiner Rechtsprechung fest.²⁶⁰

Anerkennung der Meinungsäusserungsfreiheit als ungeschriebenes Grundrecht

In der Lehre plädierte erstmals Fritz Fleiner für die Aufhebung unterschiedlicher Schutzniveaus für Meinungsäusserungen. Er stellte sich gegen die Trennung von «ernsthaften» und folglich schützenswerten Äusserungen von bloss «unterhaltenden» Äusserungen.²⁶¹ Er nennt in seiner Argumentation keine Quellen, dürfte aber von der Weimarer Reichsverfassung und der deutschen Lehre beeinflusst gewesen sein. Die Reichsverfassung gewährleistete sowohl die Meinungsfreiheit (Art. 118 WRV) als auch die Kunstfreiheit (Art. 142 WRV) ausdrücklich (dazu Teil I Kapitel II.5.1.a).

Das Bundesgericht erkannte die Meinungsäusserungsfreiheit 1961 als ungeschriebenes Grundrecht des Bundesrechts an.²⁶² In einer knappen Ausführung hielt es fest, dass die Freiheit der Meinungsäusserung ein grundlegendes Prinzip des Bundesrechts und des kantonalen Rechts ist. Ob auch der Film unter diesem Schutz steht, prüfte es nicht, weil im zu beurteilenden Fall die Zensurmassnahme ohnehin unter dem Blickwinkel der Handels- und Gewerbefreiheit gerechtfertigt sei. Erst in einem kurz darauf folgenden Urteil stellte das Bundesgericht den Film ausdrücklich unter den Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit, allerdings unter Anwendung von *kantonalem* Verfassungsrecht.

²⁵⁹ Alle Zitate aus BGer-Urteil vom 14. Juni 1918 i.S. Burckhardt u.a., Kinematographenbesitzer g. Kanton Luzern, E. 3a; bestätigt in BGer-Urteil P.429 vom 30. Januar 1931 i.S. Film A.-C. g. Kanton Schaffhausen, E. 8 (mit Verweis auf die deutsche Lehre); ebenso in der Lehre BURCKHARDT, BVK 1914, 529 f.; GUËX, Cinématographe, 9.

²⁶⁰ BGer-Urteil P.429 vom 30. Januar 1931 i.S. Film A.-C. g. Kanton Schaffhausen, E. 7. In der Sache hatte das Bundesgericht den Film *Frauennot – Frauenglück* zu beurteilen. Der am sozialen Realismus orientierte Film setzte sich mit dokumentarischen Mitteln für die Legalisierung der Abtreibung ein. Seine Produzenten machten gegen die Zensurmassnahmen sowohl den Schutz der Pressefreiheit, als auch die in der Kantonsverfassung gewährleistete Meinungsfreiheit geltend.

²⁶¹ FLEINER, Bundesstaatsrecht, 372.

²⁶² BGE 87 I 114 E. 2: «la liberté d'expression, qui constitue un principe fondamental du droit fédéral et cantonal, écrit ou non, et une extension de la protection assurée par la liberté de la presse». In konstanter Rechtsprechung bestätigt, siehe bswa BGE 100 Ia 392 E. 4.

«Der Begriff der ‚Meinung‘ aber, deren freie Äusserung unter dem Schutz des § 6 KV steht, ist (insbesondere mit Rücksicht auf das Fehlen einer besonderen Gewährleistung der freien Ausübung von Kunst und Wissenschaft) weit zu fassen; er umschliesst nicht nur die Ergebnisse von rationalen Denkvorgängen sowie rational fassbar und mittelbar gemachte Überzeugungen in der Art von Stellungnahmen, Wertungen, Anschauungen, Auffassungen und dergleichen, sondern ebenso das Kunstschaffen und dessen Hervorbringungen. In diesem Sinn wird auch einem Film, der nicht der Verbreitung oder Verteidigung von Stellungnahmen, Wertungen oder Anschauungen auf dem Gebiete der Moral, der Politik, des Wissens und des Glaubens dient, sondern rein als Kunstwerk verstanden sein will, der Schutz des § 6 KV teil.»²⁶³

Das Bundesgericht stützte sich dafür auf die deutsche Lehre.²⁶⁴ Diese hatte sich wiederum auf den Schweizer Staatsrechtler Zaccaria Giacometti²⁶⁵ gestützt, dessen weite Auslegung der Meinungsfreiheit das Bundesgericht kurz zuvor noch als abweichende Lehrmeinung zurückgewiesen hatte.²⁶⁶

Pressefreiheit als «Durchbruchspunkt» der Meinungsäusserungsfreiheit

Giacometti erkannte in der Pressefreiheit eine historisch bestimmte Formulierung, die «Durchbruchspunkt» des Rechts auf freie Meinungsäusserung sein sollte.²⁶⁷ Er erachtete die Freiheit, eine Meinung mittels verschiedenster Medien und Formen zu äussern, als dem liberalen Wertsystem der Bundesverfassung inhärent. Darum waren für Giacometti auch künstlerische Äusserungen grundrechtlich schützenswert, und zwar unabhängig davon, ob sie der Unterhaltung dienen oder sich in eine politische, wissenschaftliche, religiöse oder moralische Debatte einbringen.²⁶⁸ In seinem Artikel über die Freiheitskataloge als Kodifikation der Freiheit fragt er:

²⁶³ BGer-Urteil vom 19. September 1962 i.S. Filmklub Luzern g. Regierungsrat Kanton Luzern, ZBl 1963 363 ff. E. 3. Seine Rechtsprechung bestätigte das Bundesgericht in BGE 101 Ia 252 E. 3b/c, womit das Bundesgericht einem Film über die Abtreibung Schutz unter der Meinungsäusserungsfreiheit gewährleistete mit der Begründung, die Vorführung eines Films zu einem Thema von politischer Bedeutung müsse genau wie eine Konferenz zum entsprechenden Thema zulässig sein.

²⁶⁴ BGer-Urteil vom 19. September 1962 i.S. Filmklub Luzern g. Regierungsrat Kanton Luzern, ZBl 1963 363 ff. E. 3 zit. RIDDER zur Meinungsfreiheit im damals aktuellen Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, 248: «‚Meinungen‘ im Sinne dieses Grundrechts [der Denk- und Geistesfreiheit] sind also Ergebnisse von rationalen Denkvorgängen». Dazu gehören für Ridder auch die «durch eigene geistige Vorgänge irgendwie rational fassbar und mitteilbar gemachte Überzeugungen», «künstlerische Bewusstseinsinhalte», ebenso wie ein «lautes, vernehmbares, vernommenes Denken» oder das «Kunstschaffen selbst».

²⁶⁵ FLEINER/GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht (1949), 364 f.

²⁶⁶ Giacomettis Beitrag zur Ausweitung des Grundrechts erwähnte das Bundesgericht im Urteil Bergman II nicht (BGE 87 I 275 E. 4).

²⁶⁷ FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, 368.

²⁶⁸ FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, 365 f.

«[...] sind nicht vielmehr alle Ausstrahlungen der Denkfreiheit und der Freiheit des künstlerischen Erlebens, die ja ihrem Wesen nach rechtlich nicht erfassbar sind, also alle Seiten der Meinungsäusserungsfreiheit in der Bundesverfassung geschützt? Hat also der Einzelne nicht auch das Recht gegenüber dem Bunde, seine Meinung ausser durch die Presse auch durch das geschriebene oder das gesprochene Wort in der Gestalt zum Beispiel einer Rede, einer Theateraufführung, der Vorführung eines Filmes bzw. durch das Mittel des Radios oder des Fernsehens zu äussern, oder seine künstlerischen Empfindungen ausser in literarischen Erzeugnissen auch in Werken der bildenden Kunst oder in musikalischen Aufführungen kundzutun?»²⁶⁹

Schutz der Kunst unter der Meinungsäusserungsfreiheit

Das Bundesgericht bezog seine Aussagen zur Öffnung des Grundrechtsschutzes für den Film nur auf die in den Kantonsverfassungen garantierte Meinungsfreiheit.²⁷⁰ Die Lehre übertrug die Aussagen hingegen konsequent auch auf das ungeschriebene Grundrecht der Meinungsäusserungsfreiheit auf Bundesebene. Ohne dies ausdrücklich zu thematisieren, schloss sich das Bundesgericht der Lehre an und behandelte den Film in seinen nachfolgenden Urteilen als geschützte Meinung. Fortan galten nicht nur der Film, sondern alle künstlerischen Meinungsäusserungen als Teilgehalt der Meinungsäusserungsfreiheit. So wandte das Bundesgericht beispielsweise den Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit ohne weitere Diskussion auf ein Strassentheater an.²⁷¹

Ausdrückliche Anerkennung der Kunstfreiheit

Ausdrücklich anerkannte das Bundesgericht die Freiheit der Kunst in einem Urteil von 1986.²⁷² In der Sache schützte es den Künstler Lorenzo Gerster, der alte Maschinenteile im Wald aufstellte.²⁷³ Das Bundesgericht erachtete sein «ernsthafte Suchen nach künstlerischem Ausdruck in neuen Formen»²⁷⁴ und sein Anliegen, «Aspekte alter Technik mit dem Wald in Verbindung zu bringen»²⁷⁵ als grundrechtlich schutzwürdig. Weil der Künstler bereits mehrere Jahre ohne Bewilligung seinem Anliegen Ausdruck verleihen konnte, erachtete das Bundesgericht die Verweigerung einer Nutzungsbewilligung mit Berufung auf das gewichtige öffentliche Interesse des Waldschutzes aber als gerechtfertigte Einschränkung der Freiheit des Künstlers. Es liess dabei offen, ob die Kunstfreiheit ein eigenständiges ungeschriebenes Grundrecht der Bundesverfassung oder ein Teilgehalt der Meinungsäusserungsfreiheit ist.²⁷⁶

²⁶⁹ GIACOMETTI, Freiheitskataloge, 27.

²⁷⁰ BGE 87 I 275 E. 4.

²⁷¹ BGE 100 Ia 392 E. 5.

²⁷² ZBl 87/1986 126, 129 E. 2.b.

²⁷³ Ich danke Lorenzo Gerster und Giuseppe Gerster für die Auskunft zum Gerichtsfall.

²⁷⁴ ZBl 87/1986 126, 129 E. 2.b.

²⁷⁵ ZBl 87/1986 126, 129 E. 2.b.

²⁷⁶ ZBl 87/1986 126, 129 E. 2.b.

c) Exceptio artis im Strafrecht

Der besondere Schutz der künstlerischen Freiheit hat sich neben den einschlägigen Bestimmungen im Verfassungs- und Völkerrecht und ihren Ausprägungen im Urheberrecht insbesondere auch aus den intensiven Konflikten der Kunst mit anderen Rechtsgütern herausgebildet.

Verbot unsittlicher Darstellungen

Für das Strafrecht fand diese Auseinandersetzung besonders intensiv in den 1950er- und 1960er-Jahren statt. Mit Inkrafttreten des eidgenössischen Strafgesetzbuches wurde der bisherige Schutz der öffentlichen Sittlichkeit auf eidgenössischer Ebene²⁷⁷ abgelöst und verstärkt. Auch Deutschland und Frankreich verstärkten um diese Zeit ihr Strafrecht zur Sittlichkeit.²⁷⁸ Die kantonalen Bestimmungen über den polizeilichen Schutz der Sittlichkeit blieben in Kraft. Art. 204 StGB schützte gegen «unzüchtige Schriften, Bilder, Filme oder andere unzüchtige Gegenstände». «Unzüchtig» war eine Handlung oder eine Darstellung nach der damaligen Rechtsprechung, «wenn sie den geschlechtlichen Anstand verletzt, indem sie in nicht leicht zu nehmender Weise gegen das Sittlichkeitsgefühl verstösst»²⁷⁹. Die Ratio des Gesetzes war es, die öffentliche Sittlichkeit und «das geschlechtliche Schamgefühl normal empfindender Menschen»²⁸⁰ zu schützen. Sie sollten zudem davor bewahrt werden, dass «schlummernde gefährliche Triebe» geweckt werden²⁸¹, wobei in den Materialien bereits früh darauf hingewiesen wurde, dass «besonders [...] die Jugend zu schützen» ist, im Übrigen die Anwendung des Strafgesetzes «vom Richter Takt und Umsicht» erfordert, «um nicht in eine lästige und hochstehende Interessen verletzende Bevormundung des Bürgers auszuarten»²⁸². Ob eine Darstellung unzüchtig im strafrechtlichen Sinn war, bestimmte sich «nach dem Empfinden des Volkes und den gesamten Umständen des Falles»²⁸³. Der Sittlichkeitsartikel war bis 1992 in Kraft, bis er mit der Revision des Sexualstrafrechts durch Art. 197 StGB ersetzt wurde.

²⁷⁷ Art. 4 Bundesgesetz betreffend die Bestrafung des Frauen- und Kinderhandels sowie der Verbreitung und des Vertriebs von unzüchtigen Veröffentlichungen vom 30. September 1925; dazu BGE 53 I 234, 239 f.

²⁷⁸ BGE 83 IV 19 E. 6.

²⁷⁹ BGE 78 IV 161 E. 1 (zu den unzüchtigen Handlungen nach aArt. 188, 189 Abs. 2, 190 Abs. 2, 192 Ziff. 2 und 193 Abs. 3 StGB); BGE 79 IV 126 (zur unzüchtigen Darstellung nach aArt. 204 StGB); BGE 83 IV 19 E. 6.

²⁸⁰ BGE 83 IV 19 E. 6.

²⁸¹ Aus der Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Strafgesetzbuch StGB vom 23. Juli 1918 (Botschaft StGB), BBl 1918 IV 1, 44 f.

²⁸² Botschaft StGB, 44 f.

²⁸³ BGE 78 IV 161 E. 1 (m.H.a. die noch frühere Rechtsprechung).

Exceptio artis im Strafrecht: das Fahrner-Urteil

Als dem Bundesgericht nicht mehr nur die ohnehin als ordinär geltenden Filme, sondern auch klassische Kunstwerke wie Gemälde und Romane unter dem Sittlichkeitstatbestand vorgelegt wurden, entwickelte das Bundesgericht eine *Exceptio-artis*-Rechtsprechung für «kulturell schützenswerte Kunst». Wegweisend war der Rechtsfall zum Gemälde *Bild einer gekreuzigten Frau unserer Zeit* von Kurt Fahrner (Abbildung 12).²⁸⁴ Das Bild erregte bei einer öffentlichen Ausstellung auf dem Barfüsserplatz in Basel am 29. April 1959 die Aufmerksamkeit der Staatsanwaltschaft. Das Bundesgericht beachtete in seinem Urteil über den unzüchtigen Charakter des Gemäldes die «besonderen Umstände» der Kunst. Demnach konnte eine Darstellung ihren unzüchtigen Charakter verlieren, sofern die «ästhetische Wirkung» überwiegt. Dabei spielte für das Bundesgericht der «Grad der künstlerischen Vollendung» eine Rolle. Bei dieser Betrachtungsweise bleibe «der Kunst die Freiheit des künstlerischen Gestaltens» bewahrt.²⁸⁵ Das entspreche auch dem Willen des Gesetzgebers, «der die Kunst den in Art. 204 gesetzten Schranken der öffentlichen Sittlichkeit in geschlechtlichen Dingen unterwerfen, das Kunstschaffen aber nicht beengen wollte»²⁸⁶.

Entwicklung der Rechtsprechung

Seine *Fahrner*-Rechtsprechung bestätigte das Bundesgericht wiederholt, so in einem Urteil über einen chinesischen Roman aus dem 17. Jahrhundert (Abbildung 8)²⁸⁷, wobei es jedoch den Werken einen besonderen Schutz unter der *Exceptio-artis*-Klausel absprach, die «nach gesundem Volksempfinden die Grenzen des geschlechtlichen Anstandes offensichtlich überschreiten und darum unzüchtig sind». Sie vermitteln gemäss Bundesgericht «keine geistigen Werte, durch die das kulturelle Leben der Allgemeinheit gehoben oder bereichert würde; sie gefährden im Gegenteil das geistige und seelische Wohl des Volkes, das sich in seiner überwiegenden Mehrheit zu den Grundsätzen christlicher Ethik bekennt»²⁸⁸. Diese Haltung bestätigte das Bundesgericht kurze Zeit später in einem Urteil über antike japanische Holzschnitte.²⁸⁹ Ebenfalls keine Aus-

²⁸⁴ BGE 86 IV 19.

²⁸⁵ BGE 86 IV 19 E. 1.

²⁸⁶ Das Bundesgericht verweist an dieser Stelle interessanterweise auf die Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Bekämpfung der unzüchtigen Veröffentlichungen vom 25. November 1924, BBl 1924 III 1018, 1026. Das Gesetz war in seinem Schutzzumfang beschränkter als aArt. 204 StGB.

²⁸⁷ BGE 87 IV 73 E. 1 und 5: «Literarische Werke, die wie das vorliegende nach gesundem Volksempfinden die Grenzen des geschlechtlichen Anstandes offensichtlich überschreiten und darum unzüchtig sind, vermitteln keine geistigen Werte, durch die das kulturelle Leben der Allgemeinheit gehoben oder bereichert würde; sie gefährden im Gegenteil das geistige und seelische Wohl des Volkes, das sich in seiner überwiegenden Mehrheit zu den Grundsätzen christlicher Ethik bekennt.»

²⁸⁸ BGE 87 IV 73 E. 5.

²⁸⁹ BGE 89 IV 132 E. 4. In der Sache verurteilte das Bundesgericht den Antiquar Rey aus Sion nach aArt. 204 StGB, weil er als unzüchtig qualifizierte japanische Holzschnitte und Grafiken aus dem

nahme machte das Bundesgericht für die damals noch unter dem Tresen gehandelten Sex-Heftli, die den richterlichen Kunstgeschmack und damit auch die Anforderungen an die «künstlerische Vollendung» eines Bildes verfehlten.²⁹⁰

Infolge der gesellschaftlichen Veränderungen der 1960er-Jahre lockerte das Bundesgericht seine Rechtsprechung zur Sittlichkeit. Die Rechtsprechungsänderung erfolgte im 1970 gefällten Urteil zum international skandalträchtigen Film *Ich bin neugierig* des schwedischen Filmregisseurs Vilgot Sjöman.²⁹¹ Das Bundesgericht kam zur Einschätzung, «dass die zeitbedingten Anschauungen der Allgemeinheit über Moral und Sitte sich in der jüngsten Vergangenheit geändert haben»²⁹². Den Film *Ich bin neugierig* beurteilte das Bundesgericht zwar als «ungewöhnlich freimütige Schaustellung sexueller Belange». Aufgrund der «nüchternen Sachlichkeit der Darstellung» beurteilte es den Film jedoch als ungeeignet, auf erwachsene Zuschauer aufdringlich erotisierend oder sexuell aufreizend zu wirken. Auch die humoristischen und verulkenden Elemente würden dem Film eher politischen als sexuellen Charakter geben.²⁹³ Das Urteil dient allen darauffolgenden Urteilen als Vorlage, so auch noch kurz vor der Revision des Sexualstrafrechts.²⁹⁴

Verrechtlichung der *Exceptio artis*-Rechtsprechung im revidierten Sexualstrafrecht

Mittlerweile ist die *Exceptio artis*-Rechtsprechung mit Art. 135 Abs. 1 StGB und Art. 197 Abs. 9 StGB gesetzlich verankert. An sich verbotene Darstellungen sind gemäss beiden Strafbestimmungen dann zulässig, wenn sie einen «schutzwürdigen kulturellen oder wissenschaftlichen Wert» haben. Gewaltdarstellungen oder Pornografie kommt gemäss Rechtsprechung und Lehre dann ein wissenschaftlicher oder kultureller Wert zu, wenn sie dazu geeignet sind, die Folgen individueller oder kollektiver Gewalt exemplarisch zu illustrieren und das kritische Bewusstsein für ihre Verwerflichkeit zu wecken oder zu schärfen.²⁹⁵ Damit unterscheidet das Strafrecht zwischen strafbaren Bil-

18. Jahrhundert in der Galerie Rosen in Berlin zum Verkauf angeboten hatte. Die Galerie Rosen hatte unmittelbar nach Ende des Zweiten Weltkriegs für ihre Ausstellungen mit noch im Dritten Reich als entartet deklasierter Kunst Bekanntheit erlangt.

²⁹⁰ BGE 89 IV 195 E. 2.

²⁹¹ BGE 96 IV 64 E. 2 und 3. Der Film wurde auch in zahlreichen anderen Ländern wie Norwegen, Deutschland usw. zensiert. In den USA gelangte der Film vor verschiedene Gerichte, letztinstanzlich auch vor den Supreme Court (U.S. v A Motion Picture Film Entitled «I am curious-Yellow», 404 F.2d 196 (1968); Wagonheim v Maryland State Board of Censors, 255 Md 297 (1969).

²⁹² BGE 96 IV 64 E. 3. Als pornografisch beurteilte das Bundesgericht demgegenüber den Film *Das Geheime Sexleben von Romeo und Julia*, weil derbe Sexualität die Szene beherrsche und im Film kein anderes Motiv ersichtlich sei. Der Film verfolge weder künstlerische noch wissenschaftliche Zwecke. Er erniedrige den Menschen zum geilen und völlig von seinem Geschlechtstrieb beherrschten Wesen, BGE 97 IV 99 E. 2; ähnlich BGE 100 IV 233 (1974) zu den Filmen *Blutjunge Verführerinnen*, *Die Stewardessen* und *Gefährlicher Sex frühreifer Mädchen*.

²⁹³ BGE 96 IV 64 E. 4.

²⁹⁴ Siehe BGE 117 IV 276 E. 3.d.

²⁹⁵ Botschaft Änderung StGB über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Sittlichkeit und gegen die

dern, die sich in der Darstellung (sexueller) Gewalt erschöpfen (Art. 135 StGB respektive Art. 197 Abs. 4 f. StGB), und Bildern, die straflos sind, weil sie einen schutzwürdigen wissenschaftlichen oder kulturellen Wert aufweisen (Art. 135 StGB respektive Art. 197 Abs. 9 StGB (aArt. 197 Ziff. 5 StGB²⁹⁶). Das hauptsächlich gemäss Art. 135 StGB respektive Art. 197 StGB geschützte Rechtsgut ist nicht die körperliche Integrität der Dargestellten, sondern der Schutz des jugendlichen Betrachters vor schädigenden Einwirkungen auf seine Entwicklung, der Schutz des erwachsenen Betrachters vor seinen gesellschaftlich unerwünschten Neigungen sowie die Prävention von Nachahmungstaten.²⁹⁷ Der damit avisierte Schutz der Menschenwürde bezieht sich nicht primär auf die Würde der Darsteller, sondern auf die Würde der Betrachter.²⁹⁸ Die Tatobjekte sind folglich «auch wegen ihrer inhärenten Schädlichkeit im Sinne eines von ihnen wissenschaftlich nicht ausschliessbaren kriminogenen und ethisch desintegrierenden Einflusses auf die erwachsenen Konsumenten verboten», weil sie «die Bereitschaft erhöhen könnte[n], das Geschehen selbst nachzuahmen»²⁹⁹.

Familie) vom 26. Juni 1985, BBl 1985 II 1009, 1045 ff.; BGE 131 IV 64 E. 10.4; Urteil Bezirksgericht Zürich vom 16. Januar 1992, SJZ 89/1992, 160, 161 E. 2.1; Urteil des Zürcher Obergerichts vom 6. September 1995, in: SJZ 93/1997, 69, 72 E. 3.1 und 3.2; STRATENWERTH/WOHLERS, StGB-Handkommentar, 135 N 2; TRECHSEL, in: StGB-Praxiskommentar, 135 N 11 und 197 N 19; bezüglich der Legitimation von Gewaltdarstellung in Informationssendungen siehe die analoge Argumentation im Entscheid der unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen vom 5. Dezember 2003, medialex 2004 61.

²⁹⁶ Botschaft zur Genehmigung des Übereinkommens des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (Lanzarote-Konvention) sowie zu seiner Umsetzung (Änderung des Strafgesetzbuchs) vom 4. Juli 2012, BBl 2012 7571, 7622.

²⁹⁷ STRATENWERTH/WOHLERS, StGB-Handkommentar, 135 N 1; DONATSCH, in: StGB-Kommentar, 135 N 1; WEDER, in: StGB-Kommentar, 197 N 1, 8, 12; TRECHSEL, in: StGB-Praxiskommentar, 135 N 2 f. und 197 N 10; HEIMGARTNER, Weiche Pornographie, 1483; Urteil Bezirksgericht Zürich vom 16. Januar 1992, SJZ 89/1992, 160, 162 E. 2.3; Urteil des Zürcher Obergerichts vom 6. September 1995, SJZ 93/1997, 69, 70 E. 2.1; BGE 117 IV 283 E. 4. c.; BGer-Urteil 6B_875/2008 (12.11.2008).

²⁹⁸ Deren Menschenwürde wird demnach durch Gewaltdarstellungen dadurch verletzt, «dass der Mensch als Bestie dargestellt und dem Betrachter (oder Zuhörer) zugemutet wird, an grausamer Quälerei Interesse oder gar Lust zu finden – eine im Gegensatz zur Pornographie gänzlich unmenschliche und jedenfalls höchstens den schwärzesten Schatten der Seele entspringende Lust. Der Tatbestand schützt gewissermassen die elementare Würde so empfindender Menschen gegen ihre eigenen perversen Triebe.», TRECHSEL, in: StGB-Praxiskommentar, Art. 135 N 9; SJZ 89/1992, 160. Das Bundesgericht und ein Teil der Lehre sprechen dem Tatbestand der harten Pornographie indirekt auch schützende Wirkung gegenüber den Darstellern zu, siehe BGE 128 IV 201 E. 1.4.5; BGE 124 IV 106 E. 3.c.aa; gl.M. STRATENWERTH/WOHLERS, StGB-Handkommentar, Art. 197 N 1; WEDER, in: StGB-Kommentar, Art. 197 N 12. Nach KERN, Kommunikationsgrundrechte als Gefahrenvorgaben, 181, bezieht sich der Schutz der Menschenwürde in Art. 135 StGB auf einen abstrakten Rechtswert.

²⁹⁹ BGE 124 IV 106 E. 3.c.aa; ebenso zum Medienrecht BGE 133 II 136 E. 6.5.2; Trechsel, in: StGB-Praxiskommentar, 135 N 2 f. und 197 N 10; kritisch zum Schutzzweck hingegen GERNY, Gewaltdarstellungsverbot; RIKLIN, «Brutalnorm», 405; HAGENSTEIN, O tempora, o mores!, 1301 f. Ausführlich zum Schutzzweck von Art. 135 StGB auch JUNOD, Interdiction des jeux vidéos violents,

Rechtsprechung zum revidierten Sexualstrafrecht

Nach Inkrafttreten des neuen Sexualstrafrechts führte das Bundesgericht seine Rechtsprechung entsprechend den veränderten gesetzlichen Anforderungen weiter. Zum ersten Mal angerufen wurde der Kunstvorbehalt von Art. 197 Ziff. 5 StGB 1994, als die Stadt St. Gallen Zeichnungen des Künstlers H. R. Giger mit sexuellen Handlungen unterschiedlichster Art aus einer Gastwirtschaft entfernen liess (Abbildung 9).³⁰⁰ Im «*Intellektuellen-Porno*»-Urteil (2005) verband das Bundesgericht die Ausnahmeklausel von Art. 197 Ziff. 5 StGB erstmals ausdrücklich mit Art. 21 BV und wies darauf hin, dass bei der Anwendung von Art. 197 Ziff. 5 StGB im Rahmen der gebotenen verfassungskonformen Auslegung auch die Grundrechte zu berücksichtigen sind.³⁰¹ Die Kunstklausel von Art. 197 Abs. 9 StGB ist auch bei der Beurteilung von Kinderpornografie zu berücksichtigen.³⁰²

d) **Exceptio artis im Zivilrecht**

Neben dem Strafrecht und dem Verwaltungsrecht geriet die Kunst regelmässig mit dem zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz in Konflikt. Auch hier entwickelte das Bundesgericht eine spezifische Haltung gegenüber der Kunst. Die Grundlagen dafür legte das Bundesgericht bereits 1895 in dem bemerkenswerten Urteil *Maradan*.³⁰³

Exceptio artis im Zivilrecht: das Maradan-Urteil

In der Sache ging es um den Roman *Maison des Crimes* des damals bekannten Schriftstellers Édouard Rod. Er nahm das Gerichtsurteil in einem die Freiburger Öffentlichkeit beschäftigenden Prozess über Maradans Mordversuch an seiner Frau als Ausgangspunkt seiner Erzählung. Der Roman liess unzweifelhaft erkennen, dass der Fall *Maradan* und die Prozessakten Anstoss für die Erzählung gaben. Der Protagonist hatte zwar einen anderen Namen, aber die Örtlichkeiten und weitere Eckpunkte der Erzählung waren identisch. Zugleich liess die literarische Gestaltung des Materials keinen Zweifel daran, dass der Roman in keiner Weise vorgab, eine präzise Wiedergabe der tatsächlichen Geschehnisse zu sein.

3 ff. Zur Umsetzung von Art. 135 StGB oder Art. 197 StGB durch den Ausschluss entsprechender Filmprojekte von der Filmförderung siehe ZUFFEREY/AUBRY, Commentaire LCin 16 N 49 ff., 69 ff.

³⁰⁰ BGer-Urteil 1P.169/1994 (15.6.1994) E. 3.a; Die Bilder sind abgebildet in GIGER, CH-91: auf 700 Jahre Warten auf. Ich danke Marco Witzig und Matthias Belz vom H. R. Giger Archiv für den Austausch zum Werk sowie Etrit Hasler für den Hinweis auf das Urteil.

³⁰¹ BGE 128 IV 201 E. 1.2.

³⁰² BGE 131 IV 64 E. 11.2; BGer-Urteil 6B_180/2015 (18.2.2016); WOHLERS, Strafbarkeit des Umgangs mit Kinderpornographie, 398, m.w.H.

³⁰³ BGE 21 175.

«il est certain que la publication incriminé ne prétent pas donner un exposé historique véridique de la vie et des actes de Maradan et de sa famille; elle se présente du contraire comme une oeuvre d'art et d'imagination composée d'après des principes artistiques, visant uniquement un effet littéraire, sans nullement prétendre donner une reproduction d'événements ou de caractères réels. C'est ce qui ressort non seulement du titre, mais encore du ton général de l'opuscule.»³⁰⁴

Das Bundesgericht gestand dem Autor zu, alleine nach künstlerischen Gesichtspunkten gehandelt zu haben und mit der Publikation seines Romans ausschliesslich ästhetische Absichten zu verfolgen.³⁰⁵ Zwar verkannte das Bundesgericht nicht, dass auch die künstlerische Transformation einer Lebensgeschichte die Persönlichkeit eines Dritten zu verletzen vermag. Es beschränkte diese Möglichkeit aber auf künstlerische Aussagen, die einen Dritten blossstellen wollen oder ihn in anderer *schwerer* Weise in seiner Persönlichkeit betreffen.

«A cet égard il faut reconnaître en principe qu'une oeuvre de fiction, bien que n'ayant en aucune manière pour but de représenter les faits, par elles exposés comme des événements réels, peut avoir néanmoins pour effet de porter atteinte à la considération personnelle d'un tiers, alors que, designant celui-ci d'une manière non équivoque, elle lui attribue des actes de nature à l'exposer au mépris, ou seulement au ridicule. La liberté du romancier d'emprunter ses sujets à la vie réelle trouve sa limite dans les droits inhérents à la personnalité; il n'est pas permis de raconter des actes méprisables ou ridicule, mêmes imaginaires et non prétendus vrais, d'une façon telle qu'elle porte atteinte, ou qu'elle puisse compromettre l'honneur et la situation sociale des personnes déterminées.»³⁰⁶

Exceptio artis im Zivilrecht: das Hodler-Urteil

Seine *Exceptio-artis*-Rechtsprechung im Bereich des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes festigte das Bundesgericht 1944 im Urteil *Hodler*.³⁰⁷ Das Bundesgericht hatte darüber zu urteilen, ob das kurz vor dem Ableben Ferdinand Hodlers im Jahr 1918 von Johannes Robert Schürch hergestellte Gemälde *Hodler auf dem Totenbett* (Abbildung 5) in einer Galerie öffentlich gezeigt und im Katalog der Ausstellung verbreitet werden darf. Die Witwe Hodlers manifestierte ihren Unmut über die Ausstellung des Bildes, indem sie ein Inserat gegen die Ausstellung in verschiedenen Zeitungen publizierte. Dagegen ging der Galerist vor Gericht und verlangte Entschädigung und Berichtigung der Aussagen. Das Bundesgericht berücksichtigte das künstlerische und kulturelle Interesse, das Gemälde öffentlich ausstellen zu können. Es gehe nicht an, dass der Persönlichkeitsschutz die künstlerische, spirituelle, religiöse oder anderweitige Entwicklung der Gesellschaft ohne gewichtigen Grund beschränke. Gerade die Werke der

³⁰⁴ BGE 21 175 E. 2 (184).

³⁰⁵ BGE 21 175 E. 2 (184).

³⁰⁶ BGE 21 175 E. 4 (189).

³⁰⁷ BGE 70 I 127.

Schönen Künste erachtete das Bundesgericht als wichtigen Faktor für die Zivilisation und die Hebung des Intellekts und der Moral der Völker.

«Il ne faut pas que, par une protection mesquine et étroite de la personnalité, le développement artistique, spirituel, religieux ou autre de la société soit entravé sans motifs plausibles. Les produits des beaux-arts sont des facteurs de civilisation et d'élévation du niveau intellectuel et moral des peuples.»³⁰⁸

Dennoch erkannte das Bundesgericht an, dass der Kläger die intimen Gefühle der Witwe zutiefst verletzt hatte³⁰⁹, weil das Bild den Augenblick des Ablebens ihres Ehemannes zeigt.³¹⁰ Des Weiteren erachtete es als ausschlaggebend, dass die Ausstellung vorwiegend einen kommerziellen Zweck verfolgte. Das habe die Gefühle der Hinterbliebenen zusätzlich verletzt, weshalb das Bundesgericht die Klage des Galeristen abwies.³¹¹

Fortführung der Rechtsprechung im geltenden Recht

In der Folge vertiefte und nuancierte das Bundesgericht die besonderen Interessen der Kunst, die in Konflikt mit dem Persönlichkeitsschutz Dritter gerieten. Im Urteil *Paul Irrniger*³¹² widmete sich das Bundesgericht der Frage, ob das Hörspiel über einen Straftäter die Persönlichkeitsrechte des Sohnes verletzt. Es unterschied zwischen einem Radiobeitrag, an dem die Öffentlichkeit im Rahmen einer Gerichtsberichterstattung ein rechtsstaatlich-demokratisch begründetes Interesse hat, und einem Hörspiel, das lediglich der Unterhaltung dient. Das Radio hat im Rahmen seines Bildungsauftrags die Allgemeinheit über «politische, ökonomische, wissenschaftliche, literarische und künstlerische Ereignisse aller Art zu orientieren»³¹³. Die reine Unterhaltung vermag Einschränkungen des Intim- und Privatbereichs hingegen nicht zu rechtfertigen. Anders wäre es, wenn ein besonderes literarisches Interesse an einer künstlerischen Stoffbearbeitung bestünde.³¹⁴ Auch tönnte das Bundesgericht an, dass dieselbe Geschichte in einem Buch veröffentlicht wiederum anders zu beurteilen wäre, weil ein Buch eine geringere Verbreitung habe als ein Rundfunkbeitrag.³¹⁵ Im Urteil *Jubilierende soziale Hohlfahrt*³¹⁶ nahm das Bundesgericht in der grundrechtskonformen Auslegung des Zivilrechts erstmals ausdrücklich auf die Kunstfreiheit Bezug. Es bestätigte das erhebliche

³⁰⁸ BGE 70 I 127 E. 3.c.

³⁰⁹ BGE 70 I 127 f.

³¹⁰ BGE 70 I 127 E. 2.

³¹¹ BGE 70 I 127 E. 2.

³¹² BGE 109 II 353 E. 3.

³¹³ So bereits BGE 37 I 368 E. 3.

³¹⁴ BGE 109 II 353 E. 3.

³¹⁵ BGE 109 II 353 E. 3; kommentierend EGLOFF, Dokumentarispiel, öffentliches Informationsinteresse und Persönlichkeitsschutz.

³¹⁶ BGE 120 II 225.

öffentliche Interesse daran, «dass ein künstlerisches Schaffen möglich ist»³¹⁷. Auch in den nachfolgenden Urteilen³¹⁸ bestätigte das Bundesgericht seine Rechtsprechung zum Verhältnis von Persönlichkeitsschutz und Kunst unter besonderer Berücksichtigung der Eigenheiten der Kunst.

4.2 Bundesverfassung (Art. 21 BV)

a) Vorarbeiten zur revidierten Bundesverfassung

Bei den Arbeiten am Entwurf für eine neue Bundesverfassung herrschte Einigkeit darüber, dass die Bundesverfassung die Kunstfreiheit gewährleisten sollte.³¹⁹ Angesichts der umfangreichen Rechtsprechung zum speziellen Schutz der Kunst im Strafrecht, Verwaltungsrecht und im Zivilrecht und der eindeutigen internationalen Rechtsgrundlagen entsprach dies dem Nachführungsauftrag der Verfassungsrevision und war nur noch eine Formsache.

Im Verfassungsentwurf von 1995 war die Kunstfreiheit noch in einer gemeinsamen Bestimmung mit der Wissenschaftsfreiheit (heute Art. 20 BV) zusammengefasst. Verschiedene Vernehmlassungseingaben machten geltend, dass damit der eigenständigen Tragweite der Kunstfreiheit nicht ausreichend Rechnung getragen werde.³²⁰ Die totalrevidierte Bundesverfassung gewährleistet die Freiheit der Kunst als eigenständige Bestimmung in Art. 21 BV. Die Räte hielten den Wortlaut von Art. 21 BV bewusst schlicht, um dem Bundesgericht die Fortführung seiner Rechtsprechung zur Freiheit der Kunst zu ermöglichen.³²¹

b) Schutz der Kunst als Kultur i.e.S. und die Zurückweisung einer Kulturfreiheit

Wenn auch Kunst Ausdruck von Kultur ist und mit der gesamten Kultur einer Gesellschaft untrennbar verwoben ist, so schützt der Schutzbereich der Kunstfreiheit dennoch ausschliesslich die Kunst als Kultur *im engen Sinn*, nicht aber weitere Bereiche des kulturellen Lebens. Gleichsam ist auch die Kunstfreiheit in Übereinstimmung mit dem offenen Kulturbegriff auszulegen, der allen Bestimmungen über die Kultur als Orientierung dient (siehe Teil II Kapitel 4.3). Dem weiten Kulturbegriff kommt für die gesamte Verfassung, darin eingeschlossen die Kunstfreiheit, eine Orientierungsfunktion zu. Alle Bestimmungen der Rechtsordnung sind mit Blick auf den weiten Kulturbegriff und das darauf aufbauende Verständnis der kulturellen Vielfalt auszulegen. Zugang zur Kultur im weiten Sinn bildet zudem eine Vorausset-

³¹⁷ BGE 120 II 225 E. 3.b.

³¹⁸ BGer-Urteil 5C.26/2003 (27.5.2003) (Julen II); BGE 135 III 145 (Rosmarie V.).

³¹⁹ AB S 1998 43; AB N 1998 205 f.

³²⁰ Art 15 VE 1995; Botschaft BV, 163.

³²¹ AB N 1998 856 f.; AB S 1998 42; Botschaft BV, 164; zur Entstehungsgeschichte von Art. 21 BV etwa auch WYTTEBACH, BSK BV 21 N 1.

zung der Kunstfreiheit und fließt entsprechend in deren Gewährleistungsdimensionen ein (siehe Teil III).

Die Bundesverfassung enthält mit Art. 21 BV indessen keine *Kulturfreiheit*. Eine Minderheit im Nationalrat beantragte bei den Debatten über die neue Bundesverfassung, dass nicht nur die Freiheit der Kunst, sondern auch die Freiheit der Kultur in die Bestimmung aufgenommen wird. Man befürchtete, dass ansonsten der Kultur kein ausreichender Schutz zukommt. Peter Saladin hatte sich entsprechend in einem Aufsatz für ein *Recht auf Kultur* ausgesprochen, das jedem Menschen Zugang zur Kultur und die Mitwirkung an ihrer Erhaltung und Entfaltung gewährt.³²² Die Gegner des Antrags erachteten den Begriff der Kultur als zu umfassend und nicht fassbar. Weder die Kantone noch die internationalen Verträge würden die Kulturfreiheit gewährleisten, und auch das Bundesgericht habe dieser keinen eigenständigen verfassungsrechtlichen Rang zugebilligt. Der Antrag, dass die Freiheit der Kunst auch die Kultur miteinschliessen sollte, wurde in der Folge abgelehnt.³²³

Zu beachten ist bei der Abgrenzung des Schutzbereichs der Kunstfreiheit indessen, dass die Trennung zwischen Kunst als Kultur im engen Sinn und Kultur im weiteren Sinn im Einzelfall immer begründungsbedürftig ist. Gerichte sollten sich bei der Konkretisierung des Kunstbegriffs unter Anwendung von Art. 21 BV bewusst sein, dass gerade die von Minderheiten hergestellte Kunst oft nicht als «Kunst», sondern lediglich als «Kultur» im weiten Sinn wahrgenommen wird. So äusserten gerade Frauen aufgrund ihrer gesellschaftlichen Stellung ihre künstlerischen Aussagen oft mit den materiellen Möglichkeiten des Kunsthandwerkes, das lange nur als Kultur, nicht aber als Kunst galt. Bei der Kunst kultureller Minderheiten besteht die Tendenz, ihre Kunst nicht als solche anzuerkennen, weil sie nicht den der gesellschaftlichen Mehrheit entsprechenden Konventionen zur Kunst entspricht. Bedeutend ist dann, dass die Gerichte den Kunstbegriff nicht alleine an formellen oder institutionellen Kategorien ausrichten, sondern in einer vielschichtigen Auseinandersetzung mit dem Einzelfall den entsprechenden Selbstverständnissen ausreichend Beachtung verschaffen (siehe Teil II Kapitel II.2.3). Sie sollten ihren Entscheid zudem am Schutzzweck der Kunstfreiheit ausrichten.

c) **Bisherige Rechtsprechung zu Art. 21 BV**

Das Bundesgericht hat Art. 21 der totalrevidierten Bundesverfassung mittlerweile in mehreren Fällen zur Anwendung gebracht.³²⁴ Im bekanntesten Fall verweigerte die Stadt Genf dem Komiker Dieudonné einen Auftritt in einem städtisch geführten Theater aufgrund seiner mitunter antisemitisch ausfallenden Äusserungen. Das Bundesgericht handelte den Fall unter Anwendung der Meinungsfreiheit (Art. 16 BV) ab.

³²² SALADIN, Verfassung und Grundrecht auf Kultur, 12.

³²³ AB N 1998 205 f.

³²⁴ BGE 140 II 33 E. 5.1, 5.7 f.; BGer-Urteil 4D_8/2014 (3.6.2014); BGer-Urteil 1C_740/2013 (6.5.2015) E. 8.3 f., 9.5; BGer-Urteil 6B_866/2016 (9.3.2017) E. 7.3.

Art. 21 BV gewährte dem Schauspieler keinen weitreichenden Schutz.³²⁵ Auch im zweiten Genfer Theaterfall stützte sich das Bundesgericht für die Beurteilung der Nichtaufnahme einer Theatergruppe in das Programm des *Grand Théâtres* auf die Meinungsfreiheit. Die Kunstfreiheit erwähnte es nicht.³²⁶

In einem anderen Fall ging es um die Grundrechtskonformität der Bewilligungspflicht für Strassenmusik. Der Beschwerdeführer erhielt eine Busse, weil er ohne Bewilligung auf einer Bank sitzend Handorgel spielte und dafür in einer vor ihm aufgestellten Schachtel Geld sammelte. Er machte zu seiner Verteidigung die persönliche Freiheit, die Wirtschaftsfreiheit, die Meinungsäusserungsfreiheit und die Kunstfreiheit geltend.³²⁷ Das Bundesgericht wies die Rüge ohne eigentliche Auseinandersetzung mit der Kunstfreiheit ab, weil der (anwaltlich vertretene) Beschwerdeführer die Grundrechtsverletzung nicht ausreichend dargelegt habe.³²⁸ In einem weiteren Fall machten die Beschwerdeführer geltend, ihre weihnachtliche und ganzjährige Zierbeleuchtung bilde mit der kunstvollen Wohnungseinrichtung ein Gesamtkunstwerk und sei Ausdruck ihrer Lebensfreude.³²⁹ Das Bundesgericht liess die Frage offen, ob die Kunstfreiheit durch eine Beschränkung der Beleuchtung berührt ist. Eine allfällige Einschränkung sei ohnehin nur geringfügig und ohne Weiteres zu rechtfertigen.³³⁰ In einem dritten Fall berief sich ein Beschwerdeführer auf die Kunstfreiheit, um sich gegen eine Ordnungsbusse zu wehren, die ihm für den in roter Farbe auf einer Beschwerdeschrift angebrachten Vermerk *Drittem Reich wie BRD pari turpitudine* auferlegt wurde. Das Bundesgericht ging auf die Beschwerde mangels Begründung der Grundrechtsrüge nicht ein.³³¹ Im Urteil zum *Goldenen Dach in Olten* war das Bundesgericht der Ansicht, es sei nicht ersichtlich, inwiefern das Material des Daches Ausdruck einer künstlerischen Betätigung des Architekten sei.³³² Das Dach sei vielmehr eine «Gefährdung ästhetischer Werte von hoher Bedeutung», weshalb das Bundesgericht den Beschwerdeführer zum Rückbau des Daches verpflichtete.³³³

Ein weiteres Beispiel ist die strafrechtliche Verurteilung mehrerer Rapper, weil sie in einem Lied eine Nationalrätin als «Bitch», «Fotze», usw. betitelt hatten und die Aussagen die für die Szene üblichen Übertreibungen überstiegen und diese somit als Schimpfworte angesehen werden können. Der Song versage demnach der in ihr thematisierten Person jene Achtung, die ihr auch noch im Rahmen einer satirischen Äus-

³²⁵ BGer-Urteil 1C_312/210 (8.12.2010) E. 4.1: «Le fait qu'une opinion se présente comme une œuvre d'art ne lui confère toutefois pas véritablement de protection constitutionnelle supplémentaire».

³²⁶ BGer-Urteil 2C_719/2016 (24.8.2017) E. 3.

³²⁷ BGer-Urteil 6B_866/2016 (9.3.2017).

³²⁸ BGer-Urteil 6B_866/2016 (9.3.2017) E. 7.3.

³²⁹ BGE 140 II 33 E. 5.1.

³³⁰ BGE 140 II 33 E. 5.7 f.

³³¹ BGer-Urteil 4D_8/2014 (3.6.2014).

³³² BGer-Urteil 1C_740/2013 (6.5.2015) E. 9.5.

³³³ BGer-Urteil 1C_740/2013 (6.5.2015) E. 8.3 und 8.4.

serung und in der spezifischen Musikszene objektiv geschuldet ist.³³⁴ Das Bundesgericht bestätigte das Urteil weitestgehend.³³⁵ Die Kunstfreiheit fand keine ausdrückliche Berücksichtigung. Mit einer vergleichbaren Begründung verurteilte das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt einen Rapper wegen Aufforderungen zu einem Verbrechen oder zu einem Vergehen (Art. 259 Abs. 1 und 2 StGB). Songzeilen, mit welchen der Rapper seine Befriedung darüber äussert, dass namentlich genannten Politikern Gewalt angetan würde, könnten vom Song angesprochene junge Erwachsene mit Migrationshintergrund als Ermunterung verstanden werden. Die Einschränkung der Kunstfreiheit erachtete das Gericht als gerechtfertigt, weil der Song «durch die Allgemeinheit nicht als künstlerisch umgesetzter Beitrag zu einer durchaus notwendigen politischen Auseinandersetzung» wahrgenommen werde, sondern vielmehr dazu beitrage, «dass eine bereits aufgeheizte Stimmung weiter aufgeheizt wird.»³³⁶

Vor Bundesgericht hängig ist ein Verfahren gegen die fristlose Entlassung eines Angestellten der Kantonspolizei Zürich. Der Sicherheitsbeauftragte wurde wegen seiner nebenberuflichen Betätigung als Drehbuchautor in einem Filmprojekt entlassen, das von seinen Vorgesetzten als «in hohem Masse gewaltverherrlichend und rassistisch» bezeichnet wurde. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich erachtete die Tätigkeit als von der Kunstfreiheit geschützt. Dabei berücksichtigte es insbesondere, dass die im Trailer verwendeten Stilmittel eines sog. Exploitationfilms, namentlich jenes der Überreibung, die Vorwürfe der Kantonspolizei nicht stützen.³³⁷

Vereinzelte zur Geltung kam die Kunstfreiheit vor dem Bundesverwaltungsgericht in Rechtsfragen zur Ausgestaltung der Kunstförderung.³³⁸

d) Stand der Lehre

Eine ganze Reihe von Kommentaren, die den aktuellen Stand der Rechtsprechung und Lehre über den Schutzbereich, die Verwirklichung und die Schranken des Grundrechts zusammenfassen, bieten einen Überblick über die Rechtsdogmatik der Kunstfreiheit.³³⁹ Vereinzelt Aufsätze und umfassende juristische Monografien zur Kunstfreiheit sind noch unter der alten Bundesverfassung entstanden.³⁴⁰ Sie liefern wertvolle Anhalts-

³³⁴ Regionalgericht Bern-Mittelland vom 7. November 2017 (PEN 17 239–244), E. 4.3.

³³⁵ Siehe BGer-Urteil 6B_69/2019 (4.11.2019).

³³⁶ Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 18. Dezember 2018 (SB.2017.6) (rechtskräftig), E. 3.3.

³³⁷ Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 13. Februar 2020 (VB.2019.00597), E. 4.3 (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten am Bundesgericht hängig).

³³⁸ BVGer B-3924/2013 (8.9.2015); BVGer B-3939/2013 (10.12.2014); BVGer B-4572/2012 (17.3.2015); BVGer B-4562/2014 (13.11.2015).

³³⁹ Siehe insbes. WYTTEBACH, BSK BV 21; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 554 ff.; MOSIMANN/UHLMANN, KKR, Kap. 2; BIAGGINI, BVK 21; MEYER/HAFNER, SGK BV 21; siehe auch KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, Grundrechte, § 25; BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, 174–184.

³⁴⁰ NOLL, Satirische Ehrverletzungen; BOIS, Droit administratif et création artistique; AEPPLI, Filmzensur; VOGT, Freiheit der Kunst; NEUPERT, Filmfreiheit; BAEGGLI, Kunstfreiheitsgarantie;

punkte zur Entwicklung des Grundrechts. Neuere Forschungsarbeiten thematisieren einzelne Aspekte der Kunstfreiheit oder bieten einen Überblick über den Stand der Rechtsprechung und Lehre unter Anwendung der totalrevidierten Bundesverfassung.³⁴¹ Im vergangenen Jahrzehnt hat sich zudem das Kunstrecht als neues Rechtsgebiet zu einem eigenen Forschungszweig entwickelt. Es bearbeitet spartenübergreifend das Urheberrecht, vertragsrechtliche Fragen, die Kulturförderung und den Kulturgüterschutz.³⁴² Diese Entwicklung lässt sich global beobachten. Mit der wachsenden Bedeutung des Kunstmarktes und der Kreativindustrie ist die Kunst in ein zunehmend spezialisierteres Normengeflecht³⁴³ eingebettet, zu dem sich eine umfangreiche Fachliteratur findet.

Wie sich in den nachfolgenden Kapiteln zeigen wird, ist sich die bisherige Rechtsprechung und Lehre darin einig, dass der Kunstbegriff von Art. 21 der Bundesverfassung als *offen* zu verstehen ist. Das bedeutet, dass das Schweizer Recht der ständigen Veränderung der Kunst mit einem offenen Ansatz begegnet und unterschiedliche Erscheinungsformen der Kunst schützt. Relative Einigkeit herrscht auch bezüglich des Schutzbereichs und der Schranken des Grundrechts. Bis anhin wenig thematisiert sind die historische Entwicklung des Grundrechts, der Schutzzweck und der programmatische Gehalt des Grundrechts, insbesondere die normative Tragweite der Kunstfreiheit für die Kunstförderung.

HEMPEL, Freiheit der Kunst; GRABER, Zwischen Geist und Geld. Einzelne Teilaspekte der künstlerischen Freiheit sind thematisiert in SENN, Satire und Persönlichkeitsschutz; GEISER, Persönlichkeitsverletzung; GEISER, Meinungsäußerungsfreiheit und Kunstfreiheit; SCHUBARTH, Fahrner Prozess; MACCIACCHINI, Urheberrecht und Meinungsfreiheit; GRABER, Kunstbegriff.

³⁴¹ UHLMANN/BOGNUMA, Zehn Thesen; HOTZ/ZELGER, Kultur und Kunst; ISDC, Kunstfreiheit; siehe auch KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, § 25; MÜLLER-CHEN, Kunstrecht; MEYER/HAFNER, SGK BV 21; UHLMANN, Kunst des Richtens – Kunstbewertung; SENN, Rechtsfigur des Durchschnittsrezipienten; KERN, Kommunikationsfreiheiten. Einzelne rechtliche Teilaspekte der Kunstfreiheit und der Kunst- und Kulturförderung sind thematisiert in GRABER, Zwischen Geist und Geld; SENN, Satire und Persönlichkeitsschutz; GEISER, Film und Persönlichkeitsschutz; SCHUBARTH, Fahrner Prozess; MACCIACCHINI, Urheberrecht und Meinungsfreiheit; GRABER, Kunstbegriff; HOLLAND, Bundesstaatliche Kunstförderung; PEDUZZI, Meinungs- und Medienfreiheit.

³⁴² Siehe für das Schweizer Recht insbes. MOSIMANN/RENOLD/RASCHÈR, KKR; RASCHÈR/SENN, Kulturrecht; GLAUS/STUDER, Kunstrecht; siehe auch den Tagungsband zur jährlich stattfindenden Tagung «Kunst und Recht». Mit Fokus auf das Kommunikations- und Immaterialgüterrecht GRÜTER/SCHNEIDER/SENN, Kommunikationsrecht.ch. Zum Kunstrecht in Deutschland EBLING/SCHULZE, Kunstrecht; FISCHER/REICH, Der Künstler und sein Recht; LYNEN, Kunstrecht; KURZ/KEHRL/NIX, Praxishandbuch Theater- und Kulturveranstaltungsrecht; ODENDAHL et al., Kulturgüterschutz, Kunstrecht, Kulturrecht; SCHACK, Kunst und Recht; VON HARTLIEB/SCHWARZ, Handbuch des Film-, Fernseh- und Videorechts.

³⁴³ LERNER/BRESLER, Art Law, xxi: «a jungle of law that demands, if not a machete, an accessible guide through the thicket.»

4.3 Kantonsverfassungen

Aus rechtshistorischer Sicht gewährleisteten die Kantone die Meinungsäusserungsfreiheit teilweise umfassender als es die Bundesverfassung im Rahmen der Pressefreiheit tat.³⁴⁴ Sie schützten beispielsweise auch mündliche Äusserungen in Versammlungen und auf öffentlichen Plätzen. Filmvorführungen und Theateraufführungen waren aber ebenfalls nicht als grundrechtlich geschützte Meinungsäusserungen anerkannt.³⁴⁵ Eine eigene Bestimmung zur Kunstfreiheit kannte keine der frühen Kantonsverfassungen.

Mittlerweile gewährleistet die Mehrheit der revidierten Kantonsverfassungen ausdrücklich die Kunstfreiheit. In Kantonsverfassungen, die keine entsprechende Bestimmung kennen, ist die Kunstfreiheit als Teilgehalt der Meinungsäusserungsfreiheit geschützt. Einige der kantonalen Bestimmungen sind vom Wortlaut her identisch mit der Bundesverfassung.³⁴⁶ Andere Kantonsverfassungen schützen die Kunstfreiheit in einer Bestimmung mit der Wissenschaftsfreiheit.³⁴⁷ Wiederum andere verweisen pauschal auf die Garantie der Grundrechte «im Rahmen der Bundesverfassung und der für die Schweiz verbindlichen internationalen Abkommen»³⁴⁸. Vereinzelt Kantone schützen die «künstlerische Betätigung» oder den «künstlerischen Ausdruck»³⁴⁹. Bei Kantonen, die lediglich die Meinungsfreiheit garantieren, ist der Schutz der Kunst aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Meinungsäusserungsfreiheit ebenfalls vom Schutzbereich erfasst.³⁵⁰ So schützt beispielsweise die Verfassung des Kantons Nidwalden «die freie Meinungsbildung, Meinungsäusserung und Meinungsverbreitung» (Art. 1 Abs. 2 Ziff. 2 KV NW), die Kantone Zug und Appenzell Innerrhoden die «freie Meinungsäusserung durch Wort und Schrift» (§ 10 KV ZG, Art. 2 Abs. 1 KV AI). Der Kanton Wallis gewährleistet «die freie Ausübung jeder Berufsart in Kunst» (Art. 10 Abs. 1 KV VS) und die «Freiheit der Meinungsäusserung in Wort und Schrift» (Art. 8 KV VS).

Bei den Bestimmungen, die einen leicht abweichenden Wortlaut enthalten, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sie der Kunst mindestens denselben Grundrechtsschutz wie auf Bundesebene garantieren. Aufgrund des Vorrangs des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) ist die Kunstfreiheit im kantonalen Recht mindestens im

³⁴⁴ BGE 52 I 120 E. 2.

³⁴⁵ BGE 55 I 226 E. 4.

³⁴⁶ § 11 Abs. 1 Bst. p KV BS, Art. 21 KV FR, Art. 10 KV GL, Art. 8 Bst. i KV JU, Art. 2 Bst. o KV SG, Art. 12 Bst. i KV UR, Art. 18 KV VD, Art. 29 KV GE.

³⁴⁷ § 6 Abs. 2 Bst. e KV BL, § 14 KV AG, Art. 8 Bst. i KV JU, Art. 14 KV SO, § 6 Ziff. 6 KV TG, Art. 12 Bst. i KV UR.

³⁴⁸ Art. 7 KV GR; § 10 KV SZ; § 10 Abs. 2 KV LU; § 11 Abs. 1 und 12 KV BS. Zur konkretisierenden Auslegung dieser Bestimmung SCHEFER/ZIEGLER, in: Buser, Staats- und Verwaltungsrecht BS, 81–83.

³⁴⁹ § 14 KV AG, Art. 14 KV AR, Art. 22 KV BE, § 6 Abs. 2 Bst. e KV BL, Art. 23 KV NE, Art. 12 Abs. 1 Bst. g KV SH, Art. 14 KV SO, § 6 Ziff. 6 KV TG, Art. 14 KV AR.

³⁵⁰ BGer-Urteil vom 19. September 1962 i.S. Filmklub Luzern g. Regierungsrat Kanton Luzern, in: ZBl 1963, 363 ff. E. 3.

Umfang von Art. 21 BV gewährleistet.³⁵¹ Rechtlich nicht tragbar ist es, die kantonalen Bestimmungen zur Kunstfreiheit enger auszulegen als auf Bundesebene.³⁵²

4.4 Verhältnis zu anderen Grundrechten

Der sachliche Schutzbereich der Kunstfreiheit weist eine besondere inhaltliche Nähe und teilweise auch inhaltliche Überschneidungen zu einer Reihe anderer Grundrechte auf. Infolgedessen stellt sich im Anwendungsfall die Frage, welches der Grundrechte zur Anwendung gelangt. *Grundrechtskonkurrenz* liegt vor, wenn mehrere Grundrechte einer Person gleichzeitig beeinträchtigt sind.³⁵³ *Echte Grundrechtskonkurrenz* liegt vor, wenn mehrere Grundrechte betroffen sind, deren Geltungsbereiche sich nicht überschneiden. Sie werden gesondert geprüft und kumulativ geschützt. *Unechte Grundrechtskonkurrenz* liegt vor, wenn mehrere Grundrechte betroffen sind, deren Schutzbereiche sich überschneiden. Nach dem Prinzip der Spezialität oder Subsidiarität wird grundsätzlich nur das in der Rangfolge vorgehende Grundrecht geprüft.³⁵⁴

Die systematische Einteilung in die Kategorien unechte und echte Grundrechtskonkurrenz kann Orientierung bei der Abgrenzung der einzelnen Grundrechte bieten. Sie darf aber nicht dazu führen, dass der jeweilige Schutzzweck des Grundrechts zu wenig spezifisch berücksichtigt wird. Es wäre beispielsweise verkürzt, den Schutzbereich der Kunstfreiheit auf ihre Bedeutung als *lex specialis* zur Meinungsäusserungsfreiheit zu beschränken.³⁵⁵ Weil jedes Grundrecht spezifische Funktionen und einen eigenen Schutzgehalt aufweist, ist die Zulässigkeit eines Grundrechtseingriffs differenziert für jedes einzelne Grundrecht zu beachten. Dem Schutzzweck der Grundrechte angemessen ist eine Dogmatik, die die je spezifischen Schutzgehalte der Grundrechte herausarbeitet, in Bezug zu anderen einschlägigen Rechtsgütern setzt und einer umfassenden Berücksichtigung im konkreten Einzelfall zugänglich macht.³⁵⁶

³⁵¹ In konstanter Rechtsprechung bestätigt, bswe BGE 127 I 185 E. 3; ebenso die herrschende Lehre AUER, Staatsrecht der Kantone, N 1445; MEYER/HAFNER, SGK BV 21 N 1; WYTTENBACH, BSK BV 21 N 2; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 555 Fn. 6; HEMPEL, Freiheit der Kunst, 115 ff.; zur relativierten Relevanz der kantonalen Grundrechtskataloge seit Erlass der neuen BV SCHWEIZER, SGK BV N 23 Vorb. 7–36 BV, m.w.H.

³⁵² So aber bswe SPAHN, Kommentar KV SH, 55, zur Verfassung des Kantons Schaffhausen (Art. 12 Abs. 1 Bst. g KV SH). Demnach gilt die Kunstfreiheit nur im Rahmen des Straf- und Privatrechts, was der Schrankendogmatik nach Art. 36 BV widersprechen würde.

³⁵³ SCHWEIZER, SGK N 12 zu Vorbem. zu Art. 7–36; KLEY/VOGT, Problem der Grundrechtskonkurrenzen, 132.

³⁵⁴ SCHWEIZER, SGK N 12 zu Vorbem. zu Art. 7–36; KLEY/VOGT, Problem der Grundrechtskonkurrenzen, 134, 137.

³⁵⁵ Gl.M. UHLMANN/BOGNUNDA, Zehn Thesen zur Kunstfreiheit, 365; a.M. aber HEMPEL, Freiheit der Kunst, 453, für den die Gewährleistung der Kunstfreiheit zusätzlich zur Meinungsäusserungsfreiheit nicht notwendig ist.

³⁵⁶ Siehe zum Ganzen MÜLLER/LOOSER, Zum Verhältnis von Meinungs- und Wirtschaftsfreiheit, 20 f.; KLEY/VOGT, Problem der Grundrechtskonkurrenzen, 133 f.

a) Kommunikationsgrundrechte und Kunstfreiheit

Kommunikationsgrundrechte in der BV

Die totalrevidierte Bundesverfassung hat das facettenreiche Bündel der in der Meinungsfreiheit enthaltenen Rechte, in der Lehre auch als *Kommunikationsgrundrechte* oder *Kommunikationsrechte* bezeichnet, auf verschiedene Artikel aufgeteilt.³⁵⁷ So haben sich namentlich die Sprachenfreiheit, die Medienfreiheit, die Wissenschaftsfreiheit, die Kunstfreiheit und die Versammlungsfreiheit als eigenständige Bestimmungen in der Bundesverfassung niedergeschlagen.

Meinungsfreiheit als Auffanggrundrecht

Seit der Revision der Bundesverfassung bildet die Meinungsfreiheit (Art. 16 Abs. 1 und 2 BV) die verfassungsrechtliche Grundlage aller Kommunikationsfreiheiten. Die *Meinungsfreiheit* ist «das Recht jeder Person, ihre Meinung frei zu bilden und sie ungehindert zu äussern und zu verbreiten. Der Schutzbereich umfasst die Gesamtheit der Mitteilungen menschlichen Denkens und alle möglichen Kommunikationsformen»³⁵⁸. Der Begriff *Meinung* im grundrechtlichen Sinn umfasst «jede Information, Behauptung, Ansicht, Idee oder Intuition, die Menschen einander mitteilen können»³⁵⁹. Künstlerische Meinungsäusserungen sind von diesem Begriff mitbezeichnet. In ihrem Umfang entspricht die Kunstfreiheit damit mindestens dem Umfang der Meinungsäusserungsfreiheit, wie er in der Bundesverfassung, der EMRK und dem Zivilpakt gewährleistet ist.

³⁵⁷ Botschaft BV, 157; BGE 127 I 145 E. 4.b.

³⁵⁸ BGE 127 I 145 E. 4.b.

³⁵⁹ Anstelle vieler MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 346. Einen engeren Meinungsbegriff kennt hingegen das deutsche Verfassungsrecht. Eine *Meinung* ist im deutschen Verfassungsrecht einerseits eine «durch das Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens geprägte Äusserung», also ein Werturteil. Es ist durch die Subjektivität der Aussage charakterisiert. Unterscheidungen nach Inhalt und Qualität der Äusserung sind nicht zulässig, BVerfGE 7, 198, 210; BVerfGE 124, 300, 320; GRABENWARTER, in: Maunz/Dürig, GGK (Lfg. 68 Januar 2013) 5 I/II N 47. Andererseits schützt Art. 5 Abs. 1 GG auch Tatsachenbehauptungen «soweit [sie] Voraussetzung der Bildung von Meinungen [sind], welche Art. 5 Abs. 1 GG in seiner Gesamtheit gewährleistet». Tatsachenbehauptungen sind durch ihre Objektivität charakterisiert. Kein Schutz kommt Tatsachen zu, wo diese zur «verfassungsrechtlich vorausgesetzten Meinungsbildung» nichts beitragen, BVerfGE 61, 1, 8; GRABENWARTER, in: Maunz/Dürig, GGK (Lfg. 68 Januar 2013) 5 I/II N 48. Ebenfalls nicht geschützt sind unwahre Tatsachenbehauptungen, wobei die Anforderungen nicht allzu hoch gesetzt werden dürfen. Die Einschränkung zielt hauptsächlich darauf, bewussten Lügen oder Unwahrheiten keinen Schutz zu gewähren, BVerfGE 99, 185, 197; GRABENWARTER, in: Maunz/Dürig, GGK (Lfg. 68 Januar 2013) 5 I/II N 49. Die Unterteilung in Werturteile und Tatsachenbehauptungen wird in der Lehre unter Einbezug der Rechtsprechung des EGMR und der EU-Charta, die eine solche Unterscheidung nicht kennen, als zu einschränkend kritisiert. Hauptargument ist, dass letztlich auch Tatsachen zur öffentlichen Meinungsbildung beitragen und nie frei von subjektiven Gehalten sind, da eine wertfreie, absolut objektive Erfassung der Wirklichkeit unmöglich ist, GRABENWARTER, in: Maunz/Dürig, GGK (Lfg. 68 Januar 2013) 5 I/II N 50.

Kunstfreiheit als *lex specialis* zur Meinungsfreiheit

Die Kunstfreiheit ist nicht einfach das Derivat der Meinungsfreiheit, sondern hebt sich durch die Eigenarten des vom Normbereich erfassten Sachbereichs davon ab. Die Kunstfreiheit ist entsprechend *lex specialis* zur Meinungsfreiheit. Ist der Schutzbereich von Art. 21 BV berührt, gelangt nur die Kunstfreiheit zur Anwendung. Die Meinungsfreiheit der neuen Bundesverfassung kommt nur noch subsidiär als Auffanggrundrecht zur Anwendung, wenn keines der spezifischeren Kommunikationsgrundrechte betroffen ist.³⁶⁰ Das Bundesgericht hat demgegenüber die Beschwerde des Komikers Dieudonné gegen die Stadt Genf unter Anwendung von Art. 16 BV abgehandelt, obwohl der Schutzbereich der Kunstfreiheit berührt war.³⁶¹ Ist die Kunstfreiheit nicht berührt, sei es, weil der Streitgegenstand nicht als Kunst anerkannt wird, oder sei es, weil die Tätigkeit von der Kunstfreiheit nicht geschützt ist, kann *subsidiär* die Verletzung der Meinungsfreiheit geltend gemacht werden.³⁶²

b) Wirtschaftliche Grundrechte und Kunstfreiheit

Der Schutz des Eigentums und die Wirtschaftsfreiheit bilden die institutionelle Grundlage der modernen marktwirtschaftlichen Staatsordnung. Beiden Grundrechten kommt neben ihrem institutionellen Gehalt ein persönlichkeitsrechtlicher Gehalt zu.³⁶³

Echte Konkurrenz zwischen der Kunstfreiheit und der Wirtschaftsfreiheit

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung kommt die Wirtschaftsfreiheit in Konkurrenz mit der Kunstfreiheit zur Anwendung.³⁶⁴ Überholt ist die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Handels- und Gewerbefreiheit, wonach eine Verletzung anderer Freiheiten immer dann nicht mehr in Betracht kommt, wenn eine Gesetzesbestimmung mit der Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 aBV) zu vereinbaren ist.³⁶⁵ Zu Recht übte die Lehre Kritik an der Haltung des Bundesgerichts, denn sie berücksichtigte die spezifischen Schutzgehalte der in Konkurrenz zur Wirtschaftsfreiheit stehenden Grundrechte nicht ausreichend.³⁶⁶

³⁶⁰ BGE 127 I 145 E. 4.b; WYTTEBACH, BSK BV 21 N 13; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 437; BIAGGINI, BVK 16 N 3; Botschaft BV, 157.

³⁶¹ BGer-Urteil 1C_312/210 (8.12.2010) E. 4.1; ebenso BGer-Urteil 2C_719/2016 (24.8.2017) E. 3.

³⁶² Anstelle vieler BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, 175.

³⁶³ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 1009.

³⁶⁴ Anstelle vieler WYTTEBACH, BSK BV 21 N 14.

³⁶⁵ BGE 10 I 18 E. 3 (28); BGer-Urteil P.429 vom 30. Januar 1931 i.S. Film A.-C. g. Kanton Schaffhausen, E. 7; bswe auch noch bestätigt in BGE 87 I 114 E. 2. Auflösung dieser Position andeutungsweise in BGE 101 Ia 252 E. 3b, dazu HEMPEL, Freiheit der Kunst, 82 f.

³⁶⁶ Kritisch schon FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, 289 f.; des Weiteren bswe auch MÜLLER, Elemente einer Grundrechtstheorie, 158 f.; zur Kunstfreiheit bereits BAEGGLI, Kunstfreiheit, 74, wonach damit den jeweiligen Besonderheiten der in Anspruch genommenen Kommunikationsrechte nicht entsprochen werde; spezifisch zur Kunstfreiheit auch HEMPEL, Freiheit der Kunst, 84 f., 87 f.

Die kumulative Anwendbarkeit der Wirtschaftsfreiheit mit der Kunstfreiheit ist durch die unterschiedlichen Zweckausrichtungen der beiden Grundrechte gerechtfertigt. Bei der Kunstfreiheit steht der Schutz der künstlerischen Persönlichkeitsentfaltung und der kulturellen Vielfalt im Zentrum. Die Wirtschaftsfreiheit ist auf das Funktionieren der marktwirtschaftlichen Ordnung, die Gewährleistung der freien Berufsausübung und die Erwirtschaftung einer Subsistenzgrundlage ausgerichtet.³⁶⁷ Das Vorliegen einer echten Grundrechtskonkurrenz rechtfertigt sich ebenfalls damit, dass die Schranken-
dogmatik der beiden Grundrechte gewichtige Unterschiede aufweist.³⁶⁸ Auch zwischen der Kunstfreiheit und der Eigentumsgarantie liegt aus analogen Gründen echte Grundrechtskonkurrenz vor.³⁶⁹

Sowohl die Wirtschaftsfreiheit als auch die Eigentumsgarantie gewährleisten der persönlichkeitsrelevanten Dimension der Kunstverwertung einen besonderen Schutz. Die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) schützt in ihrer persönlichkeitsrelevanten Dimension die persönliche wirtschaftliche, insbesondere berufliche Entfaltung des Einzelnen, darin eingeschlossen die in der Kunst tätigen Personen.³⁷⁰ Die Regulierung und der Schutz der Wirtschaft und des Eigentums müssen in persönlichkeitsrelevanten Bereichen mit grösster Sorgfalt für die ideelle und existenzielle Bedeutung der Kunstverwertung beurteilt werden.³⁷¹

Kunst und kommerzielle Zwecke

Kunst ist nicht nur eine Form der Meinungsäusserung, sondern häufig auch eine Erwerbsgrundlage. Kommerzielle Zwecke sind künstlerischen und kunstvermittelnden Tätigkeiten oftmals inhärent. Aus dieser engen Verschränkung kann es für die Anwendbarkeit der Kunstfreiheit nicht relevant sein, ob zusätzlich zu künstlerischen auch wirtschaftliche Interessen vorliegen. Für den Schutzbereich der Kunstfreiheit ist nicht massgebend, ob neben künstlerischen auch kommerzielle Zwecke verfolgt werden und ob die Kunst blosser Zeitvertreib ist oder zu Erwerbszwecken ausgeübt wird.³⁷² Wie auch die Medienfreiheit würde die Kunstfreiheit ihres Sinngehalts entleert, wenn ihre Erzeugnisse aufgrund ihrer Verbindung mit kommerziellen Zwecken den Grundrechtsschutz verlieren würden.³⁷³ Vielmehr gewährleistet die Kunstfreiheit gerade, dass künstlerisches Schaffen auch in seiner wirtschaftlichen Dimension als Beruf und gehandeltes Gut grundrechtlichen Schutz findet.³⁷⁴

³⁶⁷ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 366 f.

³⁶⁸ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 371.

³⁶⁹ GL.M. WYTTEBACH, BSK BV 21 N 14.

³⁷⁰ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 1047.

³⁷¹ So ganz allgemein auch MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 1009.

³⁷² BGE 97 I 45 E. 5; BIAGGINI, BVK (1. Aufl.) 21 N 4; mittlerweile noch deutlicher: BIAGGINI, BVK (2. Aufl.) 21 N 4; gl.M. MEYER/HAFNER, SGK BV 21 N 6; WYTTEBACH, BSK BV 21 N 14.

³⁷³ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 448 f.

³⁷⁴ GL.M. WYTTEBACH, BSK BV 21 N 14.

Im Schweizer Recht fallen Meinungsäußerungen mit kommerziellem Zweck grundsätzlich unter die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV).³⁷⁵ So kommt der Schutz der Medienfreiheit denjenigen Medienerzeugnissen nicht zu, die alleine zu kommerziellen Zwecken hergestellt und verbreitet werden. Das trifft auf Werbeprospekte, Werbesendungen und alle Internetseiten zu, die ausschliesslich Waren oder Dienstleistungen vertreiben.³⁷⁶ Laut Rechtsprechung und einem Teil der Lehre kommen die Kommunikationsgrundrechte dann nicht zur Anwendung, wenn das Gewinnstreben der Akteure eindeutig im Vordergrund steht und es den Akteuren hauptsächlich darum geht, ein Produkt zu verkaufen, und nicht darum, eine Meinung zu äussern.³⁷⁷ Artikel 16, 17 und 21 BV fallen damit enger aus als Art. 10 EMRK, mit dem der EGMR auch Werbung und wirtschaftsbezogene Informationen schützt.³⁷⁸ Das Bundesverfassungsgericht Deutschlands hat in einem älteren Urteil die Veröffentlichung eines Kunstwerkes dem Schutzbereich der Kunstfreiheit, dessen Verwertung hingegen dem Schutzbereich der Eigentumsgarantie (Art. 14 GG) unterstellt.³⁷⁹ Die Lehre kritisierte diese Aufteilung, weil die Unterteilung in Veröffentlichung, Verbreitung und Verwertung praktisch schwierig ist und der persönlichkeitsrelevanten Bedeutung der wirtschaftlichen Verwertung künstlerischer Erzeugnisse als Existenzgrundlage nicht gerecht wird.³⁸⁰

Im Anwendungsfall ist im Blick zu behalten, dass die Schranken der Wirtschaftsfreiheit umfassender ausfallen als die Schranken der Meinungsfreiheit. Auf jeden Fall muss das Bundesgericht auch bei der Anwendung von Art. 27 BV im konkreten Einzelfall dem ideellen Gehalt von Meinungsäußerungen im wirtschaftlichen Kontext angemessene Beachtung schenken.³⁸¹ Im Übrigen schützt auch das Bundesverfassungsgericht Deutschlands die kommerzielle Vermittlung der Kunst nur dann unter Anwendung der Kunstfreiheit, wenn sie eine der Kunst «dienende Funktion» hat.³⁸² Diesem Grundsatz entsprechend hat es der Werbung für eine Theateraufführung den Schutz der Kunstfreiheit zugesprochen, weil die Kunst auf öffentliche Wahrnehmung angewiesen ist.³⁸³ Nicht auf die Kunstfreiheit berufen können sich natürliche oder juristische Personen demnach, wenn ihre wirtschaftliche Tätigkeit keinen grundrechts-

³⁷⁵ Siehe bswa BGE 128 I 295 E. 5.a (Tabak- und Alkoholverbung); BGE 139 II 173 E. 5.1/6.1 (Anwaltswerbung); MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 368. Zur «preferred position» und dem Verhältnis von ideellen und wirtschaftlichen Grundrechten ausführlich auch SALADIN, Grundrechte im Wandel, 275 ff., 329.

³⁷⁶ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 448; BGE 42 I 74 E. 1.

³⁷⁷ BGE 114 IV 116 E. 4.b/cc; ebenso KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, § 18 N 16 und 72, § 25 N 7.

³⁷⁸ EGMR 15450/89 (1994) *Casado Coca v Spain*, N 35 ff.; MENSCHING, in: Karpenstein/Mayer, EMRK-K 10 N 9; KLEY/TOPHINKE, SGK BV 16 N 7; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 368.

³⁷⁹ BVerfGE 31, 229 (239) Kirchen- und Schulgebrauch.

³⁸⁰ DAHM, Schutz des Urhebers, 152 m.w.H.

³⁸¹ Anstelle vieler KLEY/TOPHINKE, SGK BV 16 N 7.

³⁸² BVerfGE 81, 278 ff., 292; BVerfGE 36, 321 ff., 331; BVerfGE 30, 173 ff., 191.

³⁸³ BVerfGE 77, 240 (251) Herrnburger Bericht; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 560.

relevanten Bezug zum Kunstschaffen oder zur Kunstvermittlung aufweist.³⁸⁴ Die Abgrenzung dürfte im Einzelfall schwierig sein. Ein Ausschluss vermittelnder Tätigkeiten mit «überwiegend» wirtschaftlichen Absichten vom Schutzbereich der Kunstfreiheit ist auch deshalb heikel, weil es zur Kunst gehört, dass sie als Dienstleistung und Ware überwiegend in Verbindung mit wirtschaftlichen Interessen in Erscheinung tritt. Die Intention der Verkäufer ist gerade auch mit Blick auf die als *forum internum* geschützten Absichten der Händler und Käufer im Rahmen rechtsstaatlicher Möglichkeiten kaum je eindeutig zu ermitteln.³⁸⁵ Die Tatsache, dass ein Kunstwerk bei mehreren An- und Verkäufen im Zollfreilager verbleibt, könnte ein sachlicher Anhaltspunkt für rein wirtschaftliche Interessen sein. Zu eng und unausgewogen fällt demgegenüber ein älterer Bundesgerichtsentscheid aus, wonach sich der Betreiber eines Sexgeschäfts für die Vorführung eines Films nicht auf die Meinungsäusserungsfreiheit berufen kann, weil er damit lediglich «handfeste Gewinne aus dem Sexgeschäft» machen wolle.³⁸⁶

Die Kunstfreiheit verlangt, dass die Eigenart der künstlerischen Meinungsäusserung in der Beurteilung von Eigentums- und Wirtschaftsfragen angemessen berücksichtigt wird. Ob diese Berücksichtigung unter Anwendung der Wirtschaftsfreiheit oder unter Berufung auf die Kunstfreiheit erfolgt, ist praktisch kaum relevant. Ausschlaggebend ist, dass die persönlichkeitsrelevante Dimension der wirtschaftlichen Kunstverwertung besonders beachtet und ihrer Bedeutung entsprechend geschützt wird.³⁸⁷

4.5 Kunstfreiheit als Teil der Kulturverfassung

a) Kulturverfassung im engen und im weiten Sinn

Der Begriff der *Kulturverfassung* dient in der Schweizer Lehre als Sammelbegriff zur systematischen Gruppierung aller Verfassungsbestimmungen, die «unmittelbar die Kulturförderung, die Kulturbewahrung sowie die Kunstvermittlung»³⁸⁸ betreffen.

Zur Kulturverfassung zählt zunächst einmal die Staatszielbestimmung von Art. 2 Abs. 2 BV, der die kulturelle Vielfalt des Landes zum Staatszweck erhebt. Auch das Sozialziel von Art. 41 Abs. 1 Bst. g BV, wonach sich Bund und Kantone dafür einsetzen, dass Kinder und Jugendliche in ihrer Entwicklung und kulturellen Integration geför-

³⁸⁴ MOSIMANN/UHLMANN, KKR Kap. 2 § 1 N 22 f.; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 560.

³⁸⁵ Einen Eindruck davon, wie komplex die Verschränkung von Kunstschaffen und vermittelnder Tätigkeit, künstlerischen und wirtschaftlichen Interessen ist und weshalb sich kaum je ermitteln lassen wird, ob eine Person mit dem Kauf oder Verkauf eines Kunstwerks ausschliesslich wirtschaftliche oder aber auch künstlerische Zwecke verfolgt, vermittelt die soziologische Untersuchung zum Kunstmarkt in THORNTON, Sieben Tage in der Kunstwelt. Für einen Überblick über die Geschichte und die Zusammensetzung des Kunstmarkts sowie das Fehlen von zuverlässigen Statistiken über den Kunstmarkt in der Schweiz siehe JACCARD/GUËX, Le marché de l'art en Suisse.

³⁸⁶ BGE 114 IV 116 E. 4b/cc; gl.M. MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 560.

³⁸⁷ Gl.M. MÜLLER/LOOSER, Zum Verhältnis von Meinungs- und Wirtschaftsfreiheit, 13, 20 f.

³⁸⁸ SCHWEIZER, SGK BV N 2 zu Vorbem. Kulturverfassung.

dert werden, ist Teil der Kulturverfassung. Des Weiteren sind alle Grundrechte Teil der Kulturverfassung, die die Grundlage für die kulturelle Freiheit und Teilhabe sind. Dazu gehören die Kommunikationsfreiheiten – darunter die Kunstfreiheit – ebenso wie die Glaubens- und Gewissensfreiheit, die Wissenschaftsfreiheit und der Anspruch auf Grundschulunterricht. Neben den Grundrechten zählen auch die spezifischen Kompetenznormen im Bereich der Kultur, namentlich die Bestimmungen zur Förderung der Kultur (Art. 69 BV), Kunst und Musik (Art. 69 Abs. 2 BV), des Films (Art. 71 BV) und der musikalischen Bildung (Art. 67a BV), dazu. Weitere Verfassungsartikel bilden die *Kulturverfassung im weiten Sinn*, namentlich zur Bildung (Art. 61a ff. BV), Forschung (Art. 63a und 64 BV) und zum Heimat- und Denkmalschutz (Art. 78 BV).

b) Kulturverfassung im kulturwissenschaftlichen Sinn

Neben seiner rechtsdogmatischen Verwendung wird der Begriff der *Kulturverfassung* auch in einem allgemeineren Sinn verwendet, wenn Verfassungsdokumente als kulturelle Errungenschaft einer Gesellschaft benannt werden. Die Verfassung als Kulturverfassung zu bezeichnen, will bedeuten, dass sie nicht nur als juristisches Papier zu lesen, sondern auch als «kulturelles Dokument» zu würdigen ist, das eine bestimmte Kultur hervorgebracht hat und in diese Kultur eingebettet ist.³⁸⁹ Mit diesem umfassenden Ansatz ändert sich die Methode der Verfassungsanalyse von einer rechtsdogmatischen zu einer rechtstheoretischen. Die Kulturwissenschaften widmen sich der Verfassung als materielles Erzeugnis ebenso wie als symbolischer Referenzpunkt einer Gesellschaft.³⁹⁰ Für die Rechtswissenschaften ist die Untersuchung der Verfassung mit kulturwissenschaftlichen Methoden von Relevanz, insofern sie den Wissensstand über Herkunft und Wirkungsweisen der Verfassung zu erweitern und einen Beitrag zur kritischen Befragung der Grundlagen des geltenden Rechts zu leisten vermag. Eine andere Frage ist, ob und wie Erkenntnisse aus den Kulturwissenschaften in die Auslegung der Verfassung einbezogen werden können und sollen³⁹¹ (zum Einbezug anderer Wissenschaftszweige in die Auslegung der Kunstfreiheit siehe Einleitung Kapitel II.4).

5 Weitere Rechtsordnungen

Die Schweizer Rechtsprechung und Lehre haben ihre Positionen zur Kunstfreiheit im Dialog mit der Lehre und Rechtsprechung anderer Rechtsordnungen erarbeitet. Insbesondere das deutsche Verfassungsrecht und die deutsche Staatsrechtslehre waren für das Schweizer Recht wiederholt richtungweisend. So hat sich das Bundesgericht bei

³⁸⁹ So auch in der Botschaft BV, 11: «Die Bundesverfassung ist [...] nicht nur ein juristischer Text, sie ist auch ein politisches, geschichtliches und kulturelles Dokument.» Ausführlich HÄBERLE, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft.

³⁹⁰ Zum Recht als Kultur ausführlich GEPHART, Recht als Kultur.

³⁹¹ Für den Einbezug kulturwissenschaftlicher Erkenntnisse über die Kultur eines Staates oder seiner Bevölkerung als Erweiterung der juristischen Methoden der Verfassungsauslegung ausgesprochen hat sich namentlich HÄBERLE, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft.

der Anerkennung der Kunstfreiheit als Grundrecht ausdrücklich auf die deutsche Grundrechtsdogmatik gestützt.³⁹² Nachfolgend sollen die rechtlichen Grundlagen der Kunstfreiheit in den Verfassungsordnungen Deutschlands, der Europäischen Union und der Vereinigten Staaten von Amerika zusammenfassend dargelegt werden. Die in der jeweiligen Rechtsprechung und Lehre entwickelten Positionen zur Kunstfreiheit finden zudem in der gesamten Arbeit immer dort Erwähnung, wo sie dem Schweizer Recht Impulse zu geben vermögen.

5.1 Deutschland

a) Paulskirchenverfassung

Die gescheiterte Paulskirchenverfassung von 1848/49 gewährleistete mit der Meinungsfreiheit das Recht jedes Deutschen, «durch Wort, Schrift, Druck und bildliche Darstellung seine Meinung frei zu äussern»³⁹³. Bis zum Ende der wilhelminischen Ära unterstand kritische und unsittliche Kunst einer rigiden Zensur. Die Aussage des Berliner Polizeipräsidenten «Die ganze Richtung passt uns nicht!» als Begründung für Zensurmassnahmen wurde zur oft zitierten Phrase für den als willkürlich empfundenen Umgang mit der Kunst in Preussen.³⁹⁴

b) Weimarer Reichsverfassung

Die Weimarer Reichsverfassung (WRV)³⁹⁵ gewährleistete die Meinungsfreiheit im umfassenderen Sinn. Nach Art. 118 Abs. 1 WRV hatte jede Person das Recht, «innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze seine Meinung durch Wort, Schrift, Druck, Bild oder in sonstiger Weise frei zu äussern». Zensur war nach Art. 118 Abs. 2 WRV nicht zulässig. Neben der Bestimmung zur Meinungsfreiheit enthielt die Weimarer Reichsverfassung mit Art. 142 eine eigenständige Kunstfreiheitsgarantie: «Die Kunst, die Wissenschaft und ihre Lehre sind frei. Der Staat gewährt ihnen Schutz und nimmt an ihrer Pflege teil.» In der Weimarer Lehre war umstritten, ob Art. 142 WRV lediglich ein weitgehend leerlaufender Programmsatz ist oder einen weitergehenden Schutz gewährleistet. Unklar blieb insbesondere auch die Tragweite der Förderklausel als nicht weiter spezifizierter Verfassungsauftrag oder als verbindliche Verpflichtung, auch in schwierigen Zeiten Mittel für die Kunstpflege einzusetzen. Für Lichtspiele konnten durch Gesetz abweichende Bestimmungen getroffen werden.³⁹⁶

³⁹² BGE 87 I 275 E. 4.

³⁹³ § 143 Verfassung des deutschen Reiches vom 28. März 1849 (Paulskirchenverfassung); HUFEN, Kunstfreiheit, HGR IV, § 101 N 8.

³⁹⁴ BEISEL, Kunstfreiheitsgarantie, 13; HUFEN, Kunstfreiheit, HGR IV, § 101 N 8; WÜRKNER, Freiheit der Kunst, 18, 25–27; SIEGHART, Kunst und Staat, 118 ff.

³⁹⁵ Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919 (Weimarer Reichsverfassung, WRV).

³⁹⁶ WÜRTEMBERGER, Geschichte der Kunstfreiheit, 144 m.w.H. zur damaligen Lehre; ebenso HUFEN, Kunstfreiheit, HGR IV, § 101 N 9; WITTECK, in: Dreier, GGK 5 III N 6; für eine verfassungshistorische Analyse der Weimarer Verfassung siehe DI FABIO, Weimarer Verfassung.

c) Bonner Grundgesetz

Schutz der Kunstfreiheit in Art. 5 Abs. 3 GG

Das nach dem Zweiten Weltkrieg verabschiedete Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland (Bonner Grundgesetz, GG)³⁹⁷ schützt die Kunstfreiheit in Art. 5 Abs. 3 GG:

«Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei.»

Die Kunstfreiheit ist unumstritten in das Grundgesetz eingegangen. Ähnlich wie bei der Totalrevision der Bundesverfassung wurde auch in Deutschland die Kunstfreiheit in den Beratungen des Parlamentarischen Rates zu den Verfassungsentwürfen kaum behandelt.³⁹⁸ Verworfen wurde das Recht auf Kunstgenuss.³⁹⁹ Verzichtet wurde auch auf eine Kunstförderklausel.⁴⁰⁰

Stand von Rechtsprechung und Lehre

Die Kunstfreiheit galt im deutschen Recht, ähnlich wie in der Schweiz, lange als wenig relevantes und vernachlässigtes Grundrecht. Die frühen Urteile zur Kunstfreiheit werden als «Bild [...] einer von der Wissenschaft im Stich gelassenen Rechtsprechung»⁴⁰¹ bezeichnet. Erste Annäherungen an das Grundrecht finden sich in den Schriften der 1950er-Jahre.⁴⁰² Ab den 1960er-Jahren folgt eine intensive Bearbeitung der Kunstfreiheit in der rechtswissenschaftlichen Literatur.⁴⁰³ Inzwischen hat das Bundesverfassungsgericht das Grundrecht in einer reichhaltigen Rechtsprechung differenziert zur Anwen-

³⁹⁷ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1) (GG).

³⁹⁸ KNIES, Schranken der Kunstfreiheit, 2; WÜRTEMBERGER, Zur Geschichte der Kunstfreiheit, 137 f.

³⁹⁹ WITTECK, in: Dreier, GGK 5 III N 10.

⁴⁰⁰ WÜRTEMBERGER, Zur Geschichte der Kunstfreiheit, 146.

⁴⁰¹ Beispiele bei KNIES, Schranken der Kunstfreiheit, V, 5 f.

⁴⁰² PROBST, Die Freiheit von Kunst und Wissenschaft (1951) und FRANKENBERGER, Verfassungsrechtliche Garantien und Grenzen künstlerischen Schaffens im Lichte der neueren Rechtsprechung (1959).

⁴⁰³ Beginnend mit der Arbeit von RIDDER, Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz (1963); ERBEL, Inhalt und Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie (1966); ROPERTZ, Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz (1966); KNIES, Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem (1966); HUFEN, Die Freiheit der Kunst in staatlichen Institutionen (1982); ZÖBELEY, Zur Garantie der Kunstfreiheit in der gerichtlichen Praxis (1985); DERS., Zum Schutzbereich der Kunstfreiheitsgarantie bei photographischen Darstellungen (1987); ERHARDT, Kunstfreiheit und Strafrecht (1989); HENSCHEL, Die Kunstfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfG (1990); NOLTE, Beleidigungsschutz in der freiheitlichen Demokratie (1992); HENSCHEL, Kunstfreiheit als Grundrecht (1993); WOLF, Spötter vor Gericht (1996); SCHLINK/SCHLINK, Das Dilemma der Kunstfreiheit (2005); KORINEK, Staat und Kunst (2006); LENSKI, Personenbezogene Massenkommunikation als verfassungsrechtliches Problem (2007); UJICA/LOEF, Quod licet jovi, non licet bovi (2010); LENSKI, Öffentliches Kulturrecht (2013); MUCKEL, Kunstfreiheit (2014); MIX, Kunstfreiheit und Zensur in der BRD (2014); SCHACK, Kunst als Herausforderung für das Recht (2016).

derung gebracht.⁴⁰⁴ Das Grundrecht wird auch in der neueren Lehre intensiv kommentiert.⁴⁰⁵ Damit liegt im deutschen Recht eine grundrechtlich tragfähige, praxistaugliche Auslegung der Kunstfreiheit vor, die der Freiheit der Kunst gerecht wird und um eine kontextsensible Abwägung mit anderen Rechtsgütern bemüht ist.⁴⁰⁶ Sie bietet für die Konkretisierung der Kunstfreiheit im Schweizer Recht interessantes Vergleichsmaterial.

Mephisto-Urteil

Das bis heute wegweisende Leiturteil ist das *Mephisto*-Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1971.⁴⁰⁷ In der Sache ging es um das 1936 veröffentlichte Werk *Mephisto – Roman einer Karriere* von Klaus Mann. Der Roman schildert den Aufstieg des Schauspielers Hendrik Höfgen, der sich aus Karrieregründen der nationalsozialistischen Partei andient. Indirekt thematisierte Klaus Mann mit der Geschichte das Leben seines ehemaligen Schwagers und Schauspielers Gustaf Gründgens, wie die biografischen Einzelheiten des Romans unschwer erkennen liessen. Das Bundesverfassungsgericht definierte in seinem Urteil den bis heute gültigen verfassungsrechtlichen Kunstbegriff. Des Weiteren machte es zentrale Aussagen über den Wert der Kunst und seiner Gewichtung im Konfliktfall mit anderen Rechten von Verfassungsrang. Im Ergebnis bleibt das Urteil umstritten. In seinen nachfolgenden Urteilen bestätigte und verfeinerte das Bundesverfassungsrecht seine Rechtsprechung zur Kunstfreiheit.

Entwicklung der Rechtsprechung

Vertieft hat sich diese Rechtsprechung unter anderem 1984 im Urteil *Anachronistischer Zug*⁴⁰⁸. Zur Diskussion stand ein Strassentheater, das ein Gedicht von Bertolt Brecht inszenierte und darin eingebettet Schauspieler als Verkörperungen prominenter Politi-

⁴⁰⁴ Die zentralen Urteile des Bundesverfassungsgerichts zur Kunstfreiheit sind: BVerfGE 30, 173 (189) *Mephisto*; BVerfGE 36, 321 (330 ff.) *Schallplatten*; BVerfGE (Vorprüfungsausschuss) NJW 1984, 1293 (1294 f.) *Sprayer* von Zürich; BVerfGE 67, 213 (224 f.) *Anachronistischer Zug*; BVerfGE 75, 369 (377) *Strauss-Karikaturen*; BVerfGE 77, 240 (251 ff.) *Herrnburger Bericht*; BVerfGE 81, 278 (289 ff.) *Bundesflagge*; BVerfGE 82, 1 (4 ff.) *Hitler-T-Shirt*; BVerfGE 83, 130 (138) *Mutzenbacher*; BVerfGE 119, 1 (20 ff., N 57 ff.) *Esra*; BVerfGE 11, 241 (248 ff., N 19 ff.) *Waldschlösschenbrücke*; BVerfGE, 1 BvR 350/02 (2007) *Pestalozzis Erben*; BVerfGE 13, 115 (116 ff., N 6 ff.) *Ehrensache*; BVerfGE, 1 BvR 1585/13 (2016) *Sampling* (N 86, 97) (vom EuGH bestätigt in Urteil vom 29. Juli 2019, Pelham, C-476 [N 31–35]); BVerfGE, 1 BvR 2112/15 (2018) (N 10, 13–25) *Strassenfotografie*.

⁴⁰⁵ Siehe insbes. F. MÜLLER, *Freiheit der Kunst*; KNIES, *Kunstfreiheit*; HÄBERLE, *Freiheit der Kunst*; STERN, *Freiheit der Kunst*; DAHM, *Schutz des Urhebers*; HUFEN, *Freiheit der Kunst*; WÜRKNER, *Freiheit der Kunst*; BEISEL, *Kunstfreiheitsgarantie*; VONAU/SLOPEK, *Böhmermann*; weitere Hinweise bei HUFEN, *Kunstfreiheit*, HGR IV, § 101 N 1 Fn. 4; WITTRICK, in: *Dreier, GGK, 5 III, Literaturauswahl*.

⁴⁰⁶ HUFEN, *Kunstfreiheit*, HGR IV, § 101 N 31 f.

⁴⁰⁷ BVerfGE 30, 173 (189) *Mephisto*.

⁴⁰⁸ BVerfGE 67, 213 *Anachronistischer Zug*.

ker aufspielen liess. Das Urteil hat die Rechtsdogmatik der Kunstfreiheit geformt, weil es sich einerseits mit den geschützten Kunstgattungen befasste, andererseits den Beurteilungsmassstab ausführlich thematisierte.

Das umstrittene *Esra*-Urteil⁴⁰⁹ des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2007 ist die bis anhin ausführlichste Bestätigung respektive Fortentwicklung der *Mephisto*-Rechtsprechung. Das Gericht stützte die Zensur des Romans *Esra* von Max Biller zugunsten des Persönlichkeitsschutzes der vermeintlich dargestellten Protagonistin. Das Urteil entfachte eine umfangreiche Diskussion über das Verhältnis von Realität und Fiktion in der Kunst und die kunstspezifische rechtliche Beurteilung von Persönlichkeitsverletzungen (siehe Teil IV Kapitel III.4.c). Auch in den jüngeren Urteilen zur Kunstfreiheit entwickelte das Bundesgericht einen nuancierten Umgang mit der gerichtlichen Beurteilung umstrittener Kunst, so beispielsweise im Bereich der Strassenfotografie⁴¹⁰ oder des Urheberrechts⁴¹¹.

5.2 Europäische Union

a) Allgemeine Rechtsgrundsätze und Kunstfreiheit

Im Unionsrecht finden sich Grundrechte zum einen in den vom EuGH entwickelten *allgemeinen Rechtsgrundsätzen*. Der EuGH hat diese Rechtsgrundsätze mittels wertender Rechtsvergleichung der Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten und der EMRK erarbeitet.⁴¹² Der EuGH konsultiert die EMKR als Rechtserkenntnisquelle.⁴¹³ Trotz der entsprechenden Vorschläge aus der Literatur⁴¹⁴ und eines einschlägigen Rechtsfalls⁴¹⁵ hat der EuGH die Kunstfreiheit nicht als ungeschriebene gemeinschaftsrechtliche Gewährleistung anerkannt.

⁴⁰⁹ BVerfGE 119, 1 *Esra*.

⁴¹⁰ BVerfGE, 1 BvR 2112/15 (2018) Strassenfotografie.

⁴¹¹ BVerfGE, 1 BvR 1585/13 (2016) (bestätigt in EuGH-Urteil vom 29. Juli 2019, Pelham, C-476).

⁴¹² DREIER, in: Dreier, GGK Vorb. N 41.

⁴¹³ So bswe bereits in EuGH C-44/79 Hauer (13.12.1979) N 14 f.: «Wie der Gerichtshof in seinem Urteil vom 17. Dezember 1970 (Internationale Handelsgesellschaft, Slg. 1970, 1125) ausgeführt hat, kann die Frage einer etwaigen Verletzung der Grundrechte durch eine Handlung der Gemeinschaftsorgane nicht anders als im Rahmen des Gemeinschaftsrechts selbst beurteilt werden. [...] Der Gerichtshof hat in dem erwähnten Urteil und später in seinem Urteil vom 14. Mai 1974 (Nold, Slg. 1974, 491) ausserdem hervorgehoben, daß die Grundrechte zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehören, die der Gerichtshof zu wahren hat. Bei der Gewährleistung dieser Rechte hat der Gerichtshof von den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten auszugehen, so daß in der Gemeinschaft keine Massnahmen als Rechtens anerkannt werden können, die unvereinbar sind mit den von den Verfassungen dieser Staaten geschützten Grundrechten. Auch die internationalen Verträge über den Schutz der Menschenrechte, an deren Abschluß die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind, können Hinweise geben, die im Rahmen des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen sind.» Zum Ganzen auch SCHNEIDERS, Die Grundrechte der EU und die EMRK, 76 f.

⁴¹⁴ HOPPE, Kunstfreiheit, 63 f. Fn. 61, m.w.H.

⁴¹⁵ EuGH C-245/01 RTL Television (23.10.2003), N 62 ff., 68; HOPPE, Kunstfreiheit, 63 f.

b) Schutz der Kunstfreiheit in der Grundrechtecharta

Zum anderen gewährleistet die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Grundrechtecharta; GRCh)⁴¹⁶ einen umfassenden Grundrechtskatalog.⁴¹⁷ Die Grundrechtecharta ist von der Europäischen Union autonom gesetztes Recht. Diesem kommt gegenüber dem nationalen Recht seiner Mitgliedstaaten grundsätzlich Vorrang zu. Einer Umsetzung in nationales Recht bedarf es für dessen Geltung nicht.⁴¹⁸ Die Grundrechtecharta beruht auf einer Auswertung der Rechtsprechung zur EMKR, der Rechtsprechung des EuGHs, auf internationalen Konventionen und den mitgliedstaatlichen Verfassungen.

Die Kunstfreiheit ist in der Grundrechtecharta der Europäischen Union in Art. 13 GRCh geschützt («Kunst und Forschung sind frei»). Die Kunstfreiheit ist *lex specialis* zur Meinungsäußerungsfreiheit des Art. 11 GRCh. Zur unternehmerischen Freiheit des Art. 16 GRCh steht sie in Idealkonkurrenz.⁴¹⁹ Die Grundrechtecharta gewährleistet die Kunstfreiheit mindestens im Umfang von Art. 10 EMRK (Art. 52 Abs. 3 GRCh). Ob die Kunstfreiheit der Grundrechtecharta einen weiterreichenden Schutz gewährleistet als die EMRK (Art. 52 Abs. 3 GRCh), wird sich erst in ihrer zukünftigen Anwendung zeigen. Bei einem allfälligen Rechtsstreit zur Kunstfreiheit unter Anwendung von Art. 13 GRCh ist davon auszugehen, dass der EuGH den Artikel zwar autonom auslegt, sich aber von der bisherigen Rechtsprechung des EGMR und der höchsten Gerichte seiner Mitgliedstaaten, wie beispielsweise der ausgereiften Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts zur Kunstfreiheit, in einer wertenden Auslegung inspirieren lassen wird.⁴²⁰ Entsprechend hat der EuGH in einem Vorabentscheidungsverfahren das Sampling unter Anwendung von Art. 13 GRCh als «künstlerische Ausdrucksform» geschützt.⁴²¹ Der EuGH präziserte, dass die Kunstfreiheit nach Art. 13 GRCh «es ermöglicht, am öffentlichen Austausch von kulturellen, politischen und sozialen Informationen und Ideen aller Art teilzunehmen, weil sie zur Freiheit der Meinungsäußerung gehört, die durch Art. 11 der Charta und Art. 10 Abs. 1 der [EMRK] geschützt ist.»⁴²² Dabei verwies der EuGH auf zwei Urteile des EGMR.⁴²³

Die EMRK ist für die Organe der EU nicht unmittelbar bindend, weil die EU nicht Mitglied der EMKR ist.⁴²⁴ Auch ist es nicht möglich, dass eine EU-Bürgerin

⁴¹⁶ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. 2007 C 303/1 (respektive ABl. 2000, Nr. C 364/1) (EU-Grundrechtecharta, GRCh).

⁴¹⁷ DREIER, in: Dreier, GGK Vorb. N 45.

⁴¹⁸ DREIER, in: Dreier, GGK Vorb. N 40.

⁴¹⁹ JARASS, Kommentar GRCh 13 N 4.

⁴²⁰ Weil Kunst im Deutschen Grundgesetz vorbehaltlos gewährleistet ist, dürfte die Kunstfreiheit unter Anwendung der Grundrechtecharta tendenziell enger ausfallen, WITTECK, in Dreier, GGK Art. 5 III N 20; HOPPE, Kunstfreiheit, 73 ff.

⁴²¹ EuGH-Urteil vom 29. Juli 2019, Pelham, C-476, N 35.

⁴²² EuGH-Urteil vom 29. Juli 2019, Pelham, C-476, N 34.

⁴²³ EGMR 10737/84 (1988) Müller v Switzerland; EGMR 23168/94 (1999) Karata v Turkey.

⁴²⁴ DREIER, in: Dreier, GGK Vorb. N 50.

oder ein EU-Bürger sich gegen die EU an den EGMR wendet. Das dürfte trotz Art. 6 II EUV bis auf Weiteres so bleiben, seit sich der Europäische Gerichtshof in einem Gutachten gegen den Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention ausgesprochen hat.⁴²⁵ Hingegen sind sämtliche Mitgliedstaaten der Europäischen Union auch Mitglieder des Europarates und haben die Europäische Menschenrechtskonvention ratifiziert.

Der Schutzbereich der Kunstfreiheit ist auch im Unionsrecht umfassend ausgestaltet. Gewährleistet sind entsprechend dem offenen Kunstbegriff herkömmliche sowie neuartige Kunstformen. Geschützt ist der Werk- und der Wirkungsbereich der Kunst.⁴²⁶ Grundrechtsträger sind die Hersteller und Vermittler der Kunst. Es kann sich dabei sowohl um natürliche als auch um juristische Personen handeln (mit Ausnahme der höchstpersönlichen Gewährleistungsgehalte des Grundrechts).⁴²⁷

Adressaten der Kunstfreiheit sind die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union, ebenso wie die Mitgliedstaaten in der Umsetzung des Unionsrechts. Die Grundrechtsbindung gilt für sämtliche Aktivitäten der Union, unerheblich vom Rechtscharakter der einzelnen Handlung (Art. 51 Abs. 1 GRCh).⁴²⁸ Die Verpflichteten haben die Grundrechte zu achten (Achtungs- und Schutzfunktion) und zu fördern (Leistungsfunktion; Art. 51 Abs. 1 GRCh).⁴²⁹ Die Kunstfreiheit der Grundrechtecharta ist ein justiziables Abwehr- und Schutzrecht, vermittelt aber keine justiziablen Leistungsansprüche.⁴³⁰ Unklar ist, ob die Förderungspflicht die Union zur Kunstförderung verpflichtet.⁴³¹ Die Verpflichteten haben die Kunstfreiheit bei der Rechtsetzung (normativ), der Rechtsanwendung (administrativ) und der gerichtlichen Durchsetzung (judikativ) umzusetzen.⁴³² Rechtmässige Einschränkungen der Grundrechte bedürfen einer gesetzlichen Grundlage und einer legitimen Zielsetzung. Sie müssen verhältnismässig sein und dürfen den Wesensgehalt der Grundrechte nicht beeinträchtigen (Art. 52 Abs. 1 GRCh).⁴³³

Wird Kunst über ein Massenmedium veröffentlicht, so steht sie auch unter dem Schutz der Medienfreiheit gemäss Art. 11 Abs. 2 GRCh. Das Grundrecht gewährleistet die massenmediale Verbreitung von Presseerzeugnissen, Filmen und Büchern an eine unbestimmte Personenmehrheit über herkömmliche und elektronische Verbreitungs-

⁴²⁵ Gutachten 2/3 des Europäischen Gerichtshofs vom 18. Dezember 2014.

⁴²⁶ JARASS, Kommentar GRCh 13 N 5.

⁴²⁷ JARASS, Kommentar GRCh 13 N 9, 51 N 51–60.

⁴²⁸ JARASS, Kommentar GRCh 51 N 5 f.

⁴²⁹ JARASS, Kommentar GRCh 51 N 4, 37–40.

⁴³⁰ JARASS, Kommentar GRCh 13 N 2, 12. Nicht mit der Minimalgarantie der Kunstfreiheit im Umfang von Art. 10 EMRK (Art. 52 Abs. 3 GRCh) zu vereinbaren ist die Annahme, bei Art. 13 GRCh handle es sich um eine blossе Grundsatzbestimmung, gl.M. WITTECK, in: Dreier, GGK 5 III N 20, so aber WINKLER, Grundrechte der Europäischen Union, 417.

⁴³¹ Tendenziell ablehnend JARASS, Kommentar GRCh 13 N 12.

⁴³² JARASS, Kommentar GRCh 51 N 18–20.

⁴³³ JARASS, Kommentar GRCh 52 N 21, 26–46.

kanäle. Geschützt ist der gesamte Herstellungsprozess, von der Beschaffung der Information bis zu ihrer Verbreitung.⁴³⁴

c) **Tragweite der Grundrechtecharta für das Schweizer Recht**

Die Schweiz ist nicht Mitglied der Europäischen Union und deshalb auch nicht an die EU-Grundrechtecharta gebunden. Eine entsprechende Bindung ist auch in den bilateralen Abkommen nicht ausdrücklich enthalten. Die bilateralen Abkommen sind aber auf das Ziel ausgerichtet, für bestimmte Rechtsbereiche in der Schweiz eine parallele Rechtslage zum EU-Recht herzustellen. Weil die Tragweite des EU-Rechts unter Einbezug der EU-Grundrechte bestimmt wird und auch der EuGH in seiner Rechtsprechung darauf aufbaut, kommen sie mittelbar auch für den Grundsatz der parallelen Auslegung im Rahmen der bilateralen Verträge der Schweiz mit der EU zum Tragen.⁴³⁵ Weil die EU-Grundrechte grundsätzlich im Einklang mit der EMRK ausgelegt werden und die EMRK unabhängig von den bilateralen Verträgen auch für die Schweiz verbindlich ist, ist die Frage zur mittelbaren Verbindlichkeit der EU-Grundrechte für die Schweiz bis auf Weiteres praktisch von geringer Bedeutung.⁴³⁶ Gerade für die Kunstfreiheit ist nicht zu erwarten, dass der EuGH sie in einem engeren Sinn zur Anwendung bringt als der EGMR.

5.3 **Vereinigte Staaten von Amerika**

Die Schweizer Verfassungsrechtslehre hat der Rechtsprechung des U.S. Supreme Courts für die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik und die Ausarbeitung der neuen Bundesverfassung wichtige Impulse entnommen.⁴³⁷ Die amerikanische Rechtsprechung ist auch in dieser Arbeit rechtsvergleichend einbezogen, weil sie für die Konkretisierung der Kunstfreiheit interessantes Vergleichsmaterial bereitstellt.

⁴³⁴ JARASS, Kommentar GRCh 11 N 33 f.

⁴³⁵ EPINEY, BSK BV 36 BV N 28. Zur Spannung zwischen den grundsätzlich statisch ausgestalteten bilateralen Abkommen und einem dynamischen Nachvollzug siehe OESCH, Die bilateralen Abkommen Schweiz – EU und die Übernahme von EU-Recht. Die rechtliche Tragweite der EU-Grundrechtecharta in Verfahren vor Schweizer Behörden ist in Lehre und Rechtsprechung noch nicht abschliessend geklärt. Ein Teil der Lehre vertritt die These, dass bei der Auslegung von bilateralen Normen, die auf EU-Recht beruhen, die EU-Grundrechtecharta auch vor Schweizer Behörden einschlägig ist, weil die EU-Grundrechte Bestandteil dieser Verträge sind und sie im Rahmen der parallelen Auslegung zu berücksichtigen sind, OESCH, Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft, 192–195; EPINEY, Zur Verbindlichkeit der EU-Grundrechte in der und für die Schweiz.

⁴³⁶ EPINEY, BSK BV 36 N 28; OESCH, Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft, 199.

⁴³⁷ MÜLLER, Geschichtliche Grundlagen, HGR VII/2, § 202 N 41; DROLSSHAMMER, The Americanization of Swiss Legal Culture, 45–68.

a) First Amendment und Free Speech Clause

Die *Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika* von 1787⁴³⁸ enthielt zunächst keinen Grundrechtekatalog. Seit 1791 ist die *Bill of Rights* Teil der Verfassung. Das darin enthaltene *First Amendment* gewährleistet die Religionsfreiheit, die Meinungsäußerungsfreiheit (auch *Free Speech Clause* genannt), die Pressefreiheit, die Versammlungsfreiheit und das Petitionsrecht:

«Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.» (First Amendment)

Die Rechtsprechung zum Schutz der freien Meinungsäußerung (*free speech*)⁴³⁹ unter dem *First Amendment* ist in rechtsvergleichender Hinsicht interessant, weil die amerikanischen Spruchkörper immer und immer wieder mit den Grundlagen dieser Rechtsprechung rangen. Sie bemühten sich darum, die bisherige Rechtsprechung nicht einfach, quasi automatisch, auf neue Fälle zu übertragen, sondern den Besonderheiten der jeweiligen Fallkonstellation und der Veränderung der historischen Gegebenheiten mit einer dem Zweck des *First Amendments* entsprechenden Urteilsbegründung zu begegnen.⁴⁴⁰

b) Schutz der Kunst unter dem First Amendment

Im U.S.-amerikanischen Recht ist die *Free-Speech-Doktrin* zu Fragen künstlerischer Äußerungen (*artistic speech*) vielschichtig und nicht immer kohärent.⁴⁴¹ Viele der dog-

⁴³⁸ Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika vom 17. September 1787 (orig. Constitution of the United States of America).

⁴³⁹ Die Begriffe *free speech* und *freedom of expression* werden gemeinhin dem amerikanischen, respektive dem europäischen Rechtskontext zugeordnet. In ihrer zeitgenössischen Verwendung in Lehre und Rechtsprechung haben sie sich inhaltlich weitestgehend angenähert. Siehe in rechtsvergleichender Hinsicht auch die Erklärung zur Begriffsverwendung bei BARENDT, *Freedom of expression*, in: Rosenfeld/Sajó, *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 893: «There is no difference between «freedom of expression» and «freedom of speech». Common law systems have tended to use the latter term, while civil law systems use the former. An argument can be made that «freedom of expression» has a broader meaning, in that it includes not only verbal and written communications, but the arts, for example dramatic performances, painting and sculpture. Courts in common law jurisdictions have, however, been prepared in appropriate cases to hold that «freedom of speech» covers all forms of communication, not just the written and spoken word.»

⁴⁴⁰ Die Entwicklung der Rechtsprechung ist übersichtlich dargestellt bei LEWIS, *Freedom for the Thought That We Hate*; FELDMAN, *Free Expression and Democracy in America*; SULLIVAN/FELDMAN, *First Amendment*, 1–15 (dieses Buch ist ein separater Abdruck der Kap. 11–14 von SULLIVAN/FELDMAN, *Constitutional Law*); DUBOFF/KING/MURRAY, *Art Law*, 295–323. Zur frühen Entwicklung des *First Amendments* siehe BIRD, *Press and Speech Under Assault*.

⁴⁴¹ Zum Schutz der Kunst unter dem *First Amendment* siehe JONES, *Art Law*; BEZANSON, *Art and Freedom of Speech*; DUBOFF/KING/MURRAY, *Art Law*, 293–326; MERRYMAN/ELSEN/URICE,

matischen Figuren finden keine analoge Entsprechung in der schweizerischen, deutschen oder internationalrechtlichen Dogmatik zur Meinungsäußerungsfreiheit und zur Kunstfreiheit. Die Rechtsvergleichung mit dem amerikanischen Recht ist aus diesem Grund voraussetzungsreich. Losgelöst von den dogmatischen Einzelheiten kann die amerikanische Rechtsprechung aufgrund ihrer ausführlichen Begründungen und abweichenden Meinungen (Dissenting Opinions) der Diskussion über die Kunstfreiheit wichtige Impulse geben.

Die frühe Rechtsprechung des Supreme Courts liess offen, ob *visual speech* generell genauso wie das gesprochene und das geschriebene Wort vom First Amendment geschützt ist.⁴⁴² Das Gericht beantwortete diese Frage Mitte des 20. Jahrhunderts, indem es den Film⁴⁴³, das Theater⁴⁴⁴ und die Musik⁴⁴⁵ ausdrücklich dem Schutz des First Amendments unterstellte. In einem Urteil von 1985 hatte ein Federal District Court visuelle Meinungsäußerungen grundsätzlich dem Schutz des First Amendments unterstellt.⁴⁴⁶

Law, Ethics and the Visual Arts, 613–816; FELDMAN/WEIL, Art Law; LERNER/BRESLER, Art Law, 791–908; PROWDA, Visual Arts and the Law, 22–54; McMURPHY/STAPLETON, in: Kaufman, Art Law Handbook, 171–237; KAUFMAN, Art Law Handbook Supplement, 19–35; ADLER, The First Amendment and the Second Commandment; DIES., Performance Anxiety; DIES., Art's First Amendment Status; KEARNS, Freedom of Artistic Expression; TUSHNET/CHEN/BLOCHER, Free Speech beyond Words. Siehe auch die kommentierte Textsammlung von DUBOFF/BURR/MURRAY, Art Law. Cases and Materials, 575–662. Am Rande vermerkt sei, dass die amerikanische Lehre zwischen *art law* und *entertainment law* unterscheidet. Unter den Begriff *entertainment law* fallen die Bereiche Film, Fernsehen, Theater, Musik, Literatur und interaktive Medien. Im Fokus stehen Regisseure, Autoren und Schauspieler und ihre vertraglichen Beziehungen zu Produktionsfirmen und Agenten. Als *art law* abgehandelt werden die bildenden Künste, teilweise auch der Kulturgüterschutz. Relevante Akteure in diesem Bereich sind Künstlerinnen und Künstler, Galeristen, Kunstvermittler in Museen und kulturellen Institutionen und die Auktionshäuser. Das First Amendment schützt die Äusserung künstlerischer Äusserungen in beiden Bereichen.

⁴⁴² FELDMAN/WEIL, Art Law, 1 f.; ausführlich zur frühen Rechtsprechung ebendort 1–107.

⁴⁴³ Winters v New York, 333 U.S. 507 (1948); Joseph Burstyn, Inc. v Wilson, 343 U.S. 495 (1952). In einem frühen Urteil von 1915 hatte der Supreme Court den Film vom Schutz des First Amendments ausgenommen, weil es sich um ein Geschäft handle und sich Filme schädigend auf das Publikum auswirken könnten, Mutual Film Corp. v Industrial Commission of Ohio, 35 U.S. 387, 391: «It cannot be put out of view that the exhibition of moving pictures is a business, pure and simple, originated and conducted for profit, like other spectacles, not to be regarded, nor intended to be regarded by the Ohio Constitution, we think, as part of the press of the country, or as organs of public opinion. They are mere representations of events, of ideas and sentiments published and known; vivid, useful, and entertaining, no doubt, but, as we have said, capable of evil, having power for it, the greater because of their attractiveness and manner of exhibition. It was this capability and power, and it may be in experience of them, that induced the state of Ohio, in addition to prescribing penalties for immoral exhibitions, as it does in its Criminal Code, to require censorship before exhibition, as it does by the act under review. We cannot regard this as beyond the power of government.».

⁴⁴⁴ Southeastern Promotion, Ltd. v Conrad, 420 U.S. 546 (1975).

⁴⁴⁵ Ward v Rock Against Racism, 491 U.S. 781 (1989), 789.

⁴⁴⁶ Piarowski v Illinois Community College, 759 F.2d 625 (1985): «It should be no surprise that expression in the visual arts falls within the intellectual freedom protected by the first amendment to

Den Schutz des Films begründete der Supreme Court damit, dass der Film ein bedeutendes Medium für die Vermittlung von Ideen sei.

«It cannot be doubted that motion pictures are a significant medium for the communication of ideas. They may affect public attitudes and behavior in a variety of ways, ranging from direct espousal of a political or social doctrine to the subtle shaping of thought which characterizes all artistic expression. The importance of motion pictures as an organ of public opinion is not lessened by the fact that they are designed to entertain as well as to inform.»⁴⁴⁷

Den Schutz der Musik begründete der Supreme Court mit dem Argument, die Musik sei eine der ältesten Formen des menschlichen Ausdrucks.

«Music is one of the oldest forms of human expression. From Plato's discourse on the Republic to the totalitarian state in our own times, rulers have known its capacity to appeal to the intellect and to the emotions, and have censored musical compositions to serve the needs of the state. The constitution prohibits any like attempts in our legal order. Music, as a form of expression and communication, is protected under the First Amendment.»⁴⁴⁸

Der Supreme Court anerkannte in seiner Rechtsprechung, dass auch mittels Handlungen zum Ausdruck gebrachte Meinungen (*expressive conduct* oder *symbolic speech*) vom First Amendment geschützt sind⁴⁴⁹, darunter auch die Performance-Kunst.⁴⁵⁰ In *Texas v Johnson*⁴⁵¹ präzierte der Supreme Court diese Haltung, insoweit das First Amendment keine allgemeine Handlungsfreiheit gewährleistet. Als *symbolic speech* geschützt sind nicht alle möglichen Tätigkeiten, sondern nur diejenigen, die auf Kommunikation ausgerichtet sind und Dritte die damit beabsichtigte Meinungsäußerung überhaupt als solche verstehen können. Mittlerweile ist nicht mehr umstritten, dass die Kunst (*artistic expression*) und symbolische Handlungen (*expressive conduct*) vom First Amendment geschützt sind.

the U.S. Constitution.»; zum Urteil auch JONES, Art Law, 157; McMURPHY/STAPLETON, in: Kaufman, Art Law Handbook, 184 f.

⁴⁴⁷ Joseph Burstyn, Inc. v Wilson, 343 U.S. 495 (1952); zum Urteil auch SIMENSKY et al., Entertainment Law, 42–47.

⁴⁴⁸ Ward v Rock Against Racism, 491 U.S. 781 (1989), 789.

⁴⁴⁹ Stromberg v California, 283 U.S. 359 (1931); Texas v Johnson, 491 U.S. 397 (1989); siehe auch bereits Spence v Washington, 418 U.S. 405 (1974) (verkehrtes Aufhängen einer Flagge aus Protest). Der Supreme Court erklärte auch ein auf *Texas v Johnson* auf Bundesebene erlassenes Verbot, die Fahne zu verbrennen, als verfassungswidrig, siehe United States v Eichman, 496 U.S. 310 (1990): «punishing desecration of the flag dilutes the very freedom that makes this emblem so revered, and worth revering»; DUBOFF/KING/MURRAY, Art Law, 306–312. Zur Kritik an der Unterscheidung zwischen *pure speech* und *expressive conduct* siehe bswe NEUBORNE, Madison's Music, 65.

⁴⁵⁰ Ausdrücklich bestätigt in National Endowment for the Arts (NEA) v Finley, 524 U.S. 569 (1998).

⁴⁵¹ Texas v Johnson, 491 U.S. 397 (1989).

Auch kommerziellen Meinungsäusserungen kommt verfassungsrechtlicher Schutz zu, allerdings unter Anwendung eines tieferen Schutzniveaus.⁴⁵² Das gilt jedoch nicht für die Presse und die Kunst. Dass mit künstlerischen Erzeugnissen Geld erwirtschaftet wird, beschränkt gemäss dem Supreme Court nicht deren Schutz durch das First Amendment.

«That books, newspapers, and magazines are published and sold for profit does not prevent them from being a form of expression whose liberty is safeguarded by the First Amendment. We fail to see why operation for profit should have any different effect in the case of motion pictures.»⁴⁵³

Der Supreme Court nimmt in dieser Hinsicht eine klarere Haltung ein, als dies beispielsweise das Schweizer Bundesgericht bis anhin tat.⁴⁵⁴

c) Schutzniveau für künstlerische Äusserungen

Nicht zu verwechseln mit dem Schutzzumfang ist im amerikanischen Recht die Frage nach dem Schutzniveau. Es geht um die Unterscheidung, wann eine Meinung den vollen Schutz des First Amendments erhält, wann gerechtfertigte Einschränkungen zulässig sind und nach welchem Massstab Sachverhalte zu beurteilen sind. Die Rechtsprechung zum Schutz der Kunst ist diesbezüglich uneinheitlich.⁴⁵⁵ In einzelnen Urteilen haben amerikanische Gerichte der Kunst genauso wie dem gesprochenen und dem geschriebenen Wort den höchsten Schutzstandard des First Amendments zugesprochen.⁴⁵⁶ Das Federal District Court bringt in *Bery v City of New York* die Haltung zum Ausdruck, wonach alle Kunst genau wie andere Formen der Meinungsäusserung Anspruch auf das höchste Schutzniveau des First Amendments habe.⁴⁵⁷ Gemälde, Fotografien, Drucke und Skulpturen vermitteln ihren Betrachtern Ideen, Konzepte und Meinungen, genau wie andere Formen von *Speech*.⁴⁵⁸

⁴⁵² SULLIVAN/FELDMAN, First Amendment, 1, 199.

⁴⁵³ Joseph Burstyn, Inc. v Wilson, 343 U.S. 495 (1952); zum Urteil auch SIMENSKY et al., Entertainment Law, 42–47.

⁴⁵⁴ Siehe insbes. BGer-Urteil 6B_866/2016 (9.3.2017) (Strassenmusik).

⁴⁵⁵ Einführend LERNER/BRESLER, Art Law, 791 f.; ADLER, The First Amendment and the Second Commandment.

⁴⁵⁶ Winters v New York, 333 U.S. 507 (1948), wonach allen Schriften unterschiedlichster Art derselbe Schutz zukommt; Joseph Burstyn, Inc. v Wilson, 343 U.S. 495 (1952), wonach Filmen derselbe Schutz zukommt wie gewöhnlichen Formen der Meinungsäusserung.

⁴⁵⁷ Bery v City of New York, 97 F.3d 689 (2d Cir. 1996). Ähnlich bereits in einem Urteil von 1985 (Piarowski v Illinois Community College, 759 F.2d 625): «It should be no surprise that expression in the visual arts falls within the intellectual freedom protected by the first amendment to the U.S. Constitution.»; zum Urteil JONES, Art Law, 157; McMURPHY/STAPLETON, in: Kaufman, Art Law Handbook, 184 f. Ansatzweise auch bereits Close v Lederle, 424 F.2d 988 (1st Cir. 1970), zum Urteil McMURPHY/STAPLETON, in: Kaufman, Art Law Handbook, 175 f.

⁴⁵⁸ Bery v City of New York, 97 F.3d 689 (2d Cir. 1996), 695: «The City apparently looks upon visual art as mere ‘merchandise’ lacking in communicative concepts or ideas. [...] Such myopic vision not

Andere Urteile nuancieren das Schutzniveau für einzelne Kunstsparten. So hat der Supreme Court dem Tanz den Schutz des First Amendments zugesprochen, den Schutz von Nackttänzerinnen jedoch auf die geringste Schutzintensität gesetzt.⁴⁵⁹ Ein District Court hat Tattoo-Künstlerinnen und Künstler dem Schutz des First Amendments unterstellt, die Kunstform jedoch als *expressive conduct* eingestuft und damit auf ein tieferes Schutzniveau gesetzt.⁴⁶⁰ Ähnlich scheint ein New Yorker Gericht in einem *Flag-Desecration*-Fall zu argumentieren. Es schützte das Recht eines Galeristen, Kunstwerke des Künstlers Marc Morrell auszustellen als *expressive conduct*, das unter Umständen mit Einschränkungen belegt werden kann. Der Künstler hatte aus Protest gegen den Vietnamkrieg verschiedene symbolische Gegenstände mit einer amerikanischen Flagge umhüllt, darunter auch eine phallusförmige Skulptur. Im vorliegenden Fall erachtete das Gericht Einschränkungen nicht als gerechtfertigt, weil die New Yorker Galerie im zweiten Stock situiert ist und Besucher den Ort bewusst zur Betrachtung von Kunst besuchen und also keine *Captive Audience* sind.⁴⁶¹

Neben dem Schutzniveau bleiben weitere Aspekte zum Schutz der Kunst unter dem First Amendment offen.⁴⁶² Das trifft insbesondere auf die Frage nach der Zweckausrichtung der *Free Speech Clause* zu.⁴⁶³ Gegenstand von Diskussionen ist auch der Schutz von Pornografie (*obscenity*)⁴⁶⁴, der Schutz vor Gefahren durch die

only overlooks case law central to First Amendment jurisprudence but fundamentally misperceives the essence of visual communication and artistic expression. Visual art is as wide ranging in its depiction of ideas, concepts and emotions as any book, treatise, pamphlet or other writing, and is similarly entitled to full First Amendment protection. [...] The ideas and concepts embodied in visual art have the power to transcend these language limitations and reach beyond a particular language group to both the educated and the illiterate. As the Supreme Court has reminded us, visual images are, a primitive but effective way of communicating ideas [...] a short cut from mind to mind.»

⁴⁵⁹ *Barnes v Glen Theatre*, 501 U.S. 560 (1991). Das Urteil ist in der Lehre umstritten, weil die Begründung von derjenigen in anderen Urteilen zu *expressive conduct* abfällt, siehe ADLER, *Girls! Girls! Girls!*; BEZANSON, *Art and Freedom of Speech*, 50–80, insbes. 75–80.

⁴⁶⁰ *Jeffrey Judia, d/b/a 4 Anchors Tattoo v City of North Chicago*, 63 F. Supp. 3d 820 (2014).

⁴⁶¹ *United States ex rel. Radich v Criminal Court of New York*, 385 F. Supp. 165 (1974); zur Verwendung der amerikanischen Fahne in der politischen Kunst in den Vereinigten Staaten siehe VAN RAADEN, *Battlefield Stars and Stripes*.

⁴⁶² Zum Ganzen übersichtlich BARENDDT, *Freedom of Expression*, in: Rosenfeld/Sajó, *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 895–897; BEZANSON, *Art and Freedom of Speech*, 1 ff.

⁴⁶³ Siehe Teil II Kap. I.1; einführend ADLER, *The Art of Censorship*.

⁴⁶⁴ Wie viele Rechtsordnungen kennt auch das amerikanische Recht eine lange Geschichte zur Zensur von als sittenwidrig eingestuften Büchern, Bildern und Filmen, in denen der Supreme Court wiederum eine *Exceptio artis* für die Darstellung von Nacktheit und Sexualität in Werken mit «künstlerischem Wert» anerkannte, siehe insbes. *Roth v U.S.*, 354 U.S. 476; *U.S. v A Motion Picture Film Entitled I am curious-Yellow*, 404 F.2d 196 (1968); *Wagonheim v Maryland State Board of Censors*, 255 Md 297 (1969); *Miller v California*, 413 U.S. 15 (1973); *American Booksellers Association v Hudnut*, 771 F.2d 323 (1985); *Barnes v Glen Theatre*, 501 U.S. 560 (1991); *Contemporary Arts Center v Ney*, 735 F.Supp. 743 (1990); *U.S. v Schein*, 31 F.3d 135 (1994); kritisch zur Rechtsprechung ADLER, *Performance Anxiety*; DIES., *What's Left?*.

Kunst⁴⁶⁵, der Schutz einer *captive audience* vor offensiver Kunst⁴⁶⁶, die Regulierung von Strassenkunst⁴⁶⁷, das Filmen der Polizei im Einsatz⁴⁶⁸, die Beschränkung diskriminierender Kunst⁴⁶⁹ und die Anforderungen an staatliche Förderleistungen.⁴⁷⁰ Die einzelnen Aspekte werden in den nachfolgenden Abschnitten rechtsvergleichend vertieft.

d) Exceptio artis-Rechtsprechung im Bereich von «Obscenity»

In einer Reihe von Urteilen beschäftigte sich die amerikanische Rechtsprechung mit den Grenzen der Kunst, insbesondere mit Fragen zu Sittlichkeit (obscenity) und Pornografie. Im Fall *Chaplinsky v New Hampshire* hielt das Gericht fest, dass es eine eng begrenzte Kategorie von unmoralischen Meinungen gibt, darunter «the lewd and obscene», die unter dem First Amendment keinen Schutz finden, weil sie keinen sozialen Wert für die Wahrheit aufweisen und auch kein wichtiger Bestandteil von Meinungsäusserungen sind.⁴⁷¹

In *Roth v United States*⁴⁷² bestätigte das Gericht diese Haltung.⁴⁷³ Es wies aber auch darauf hin, dass Sex und Obszönitäten (obscenity) nicht synonym sind. Mit dieser Unterscheidung begründete es eine *Exceptio artis*-Rechtsprechung für die Kunst:

⁴⁶⁵ Brown v Entertainment Merchants Association, 564 U.S. 786 (2011), in dem der Supreme Court das Verbot von Videospiele in Kalifornien als verfassungswidrig erklärte, weil die geltend gemachte Gefahr der Spiele nicht ausreichend belegt sei.

⁴⁶⁶ Claudio v United States, 836 F. Supp. 1230 (1993), Schutz einer *captive audience* in einem Gerichtsgebäude vor einem Bild mit der überlebensgrossen Darstellung einer nackten Frau und eines lebensecht gemalten Foetus.

⁴⁶⁷ Bery v City of New York, 97 F.3d 689 (2d Cir. 1996) (Verkauf von Kunst auf der Strasse ohne Bewilligung geschützt); Mastrovincenzo v City of New York, 435 F.3d 78 (2006) (Verkauf von mit Graffiti bemalten Kleidern geschützt); State of New Jersey v Stepilko, 405 N.J. Super. 446 (2009) (Verkauf von Schnappschüssen von Passanten mangels künstlerischen Anspruchs nicht geschützt).

⁴⁶⁸ Turner v Lieutenant Driver, 848 F. 3d 678 (2017), wonach das Filmen der Polizei in der Öffentlichkeit geschützt ist, aus Sicherheitsgründen aber eng begrenzte Ausnahmen zulässig sind.

⁴⁶⁹ Masterpiece Cakeshop v Colorado Civil Rights Commission, 138 U.S. 1719, über die künstlerische Freiheit eines Tortenbäckers, seine Hochzeitstorten-Kunst einem gleichgeschlechtlichen Paar zu verweigern. Das Gericht liess die Frage unbeantwortet. In ähnlicher Angelegenheit ist der Fall *Brush & Nib v City of Phoenix*, 244 Ariz. 59 (2018) hängig, in dem die Gestaltung von Heiratsanzeigen als künstlerische Dienstleistung zur Beurteilung vorliegt.

⁴⁷⁰ National Endowment for the Arts v Finley, 524 U.S. 569 (1998).

⁴⁷¹ *Chaplinsky v New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942); in konstanter Rechtsprechung bestätigt, siehe *Roth v United States*, 354 U.S. 476 (1957), 481.

Roth v United States, 354 U.S. 476 (1957).

⁴⁷³ *Roth v United States*, 354 U.S. 476 (1957), 484: «All ideas having even the slightest redeeming social importance – unorthodox ideas, controversial ideas, even ideas hateful to the prevailing climate of opinion – have the full protection of the guarantees, unless excludable because they encroach upon the limited area of more important interests. But implicit in the history of the First Amendment is the rejection of obscenity as utterly without redeeming social importance.»

«Obscene material is material which deals with sex in a manner appealing to prurient interest. The portrayal of sex, e.g. in art, literature and scientific works, is not itself sufficient reason to deny material the constitutional protection of freedom of speech and press.»⁴⁷⁴

Das Gericht betonte, dass der Schutz von Free Speech alle Äusserungen schützt, die öffentlich und ernsthaft Angelegenheiten im öffentlichen Interesse betreffen. Die Freiheit muss alles umfassen, das den Mitgliedern der Gesellschaft erlaubt, sich zu informieren und sich mit den Herausforderungen ihrer Zeit zu befassen. Von diesem Argument ausgehend etablierte das Gericht einen Standard, um zu beurteilen, ob etwas obszön und folglich nicht geschützt ist, oder aber ein gesellschaftliches Anliegen in ernsthafter Form diskutiert und folglich schützenswert ist.⁴⁷⁵

Im bis heute richtungsweisenden Urteil *Miller v California*⁴⁷⁶ entwickelte der Supreme Court diese Rechtsprechung weiter. Er legte darin den nach wie vor gültigen Standard für die Beurteilung von Obszönem und Pornografie fest. Meinungsäusserungen sind obszön, wenn:

«a) The average person, applying contemporary community standards would find that the work, taken as a whole, appeals to the prurient interest; b) The work depicts or describes, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined by the applicable state law; c) The work, taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political, or scientific value.»⁴⁷⁷

Die Ausnahmeklausel für Kunst, die derjenigen des Schweizer Sexualstrafrechts ähnlich ist, ist insofern auch kritisch zu beurteilen, weil Kunst darin mit etwas Reinem, Ernsthaftem oder Besserem gleichgesetzt wird. Der künstlerische Charakter einer Äusserung garantiert aber noch nicht, dass Kunst nicht ebenso problematische Aussagen tätigt wie Nicht-Kunst. Zugleich erfasst die Ausnahme gerade solche künstlerischen Aussagen nicht, die sich diesen an einem traditionellen Kunstverständnis orientierten Kategorien entziehen.⁴⁷⁸

Bereits im Urteil *Miller* wies das Gericht darauf hin, dass es keinen nationalen Standard für die Beurteilung von «prurity» oder «patently offensive» festlegen kann. In Las Vegas oder New York City erfolgen Äusserungen in einem anderen gesellschaftlichen Kontext als beispielsweise in Maine oder Mississippi.⁴⁷⁹ Auch in seiner späteren Rechtsprechung betonte das Gericht, dass die lokalen Gegebenheiten in die Beurtei-

⁴⁷⁴ Roth v United States, 354 U.S. 476 (1957), 487.

⁴⁷⁵ Roth v U.S., 354 U.S. 476 (1957), 491 f.; DuBOFF/KING/MURRAY, Art Law, 312 f.

⁴⁷⁶ Miller v California, 413 U.S. 15 (1973).

⁴⁷⁷ Miller v California, 413 U.S. 15 (1973); JONES, Art Law, 163; DuBOFF/KING/MURRAY, Art Law, 313 f.; McMURPHY/STAPLETON, in: Kaufman, Art Law Handbook, 195. Gerichte verwarfen in der Folge auch Gesetze, die Pornografie verboten, ohne den Miller-Test ausreichend zu berücksichtigen, American Booksellers Ass'n, Inc. v Hudnut, 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985), dazu DuBOFF/KING/MURRAY, Art Law, 315.

⁴⁷⁸ Siehe die Zusammenfassung der Kritik bei ADLER, What's Left?.

⁴⁷⁹ Miller v California, 413 U.S. 15 (1973).

lung miteinzubeziehen sind.⁴⁸⁰ Der künstlerische Wert der Arbeit war aber nicht von einer lokalen Perspektive, sondern aus der Sicht einer vernünftigen Person («reasonable person») zu beurteilen.⁴⁸¹

Nach amerikanischem Recht untersteht Pornografie entsprechend der Miller-Rechtsprechung nicht dem Schutz des First Amendments. Entscheidend für die Abgrenzung zwischen Pornografie und Kunst war das Urteil eines lokalen Gerichts zur strafrechtlichen Anklage gegen das Contemporary Arts Center in Cincinnati und den Kurator der Ausstellung *The Perfect Moment* zum seeben erst verstorbenen Fotografen Robert Mapplethorpe.⁴⁸² Anlass für die Anklage gaben zwei Fotografien nackter Kinder und fünf Fotografien von Männern bei SM-Praktiken. Die Verteidiger stützten sich auf die Gutachten von Kunstexperten⁴⁸³, um zu beweisen, dass die Bilder Kunst und nicht Pornografie sind. Das Gericht stützte sich auf diese Referenzen und kam mit Verweis auf die Seriosität der Kunstinstitution zum Urteil, dass Fotografien weder schön noch angenehm sein müssen, um Kunst zu sein, sondern an der Bedeutung ihres Beitrags für die Menschheit zu messen sind.⁴⁸⁴ Es wies damit das Argument der Anklage zurück, wonach Mapplethorpe kein Van Gogh und deshalb nicht schützenswert sei.

Der Supreme Court spricht der Kinderpornografie den Schutz des First Amendments ab.⁴⁸⁵ Das Gericht nahm auch virtuelle Kinderpornografie vom Schutz durch das First Amendment aus.⁴⁸⁶ Auch sogenannte «unschuldige» oder «künstlerische» Nacktbilder von Kindern sind verboten, was in der Lehre auch als zu weitgehende Einschränkung kritisiert wird.⁴⁸⁷

6 Zusammenfassung

Der Überblick über die rechtlichen Grundlagen der Kunstfreiheit im internationalen und nationalen Recht zeigt auf, wie breit die rechtliche Basis der Kunstfreiheit ist.

⁴⁸⁰ Hamling v United States, 418 U.S. 87 (1974).

⁴⁸¹ Pope v Illinois, 481 U.S. 497 (1987); DuBOFF/KING/MURRAY, Art Law, 314 f.

⁴⁸² Cincinnati v Contemporary Arts Center, 566 N.E. 2d 214 (Ohio Mun. 1990); Auszüge des Urteils sind abgedruckt in DuBOFF/BURR/MURRAY, Art Law Cases and Materials, 605–608.

⁴⁸³ U.a. Richard Meyer, Autor von *Outlaw Representation: Censorship and Homosexuality in Twentieth-Century American Art*. Meyer zum Verfahren: «What Mapplethorpe understood is that you'll never get rid of censorship altogether, but when censorship of art happens, it's used as an opportunity or forum for public dialogue about why art matters in a democratic culture», zit. nach GRACE DOBUSH, *25 Years Later: Cincinnati and the Obscenity Trial Over Mapplethorpe Art*, The Washington Post vom 24. Oktober 2015.

⁴⁸⁴ H. LOUIS SIRKIN, *I Defended Mapplethorpe in the Trial that Drew the Line between Art and Obscenity* <<http://blogs.getty.edu/iris/i-defended-mapplethorpe-in-the-trial-that-drew-the-line-between-art-and-obscenity/>> (Eintrag vom 6. Juni 2016, besucht am 11. Juli 2020). Der Anwalt erzählt von einem weniger erfolgreichen Fall, in welchem der Ankläger sich gegen den Künstler mit der Ansicht durchsetzte «Art is only what we'd take home and hang on the wall.».

⁴⁸⁵ New York v Ferber, 458 U.S. 747 (1982); DuBOFF/KING/MURRAY, Art Law, 317 f.

⁴⁸⁶ Ashcroft v Free Speech Coalition, 535 U.S. 234 (2002); DuBOFF/KING/MURRAY, Art Law, 321.

⁴⁸⁷ DuBOFF/KING/MURRAY, Art Law, 322.

Schutz der Kunstfreiheit im internationalen Recht

Die grossen Menschenrechtsdokumente des internationalen Rechts sind unter dem Eindruck des Zweiten Weltkrieges entstanden. Angesichts der Unterdrückung, Vertreibung und Ermordung der europäischen Künstlerinnen und Künstler und Intellektuellen und der Zerstörung ihrer Werke war den Verfasserinnen und Verfassern die Bedeutung des künstlerischen Schaffens und des kulturellen Austauschs bewusst. Das verlieh ihnen eine einmalige Klarheit über die Interdependenz der künstlerischen Freiheit mit dem Recht auf kulturelle Teilhabe und dem Kulturgüterschutz. Es ist dieser Blick in die Abgründe einer instrumentalisierten und zerstörten Kunst, der das internationale Recht prägt. Zieht man an den Fäden, die das internationale Recht zwischen dem Recht auf künstlerische Freiheit, dem Recht auf kulturelle Teilhabe, dem Kriegsrecht, dem Kulturgüterrecht und den urheberrechtlichen Persönlichkeitsrechten gesponnen hat, so bewegt sich jedes einzelne dieser Teilgebiete in Verbindung mit den anderen. Sichtbar wird dann die Komplexität der normativen Tragweite der Kunstfreiheit. Es gilt, diese Erkenntnis insbesondere für die Frage nach der Gewährleistung der Kunstfreiheit im dritten Teil dieser Arbeit in Erinnerung zu behalten.

Schutz der Kunst im Schweizer Recht

Der Überblick über die rechtlichen Grundlagen der Kunstfreiheit im Schweizer Recht und in anderen Rechtsordnungen zeigt auf, dass sich ein spezifischer Umgang mit der Kunst entwickelt hat, der mit der Rechtsprechung zur Meinungsäusserungsfreiheit verbunden ist und sich zugleich zu einem eigenständigen Grundrecht herauskristallisiert hat. Im Schweizer Recht hat sich die Kunstfreiheit neben der Rechtsprechung zu den Grundrechten unter der alten Bundesverfassung zeitgleich im Verwaltungs-, Straf- und Zivilrecht als *Exceptio artis* ausdifferenziert. Im Strafrecht hat das Bundesgericht anerkannt, dass sich in einem Kunstwerk unter Umständen Darstellungen und Tätigkeiten rechtfertigen lassen, die normalerweise unter Strafe stehen, was mittlerweile als Ausnahme vom Straftatbestand der Gewaltdarstellung und der Pornografie im Strafgesetzbuch festgehalten ist. Ebenso hat das Bundesgericht der Kunst im Bereich des Persönlichkeitsschutzes eine gewisse Narrenfreiheit zugestanden.

Unklarheiten in Bezug auf Zweckausrichtung und Geltungsumfang

Während die Kunst in allen Rechtsordnungen als grundrechtlich geschützter Bereich anerkannt ist, bestehen Unklarheiten bezüglich ihrer inhaltlichen Geltung und ihrer konkreten Anwendung im Einzelfall. Die Fallkonstellationen und Fragen, die sich in der Schweiz und in anderen Rechtsordnungen in der konkreten Anwendung der Kunstfreiheit stellen, sind sich erstaunlich ähnlich. Sie lassen sich in drei Gruppen einteilen. Zur ersten Gruppe gehören Fragen zur Schutzrichtung und zum Schutzbereich des Grundrechts. Was genau ist der Zweck des Grundrechts? Warum ist die Kunst in einem eigenen Grundrecht geschützt? Was ist Kunst im Sinne des Grundrechts? Wie umfangreich ist der Schutz der Kunst? Die zweite Gruppe von Fragen richtet sich auf

die staatlichen Pflichten in der Umsetzung des Grundrechts. Was bedeutet es, die Kunstfreiheit zu gewährleisten? Wen verpflichtet das Grundrecht zu was? Welche Bedeutung kommt der Kunstförderung und dem Kulturgüterschutz zu? Die dritte Gruppe von Fragen betrifft die Grenzen der Kunst. Darf Kunst alles tun oder sind ihr Grenzen gesetzt? Wie sind diese Grenzen festzulegen, und wie urteilen Gerichte über die Rechtmässigkeit eines Kunstwerkes im konkreten Anwendungsfall?

Die nachfolgenden drei Teile der Arbeit befassen sich mit diesen drei Fragenkomplexen zur inhaltlichen Geltung der Kunstfreiheit: Warum und wie umfangreich ist die Kunst geschützt (Teil II), mit welchen Mitteln soll die geschützte Freiheit gewährleistet werden (Teil III), und wo liegen die Grenzen der Kunstfreiheit (Teil IV).

Zweiter Teil

Schutz

I Schutzzweck

Ausgangspunkt jeder Argumentation über den Geltungsumfang eines Grundrechts ist die Frage nach dem Zweck seiner Gewährleistung. Erst wenn das *Warum* der Kunstfreiheit ansatzweise skizziert ist, kann das *Wie* seiner Anwendung, insbesondere die herausfordernden Fragen nach der Abgrenzung und Gewichtung der Kunstfreiheit mit konfligierenden Interessen, rechtlich überzeugend beantwortet werden.⁴⁸⁸ Das vorliegende Kapitel befasst sich mit der Frage, auf welchen Zweck die Kunstfreiheit ausgerichtet ist.

Die Kunstfreiheit ist ideell mit den seit der späten Neuzeit verfassten Schriften über die Bedeutung der freien Meinungsäußerung für die individuelle Freiheit und die politische Selbstbestimmung verflochten. Der Schutzzweck der Kunstfreiheit baut auf den Theorien über den Zweck der Meinungsäußerungsfreiheit auf. Zugleich hat sich ab dem 18. Jahrhundert mit der Ästhetik und der Kunsttheorie ein eigener Diskurs über die Kunst, ihre Bedeutung für den Menschen und ihre Stellung in der Gesellschaft ausdifferenziert. Will man sich mit einem normativen Ansatz dem Schutzzweck der Kunstfreiheit annähern, gilt es, die beiden Theoriestränge zusammenzuführen, um daraus eine an den Eigenheiten der Kunstfreiheit ausgerichtete These über ihren Schutzzweck zu formulieren. Eine solche These reflektiert die historische Ausprägung des Lebensbereichs Kunst und seine Verschränkung mit der jeweils geltenden Rechtsordnung, um daraus eine eigene Theorie zum grundrechtlichen Schutz der künstlerischen Freiheit vorzulegen.

Die Frage, was Kunst als menschliche Erfahrung, Kommunikationsform und Praxis auszeichnet, warum und unter welchem Umständen Menschen Kunst herstellen und welche Eigenschaften Kunstwerke von gewöhnlichen Dingen abgrenzen, ist seit dem Aufkommen der *Ästhetik* als Zweig der Philosophie Bestandteil systematischer Forschung. In der Aufmerksamkeit, die der Kunst zukommt, widerspiegelt sich sowohl die Bedeutung der Kunst als menschliche Erfahrung als auch die geschichtliche Bedingtheit jeder Selbst- und Fremdbeschreibung der Kunst. Richtet man den Blick auf die Kunstpraktiken selbst, so lässt sich unschwer erkennen, dass sie ebenso vielfältig sind wie die Theorien über die Kunst. Zugleich lassen sich gewisse Aussagen aus der Kunst und über die Kunst in sich wiederholende Muster, Schulen und Epochen einordnen. Die Kunst entfaltet sich in diesem Gefüge aus individueller Eigenheit und gesellschaftlicher Normierung. Die fortwährende Suche nach neuen Formen und Strukturen

⁴⁸⁸ Zur Bedeutung einer Theorie zum Schutzzweck der Meinungsäußerungsfreiheit für die Anwendung des Grundrechts siehe bswa auch EMERSON, *Toward a General Theory of the First Amendment*, 877 f.; GARTON ASH, *Free Speech*, 73.

in der Kunst bei gleichzeitiger Einbindung in gesellschaftliche Strukturen und Normierungsprozesse bildet in fluktuierender Form den Bestandteil des Lebensbereichs Kunst in der hier beobachteten Zeitspanne seit dem späten 18. Jahrhundert. Wenn vor diesem Hintergrund an dieser Stelle in einem rechtswissenschaftlichen Kontext bestimmte Aspekte der Kunst indikativ aufgegriffen werden, so geht es um die Einkreisung eines heterogenen und strukturell bedingt schwer erfassbaren Sachbereichs. Es wäre ein Missverständnis, in den nachfolgenden Aussagen zur Kunst notwendige Wesenseigenschaften der Kunst im Sinne einer ontologischen Qualität zu erkennen. Es handelt sich vielmehr um den Versuch, dem Rechtssystem gewisse Anhaltspunkte aufzuzeigen, die im Konfliktfall Ausgangspunkt für die Entfaltung einer juristischen Argumentation bilden können. Die ständige Veränderung des Lebenssachbereichs Kunst und die Einzigartigkeit jedes Kunstwerkes gehören zu den wenigen Konstanten in der Kunst. Durch diese Bedingungen ist die urteilende Instanz herausgefordert, für jeden vorgelegten Sachverhalt einen Entscheid zu fällen, der sowohl die konstanten als auch die kontingenten Qualitäten der Kunst berücksichtigt.

Im ersten Kapitel geht es darum, die gängigen Annahmen über den Schutzzweck der Meinungsäußerungsfreiheit in Erinnerung zu rufen. Gestützt auf diese Grundlagen entwickeln die drei darauffolgenden Kapitel Thesen zum Schutzzweck der Kunstfreiheit.

1 Schutzzweck der Meinungsäußerungsfreiheit

1.1 Schutzdimensionen der Meinungsäußerungsfreiheit

Die Kunstfreiheit ist historisch betrachtet ein Teilgehalt der Meinungsäußerungsfreiheit. Die Meinungsäußerungsfreiheit gewährleistet freie Kommunikation als Voraussetzung für die freie Entfaltung der Persönlichkeit, als Grundlage eines freien zwischenmenschlichen Austauschs und als Voraussetzung der Demokratie.⁴⁸⁹ Die Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen bringt die drei Dimensionen der Meinungsäußerungsfreiheit wie folgt zum Ausdruck:

«Freedom of opinion and freedom of expression are indispensable conditions for the full development of the person. They are essential for any society. They constitute the foundation tone for every free and democratic society.»⁴⁹⁰

⁴⁸⁹ Einen wichtigen Beitrag zur Erfassung des mehrschichten, rechtsstaatlich-demokratischen Zwecks des Rechts auf freie Meinungsäußerung leistete die deutsche Lehre unter der Weimarer Reichsverfassung. So bezeichnete bsw. Rothenbücher die Meinungsäußerungsfreiheit als das «angeborene und unveräußerliche, von jeder staatlichen Zulassung unabhängige Recht eines jeden Menschen als solchen» «frei seine Meinungen und Gefühle äussern zu dürfen» und «ein Prinzip für den Aufbau der Gesellschaft» in einer Demokratie, ROTHENBÜCHER, Meinungsäußerung, 10–12. Im amerikanischen Recht ist die Ausdifferenzierung einer mehrschichtigen Theorie zur Meinungsäußerungsfreiheit zu einem frühen Zeitpunkt prominent erfasst bei EMERSON, Toward a General Theory of the First Amendment.

⁴⁹⁰ HRC, GC 34, Ziff. 2; JOSEPH/CASTAN, ICCPR, 18.01: «It is a most important right with access to multitude of ideas and philosophies».

In einer ähnlichen Formulierung führt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in konstanter Rechtsprechung aus, dass die Meinungsäußerungsfreiheit Grundpfeiler der persönlichen Entfaltung, der gesellschaftlichen Entwicklung und der demokratischen Organisation ist.

«According to the Court's well-established case-law, freedom of expression, as secured in paragraph 1 of Article 10, constitutes some of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfilment.»⁴⁹¹

Neben der *individuellen* und der *politischen* Dimension ist die oftmals vernachlässigte *gesellschaftliche* Dimension der Meinungsäußerungsfreiheit mindestens ebenso bedeutsam.

1.2 Meinungsvielfalt und demokratische Selbstbestimmung

Grundidee der Meinungsäußerungsfreiheit ist, dass freie und öffentlich geführte Kommunikation einen Prozess ermöglicht, in dem verschiedene Ideen und Meinungen einander gegenüberstehen. Wichtige Impulse für die Idee, dass langfristige, uneingeschränkte Kommunikation die Entwicklung einer Gesellschaft begründet, kamen aus den Schriften von John Milton⁴⁹², John Stuart Mill⁴⁹³ und Alexis de Tocqueville⁴⁹⁴. Neben Einsichten in die Relativität und Beschränktheit des menschlichen Erkenntnisvermögens und die ständige Veränderung gesellschaftlicher Normen liegt dieser Haltung auch das Misstrauen gegenüber jeder staatlich oder anderweitig autoritär verordneten Wahrheit zugrunde.⁴⁹⁵ Das Erfordernis, dass diese Freiheit auch störenden oder irritierenden Äußerungen zusteht, gründet auf der Prämisse, dass eine Pluralität an Wahrheiten auch weniger überzeugende Positionen relativiert. Die Vielfalt und Toleranz gegenüber Andersdenkenden und öffentlicher Kritik gilt als Charakteristik demokratischer Gesellschaften.⁴⁹⁶ Der Schutz aller Meinungen, auch derjenigen, die als falsch oder verstörend wahrgenommen werden, erfolgt aus der Erfahrung, dass die Geschichte so

⁴⁹¹ EGMR 10737/84 (1988) Müller v Switzerland, N 33; gleichlautend bereits EGMR 5493/72 (1976), Handyside v the United Kingdom, N 49; seither ständig wiederholt, siehe für die Kunst insbes. EGMR Nr. 38004/12 (2018) Alekhina v Russia, N 197.

⁴⁹² MILTON, Areopagitica.

⁴⁹³ MILL, On Liberty, Kap. II.

⁴⁹⁴ TOCQUEVILLE, De l'Amérique, 15.

⁴⁹⁵ BARENDT, Freedom of Speech, 7–13; SULLIVAN/FELDMAN, First Amendment, 5 f., 9; SCHAUER, Free Speech, 73–84, 81: «Throughout history the process of regulating speech has been marked with what we now see to be fairly plain errors. [...] Experience arguably shows that governments are particularly bad at censorship».

⁴⁹⁶ Namhaft der EGMR in konstanter Rechtsprechung, bswie in EGMR 5493/72 (1976) Handyside v the United Kingdom, N 49; zur Kunst in EGMR 10737/84 (1988) Müller v Switzerland, N 27; ebenso das Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 7, 198 (208). Aus der Schweizer Lehre zum Ganzen MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 347–349 m.w.H.; CUENI, Schutz von Satire, 117–143; PEDUZZI, Meinungs- und Medienfreiheit, 52 f.; HERTIG, BSK BV 16 N 4. Für eine systemtheore-

manche unumstrittene Wahrheit als Irrtum entlarvte und die einst als falsch verschrieenen Minderheitenmeinungen an die Stelle vormals unbestrittener Wahrheiten traten.

Die Idee findet einen prägnanten Ausdruck in der Wendung vom *marketplace of ideas*, die Oliver Wendell Holmes in seiner Dissenting Opinion zum Urteil *Abrams*⁴⁹⁷ in prägnanter Form geäußert hat. Ein freier Markt der Ideen soll die Pluralität der in einer Gesellschaft verfügbaren Wahrheiten garantieren und so überzeugenderen Wahrheiten Anerkennung verschaffen.

«But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas – that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out.»⁴⁹⁸

Die Redewendung vom *marketplace of ideas* ist nicht als Aufruf zur Kommerzialisierung der Meinungen zu verstehen, sondern als sinngemässe Metapher.⁴⁹⁹ In der Lehre findet sich indessen zu Recht die Kritik, wonach die Idee eines freien Marktes der Ideen der gesellschaftlichen Realität und strukturellen Hindernissen gerade auch sozial und politisch benachteiligter Personen und Gruppen zu wenig Beachtung schenkt. Bereits Mill und Tocqueville wiesen darauf hin, dass auch die öffentliche Meinung Zwang sein kann, wenn nämlich die Macht der Mehrheit das Spiel mit der Wahrheit in Form abweichender Meinungen nicht mehr zulässt. Tocqueville plädierte deshalb für intermediäre Gewalten in der Zivilgesellschaft in Form politischer, wirtschaftlicher, wissenschaftlicher oder literarischer Verbände.⁵⁰⁰ Catherine MacKinnon⁵⁰¹ kritisiert an liberalen Theorien zur Meinungsäußerungsfreiheit, dass Zensur nicht nur direkt über staatliche Massnahmen erfolgt, sondern auch indirekt über die privilegierte Stellung mächtiger Gruppen oder Meinungen. Sie verhindern über das gewöhnliche editoriale Auswahlverfahren, dass Minderheitenmeinungen überhaupt publiziert werden. Für Burt Neuborne⁵⁰² ist die Redewendung vom *marketplace of ideas* eine hilfreiche Metapher, um die Bedeutung der Pluralität der Meinungen für die Demokratie zu erfassen. Sie bedarf aber insofern der Präzisierung, als es einen freien Markt der Ideen nicht gibt. Neuborne verweist als Beispiel auf wirtschaftlich mächtige Unternehmen oder Massenmedien, die den Markt der Ideen verzerren und die tatsächliche Freiheit der einzelnen Person bedeutend beschränken. Für Neuborne ist es deshalb wichtig, die Idee von Holmes zur Meinungsäußerungsfreiheit mit der Position von Richter Louis Brandeis zu er-

tische Analyse dieser den Kommunikationsgrundrechten zu Grunde gelegte These siehe LUHMANN, Grundrechte als Institution, 84–107.

⁴⁹⁷ *Abrams v US*, 250 US 616 (1919).

⁴⁹⁸ *Abrams v US*, 250 US 616 (1919) 630 f. (Holmes Dissenting).

⁴⁹⁹ BARENDT, *Freedom of Speech*, 8, 11; GARTON ASH, *Free Speech*, 76; SULLIVAN/FELDMAN, *First Amendment*, 6 m.H.a. die entsprechende Kritik an Holmes.

⁵⁰⁰ Zum Ganzen HABERMAS, *Strukturwandel*, 218 m.w.H.

⁵⁰¹ MACKINNON, *Only Words*.

⁵⁰² NEUBORNE, *Madison's Music*, 7 f.

gängen, der die Bedeutung des First Amendments für den Schutz der Menschenwürde, der Selbstbestimmung und den persönlichen Ausdruck betont hatte (zur Bedeutung struktureller Voraussetzungen für die freie Meinungsäußerung siehe Teil III Kapitel I und II).

In der amerikanischen Rechtsprechung und Lehre zur *Free Speech Clause* ist die politische Dimension der Kommunikationsgrundrechte relativ stark gewichtet und steht oftmals im Vordergrund der Argumentation. Für Alexander Meiklejohn beispielsweise schützt das First Amendment nicht das Recht zu sprechen (*freedom to speak*), sondern lediglich Ausdrucksformen der demokratischen Selbstregierung.⁵⁰³ Die Betonung der politischen Funktion freier Meinungsäußerungen veranlasste einzelne Wissenschaftler, namentlich den Konservativen Robert Bork, die Kunst vom Schutzbereich des First Amendments auszuschließen, weil die Kunst nicht *political speech* im engen Sinn des Wortes sei.

«The category of protected speech should consist of speech concerned with governmental behavior, policy or personnel, whether the governmental unit involved is executive, legislative, judicial or administrative. Explicitly political speech is speech about how we are governed, and the category therefore includes a wide range of evaluation, criticism, electioneering and propaganda. It does not cover scientific, educational, commercial or literary expressions as such. A novel may have impact upon attitudes that affect politics, but it would not for that reason receive judicial protection. This is not anomalous, – I have tried to suggest, since the rationale of the first amendment cannot be the protection of all things or activities that influence political attitudes. Any speech may do that, and we have seen that it is impossible to leave all speech unregulated. Moreover, any conduct may affect political attitudes as much as a novel, and we cannot view the first amendment as a broad denial of the power of government to regulate conduct. The line drawn must, therefore, lie between the explicitly political and all else.»⁵⁰⁴

Bork blieb mit dieser engen Auffassung der *Free Speech Clause* in der Minderheit. Meiklejohn selbst vertrat eine weite Auffassung davon, welche Formen der Kommunikation für die politische Selbstbestimmung notwendig und also vom First Amendment geschützt sind. Für Meiklejohn schützt das First Amendment alle Ausdrucksformen, welche es den Wählerinnen und Wählern in einer Demokratie erlauben, eine Sensibilität für die öffentlichen Anliegen zu entwickeln.⁵⁰⁵ Dazu zählt Meiklejohn neben Bildung, Philosophie und Wissenschaft auch die Literatur und die Kunst:

⁵⁰³ MEIKLEJOHN, *The First Amendment is an Absolute*, 255: «The First Amendment does not protect a «freedom to speak». It protects the freedom of those activities of thought and communication by which we govern.» It is concerned, not with a private right, but with a public power, a governmental responsibility.»

⁵⁰⁴ BORK, *Neutral Principles*, 27.

⁵⁰⁵ MEIKLEJOHN, *The First Amendment is an Absolute*, 255: «In the specific language of the Constitution, the governing activities of the people appear only in terms of casting a ballot. But in the deeper meaning of the Constitution, voting is merely the external expression of a wide and diverse number of activities by means of which citizens attempt to meet the responsibilities of making judgments,

«Literature and the arts must be protected by the First Amendment. They lead the way toward sensitive and informed appreciation and response to the values out of which the riches of the general welfare are created.»⁵⁰⁶

Auch der Supreme Court hat betont, dass das First Amendment primär auf den Schutz von politischen Äusserungen ausgerichtet ist, es aber schwierig ist, politische von anderen Äusserungen, beispielsweise in Film- und Videospielen, zu unterscheiden.⁵⁰⁷ Ansätze, die die Zweckausrichtung der *Free Speech Clause* über die politische Meinungsbildung hinaus auszuweiten versuchen oder einen breiten Begriff der politischen Meinungsbildung verwenden, wurden indessen wiederholt auch als zu weit kritisiert, weil damit gerade hinsichtlich symbolischer Meinungsäusserungen die Konturen zu einer allgemeinen Handlungsfreiheit verloren gehen würden.⁵⁰⁸

1.3 Persönlichkeitsentfaltung

Auch im europäischen Kontext findet die demokratische Funktion der Kommunikationsgrundrechte rechtliche Wertschätzung. Das Bundesgericht erkannte bereits 1893 den Grundsatz an, dass im Vertrauen auf die Urteilsfähigkeit der Bürgerinnen und Bürger nicht nur die als wahr anerkannten, sondern auch die als falsch geltenden Lehrmeinungen zulässig sind.⁵⁰⁹ Ebenfalls früh entwickelte das Bundesgericht einen differenzier-

which that freedom to govern lays upon them. That freedom implies and requires what we call «the dignity of the individual.» Self-government can exist only insofar as the voters acquire the intelligence, integrity, sensitivity, and generous devotion to the general welfare that, in theory, casting a ballot is assumed to express.»

⁵⁰⁶ MEIKLEJOHN, *The First Amendment is an Absolute*, 257.

⁵⁰⁷ *Brown v Entertainment Merchants Association*, 564 U.S. 786 (2011), 790: «The Free Speech Clause exists principally to protect discourse on public matters, but we have long recognized that it is difficult to distinguish politics from entertainment, and dangerous to try. «Everyone is familiar with instances of propaganda through fiction. What is one man's amusement, teaches another's doctrine.» *Winters v New York*, 333 U.S. 507, 510, 68 S.Ct. 665, 92 L.Ed. 840 (1948). Like the protected books, plays, and movies that preceded them, video games communicate ideas – and even social messages – through many familiar literary devices (such as characters, dialogue, plot, and music) and through features distinctive to the medium (such as the player's interaction with the virtual world). That suffices to confer First Amendment protection. Under our Constitution, «esthetic and moral judgments about art and literature ... are for the individual to make, not for the Government to decree, even with the mandate or approval of a majority.» *United States v Playboy Entertainment Group, Inc.*, 529 U.S. 803, 818, 120 S.Ct. 1878, 146 L.Ed.2d 865 (2000). And whatever the challenges of applying the Constitution to ever-advancing technology, «the basic principles of freedom of speech and the press, like the First Amendment's command, do not vary» when a new and different medium for communication appears. *Joseph Burstyn, Inc. v Wilson*, 343 U.S. 495, 503, 72 S.Ct. 777, 96 L.Ed. 1098 (1952).»

⁵⁰⁸ Zur Diskussion BLASI, *Ideas of the First Amendment*, 875 ff.; SULLIVAN/FELDMAN, *First Amendment*, 8 f. m.w.H.; LEWIS, *Freedom for the Thought That We Hate*, 23–38; VAN MILLS, *Free speech and the State*; ADLER, *The Art of Censorship*.

⁵⁰⁹ BGE 2 I 192 (Stucki) E. 5; bestätigt bswe in BGE 39 I 585 E. 2; BURCKHARDT, *BVK* (1905), 558/ BVK (1914), 523 f., wonach die Pressefreiheit auf der Annahme basiert, «dass die Grosszahl der

ten Umgang mit Kritik an der öffentlichen Verwaltung⁵¹⁰ und an Privatpersonen⁵¹¹. Politische Äusserungen und Kundgaben zu öffentlichen Angelegenheiten sind besonders stark geschützt.⁵¹² Freie Kommunikation gilt im europäischen Kontext indessen primär deshalb als schützenswert, weil ihr eine besondere Bedeutung für die Persönlichkeitsentfaltung eines Menschen zukommt. Sich eine eigene Meinung zu bilden, diese zu äussern und in den Dialog mit anderen Menschen zu treten ist ein grundlegender Bestandteil für die Entwicklung, die Selbstbestimmung und das Wohlbefinden eines Menschen. Die Meinungsäusserungsfreiheit soll davor bewahren, dass das, was ein Mensch denkt, liest, sagt oder mit anderen bespricht, von einem Dritten kontrolliert, gelenkt oder beschränkt wird. Erst durch ihre individuelle Dimension wird die freie Meinungsäusserung mittelbar auch zu einer Voraussetzung der Demokratie als politische Form der Selbstbestimmung. Ausgangspunkt dieses Ansatzes ist die Überzeugung, dass der Mensch im liberalen Verfassungsstaat niemals Mittel für staatliche Zwecke ist. Der Entwurf für das Bonner Grundgesetz von Herrenchiemsee drückt dies in Art. 1 prägnant aus: «Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen.» Aus diesem Grund können Meinungsäusserungen nicht lediglich als Mittel der Demokratie behandelt werden, wie dies Zaccaria Giacometti daran anschliessend formulierte.

«Die Freiheitsrechte sind also der juristische Ausdruck eines freiheitlichen politischen Wertesystems, dahingehend, dass der Staat um der Einzelnen willen da ist und nicht der Einzelne um des Staates willen; der Sinn des Staates soll mit andern Worten darin bestehen, die Entfaltung des Individuums als des Schöpfers der geistigen, kulturellen, wirtschaftlichen Werte in der Staatsgemeinschaft zu ermöglichen und den Einzelnen zu fördern.»⁵¹³

Die Selbstentfaltung des Menschen muss der eigentliche Zweck der Freiheitsrechte sein, die sich mittelbar zugunsten einer funktionierenden Demokratie auswirken. Die Kommunikationsfreiheiten schützen demnach ganz allgemein das menschliche Bedürfnis nach Mitteilung und Auseinandersetzung mit anderen Menschen und mit den von ihnen erzeugten Texten und Bildern.⁵¹⁴ Die freie Meinungsäusserung ist entsprechend

Bürger genug Urteilsvermögen besitze, um nicht in Irrtümer zu verfallen, die mit der gesellschaftlichen Ordnung unvereinbar sind».

⁵¹⁰ Bsw. BGE 39 I 585 E. 2. Siehe zur frühen Rechtsdogmatik im Detail BURCKHARDT, BVK(1905), 559 f./BVK (1914), 524–526; nach FLEINER, Bundesstaatsrecht, 376 f., müssen sich öffentliche Behörden und Organe privater Gesellschaften, die im weiteren Sinn der Öffentlichkeit dienen, wie bsw. Banken, weitreichendere Kritik gefallen lassen.

⁵¹¹ Siehe zur frühen Rechtsdogmatik im Detail BURCKHARDT, BVK (1905), 560–563/BVK(1914), 526–529.

⁵¹² So bereits BGE 39 I 585 E. 2; ebenso EGMR 6538/74 (1979) *Sunday Times v the United Kingdom*, N 65; gleichfalls BVerfGE 7, 198 (212); BVerfGE 107, 275 (281); aus der Lehre etwa KERN, Kommunikationsgrundrechte, 66 f.; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 378 ff.

⁵¹³ GIACOMETTI, Freiheitskataloge, 24.

⁵¹⁴ So bereits FLEINER, Bundesstaatsrecht, 372. Gegenwärtig anstelle vieler MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 347; CUENI, Schutz von Satire, 143–154, 147; spezifisch zur Kunst WYTTEBACH, BSK BV 21 N 4.

auch vom rechtlichen Schutz der Menschenwürde erfasst. Kommunikation ist für die Entfaltung der Persönlichkeit unabdingbar. Nur im freien Austausch von Meinungen, Ideen, Erfahrungen und Empfindungen können sich Menschen entfalten, entwickeln und informierte, selbstbestimmte Entscheidungen treffen. Das Bundesverfassungsgericht hat entsprechend die «geistige Freiheit» als Bedingung der möglichst weitgehenden Entfaltung der Persönlichkeit um der «Würde willen» gesichert.⁵¹⁵

Die persönlichkeitsrechtliche Dimension der Meinungsäußerungsfreiheit ist auch im amerikanischen Recht präsent, wenn auch weniger prägnant. So findet sich beispielsweise in der für die Entwicklung der *Free Speech Clause* wegweisenden Opinion des Richters Louis Brandeis zum *Whitney*-Urteil die Bemerkung, dass der Zweck des Staates darin besteht, Menschen die Freiheit zu geben, um ihre Fähigkeiten zu entwickeln.

«Those who won our independence believed that the final end of the State was to make men free to develop their faculties, and that, in its government, the deliberative forces should prevail over the arbitrary. They valued liberty both as an end, and as a means. They believed liberty to be the secret of happiness, and courage to be the secret of liberty.»⁵¹⁶

In der Lehre sind gerade auch an der politischen Funktion der Kommunikation ausgerichtete Theorien bei näherer Betrachtung in der einen oder anderen Form in Theorien zur Selbststimmung, Würde und Persönlichkeitsentfaltung verbunden. So beschränkte beispielsweise Alexander Meiklejohn den Schutz des First Amendments auf politische Meinungsäußerungen. Dabei verankerte er diese Position jedoch in einem umfassenden Begriff der Meinungsbildung, welche unterschiedliche Formen der Kommunikation umfasst und an der Menschenwürde und individuellen Selbstbestimmung ausgerichtet ist.⁵¹⁷ Nach Thomas Emersons mehrschichtiger Theorie ist das First Amendment neben der Wahrheitsfindung und der Partizipation an der gesellschaftlichen und politischen Entscheidungsfindung auf den Schutz der individuellen Entfaltung ausgerichtet.⁵¹⁸ Für Emerson würdigt die Meinungsäußerungsfreiheit die menschliche Fähigkeit, Gedanken und Gefühle zu formulieren, auf ganz eigene Weise zum Ausdruck zu bringen und dadurch an der Bildung der Kultur teilzunehmen. Diese Kultur wiederum ist das Fundament jeglicher Politik. Aus diesem Grund geht Emerson davon aus, dass auch Theorien, die die politische Funktion der Meinungsäußerungsfreiheit stärker betonen, alle Formen der Kommunikation einschliessen, welche an der Bildung von Wissen und Kultur teilhaben, darin eingeschlossen die Literatur und die Kunst. Die Unterdrückung von Meinungsäußerungen aller Art ist für Emerson eine Verletzung der Menschenwürde, weil sie die Natur der Menschen negiert.⁵¹⁹ Dass der Schutz

⁵¹⁵ BVerfGE 5, 85, 204 f.; KERN, Kommunikationsgrundrechte, 73 f.

⁵¹⁶ Concurring Opinion of Justice Brandeis in *Whitney v California*, 274 U.S. 357 (1929), 375.

⁵¹⁷ MEIKLEJOHN, *The First Amendment is an Absolute*, 255.

⁵¹⁸ EMERSON, *Toward a General Theory of the First Amendment*, 879.

⁵¹⁹ EMERSON, *Toward a General Theory of the First Amendment*, 879, 883.

der Meinungsäußerungsfreiheit auch die Kunst umfasst, ist gerade auch in jüngeren Theorien wie beispielsweise derjenigen von Timothy Garton Ash selbstverständlich geworden. Er unterlegt seine Theorie zur Meinungsäußerungsfreiheit als Schutz der individuellen Persönlichkeitsentfaltung mit Verweis auf eine Jazzmelodie.⁵²⁰

1.4 Zusammenfassung

Die Meinungsäußerungsfreiheit gilt als Voraussetzung dafür, dass verschiedene Meinungen, Interpretationen und Darstellungsformen in einer Gesellschaft originär entstehen, nebeneinander Bestand haben und sich verändern. Die Meinungsäußerungsfreiheit schützt die Möglichkeit, am öffentlichen Austausch von kulturellen, politischen und sozialen Informationen aller Art teilzunehmen. Die freie Kommunikation soll eine Gesellschaft sowohl vor dem Erstarren als auch vor einer politisch erzwungenen Homogenisierung bewahren. Dass die Kunst als Kommunikationsform in der einen oder anderen Weise Bedeutung zukommt, ist mittlerweile unbestritten. Aus den Diskussionen zeichnet sich zugleich auch die Notwendigkeit ab, die bestehenden Ansätze zur Zweckausrichtung der Kommunikationsrechte aufgrund der Besonderheiten der Kunst als Kommunikationsform um eine spezifische Theorie zum Schutz der Kunst zu erweitern. In den nachfolgenden Abschnitten geht es darum aufzuzeigen, inwiefern der Schutzzweck der *Kunstfreiheit* sowohl an die Thesen zur Meinungsäußerungsfreiheit anknüpft als auch eine eigene Tragweite einnimmt.

2 Schutzdimensionen der Kunstfreiheit

Wie für alle Kommunikationsgrundrechte besteht auch der Schutzzweck der Kunstfreiheit aus einer *individuellen*, einer *gesellschaftlichen* und einer *politischen* Dimension. Die Kunstfreiheit bezweckt die freie Entfaltung der Persönlichkeit, einen vielfältigen zwischenmenschlichen Austausch und politische Selbstbestimmung. Kunst ist Kommunikation und als solche eingebunden in die Theorien zur Funktion und Bedeutung der Kommunikationsgrundrechte. Wie im ersten Teil zu den historischen Grundlagen der Kunstfreiheit angesprochen (siehe Teil I Kapitel I) besteht zugleich ein eigener Diskurs über die Kunst und künstlerische Praktiken sind eng mit spezifischen Kulturinstitutionen wie etwa den Museen und Kunstakademien verbunden. Es sind diese Praktiken und Strukturen, die die Kunst als Lebensbereich, menschliches Handlungsfeld und eigentümliche Kommunikationsform von anderen Kommunikationsformen wie beispielsweise der Wissenschaft oder der Politik abgrenzen.

Ansätze einer Theorie zum Schutzzweck der Kunstfreiheit

Dass die Kunst als Teil der Meinungsäußerungsfreiheit geschützt ist, ist in Lehre und Rechtsprechung der vorliegend untersuchten Rechtsordnungen kaum noch umstritten.

⁵²⁰ GARTON ASH, Free Speech, 74.

In den bisherigen Theorien zum Schutzzweck der Meinungsäußerungsfreiheit sind die Eigenheiten künstlerischer Äusserungen indessen nur am Rande thematisiert. Gerade im amerikanischen Kontext haben verschiedene Autorinnen und Autoren die Notwendigkeit einer eigenen Theorie zum Schutz künstlerischer Kommunikationsformen betont und unterschiedliche Ansätze für die Theoriebildung vorgelegt. Eine Auswahl dieser Theorieansätze soll an dieser Stelle vorgestellt werden.

Marci A. Hamilton⁵²¹ argumentiert, dass es für den Schutz der Kunst unter dem First Amendment einer eigenen Begründung bedarf, weil Kunst nicht auf die Kommunikation von (politischen) Ideen und Inhalten reduziert werden kann. Nach Hamilton ermöglicht Kunst dem Einzelnen, fremde Welten zu erleben und dadurch neue Perspektiven zu gewinnen. Diese Funktion nimmt die Kunst ein, ohne dass sie notwendigerweise rational erfassbare Inhalte oder politische Meinungen kommuniziert. Die Kunst ist auf ihre eigene Weise politisch relevant. Ähnlich plädiert Amy Adler⁵²² für eine Ergänzung der Idee eines Schutzes von rationalen Ideen und politischen Argumenten unter dem First Amendment um eine Theorie der Kunst als nicht diskursive, non-verbale und irrationale Form der Kommunikation. Nur so liessen sich Zensurmassnahmen gegen die Kunst angemessen unter dem First Amendment erfassen. Mark Tushnet⁵²³ zeigt auf, wie vernachlässigt die bisherige Theoretisierung der Kunst unter dem First Amendment ist und wie schwierig es ist, eine theoretische Rechtfertigung für den Schutz der Kunst zu entwickeln. Nach Tushnet sind die bisherigen Theorien zum First Amendment nicht hilfreich, weil sie die Besonderheiten der Kunst nicht erfassen. Er sucht nach Begründungswegen, die sich nicht auf die heterogenen und stets umstrittenen Theorien zur Kunst stützen, sondern sich innerhalb rechtlicher Begründungsmotive bewegen. Am Ende räumt er jedoch ein, dass sich inhaltliche Bezüge zur Kunsttheorie nicht vermeiden lassen. Ähnlich wie die anderen Autorinnen und Autoren betont auch Edward Eberle⁵²⁴, dass die bisherige Theorie zur Meinungsäußerungsfreiheit künstlerische Äusserungen nicht angemessen erfassen. Nach Eberle braucht die Kunst eine eigene Theorie zur Rechtfertigung ihres Schutzes unter dem First Amendment. Im Gegensatz zu Tushnet stützt sich Eberle in seiner Theorie zur Kunst als geschützte Form der Meinungsäußerung auf Thesen zur Kunst aus der Ästhetik und der Kunsttheorie. Kunst wird nach Eberle geschützt, weil sie Ausdruck des menschlichen Schaffensprozesses ist. Der Schutz der Kunst würdigt den Wert der Kunst als unentbehrlicher Bestandteil der menschlichen Vorstellungskraft und des Intellekts. Kunst spricht zur kreativen Dimension eines Menschen, betrifft Bereiche eines menschlichen Lebens, die oft nicht den normierten Erwartungen der Gesellschaft entsprechen und bildet als Tätigkeitsfeld einen einzigartigen Freiraum jenseits dieser gesellschaftlichen

⁵²¹ HAMILTON, Art Speech.

⁵²² Siehe inbes. ADLER, The Art of Censorship, 208–210; DIES., Art's First Amendment Status, 711–716.

⁵²³ TUSHNET, Art and the First Amendment.

⁵²⁴ EBERLE, Art as Speech.

Normen. Jede dieser Qualitäten macht die Kunst zu einer einzigartigen Form des Ausdrucks, welche unter dem First Amendment vor Einschränkungen und Regulierung zu schützen ist. Auch Joseph Blocher⁵²⁵ betont in seinem Text über den Schutz von *Nonsense* unter dem First Amendment, wie wenig sich Lehre und Rechtsprechung mit der Frage nach dem Inhalt von Meinungsäußerungen befassen und weshalb «nonsense» und nichtrepräsentative Kunst vom First Amendment geschützt sind. Blocher knüpft an die analytischen Philosophen des letzten Jahrhunderts an, um dafür zu argumentieren, dass sich die Rechtfertigung der Free Speech Clause von repräsentativen Vorstellungen von Inhalt und Bedeutung lösen sollte und stattdessen die Bedeutung in der Art und Weise liegt, wie Wörter verwendet werden. Alan K. Chen⁵²⁶ weist in seiner Arbeit über den Schutz von Musik unter dem First Amendment darauf hin, dass in der Literatur umfassende Untersuchungen über die theoretischen und doktrinären Grundlagen für den Schutz von Instrumentalmusik als eine Form von Meinungsäußerung fehlen. Chen stellt die These auf, dass der Schutz von Instrumentalmusik im Rahmen des First Amendments auf zwei Rechtfertigungsgründen basiert: Erstens kann Instrumentalmusik als Sprache verstanden werden, da sie eine zentrale Rolle beim Ausdruck kultureller, religiöser, nationalistischer und anderer sozialer Werte spielt. Zweitens hat Musik eine einzigartige kommunikative Funktion, die den emotionalen Ausdruck, die Erfahrung und die Autonomie fördert.

In den zitierten Texten zeichnet sich die Ausdifferenzierung einer eigenen Theorie zum Schutzzweck der Kunstfreiheit in der rechtswissenschaftlichen Literatur ab. Die vorliegende Arbeit geht davon aus, dass die unterschiedlichen Begründungsansätze auf je eigene Weise einen wertvollen Beitrag zum Aufbau einer Theorie über den Schutzzweck der Kunstfreiheit leisten. Die Vielfalt der Begründungen deutet darauf hin, dass ein mehrschichtiger Ansatz den Schutzzweck der Kunstfreiheit am ehesten zu erfassen vermag. Die nachfolgenden Abschnitte nähern sich aus diesem Grund den Schutzdimensionen der Kunstfreiheit aus verschiedenen Richtungen und unter Einbezug von Schriften unterschiedlicher Disziplinen. Als Ausgangspunkt für die Theoriebildung dienen juristische Texte, die die Kernaussagen der drei Schutzdimensionen juristisch begründen. Diese Texte werden mit Texten aus der Ästhetik, der Kunsttheorie und mit künstlerischen Arbeiten in Verbindung gebracht. Es geht dabei zum einen um die historisch-theoretische Verortung der Grundrechtsdogmatik. Zum anderen informiert und festigt die Anbindung an den gesellschaftlichen Diskurs das normative Fundament der Kunstfreiheit (zu methodischen Fragen siehe Einleitung *ad II*). Das vorliegende Kapitel ist keine systematische ideengeschichtliche Abhandlung über die Entwicklung der Kunst und der Kunsttheorie. Die Ausführungen sind darauf ausgerichtet, anhand von ausgewählten Beispielen die normativen Grundlagen der drei Schutzdimensionen der Kunstfreiheit für die anwendungsorientierte Konkretisierung des Grundrechts zu vermitteln.

⁵²⁵ BLOCHER, Nonsense and the Freedom of Speech.

⁵²⁶ CHEN, Instrumental Music and the First Amendment.

3 Künstlerische Persönlichkeitsentfaltung

3.1 Kunst als Ausdruck der Persönlichkeit

Der Schutz der Kunstfreiheit gründet auf der Annahme, dass Kunst eine besondere Form des Ausdrucks der Persönlichkeit ist. Besonders prägnante und breit rezipierte Aussagen über die Kunst als Form der Persönlichkeitsentfaltung finden sich in den Urteilen des deutschen Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Das Bundesverfassungsgericht hat Kunstwerke im *Mephisto*-Urteil umschrieben als

«[...] Ergebnisse freier schöpferischer Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zur Anschauung gebracht werden»⁵²⁷.

Eine ähnliche Formulierung findet sich in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Das Gericht betont, dass Art. 10 EMRK verschiedene Formen der Meinungsäußerung schützt, darunter künstlerische Ausdrucksformen.

«In particular, it was held to include freedom of artistic expression [...] which affords the opportunity to take part in the public exchange of cultural, political and social information and ideas of all kinds. Those who create, perform, distribute or exhibit works of art contribute to the exchange of ideas and opinions which is essential for a democratic society.»⁵²⁸

Es kann an dieser Stelle offenbleiben, wie weit sich solche und ähnliche Auffassungen von der Kunst als persönlicher Ausdruck historisch zurückverfolgen lassen, ob sich diese Vorstellung etwa bereits in der Antike finden lässt oder erst ein Produkt der Aufklärung ist. Die Kunstfreiheit schützt nicht eine abstrakte, zeitlose Idee der Kunst, sondern den Wert, den die Kunst für einen Menschen und für die Gesellschaft in ihrer spezifisch geschichtlichen Form einnimmt und der ihr im Rahmen der rechtlichen Organisationsstruktur des demokratischen Verfassungsstaates normativ zugesichert ist. Relevant ist, dass Kunst bis heute als ästhetische Praxis des persönlichen Ausdrucks gilt und sich diese Auffassung historisch über mehrere Jahrhunderte zurückverfolgen lässt, was im Sinne einer affirmativen Genealogie (siehe Einleitung *ad II*) in die Konkretisierung der Kunstfreiheit einfließt. Die nachfolgenden Abschnitte zeigen exemplarisch einzelne Referenzpunkte auf. Es geht dabei um eine auf einem exemplarischen Ansatz

⁵²⁷ BVerfGE 30, 173 (C.III.2) BVerfGE 67, 213 (C.II.2.b/3.a); BVerfGE 75, 369 C.I.2.; BVerfGE 81, 278 B.II.1.; BVerfGE 83, 130 B.I.1.; BVerfGE 119, 1 C.I.1.; anstelle vieler HUFEN, Kunstfreiheit, HGR IV, § 101 N 33. Im Schweizer Recht entsprechend die Aussagen zur Kunst als persönlicher Ausdruck bei MEYER/HAFNER, SGK BV 21 N 3; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 556; WYTTENBACH, BSK BV 21 N 4; UHLMANN/BOGNUA, Zehn Thesen, 368; AUER, Liberté de l'art, 84 f.; GRABER, Zwischen Geist und Geld, 98. Ähnlich äusserte sich der Supreme Court in einem Urteil über den Schutz der Musik als einer Form des Ausdrucks und der Kommunikation unter Anwendung der *Free Speech Clause*, siehe Ward v Rock Against Racism, 491 U.S. 781 (1989), 789.

⁵²⁸ EGMR 38004/12 (2018) Alekhina v Russia (Pussy Riot), N 203.

begründete Orientierung mit Blick auf die normativen Grundlagen der Kunstfreiheit und nicht um eine systematische ideengeschichtliche Rekonstruktion.⁵²⁹

a) Kunst als Freiheit (18. Jahrhundert)

Mit der Aufklärung erfolgte kein theoretischer Bruch zu vorhergehenden Diskursen über die Kunst, jedoch eine bemerkenswerte Hinwendung zu Fragen der Ästhetik. Die Auffassung, dass Kunst eine ästhetisierte Form des Persönlichkeitsausdrucks ist, wurde prägnant und für die darauffolgende Theoriebildung wegweisend von den Theoretikern des 18. Jahrhundert erfasst.⁵³⁰ Die wirkmächtigste Theorie zur Kunst aus diesem Zeitraum stammt von Immanuel Kant.⁵³¹ Für Kant erfahren wir alles, was wir als Menschen wissen können, durch unsere Sinne. Die Welt ist uns nur als Repräsentation zu-

⁵²⁹ Hintergrund des Kapitels bilden eine Vielzahl an einführenden Schriften zur Kunstgeschichte, Ästhetik und Kunsttheorie. Als besonders hilfreich erwiesen haben sich GOMBRICH, *Geschichte der Kunst*; BELTING et al., *Kunstgeschichte*; HODGE, *The Short Story of Art*; CLARK, *Farewell to an Idea*; SCHNEIDER, *Geschichte der Ästhetik*; HILDESHEIMER, *Marbot*; EAGLETON, *Ästhetik*; WILLIAMS, *Art Theory*; SMITH, *What is Contemporary Art*; FREELAND, *Art Theory*; REBENTISCH, *Theorien der Gegenwartskunst*; BERTRAM, *Kunst*; ULLRICH, *Was war Kunst?*; RAUTERBERG, *Und das ist Kunst?*; CHESHIRE, *Key Moments in Art*; HENRICH/ISER, *Theorien der Kunst*; KEMP, *Der explizite Betrachter*; RECKWITZ, *Die Erfindung der Kreativität*; THORNTON, *Sieben Tage in der Kunstwelt*.

Aus dem Kanon der Kunsttheorie und Ästhetik konnten nur einzelne Autoren und Autorinnen im Text ausdrücklich berücksichtigt werden. Nachfolgende Texte aus dem Kanon haben sich als Hintergrundlektüre für den Aufbau des Kapitels als elementar erwiesen: BAUMGARTEN, *Theoretische Ästhetik (1750/58)*; LESSING, *Laokoon (1766)*; KANT, *Kritik der Urteilskraft (1790)*; SCHILLER, *Über die ästhetische Erziehung des Menschen (1795)*; SCHELLING, *Texte zur Philosophie der Kunst (1802)*; HEGEL, *Vorlesungen über die Ästhetik (1817–1829)*; NIETZSCHE, *Geburt der Tragödie (1872)*; KRACAUER, *Die Photographie (1927)*; DEWEY, *Kunst und Erfahrung (1934)*; BENJAMIN, *Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit (1935)*; HEIDEGGER, *Der Ursprung des Kunstwerks (1935/6)*; ARENDT, *Vita Activa (1958)*; JASPERS, *Die Chiffren der Transzendenz (1961)*; GOODMAN, *Sprachen der Kunst (1968)*; ECO, *Das offene Kunstwerk (1962)*; SONTAG, *Kunst und Antikunst (1966)*; ADORNO, *Ästhetische Theorie (1970)*; BÜRGER, *Theorie der Avantgarde (1974)*; SONTAG, *Über Fotografie (1977)*; DERRIDA, *Die Wahrheit in der Malerei (1978)*; BARTHES, *Die helle Kammer (1980)*; DANTO, *Die Verklärung des Gewöhnlichen (1981)*; FOUCAULT, *Die Malerei von Manet (1989)*; RORTY, *Kontingenz, Ironie und Solidarität (1989)*; MENKE, *Souveränität der Kunst (1991)*; BOURDIEU, *Die Regeln der Kunst (1992)*; LUHMANN, *Die Kunst der Gesellschaft (1997)*; RANCIÈRE, *Die Aufteilung des Sinnlichen (2000)*; GROYS, *Topologie der Kunst (2003)*; RANCIÈRE, *Das Unbehagen in der Ästhetik (2004)*; ULLRICH, *Tiefer hängen (2007)*; DE BOTTON/ARMSTRONG, *Art as Therapy (2013)*; MENKE, *Die Kraft der Kunst (2013)*; BERTRAM, *Kunst als menschliche Praxis (2014)*; RAUTERBERG, *Die Kunst und das gute Leben (2015)*; NOË, *Strange Tools (2015)*.

⁵³⁰ GOMBRICH, *Geschichte der Kunst*, 496; EAGLETON, *Ästhetik*, 3; LUHMANN, *Kunst der Gesellschaft*, 241; einfach zugängliche die Einführung bei RAUTERBERG, *Ich der Künstler (der bezeichnenderweise dem Titel entsprechend keine Künstlerinnen porträtiert. Zur marginalisierten Stellung der Frauen in der Kunst hinten Teil III Kap. I.1.1)*.

⁵³¹ KANT, *KdU*; einführend zu Kants Ästhetik BERTRAM, *Kunst*, 63 f., 116–121; SCHNEIDER, *Geschichte der Ästhetik*, 42–56; HÖFFE, *Kant*, 266–287.

gänglich. Aus diesem Grund ist das moralische Urteil das Produkt der Vernunft und nicht einer ausserhalb des Menschen liegenden Autorität. Es ist die Fähigkeit zum vernünftigen Urteil, das die Menschen frei macht. In und mit der Kunst erfährt der Mensch seine Erkenntnisfähigkeit. Mit der Kunst macht der Mensch die Erfahrung, dass er das Bestehende zu etwas anderem verarbeiten und so die Schranken der Erfahrung mittels der Einbildungskraft sinnlich zu erweitern vermag. Das Urteil über das Schöne ist für Kant deshalb eine eigene Form des Urteils, weil die ästhetische Erfahrung eine eigene Form der Erfahrung ist. Für Kant liegt im schöpferischen Akt, etwas Neues zu erschaffen, die eigentliche Freiheit des Menschen. Kunst ist für Kant eine *Hervorbringung durch Freiheit*, weil es dem Menschen dank seiner schöpferischen Vorstellungskraft gelingt, sich von Vorgegebenem zu lösen und von sich heraus schöpferisch tätig zu werden. Mit der Kunst erfährt der Mensch das Zusammenspiel zwischen sinnlicher Wahrnehmung und rationaler Erkenntnis. Kunst erlaubt es dem Menschen, seine Besonderheit zu erleben, sich eigenständig in Bezug zur Allgemeinheit der bestehenden Ordnung zu setzen. Für Kant war kennzeichnend, dass der Mensch in der Begegnung mit der Kunst sowohl seine schöpferische Gestaltungsfähigkeit als auch seine Erkenntnisfähigkeit erkennt.

Kants Idee von der Kunst als Ausdruck der Persönlichkeit und Hervorbringung durch Freiheit bleibt der Referenzpunkt der Kunsttheorie bis in die Gegenwart. Bereits früh entwickelte Friedrich Schiller die Ideen Kants weiter. Seine Thesen zur Kunst sind bis heute für die ideengeschichtlichen Grundlagen der Kunstfreiheit relevant. Für Schiller ist die Fähigkeit zum künstlerischen Schaffen das, was den Menschen zum Menschen macht und ihm Freiheit verschafft. In der *Verschwörung des Fiesco zu Genua* legt Schiller dem Protagonisten die berühmte Aussage in den Mund, wonach Kunst die rechte Hand der Natur ist: «Diese hat *nur* Geschöpfe, jene hat *Menschen* gemacht.»⁵³² Schiller politisiert Kants Theorie zur Kunst, indem er die Kunst nicht nur als Erfahrung der Freiheit auffasst, sondern diese Freiheit zum Bezugspunkt der politischen Herrschaft macht. Schiller verfasste seine berühmte These vom «Menschen, der nur da ganz Mensch ist, wo er spielt»⁵³³ mitten in der gewalttätigsten Phase der französischen Revolution. Freiheit kommt für Schiller aus ästhetischer Schönheit und ist das schönste Kunstwerk. Konflikte entstehen dort, wo die Kunst als Ausdruck des ästhetisch Schönen verloren geht. Die ästhetische Erfahrung ist für Schiller die Voraussetzung der Freiheit. Weil Kunst aus dem Spiel kommt und dieses Spiel den Menschen zum freien Menschen macht, ist die Freiheit bei Schiller eine ergebnisoffene und unberechenbare Freiheit. Kunst ist Veränderung und aus diesem Grund die Voraussetzung einer freiheitlichen Revolution mit offenem Ausgang.⁵³⁴

⁵³² SCHILLER, Die Verschwörung des Fiesco zu Genua, Kap. 6, 17. Auftritt.

⁵³³ SCHILLER, Über die ästhetische Erziehung des Menschen, in: Ders., Sämtliche Schriften, Band 5, 618.

⁵³⁴ Einführend SAFRANSKI, Schiller, insbes. 402 ff.

b) Kunst als Wahrheit (19. Jahrhundert)

Das 19. Jahrhundert brachte für die Kunst rasche und dramatische Veränderungen. Die Kunstwelt des 19. Jahrhunderts ist geprägt durch die Idealisierung der Kunst, prädeternierte Vorstellungen des Schönen und die Einbindung der Kunst in rigide akademische Konventionen (dazu vorne Teil I Kapitel I.2). In der Ästhetik entwickelten im Anschluss an Kant und Schiller insbesondere Schlegel⁵³⁵, Schelling⁵³⁶ und Hegel⁵³⁷ bis heute prominent rezipierte Theorien über das künstlerische Schaffen. In ihnen finden sich aneinander anschliessende und dennoch in ihrer jeweiligen Tragweite mit eigenen Thesen verbundene Aussagen über die Kunst. Dem Idealismus entsprechend verstanden diese Autoren die Kunst nicht einfach als den partikulären Ausdruck eines einzelnen Menschen, sondern als die höchste Form von Wahrheit oder ein wichtiger Schritt auf dem Weg zu dieser Wahrheit. Sie wandten sich damit von Theorien des 18. Jahrhunderts ab, welche das freie Spiel und die emotionale Wirkung als Aspekte der ästhetischen Erfahrung anerkannten. Erst im Laufe des 19. Jahrhunderts kehrte beispielsweise Friedrich Nietzsche zur Bedeutung des freien Ausdrucks und Spiels für die Kunst zurück.⁵³⁸ «[S]ingend und tanzend äussert sich der Mensch», schrieb Friedrich Nietzsche in der *Geburt der Tragödie* über das eigentümliche Vermögen des Menschen, Erfahrungen in Kunst zu verwandeln. Er erfasste die künstlerischen Erfahrungs- und Gestaltungsprozesse als menschliche Lebenserfahrungen, die in künstlerischer Form einen Ausdruck finden. «Alle möglichen Bestrebungen, Erregungen und Äusserungen des Willens, alle jene Vorgänge im Innern des Menschen, welche die Vernunft in den weiten negativen Begriff Gefühl wirft» finden in den «unendlich vielen möglichen Melodien» einen Ausdruck.⁵³⁹ Nietzsche beschrieb die Kunst als Erfahrung, die durch die Intensität der Auseinandersetzung und Konzentration bestimmt ist, durch ein sich Einlassen, so «dass es dem, der sich dem Eindruck einer Symphonie ganz hingibt, ist, als sähe er alle möglichen Vorgänge des Lebens und der Welt an sich vorüberziehen».⁵⁴⁰

Die Künstlerinnen und Künstler selbst entwickelten in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts nicht nur ein neues Kunstverständnis, sondern auch ein verändertes Selbstverständnis. Viele Kunstschaffende begannen, ihre eigene künstlerische Praxis zu kommentieren und zu theoretisieren. In der Schweiz lässt sich diese Entwicklung beispielhaft am Lebenswerk Ferdinand Hodlers (1853–1918) nachvollziehen.⁵⁴¹ Hodler begann seine künstlerische Karriere als Dekorationsmaler. Ab 1872 absolvierte er eine formalisierte Ausbildung in Genf. Er fand früh öffentliche Anerkennung für seine

⁵³⁵ SCHLEGEL, Vorlesungen über Kunst und Literatur; einführend STROBEL, Schlegel.

⁵³⁶ SCHELLING, Texte zur Philosophie der Kunst.

⁵³⁷ HEGEL, Vorlesungen über die Ästhetik.

⁵³⁸ Zu den Kunsttheorien des deutschen Idealismus einführend GUYER, *Aesthetics*, 496–516; SANDKÜHLER, *Handbuch Deutscher Idealismus*, 297–325; WILLIAMS, *Art Theory*, 111–118.

⁵³⁹ NIETZSCHE, *Geburt der Tragödie*, Kap. 16.

⁵⁴⁰ NIETZSCHE, *Geburt der Tragödie*, Kap. 16.

⁵⁴¹ Zur Biographie Hodlers siehe u.a. BÄTSCHEMANN, *Ferdinand Hodler*; MÜHLESTEIN/SCHMIDT, *Ferdinand Hodler*; FISCHER, *Der junge Hodler*.

Kunst, nicht zuletzt auch deshalb, weil sie als *schweizerisch* aufgefasst wurde. Hodler zeigte seine Bilder an renommierten Ausstellungen im In- und Ausland und vertrat die Schweiz wiederholt an Weltausstellungen. Zu Beginn seiner Karriere orientierte er sich an den grossen Künstlern seiner Zeit und am damals dominanten Realismus. Ab 1885 entwickelte er mit dem *Parallelismus* einen eigenen Kunststil, den er selbst in einem umfangreichen Schriftwerk theoretisierte.⁵⁴² Hodler verstand den Parallelismus als übergreifendes Weltgesetz mit allgemeiner Gültigkeit. Klare Formen, einfache Darstellungen und Wiederholungen bildeten für ihn ästhetische Gesetzmässigkeiten zur Erlangung von Wahrheit, Schönheit und zeitlosen Werten. Hodlers künstlerisches Selbstverständnis war also nach wie vor in den die Kunst idealisierenden Diskursen verortet. Gleichzeitig entfernte sich Hodler im Verlaufe seines Lebens von den vorgegebenen akademischen Konventionen. Ferdinand Hodlers Werk umfasst stilistisch mehrere Epochen, die vom frühen Realismus über den Symbolismus bis zur einsetzenden Abstraktion zu Beginn des 20. Jahrhunderts reichen. Mit zunehmender Entfernung von den klassischen akademischen Konventionen des Realismus wuchs die Kritik an Hodlers Kunst. 1891 führte das Bild *Die Nacht* (1889–90) (Abbildung 4) zu einem Skandal, weil das Genfer *Musée Rath* das Bild als sittenwidrig bezeichnete und sich weigerte, es öffentlich auszustellen.⁵⁴³ Als Hodlers Entwurf für das Schlachtenbild zu Marignano im Landesmuseum nicht den Vorstellungen der Behörden entsprach, kam es zu jahrelangen Verzögerungen in der Ausführung (sogenannter *Fall Hodler*). Wie anders die Kunst Ferdinand Hodlers für damalige Verhältnisse gewesen sein musste, zeigt sich darin, dass er bereitwillig in die Sezessionsbewegungen in Wien, Berlin und München aufgenommen wurde. Als Hodler 1908 Präsident der Gesellschaft der schweizerischen Maler wurde, verhinderte er indessen nicht nur den Beitritt der Frauen zum für die Schweizer Kunstszene überaus wichtigen Kunstverein (siehe dazu Teil III Kapitel I.1). Er nutzte die Stellung auch, um seine eigenen Vorstellungen der Kunst autoritär zu verfestigen und die seinem Geschmack entsprechende Kunst selektiv zu fördern. Hodlers Werk steht des Weiteren mit seinen über hundert Selbstbildnissen sinnbildlich für die permanente Selbstsuche und -vergewisserung eines unter sich verändernden gesellschaftlichen Bedingungen und ästhetischen Konventionen arbeitenden Künstlers seiner Zeit.

c) Kunst als Praxis (20. Jahrhundert)

Das 20. Jahrhundert brachte eine noch rasantere Entwicklung in der Kunst und für das Selbst- und Fremdverständnis des Künstlersubjekts. In den Kunsttheorien findet sich eine breite Vielfalt an Ansätzen, mit denen das künstlerische Schaffen und die Funktion und Wirkung der Kunst kommentiert werden. Durch die theoretische Vielfalt hinweg ist die Vorstellung von der Kunst als ästhetische Form des persönlichen Ausdrucks in

⁵⁴² Eine Sammlung an Schriften ist zugänglich publiziert in BLOME/GÜDEL, Ferdinand Hodler – Écrits esthétiques, siehe dort insbes. den 1897 gehaltenen Vortrag *La Mission de l'artiste* (167–190).

⁵⁴³ BÄRTSCHMANN, Ferdinand Hodler, 5–9.

der Mehrheit der Theorien prägnant. Für John Dewey etwa stellt ein Gedicht oder ein Bild ein Material dar, «das durch den Destillierapparat der persönlichen Erfahrung gegangen ist»⁵⁴⁴. Für Hannah Arendt «entstehen Kunstwerke aus der menschlichen Fähigkeit zu denken und zu sinnieren»⁵⁴⁵. Es ist die Verdinglichung von Gedanken in Bildern, Melodien und Materialien, die durch das Kunstwerk ein beständiger Teil der Welt werden, in der Menschen leben, und dem menschlichen Handeln und Sprechen «eine bleibende Stätte sichert»⁵⁴⁶. Für Theodor Adorno⁵⁴⁷ liegt die Eigenheit der Kunst sowohl in der Bestätigung als auch in der Erweiterung, Irritation und Erschütterung bisheriger Erfahrungen. Dabei baut die Kunst auf alltäglichen und institutionell eingeübten Praxen des Verstehens auf und verändert sie zugleich auf eine jedem Kunstwerk eigene Weise, indem sie Erfahrungen und persönliche Erkenntnisse in immer wieder neuen Formen des Ausdrucks hervorbringt. Für Nelson Goodman⁵⁴⁸ ist die Kunst mit ihren dichten Darstellungsweisen der Versuch der Mitteilung, was und wie die Welt für einen Menschen ist. Ähnlich zeigt sich für Hans Jonas⁵⁴⁹ in der Kunst die menschliche Fähigkeit, die eigenen Erfahrungen zu reflektieren und in persönlicher Form zu kommunizieren respektive zu interpretieren. Sie ist zugleich Ausdruck der Fähigkeit, ein Abbild der Wirklichkeit zu konstruieren und dieses zugleich frei zu variieren. In der Fähigkeit, vom Bestehenden abzuweichen und das Reich des Möglichen in schöpferischen Tätigkeiten zu erkunden, ebenso wie in der Fähigkeit, die eigene Sinnlichkeit und die durch sie hervorgerufenen Veränderungen bewusst wahrzunehmen und nicht in ihr aufzugehen, liegt für Jonas ein Moment menschlicher Freiheit begründet. Umberto Eco bezeichnete das Kunstwerk als «Form», die «aus der Verschmelzung verschiedener vorgängiger Erfahrungen (Ideen, Emotionen, Handlungsdispositionen, Materien, Organisationsmuster, Themen, Argumente, vorfixierte Stileme und Interventionsakte)»⁵⁵⁰ besteht. Für Niklas Luhmann⁵⁵¹ ermöglicht es der realitätsfremde Standpunkt der Kunst den Mitgliedern einer Gesellschaft, sich selbst und die eigene Gemeinschaft beobachtend wahrzunehmen. Kunst ermöglicht demnach Momente der Reflexion, in denen Menschen ihre Selbstbestimmung erfahren, indem ihnen Kunst die Möglichkeit der Veränderung bisheriger Praktiken aufzeigt. Der realitätsfremde Standpunkt der Kunst ermöglicht Selbstbeobachtung und ergänzt das Reale um das Mögliche.

Gerade die pragmatische Kunsttheorie von John Dewey vermag der Konkretisierung der Kunstfreiheit bis heute interessante Impulse zu vermitteln, weil sie mit einem

⁵⁴⁴ DEWEY, Kunst als Erfahrung, 98.

⁵⁴⁵ ARENDT, Vita Activa, 156.

⁵⁴⁶ ARENDT, Vita Activa, 163.

⁵⁴⁷ ADORNO, Ästhetische Theorie, 334, 335; erläuternd MENKE, Souveränität der Kunst, 19 f.; BERTRAM, Kunst, 136–147.

⁵⁴⁸ GOODMAN, Sprachen der Kunst, 242 f.

⁵⁴⁹ JONAS, Homo Pictor, 110, 120 f., 124; sinngemäss DEWEY, Kunst als Erfahrung, 35.

⁵⁵⁰ ECO, Das offene Kunstwerk, 14.

⁵⁵¹ LUHMANN, Kunst der Gesellschaft, 227–229, 241.

pragmatischen Ansatz künstlerische Praktiken theoretisch zu erfassen versucht. Nach Dewey «tut» Kunst «etwas» mit einem Material, mit einem Körper oder mit einem Raum und will damit etwas sichtbar, hörbar oder fühlbar machen.⁵⁵² Kunst ist für Dewey in ihrer Entstehung und ihrer Rezeption eine elementare Erfahrung der Kommunikation, die eine sensorische und reflexive Öffnung sowohl zu sich selbst als auch zum anderen und zur Welt bedingt. Die künstlerische Bearbeitung von Trauer, Freude und Wut oder die Transformation historischer Ereignisse in eine Erzählstruktur bilden Momente, die es Dritten erlauben, ihre eigenen Erfahrungen in Bezug zu setzen und sich zugleich von den Erfahrungen anderer beeindruckt zu lassen, so «dass es die Welt in Form einer von ihnen gemachten neuen Erfahrung präsentiert.»⁵⁵³ Kunst wahrzunehmen bedeutet für Dewey ein Moment der Aufmerksamkeit, möge er noch so flüchtig sein. Der Rezipient setzt sich der Kunst aus. In der Betrachtung von Kunst öffnen sich Menschen und versenken sich in ihrer Wahrnehmung.⁵⁵⁴ Foucault soll in ähnlicher Weise gesagt haben, ihm gefalle an der Malerei ganz besonders, «dass man wahrlich gehalten ist, genau hinzuschauen»⁵⁵⁵. Im Erschaffen von Kunst halten Menschen inne, um Erfahrungen oder Ideen in eine gestaltete Form zu transformieren. Das Resultat ist ein Objekt, dem, sofern ihm die Rezipienten ihrerseits eine ästhetische Haltung der sinnlichen Aufmerksamkeit entgegenbringen, als Kunstwerk eine eigene Intensität der Kommunikation zukommt. Im Wechselspiel der Diskontinuitäten zwischen Herstellung, Objekt und Wahrnehmung und der Verschränkung von Rationalität und Sinnlichkeit, wirkt gemäss Dewey die Kunst in der Spannung zwischen dem Erfassbaren und dem Unfassbaren menschlicher Entscheidungen und Erkenntnis. Schiller bezeichnete das unfassbare Moment dieses Zusammenspiels als «jene wunderbare Rührung, für welche der Verstand keinen Begriff und die Sprache keinen Namen hat».

John Deweys pragmatische Kunsttheorie wird bis in die Gegenwart breit rezipiert. Der amerikanische Philosoph Alva Noë beispielsweise erfasst die Kunst im Anschluss an John Dewey als Art und Weise, in der Menschen um ein Verständnis von sich selbst und ihrem Umfeld ringen. Kunst ist nicht einfach ein Gegenstand, der wahrgenommen wird, sondern eine Möglichkeit der Konfrontation, Herausforderung und Kommunikation auf dieser Suche.⁵⁵⁶ Ebenfalls mit einem pragmatischen Kunstverständnis theoretisiert der deutsche Philosoph Georg Bertram die Kunst in ihrer Kontinuität und Bezugnahme zur Gesamtheit menschlicher Handlungs- und Kommunikationspraktiken. Bertram geht davon aus, dass die «menschliche Lebensform eine in besonderer Weise reflexiv konstituierte Lebensform»⁵⁵⁷ ist. Menschen konstruieren das, was sie zu sein glauben und bestimmen das, was sie sind, immer wieder neu. Die Kunst ist für Bertram «eine spezifische Ausprägung von Praktiken, mittels deren Menschen im Rahmen einer

⁵⁵² DEWEY, Kunst als Erfahrung, 60–63.

⁵⁵³ DEWEY, Kunst als Erfahrung, 98 f.

⁵⁵⁴ DEWEY, Kunst als Erfahrung, 69.

⁵⁵⁵ FOUCAULT, Manet.

⁵⁵⁶ NOË, Strange Tools.

⁵⁵⁷ BERTRAM, Kunst als menschliche Praxis, 12 f.

kulturellen Praxis Stellung zu sich nehmen.»⁵⁵⁸ Kunstwerke können deshalb nicht aus ihrer Gegenständlichkeit heraus erfasst werden, sondern sind als Kunst erst im Rahmen einer historisch-kulturell bedingten Praxis als spezifische Kommunikationsform spezifizierbar. Kunstwerke müssen «im Rahmen der Praxis begriffen werden, in der sie stehen.»⁵⁵⁹

d) Verankerung im Persönlichkeitsrecht

Verankerung im zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz

Die Grundzüge des zivilrechtlichen Persönlichkeitsrechts entwickelten sich zeitgleich mit der Ausdifferenzierung des modernen Kunstverständnisses im 19. Jahrhundert. Der zivilrechtliche Begriff der *Persönlichkeit* ist im Zivilgesetzbuch nicht weiter definiert. Seine Konkretisierung obliegt dem Rechtsanwender, womit auch die Offenheit für künftige Entwicklungen gewahrt sein soll. In Lehre und Rechtsprechung finden sich verschiedene Umschreibungen des Begriffs, die sich alle der Grundidee eines jeden Menschen – aufgrund seiner einzigartigen Persönlichkeit, seines Daseins als Mensch und inhärenten Grundwerts – zukommenden Schutzes anzunähern versuchen.⁵⁶⁰ Art. 28 ZGB anerkennt die physische Persönlichkeit (Leben, körperliche und geistige Unversehrtheit, Bewegungsfreiheit und körperliche Selbstbestimmung), die affektive (emotionale) Persönlichkeit, die soziale Persönlichkeit (Schutz der Ehre und Achtung der Privatsphäre) und die wirtschaftliche Persönlichkeit (wirtschaftliche Entfaltung) als rechtlich schützenswerter Teil der Persönlichkeit eines Menschen. Das Zivilrecht gewährleistet dem Recht am eigenen Bild, an der eigenen Stimme, am eigenen Wort, an der eigenen Lebensgeschichte und am eigenen Namen einen besonders starken Schutz.⁵⁶¹ Wenn Künstlerinnen und Künstler sich selbst in ihrem Kunstwerk darstellen, öffentlich auftreten, die eigene Stimme erklingen lassen, gesprochene oder geschriebene Worte äussern oder in einem Kunstwerk ihre eigene Lebensgeschichte einbringen, so sind sie dabei in ihrer Persönlichkeit geschützt. Für die Kunst relevant ist nicht nur die persönlichkeitsrechtlich geschützte Selbstbestimmung über den eigenen Körper, sondern auch der Schutz der affektiven Persönlichkeit, die Personen in ihr künstlerisches Schaffen einbringen und in ihrer Kunst zum Ausdruck bringen.

⁵⁵⁸ BERTRAM, Kunst als menschliche Praxis, 13.

⁵⁵⁹ BERTRAM, Kunst als menschliche Praxis, 15.

⁵⁶⁰ BACHER, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz, N 511 f.; BUCHER, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 100 f.; MEILI, BSK ZGB 28 N 5; AEBI-MÜLLER, Handkommentar ZGB 28 N 2; TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, 18; GEISER, Persönlichkeitsverletzung, 13.

⁵⁶¹ MEILI, BSK ZGB 28 N 19 ff.; GEISER, Persönlichkeitsverletzung, 35–50; BACHER, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz, N 517, 530 f.

Verankerung im Urheberpersönlichkeitsrecht

Eine frühe Form des Schutzes der künstlerischen Persönlichkeit ist das Urheberpersönlichkeitsrecht.⁵⁶² Kant legte zu einem frühen Zeitpunkt die fundamentalen Gedanken zum Urheberpersönlichkeitsrecht dar. Nach Kant sind geistige Schöpfungen Ausdruck der Persönlichkeit eines Menschen, weil sie aus ihm selbst herauskommen und nicht von aussen an ihn herangetragen werden. Schriften sind ein Teil des Menschen, der sie aus sich schöpft. Sie sind von der Person des Autors nicht zu trennen.⁵⁶³ Verschiedene Rechtswissenschaftler sprachen sich im Anschluss an Kant für die Theorie eines urheberrechtlichen Persönlichkeitsrechts aus. Johann Caspar Bluntschli etwa war gestützt auf Kant der Ansicht, dass das Werk eines Autors nicht einfach nur ein physischer Gegenstand, sondern «eine *Offenbarung* und ein *Ausdruck seines persönlichen Geistes*»⁵⁶⁴ ist.

«Zwischen Autor und Werk besteht ein natürlicher Zusammenhang, wie zwischen *Schöpfer* und *Geschöpf*, und jener hat ein natürliches Recht, dass *dieses Verhältnis geachtet* werde.»⁵⁶⁵

Gemäss diesem Ansatz kann der Autor sowohl über die Veröffentlichung, die Nicht-Veröffentlichung als auch über die Verwendung seines Werkes selbst bestimmen, weil das Werk integraler Bestandteil seiner Person ist. In seiner gegenwärtigen Ausgestaltung ist das Urheberrecht dem kantischen Ansatz folgend Teil einer Rechtsordnung, die die Kunst als Ausdruck der Persönlichkeit eines Menschen anerkennt und rechtlich schützt. Sowohl der vermögensrechtliche Schutz der geistigen Schöpfungen als auch der Schutz der persönlichen Beziehung zwischen dem Geschaffenen und dem Schaffenden gewährleisten, dass Menschen Träger bestimmter Verfügungsrechte über ihre künstlerischen Schöpfungen sind, unter Bedingungen der freien Marktwirtschaft in den Genuss des Ertrags ihrer Schöpfungen gelangen und damit auch wichtige recht-

⁵⁶² MÜLLER, Grundrechte der Verfassung und Persönlichkeitsschutz, 60.

⁵⁶³ KANT, Von der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks, 403–417, formulierte seinen zentralen Gedanken zum Unterschied zwischen dem übertragbaren Eigentum und dem höchstpersönlichen Persönlichkeitsrecht an einem Werk wie folgt: «In einem Buche als Schrift redet der Autor zu seinem Leser; und der, welcher sie gedruckt hat, redet durch seine Exemplare nicht für sich selbst, sondern ganz und gar im Namen des Verfassers. Er stellt ihn als redend öffentlich auf und vermittelt nur die Überbringung dieser Rede ans Publicum. Das Exemplar dieser Rede, es sei in der Handschrift oder im Druck, mag gehören, wem es wolle [...]. Allein jemand öffentlich reden zu lassen, seine Rede als solche ins Publicum zu bringen, das heißt, in jenes Namen reden und gleichsam zum Publicum sagen: «Durch mich läßt ein Schriftsteller euch dieses oder jenes buchstäblich hinterbringen, lehren etc. Ich verantworte nichts, selbst nicht die Freiheit, die jener sich nimmt, öffentlich durch mich zu reden; ich bin nur der Vermittler der Gelangung an euch;» das ist ohne Zweifel ein Geschäft, welches man nur im Namen eines andern, niemals in seinem eigenen (als Verleger) verrichten kann.» Zusammenfassend REHBINDER/PEUKERT, Urheberrecht, § 4 N 147 ff.

⁵⁶⁴ BLUNTSCHLI, Deutsches Privatrecht I (1853), 191 f.

⁵⁶⁵ BLUNTSCHLI, Deutsches Privatrecht I (1853), 191 f.; REHBINDER/PEUKERT, Urheberrecht, § 11 N 277.

liche Voraussetzungen für eine selbstbestimmte, wirtschaftlich unabhängige Lebensgestaltung vorfinden. Das Urheberpersönlichkeitsrecht würdigt künstlerische Erzeugnisse als materielle Ausprägungen der Persönlichkeit ihres Schöpfers. Es verleiht damit der rechtlich gewährleisteteten Menschenwürde einen gesetzlichen Ausdruck. Der Schöpfer eines Kunstwerkes genießt aus diesem Grund auch unabhängig von den Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes den Schutz der Persönlichkeit aus Art. 28 ZGB. Diese Rechte gehen ihm auch durch Abtretung seiner immateriellen Vermögensrechte nicht verloren. Sie sind untrennbar mit seiner Person verknüpft, aufgrund derer sie ihm zustehen. Sie geben ihm insbesondere Anspruch auf das Ansehen und den Ruf, die das Werk seinem Urheber zu verschaffen vermag.⁵⁶⁶

Das Bundesgericht hat sich wiederholt zum Persönlichkeitsschutz des Urhebers ausgesprochen. So hat es sich insbesondere in einem Urteil über die Urheberrechte von Charlie Chaplin ausführlich mit der persönlichkeitsrechtlichen Dimension der Kunst befasst. In der Sache ging es um die Frage, wie stark eine andere Person das ursprünglich von Charlie Chaplin geschaffene Werk sich aneignen und verändern darf, ohne damit die Persönlichkeitsrechte des Urhebers zu verletzen.

«Im vorliegenden Falle sind die Bande zwischen Urheber und Werk besonders eng und vielseitig. Chaplin ist nicht nur Autor, Regisseur und Hersteller, sondern auch Hauptdarsteller des Filmes *The Gold Rush*, der übrigens zu den Meisterwerken der Filmkunst gehört. Im Jahre 1942 hat er ihn in einen Tonfilm umgestaltet, wobei er die Musik selber auswählte und zusammenstellte, den Begleittext selber schrieb und sprach. Bei einem Filmwerk, das derart Ausdruck seiner künstlerischen Eigenart ist und den Stempel seiner Persönlichkeit trägt, kann Chaplin aber mit guten Gründen behaupten, dass es durch die Musik eines andern erheblich beeinträchtigt wird, welches auch immer der innere Wert oder Gehalt dieser Musik sein mag. Ebenso ist zu verstehen, dass Chaplin durch die unbefugten Eingriffe Dritter sich in seinen künstlerischen Empfindungen und ideellen Interessen verletzt fühlt, ohne dass er dies im einzelnen darzutun braucht. Bei der Vielfalt von Komik und Mimik, die den Film auszeichnen, ist die Gefahr in der Tat gross, dass ein Dritter Vorstellungen des Künstlers über die Wirkungen filmischer Szenen auf das Publikum missversteht, die Musik deswegen nicht auf das Geschehen abzustimmen weiss und dadurch Eindrücke, die das Werk vermitteln will, verfälscht oder zunichte macht.»⁵⁶⁷

Die Persönlichkeitsrechte des Urhebers sind auch dann verletzt, wenn die Änderung an einem Werk durch einen Dritten «einer Entstellung oder Verstümmelung des Werkes gleichkommt»⁵⁶⁸. Für den Urheber ist das Recht zur Vornahme von Änderungen an seinem Werk ein Ausfluss des Urheberpersönlichkeitsrechts. Für die Beurteilung, ob die Persönlichkeit des Urhebers durch Veränderungen Dritter an seinem Werk verletzt wird, hat das Bundesgericht auf eine Beurteilung des Einzelfalls verwiesen.

⁵⁶⁶ BGE 84 II 570 E. a (573); teilweise bswe auch thematisiert in BGE 142 III 387 E. 4.1–4.5; GEISER, Persönlichkeitsverletzung, 79 f.; AEBI-MÜLLER, Handkommentar ZGB 28 N 33.

⁵⁶⁷ BGE 96 II 409 E. 6.a und b (421 f.); GEISER, Persönlichkeitsverletzung, 79.

⁵⁶⁸ BGE 69 II 53 E. 4 (59).

«Es kommt darauf an, wie stark ein Werk Ausdruck der persönlichen Eigenart des Urhebers und das Resultat einer individuellen Geistestätigkeit desselben ist, und ferner, welchen Grad die Intensität der Beziehung der Urheberpersönlichkeit zum Werk erreicht. Ein Gedicht oder ein Drama z.B. werden kaum wesentlichen Änderungen zugänglich sein, ohne dass eine Entstellung und damit eine untragbare Beeinträchtigung der Autorpersönlichkeit eintritt. [...] Das pädagogische Werk, wie das wissenschaftliche Lehrbuch überhaupt, verkörpert in weit geringerem Masse die Persönlichkeit des Urhebers, da es nicht Anspruch erheben kann auf die Einmaligkeit des Kunstwerkes.»⁵⁶⁹

In einem anderen Urteil hat das Bundesgericht dem Urheber eines wichtigen Bestandteils einer Baute das Recht eingeräumt, als Urheber der Baute genannt zu werden, auch wenn das Projekt am Ende durch einen anderen Architekten und unter Ergänzung weiterer Elemente ausgeführt wurde.⁵⁷⁰ Je stärker das Werk die Persönlichkeit des Urhebers zum Ausdruck bringt oder durch die Persönlichkeit des Urhebers gestaltet ist, umso weniger Veränderungen oder Eingriffe sind persönlichkeitsrechtlich tragbar. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts legt anschaulich dar, weshalb die Rechtsordnung Werken, die eng mit der persönlichen Eigenart des Urhebers verbunden sind und dieser Ausdruck verleihen, eine starke Beziehung zwischen Urheberpersönlichkeit und Werk zugesteht, und infolgedessen bei Änderungen durch Dritte eher von einer Verletzung der Persönlichkeitsrechte von Art. 28 ZGB auszugehen ist. Diese Annahme verdeutlicht zuletzt auch, dass das Urheberpersönlichkeitsrecht der Abhängigkeit der künstlerischen Freiheit von der wirtschaftlichen Verwertbarkeit künstlerischer Schöpfungen Rechnung trägt.⁵⁷¹ Das Urheberpersönlichkeitsrecht als Konkretisierung der Menschenwürde verweist in dieser Hinsicht unter den Bedingungen einer freien Marktwirtschaft auf den untrennbaren Zusammenhang von rechtlicher Verfügung über künstlerische Schöpfungen, wirtschaftlichen Verwertungsmöglichkeiten und der Verwirklichung der künstlerischen Freiheit (siehe dazu Teil III Kapitel 3.1). Die Aussagen des Bundesgerichts legen zugleich die Verbindung zwischen dem Urheberpersönlichkeitsrecht und dem Persönlichkeitsschutz des Zivilgesetzbuches offen. Der Persönlichkeitsschutz erfasst die künstlerisch sich ausdrückenden Anteile der *Persönlichkeit* in rechtlicher Form.

3.2 Gleichwertigkeit und Zweckfreiheit der Kunst

a) Hierarchisierung der Kunst und des Künstlersubjekts

Die Geschichte der Kunstfreiheit ist auch die Geschichte der Anerkennung und Würdigung der kreativen Fähigkeiten des Menschen. Im vorhergehenden Abschnitt wurde bereits angetönt, dass die meisten Autoren des 18. und 19. Jahrhunderts und verbreitet auch noch im 20. Jahrhundert die kreative Fähigkeit des Menschen nicht allen Men-

⁵⁶⁹ BGE 69 II 53 E. 4 (59 f.); GEISER, Persönlichkeitsverletzung, 78 f.

⁵⁷⁰ BGE 58 II 290 E. 5 (308); BGE 84 II 570 b (sic).

⁵⁷¹ Dazu ausführlich DI FABIO, Urheberrecht und Kunstfreiheit, 30 f., 48.

schen zugestanden. Nicht nur rigide akademische Vorgaben an die künstlerische Formensprache, die Themen und die Materialien führten zur Dominanz eines engen Kunstbegriffs bis weit in das 20. Jahrhundert. Auch ein spezifisches Bild des künstlerisch gestaltenden Menschen beschränkte die Vorstellung davon, wer dazu fähig ist, Kunst zu machen. In der Tradition einer lange in der Kunsttheorie dominanten Genieästhetik koppelte beispielsweise auch Immanuel Kant die Kunst an eine metaphysisch verengte Auffassung des schöpferischen Menschen. In den unterschiedlichen Ausprägungen der Genieästhetik gilt der Künstler nicht als gewöhnlicher Mensch, sondern ist von Gott oder der Natur mit einzigartigen Merkmalen ausgestattet. Die Fähigkeit zur künstlerischen Schöpfung kommt demnach nicht allen Menschen zu, sondern nur denjenigen mit besonderen, verbreitet als *genial* bezeichneten Eigenschaften.⁵⁷² Entsprechend führte auch Kant das Moment des Unerklärbaren in der Kunst auf die dem schöpfenden *Genie* von Natur aus gegebenen Gaben zurück. Nur ein *Genie* ist demnach fähig, originäre Schöpfungen als «dasjenige, wozu sich keine bestimmte Regel geben lässt»⁵⁷³, hervorzubringen. In unterschiedlichsten Formen ausgeprägte Geniebegriffe beschränkten die Anerkennung künstlerischer Arbeiten auf einen engen Kreis weisser Männer. Namentlich Frauen (siehe dazu ausführlich Teil III Kapitel I.1.1.) und als *nicht-weiss* klassifizierten Menschen wurden künstlerische Fähigkeiten gänzlich abgesprochen oder nur in eingeschränktem Ausmass zugestanden.

Die Öffnung des Kunstbegriffs gelang erst mit erneuten Forderungen nach einer Demokratisierung der Kunst in den gesellschaftlichen Bewegungen seit den 1960er-Jahren. In vielen Diskussionen zur Kunst finden sich bis heute Aussagen über die Kunst, die ein hierarchisches Denken in Bezug auf die Fähigkeiten von Kunstschaffenden und den Wert der von ihnen geschaffenen Kunst zum Ausdruck bringen. Die Unterscheidung in zur Kreativität fähige Menschen, ebenso wie diejenige zwischen hoher und populärer Kunst zieht sich hartnäckig durch die rechtlichen Auseinandersetzungen über die Kunst bis in die Gegenwart. In den Verhandlungen zu Art. 27 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte nach dem Zweiten Weltkrieg äusserte beispielsweise der Abgeordnete für Saudi-Arabien (vermutungsweise stellvertretend für viele) die Ansicht, dass die Mehrheit der Menschen nicht über kreative Fähigkeiten verfüge.

«The majority of human beings did not possess within themselves the power to create, but everyone had within him an aesthetic sense which he should have the opportunity of satisfying.»⁵⁷⁴

In der Kunst findet sich bis weit über die Mitte des 20. Jahrhunderts und in gewissem Masse bis heute eine starke Hierarchisierung und Normierung zwischen institutionell anerkannter Kunst, wie beispielsweise klassischer Musik oder Malerei von Personen mit entsprechender Ausbildung und technischem Handwerk, der ein hoher Wert zu-

⁵⁷² RECKWITZ, Erfindung der Kreativität, 61 f.

⁵⁷³ KANT, KdU, § 47, 242.

⁵⁷⁴ Summary Record of the Hundred and Fiftieth and Fifty-First Meeting [of the Third Committee] held on 22 November 1948 in Paris, abgedruckt in SCHABAS, UDHR, Band 3, 2740.

geschrieben wird, und ausserhalb der Fachgemeinschaft entstehender Kunst, der gesellschaftlich wenig oder keine Anerkennung als Kunst zukommt. Noch Mitte der 1990er-Jahre sprach sich ein amerikanisches Gericht gegen den Grundrechtsschutz von sexuell expliziten Werken eines Künstlers aus, der für sich in Anspruch nahm, Kunstwerke herzustellen. Es stützte sich dabei auf die Begründung, er sei eben nicht Robert Mapplethorpe und seine Werke hätten keinen erstzunehmenden künstlerischen Wert:

«Schein is not Mapplethorpe and it is plain that Schein's tapes lack serious artistic value, whatever artistic merit Mapplethorpe's work may have.»⁵⁷⁵

b) **Psychiatriekunst als Sinnbild eines Paradigmenwechsels**

Wichtige Impulse für die Öffnung des Kunstbegriffs und die Anerkennung, dass jeder Mensch das Potenzial zur Gestaltung besitzt, kamen zu Beginn des 20. Jahrhunderts aus der Psychiatrie. Diese Entwicklung ist in den folgenden Abschnitten exemplarisch für die Öffnung der künstlerischen Konventionen und die Anerkennung der *Gleichwertigkeit* aller Kunst dargelegt. Kurz nach dem Ersten Weltkrieg erschienen zwei Werke, die den Kunstbegriff nachhaltig verändern sollten.⁵⁷⁶ Im Jahr 1921 veröffentlichte Walter Morgenthaler seine Studie *Ein Geisteskranker als Künstler* über Adolf Wölfli. 1922 erschien Heinz Prinzhorns *Bildnerie der Geisteskranken*. In beiden Arbeiten zeichnete sich die Entwicklung hin zu einer Egalisierung des Kunstbegriffs ab. Sie stehen an dieser Stelle exemplarisch für die grundlegende Transformation in den Definitionen des Kunstbegriffs und des Künstlersubjekts.

Morgenthaler und Wölfli

Walter Morgenthaler begleitete Adolf Wölfli als dessen Psychiater in der psychiatrischen Anstalt *Waldau* beinahe ein Jahrzehnt lang (Wölfli lebte von 1895 bis 1930 in der Waldau; Morgenthaler arbeitete 1908, 1910 und von 1913 bis 1920 dort). Sein medizinisches Werk *Ein Geisteskranker als Künstler* ist eine Künstlerbiografie, in der er nicht nur den singulären, künstlerisch tätigen Menschen Adolf Wölfli porträtiert, sondern an seinem Patienten auch die mathematisch-mystischen Regeln des künstlerischen Schaffens aufzuzeigen versucht.⁵⁷⁷ Morgenthaler stellt die These auf, wonach die psychische Krankheit bei Wölfli «ein grossartiges Gerüst freigelegt» hatte, nach

⁵⁷⁵ U.S. v Schein, 31 F.3d 135 (1994), 137.

⁵⁷⁶ Zur historischen Einbettung und Rezeptionsgeschichte übersichtlich PALLMERT, Wölfli und Morgenthaler. Einführend zur Kunst psychisch Kranker und dem Forschungsfeld Kunst und Psychiatrie des Weiteren auch BÖHM, Wie Bilder Sinn erzeugen; BRUGGER/GORSEN/SCHRÖDER, Kunst & Wahn; LUCHSINGER, Pläne. Werke aus psychiatrischen Kliniken in der Schweiz 1850–1920; LUCHSINGER/SALATHE/DAMMANN, Auf der Seeseite der Kunst; HIRSCH/LUCHSINGER/RÖSKE, Extraordinaire!, Unbekannte Werke aus psychiatrischen Einrichtungen in der Schweiz um 1900. Zur Art Brut: FOL, From Art Brut to Art without Boundaries; DIES., L'Art brut en question.

⁵⁷⁷ MORGENTHALER, Ein Geisteskranker als Künstler, 84.

dessen Gesetz auch ein Raffael und ein Hodler malten.⁵⁷⁸ Die These über den regelhaften Ursprung von Wölfli's Kreativität setzte sich gegenüber individualistischer ausgerichteten Kreativitätstheorien nicht durch. Die zeitgenössische Forschung zu Wölfli geht davon aus, dass seiner Kunst keine Regelmäßigkeit eingeschrieben ist und sich Wölfli ganz einfach der vernünftig-weltlichen Ordnung bediente – des Alphabets, der Tonleiter, der Bibel, der Volkslieder, der Zeitungen –, um daraus eine ihm eigene Ordnung herzustellen.⁵⁷⁹

Dennoch leistete Morgenthalers Arbeit in zweierlei Hinsicht einen grundlegenden Beitrag zur Relativierung und Ausweitung des Kunstbegriffs und damit zur Universalisierung des künstlerischen Subjekts und der Anerkennung der Gleichwertigkeit aller Kunst. Dieser Beitrag liegt erstens in der Anerkennung, dass auch psychisch kranke Menschen über kreative Fähigkeiten verfügen und ihnen damit dieselbe Subjektposition als schöpferische, zum persönlichen Ausdruck fähige Menschen zukommt. Mit dieser Annahme einher geht die Zuschreibung einer Werthaftigkeit psychisch kranker Menschen, die ihnen über lange Zeit vorenthalten wurde. Und zweitens die daraus gezogene Folgerung Morgenthalers, wonach die künstlerischen Arbeiten der als psychisch krank internierten Menschen als gleichwertig mit den Kunstwerken *normaler* Künstlerinnen und Künstler betrachtet werden können. Beide Annahmen reihen sich in eine Entwicklung ein, die letztlich zur Anerkennung der Gleichwertigkeit der Menschen und ihrer Kreativität, der Egalisierung des künstlerischen Schaffens unterschiedlichster Art und damit zur Ausweitung des Kunstbegriffs führte.⁵⁸⁰ Die Anerkennung einer jedem Menschen zukommenden Fähigkeit zur Kreativität und der Gleichwertigkeit der daraus entstehenden Kunstwerke bildet die Grundlage derjenigen gesellschaftlichen Werthaftigkeit der Kunst, der die Kunstfreiheit rechtliche Gewähr bietet.

Prinzorns «Bildnerei der Geisteskranken»

Eine ähnliche Entwicklung, wenn auch mit einem unterschiedlichen theoretischen Fundament, lässt sich in der Arbeit des Kunsthistorikers und Psychiaters Hans Prinzhorn beobachten. Ab 1919 begann Prinzhorn in Heidelberg mit dem Aufbau einer Sammlung psychopathologischer Kunst. Aus dem Ersten Weltkrieg zurückgekehrt, erhoffte er sich, in den Arbeiten der Patienten Formen der Selbstvergewisserung als Ausdruck des eigenen Erlebens zu finden. Prinzhorn richtete seine Aufmerksamkeit als Kunsthistoriker auf von der institutionalisierten Kunstwelt nicht als Kunst anerkannte Werke. Er legte damit seiner Disziplin ein Beispiel dafür vor, wie sich der Kunstbegriff verändern lässt. Der Anspruch seiner Studie war es, zu vermeiden, die Psychiatrie-

⁵⁷⁸ MORGENTHALER, Ein Geisteskranker als Künstler, 91. Adolf Wölfli gab ein mit dieser These rätzelndes dichterisches Zeugnis von sich: «Allgebrach: ? Ja was:: Was hat denn die zu bedeuten: Ach, wie schön: Ist d'r Föhn. Antwort. Die Allgebrach ist Musik: Ah, soh: All'rdings: Und zwahr für Jedes Instrumentnt», WÖLFLLI, «O Grad o/ooo Grad: Entbrannt von Liebes,=Flammen», 14.

⁵⁷⁹ WECHSLER, Wölfli und Walser, 207–210.

⁵⁸⁰ PALLMERT, Wölfli und Morgenthaler, 301 f., 309.

Kunst als eine «Spielart menschlicher Entäusserung»⁵⁸¹ in ein metaphysisches «Gesamtbild des Seins unter dem Begriffe eines ursprünglichen Gestaltungsdranges»⁵⁸² einzuordnen. Dennoch glaubte er «hinter der ästhetisch und kulturell zu bewertenden Schale des Gestaltungsvorgangs»⁵⁸³ einen «allgemein menschlichen Kernvorgang»⁵⁸⁴ erkennen zu können. Prinzhorn entwickelte damit eine These, die die Fähigkeit, künstlerisch tätig zu sein, als etwas Allgemeinmenschliches und folglich grundsätzlich jedem Menschen Offenstehendes erfasst. Er entfernte sich damit entscheidend von der über lange Zeit dominanten Genieästhetik, die diese Fähigkeit nur auserwählten Personen zuschrieb. Mit dieser Ausweitung ist zugleich eine grundlegende Umwertung des künstlerischen Schaffens und der menschlichen Kreativität verbunden. Prinzorns Arbeit stiess im Übrigen auf grosses Interesse bei Vertretern des Surrealismus. So war beispielsweise André Breton von den dargestellten Arbeiten fasziniert und entnahm ihnen Anstösse für seine eigene künstlerische Praxis.⁵⁸⁵

Politisierung der Hierarchie im 19. und 20. Jahrhundert

Ungeachtet dieser Entwicklungen in der Psychiatrie und ihrer Rezeption in der avantgardistischen Kunst verfestigte sich in den 1930er-Jahren unter dem Schlagwort der *Entartung* die Negation moderner Kunst. Werke aus der Sammlung Prinzorns zirkulierten in der von den Nationalsozialisten organisierten Wanderausstellung *Entartete Kunst*. Einige der von Prinzhorn in seinem Werk dargestellten Patienten fanden als «leere Menschenhülsen» in Euthanasieprogrammen des Dritten Reichs den Tod.⁵⁸⁶

Der Ausschluss moderner Kunst als *entartet*, *abnormal* oder *krank* war keine Erfindung der Nationalsozialisten, sondern fand bereits im 19. Jahrhundert mit dem Anti-Modernismus einen prägnanten Ausdruck. Er richtete sich gegen die *Entfremdung* der Kunst von dem in den Akademien vermittelten klassisch-repräsentativen Kunstverständnis. Der Streit um die moderne Kunst beschränkte sich nicht auf die Kunstinstitutionen, sondern wurde auch auf politischer Ebene ausgetragen. So vertrat Kaiser Wilhelm II. ein konservatives Kunstverständnis, in dem er die ästhetische Idealisierung der Kunst mit einem völkisch-hierarchischen Kulturverständnis verband. Exemplarisch ist die in diesem Zusammenhang oft zitierte Rede des Kaisers zur Einweihung des Denkmals der Siegesallee 1901 in Berlin.

«Mit dem viel missbrauchten Worte «Freiheit» und unter seiner Flagge verfällt man gar oft in Grenzenlosigkeit, Schrankenlosigkeit, Selbstüberhebung. Wer sich aber von dem Gesetz der Schönheit und dem Gefühl für Ästhetik und Harmonie, die jedes Menschen Brust fühlt, ob er sie auch nicht ausdrücken kann, loslöst und in Gedanken in einer be-

581 PRINZHORN, Bildneri der Geisteskranken, VIII.

582 PRINZHORN, Bildneri der Geisteskranken, VIII.

583 PRINZHORN, Bildneri der Geisteskranken, VIII.

584 PRINZHORN, Bildneri der Geisteskranken, VIII.

585 RÖSKE/BEYME, Surrealismus und Wahnsinn.

586 PALLMERT, Wölflü und Morgenthaler, 304–309.

sonderen Richtung, einer bestimmten Lösung mehr technischer Aufgaben die Hauptsache erblickt, der versündigt sich an den Urquellen der Kunst. Aber noch mehr: Die Kunst soll mithelfen, erzieherisch auf das Volk einzuwirken, sie soll auch den unteren Ständen nach harter Mühe und Arbeit die Möglichkeit geben, sich an den Idealen wieder aufzurichten. Uns, dem deutschen Volke, sind die grossen Ideale zu dauernden Gütern geworden, während sie anderen Völkern mehr oder weniger verlorengegangen sind. Es bleibt nur das deutsche Volk übrig, das an erster Stelle berufen ist, diese grossen Ideen zu hüten, zu pflegen, fortzusetzen, und zu diesen Idealen gehört, dass wir den arbeitenden, sich abmühenden Klassen die Möglichkeit geben, sich an dem Schönen zu erheben und sich aus ihren sonstigen Gedankenkreisen heraus- und emporzuarbeiten.»⁵⁸⁷

Dieses kulturalistisch-völkische Kunstverständnis wirkte sich für davon abweichende Kunstschaffende in Form einer rigiden Zensur, der Verweigerung von Förderleistungen und der konsequenten Nichtbeachtung bei offiziellen Ausstellungen und Wettbewerben aus.⁵⁸⁸ Gegen Ende des 19. Jahrhunderts vermischten sich kulturalistisch-idealistische und medizinische Ansätze in der Diffamierung moderner Kunst. Der Begriff *Entartung* fand zu diesem Zeitpunkt verbreitet im Rahmen einer hierarchisch strukturierten Rassenbiologie Verwendung. Er bezeichnete in diesem Kontext die von einer biologischen, sozialen und kulturellen Norm abweichende Lebensform einzelner Personen oder Gruppen.⁵⁸⁹ Der jüdische Autor Max Nordau übertrug den Begriff der *Entartung* erstmals auf die Kunst. Er vertrat die Ansicht, dass eine sorgfältige Untersuchung der Urheber moderner Kunst «fast bei allen unzweifelhaft degenerierte Verwandte und ein oder mehrere Stigmate»⁵⁹⁰ hervorbringen würde.

Daran anknüpfend vertrat die Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei (NSDAP) die Vorstellung einer geordneten, gesunden, arteigenen Kunst. Von diesem Ideal abweichende Kunstrichtungen wurden als Ausdruck von politischem Chaos und gesellschaftlicher Krankheit gesehen und als *undeutsch* und *entartet* entwertet. Das Verbot entarteter Kunst im Dritten Reich forderte die Vernichtung aller Kunst, die nicht diesem Ideal entsprach. Mit der Bücherverbrennung und der Entfernung *entarteter* Kunst aus den staatlichen Museen setzte die NSDAP ihre Kunstpolitik in die Tat um. Die *Gleichschaltung* der Kunst bedeutete, dass das politische Bekenntnis zum Hitler-Regime, der Nachweis einer *arischen* Abstammung und die Mitgliedschaft in der Reichskammer der bildenden Künste für alle Künstlerinnen und Künstler Voraussetzungen waren, um überhaupt noch öffentlich ausstellen zu können. Juden mussten sich aufgrund der Reichsfluchtsteuer und der Schwierigkeiten, die der Transport der Bilder bei einer Flucht mit sich brachte, von ihren Kunstwerken trennen. Das Verbot, entartete Kunst herzustellen, auszustellen oder zu kaufen, zerstörte die Lebensgrundlage der Kunstschaffenden. Die Nationalsozialisten besetzten Kunstakademien und

⁵⁸⁷ WILHELM II., «Die wahre Kunst» (18. Dezember 1901), in: Johann, Reden des Kaisers, 99–103.

⁵⁸⁸ Zur Zensur in der Kaiserzeit erste Hinweise bei BEISEL, Kunstfreiheitsgarantie, 13 f.; literarisch etwa bearbeitet bei KÜHSEL-HUSSEINI, Tschudi.

⁵⁸⁹ SPANKE, Moderne Meister – «Entartete» Kunst, 44.

⁵⁹⁰ NORDAU, Entartung, 529.

Kunstkommissionen mit Parteimitgliedern und gestalteten die Kunstförderung nach eigenem Geschmack aus.⁵⁹¹

Die Pathologisierung der Kunst und damit ihr Ausschluss von dem, was als vernünftig und gesund gilt, trifft nicht nur die Freiheit des künstlerischen Schaffens im Kern. Sie verneint sowohl die schöpferische Fähigkeit des Menschen als auch die Freiheit des Menschen, die im künstlerischen Ausdruck einen elementaren Ausdruck findet. Die Pathologisierung und Gleichschaltung der Kunst unter dem Nationalsozialismus fällt als grundrechtsprägende Unrechtserfahrung bei der Konkretisierung der Kunstfreiheit als geschichtliches Fundament stets ins Gewicht.

Institutionalisierung der Gleichwertigkeit nach dem zweiten Weltkrieg

Nach dem Zweiten Weltkrieg begann eine behutsame Wiederaufnahme des Dialogs über die Universalität der Kunst. Ab 1945 sammelte etwa der französische Künstler Jean Dubuffet Werke von autodidaktischen Kunstschaffenden. Er glaubte mit der *Art brut* eine echtere und wahrere Kunst zu entdecken, die losgelöst von kulturellen Vorgaben die Kreativität der Menschen direkter zum Ausdruck bringt.⁵⁹² Im Jahr 1963 widmete Harald Szeemann der in Vergessenheit geratenen Sammlung Prinzhorns eine vielbeachtete Ausstellung in der Berner Kunsthalle.⁵⁹³ Die Kunstwerke von Patienten der Psychiatrie blieben für ihn ein wichtiger Bezugspunkt seiner kuratorischen Praxis. Er wollte damit die Psychiatrie-Kunst von einem Schaffensprozess, der ausserhalb der Gesellschaft und ihrer Kunstinstitutionen steht und gesondert von ihr als besondere Kunst begutachtet wird, zu einem in den Kunstbetrieb eingegliederten Gegenstand und folglich zu einem *normalen* Teil der Gesellschaft machen. Szeemann beabsichtigte die Gleichstellung und Integration der Aussenseiterkunst in und mit dem institutionalisierten Kunstschaffen.

Die Kunsttheorien der Nachkriegszeit haben sich ihrerseits mit einem entmystifizierenden und egalisierenden Ansatz darum bemüht, die Kunst auf der gleichen Ebene mit anderen Lebenserfahrungen und in ihrem wechselseitigen Verhältnis mit alltäg-

⁵⁹¹ Zur Kunst im Nationalsozialismus siehe die Arbeiten der Berliner Forschungsstelle *Entartete Kunst*, insbes. HÜNEKE, Kunst am Pranger; FLECKNER/STEINKAMP/ZIEGLER, Produktive Zerstörung; Fleckner, Angriff auf die Avantgarde. Erste Ansätze zur Kunst im Nationalsozialismus aus juristischer Sicht bei KÜSTER, Die verfassungsrechtliche Problematik der gesamtstaatlichen Kunst- und Kulturpflege in der BRD, 174–181; GRELL, Entartete Kunst.

⁵⁹² DUBUFFET, *L'art brut préféré*, 12: «Nous entendons par là [Art Brut] des ouvrages exécutés par des personnes indemnes de culture artistiques, dans lesquels donc le mimétisme, contrairement à ce qui se passe chez les intellectuels, ait peu ou pas de part, de sorte que leurs auteurs y tirent tout (sujets, choix des matériaux mis en œuvre, moyens de transposition, rythmes, façons d'écritures, etc.) de leur propre fond et non pas des poncifs de l'art classique ou de l'art à la mode. Nous y assistons à l'opération artistique toute pure, brute, réinventée dans l'entier de toutes ses phases par son auteur, à partir seulement de ses propres impulsions. De l'art donc où se manifeste la seule fonction de l'invention». Zur Art Brut: FOL, From Art Brut to Art without Boundaries; DIES., *L'Art brut en question*.

⁵⁹³ KUNSTHALLE BERN, Bildneri der Geisteskranken.

lichen Handlungsformen zu situieren.⁵⁹⁴ Die Ästhetik gab die idealisierten Wertungen der Genieästhetik auf. Mit diesem Paradigmenwechsel gestand man jedem Menschen das Potenzial zu, künstlerisch tätig zu sein. Die verschiedenen Kunstrichtungen trugen das ihrige dazu bei, die Genialität des Künstlers zu entmystifizieren. So arbeiteten die Surrealisten mit Kreativitätstechniken wie der *écriture automatique*. Die Dadaisten stellten Gebrauchsobjekte und aus Papierschnipseln zusammengeklebte Werke aus, mit denen sie sich den Erwartungen an die Verbindung der Kunst mit aussergewöhnlichen künstlerischen Fertigkeiten entzogen. Die Konzeptkunst entzog sich endgültig jeglichen Vorstellungen einer mysteriösen Genialität, indem sie Kunst nach selbstgesetzten Regeln erstellte. Und Kunstschulen verschrieben sich dem Paradigma, dass Kunst machen erlernbar ist und Künstlerinnen und Künstler – mögen sie noch so begabt sein – ausgebildet werden.⁵⁹⁵

Aus dem einengenden Mantel der Genieästhetik herausgelöst, finden sich mit Vorbehalt bereits in Immanuel Kants Texten zur Kunst Gedanken, die in der Folgezeit die Egalisierung des schöpferischen Menschen begründeten. Es ist dies die Anerkennung einer den Menschen inhärenten Einzigartigkeit und Selbstzweckhaftigkeit, wonach Menschen als vernünftige Wesen fähig sind, sich selbst beliebige Zwecke zu setzen.⁵⁹⁶ Löst man die Aussage Kants zum künstlerischen Schaffen aus ihrer Verknüpfung mit dem Geniegedanken – soweit das überhaupt möglich ist, ohne die Lektüre ins Unverkennbare zu treiben –, bleibt als Kern der Gedanke einer letztlich nicht erklärbaren Einzigartigkeit der künstlerischen Schöpfung und damit der Kreativität jedes einzelnen Menschen. Für Kant tragen gerade Kunst und Wissenschaft dadurch, dass sich der Mensch in ihnen allgemein mitteilen kann, zu dieser in der Selbstgestaltung liegenden Freiheit des Menschen bei. Kunst ist dann Ausdruck der jeweiligen Person und infolgedessen immer wieder anders in ihrer Erscheinung.

c) Existentialistische Theoretisierung in der Nachkriegszeit

Giacomettis Kunst als Referenzpunkt

Der Erste und der Zweite Weltkrieg sollten sich nachhaltig auf die Kunst und die Kunsttheorien des 20. Jahrhunderts auswirken. Die im Anschluss an den Zweiten Weltkrieg entwickelten existentialistischen Theorien zur Verletzlichkeit des Menschen entstanden zeitgleich zur Entdeckung und Fortentwicklung der Menschenwürde als Rechtsfigur des Verfassungsrechts. Exemplarisch für den gesellschaftsweiten Diskurs der Nachkriegszeit über die Verletzlichkeit der Menschen und den Schutz der Menschenwürde steht die Kunst von Alberto Giacometti (1901–1966).⁵⁹⁷ Seine fragilen Figuren stehen als künstlerischer Referenzpunkt für den mit der Menschenwürde nach dem

⁵⁹⁴ MENKE, Souveränität der Kunst, 11; BERTRAM, Kunst als menschliche Praxis, 68 f.

⁵⁹⁵ RECKWITZ, Erfindung der Kreativität, 63, 74.

⁵⁹⁶ KANT, Die drei Kritiken, 347–352.

⁵⁹⁷ Ausführlich MAHLMANN, Le Chariot.

zweiten Weltkrieg reaffirmierten Eigenwert eines jeden Menschens. Als sich Giacometti ab 1934 über bestehende Kategorien hinwegsetzte und nach einer anderen Formensprache für den Ausdruck seiner künstlerischen Anliegen zu suchen begann, kam es zum Bruch mit André Breton und den Surrealisten, welche in ihrem Kunstbegriff für eine solche Entwicklung keinen Raum liessen. 1935 begann Giacometti seine «Komposition mit Figuren». Es handelt sich um figürliche Plastiken, die er nicht als Nachbildung, sondern als imaginäres Bild verstand, die gleichzeitig einen greifbaren und einen unbetretbaren Raum schaffen. Giacometti befasste sich in seinen Skulpturen zeitlebens mit dem Menschen als zeichenhaftes Element und rang um eine Darstellung des Menschen in seiner existenziellen Bedrängnis und seiner Suche nach seinem Selbst und seiner Stellung in der Welt.

Theoretisierung bei Karl Jaspers

Die Bedeutung existentialistischer Theorien über die Kunst für das Verständnis der individuellen Schutzdimension der Kunstfreiheit und ihrer Verschränkung mit der Menschenwürde kommt im letzten Vorlesungszyklus von Karl Jaspers an der Universität Basel besonders nachdrücklich zum Ausdruck. Jaspers Ausführungen sollen deshalb an dieser Stelle stellvertretend für eine umfangreiche und heterogene gesellschaftliche Entwicklung stehen, die ideengeschichtlich sowohl der Menschenwürde und als auch der Kunstfreiheit zu Grunde liegt. Karl Jaspers befasst sich in seiner Vorlesung mit dem Bild des aufgeklärten Menschen, der durch seine aufgeklärte Verfassung im Moment der Selbstreflexion versteht, dass ihm weder die Welt im Ganzen noch er sich selbst Gegenstand werden kann, dass also die Welt und auch das Selbst immer mehr sind als das, was sich von ihm und der Welt erkennen lässt. Dem aufgeklärten Menschen wird damit erkenntlich, dass sich die Fragen danach, was der Mensch ist und was seine Erzeugnisse, Gedanken und Handlungen sind, worin seine Lebenspraxis besteht, nicht beantworten lassen, weil sich jede Kategorie aus dem Bestehenden herausbildet. Das Entstehende aber lässt sich nicht in bestehenden Kategorien erfassen, weil es sogleich über diese Kategorien hinausreicht. Einsichtig wird dann, dass jede Antwort nur ein Fragment, ein Splitter der Erkenntnis ist. Der Mensch wird sich selbst zur Frage, weil er erkennt, dass er sich selbst und die Welt nicht als Ganzes erfassen kann. Gleichsam begibt sich der Mensch auf die Suche nach Erkenntnis für seine Bedingung als Mensch und die Umstände und den Sinn seines Lebens. Für Jaspers finden sich Spuren dieser Suche nach Erkenntnis an den Grenzen der Erkenntnis in der *Mythologie*, in der *Philosophie* und in der *Kunst*, die er allesamt als *Chiffren* erfasst.⁵⁹⁸ *Chiffren* sind für Jaspers «nicht Erkenntnis von Etwas». Es sind auch nicht Zeichen, die deutbar sind. In ihnen ist dasjenige der menschlichen Existenz gegenwärtig, das an der Grenze der Erkenntnis und damit auch an der Grenze der Sprache und des Bildes liegt und auf keine andere Weise, schon gar nicht durch die Wissenschaft, gegenwärtig werden kann.⁵⁹⁹ *Chiffren*

⁵⁹⁸ JASPERS, *Chiffren*, 9, 12 f., 43–45.

⁵⁹⁹ JASPERS, *Chiffren*, 30 f., 41, 101.

können nicht die Antwort auf eine Frage sein, sondern immer nur einen Hinweis auf die Grenze der Erkenntnis und das menschliche Selbst geben.⁶⁰⁰ Für Jaspers liegt im Bewusstsein um die Grenzen der Erkenntnis sowohl die Befreiung des Menschen als auch die Grundfrage des sich auf der Suche nach der Form seiner persönlichen Freiheit befindenden Selbst. In seinen Ausführungen umkreist Jaspers die verschleierte, undurchdringliche menschliche Existenz, unter deren Befragung der Mensch nicht einfach dahinlebt, sondern zum suchenden, fragenden, denkenden, zweifelnden, gestaltenden und damit zum eigentlich freien – weil sich als Persönlichkeit vom Allgemeinen abhebenden –, entdeckenden Menschen wird. Für Jaspers ist gerade die Kunst in ihrer mit wissenschaftlichen Kategorien nicht zu fassenden Offenheit, in ihrer Tätigkeit als zweckloses Spiel und in ihrer Lebenspraxis als Selbstvergewisserung, ebenso wie als Ort der Ausbildung einer eigenen Persönlichkeit eine Chiffre, die den Menschen an die Grenzen der Erkenntnis und damit an die Frage nach dem Selbst heranzuführt. In dieser Distanz zu sich selbst erfährt der Mensch die Freiheit, in seiner Einzigartigkeit über alle bestehenden Kategorien und Vorstellungen des bisherigen Lebens hinauszuwachsen.⁶⁰¹

Eine literarische Verdoppelung der Gedanken Jaspers findet sich in Stefan Zweigs Novelle *Phantastische Nacht*. Es ist die Geschichte eines Menschen, der sich von seinen bisherigen Lebensgewohnheiten löst, sich von den Menschen und seinem Umfeld berühren lässt, das Leben beobachtet, ihm zuhört, sich ihm aussetzt und – versinnbildlicht in der Dauer einer Nacht – die ihm mit seinem Stand auferlegten gesellschaftlichen Normen überschreitet. Ein Mensch, der in der Überschreitung des Vorgegebenen entdeckt, dass er mehr ist, als das ihm von der Gesellschaft Aufgetragene, mehr als alles, was er bis anhin kannte. Losgelöst von seiner bisherigen Identität begegnet er sich als Mensch in seiner Einzigartigkeit, der sich dem Rätselhaften seiner eigenen Existenz öffnet.⁶⁰² Es erwacht ein Mensch, der im Austausch, in der Kommunikation mit Menschen und den schriftlichen Spuren ihrer Gedanken in Büchern um seine eigene Form und Gestalt ringt. Für Jaspers gehört genau das zum Menschsein, «im ständigen geistigen Ringen der heterogenen Ursprünge sich zu betreffen, sich zu treffen, nach Kräften in Kommunikation zu treten, aber ganz wesensverschiedene innere Lebenswege zu gehen». Deshalb gehört es für Jaspers zum menschlichen Dasein, «dass unter Menschen wir diese verschiedenen Möglichkeiten verwirklichen und uns dabei gegenseitig nicht beeinträchtigen, verachten dürfen»⁶⁰³.

⁶⁰⁰ JASPERS, Chiffren, 18.

⁶⁰¹ JASPERS, Chiffren, 15 f., 18: «Warum der Mensch keine endgültige Gestalt gewinnen kann? – denn das Wagnis seiner Freiheit muss ihn in der Zeit immer wieder scheitern lassen, immer von neuem zur Gestalt drängen und diese Gestalt sei es verlieren, sei es abwerfen.»

⁶⁰² ZWEIG, *Phantastische Nacht*, 92.

⁶⁰³ JASPERS, Chiffren, 98 f., 102–104.

Theoretisierung bei Richard Rorty

Die existentialistischen Thesen zur Bedeutung des künstlerischen Ausdrucks und seiner Offenheit finden in den Theorien der Postmoderne und des Dekonstruktivismus ebenso eine Fortentwicklung wie in stärker am Liberalismus orientierten Theorien. Mit den dekonstruktivistischen Theorien, beispielsweise von Jacques Derrida, wurde die Relativität akademischer oder anderweitiger Vorgaben an die Kunst und die Konstruiertheit künstlerischer Fremd- und Selbstverständnisse mit dem Begriff der *différance* noch deutlicher theoretisch herausgearbeitet.⁶⁰⁴ Eine im Zusammenhang mit der individuellen Schutzdimension der Kunstfreiheit interessante liberale Theorie findet sich bei Richard Rorty.⁶⁰⁵ Er erarbeitet einerseits eine These zur Kunst als offenes Spiel und thematisiert zugleich die anhaltende Werthaftigkeit dieses Spiels für den einzelnen Menschen und die Gesellschaft.

Richard Rorty beginnt sein Buch über die Kontingenz der Sprache mit einem Zitat von Milan Kundera, wonach diejenigen, die nicht lachen, Feinde der Kunst sind. Einer Kunst, «die als Echo auf Gottes Lachen entstanden ist und die diesen faszinierenden imaginären Raum zu schaffen vermochte, in dem niemand im Besitz der Wahrheit ist und jeder das Recht hat, verstanden zu werden»⁶⁰⁶. Für Rorty sind Dichter Menschen, die nicht besser, sondern anders sprechen und den Versuch wagen, etwas zu erzählen, das vorher auf diese Weise noch nicht zur Sprache gebracht worden ist. Er greift damit Nietzsches Idee von Sprache als «bewegliches Heer von Metaphern» auf. Metaphern, die, immer wieder verändert, Verwendung finden und dadurch die Sprache und die sprachlich gestalteten Erzählungen neu erfinden. Für Rorty scheitern wir dann als Menschen, wenn wir nicht mehr unsere eigenen Geschichten erzählen, sondern die Erzählungen ohne Veränderung akzeptieren, die ein anderer über uns und für uns in seiner eigenen Sprache spricht. In einem vergleichbaren Sinn lässt sich mit Giorgio Agamben im schöpferischen Entscheid, etwas zu schreiben oder nicht zu schreiben, die Bedingung der menschlichen Freiheit erkennen.⁶⁰⁷ Die so verstandene Kunst bedeutet, dass sowohl die Vorstellung, dass in der Kunst die Freiheit einen Ausdruck findet, als auch die Verbindung der Kunst zu einer metaphysischen Quelle des Ursprungs zugunsten von Vielfalt und Kontingenz fallen gelassen wird. An die Stelle der Vorstellung einer bestimmten Form der Freiheit tritt mit der Würdigung der Kontingenz aller Ausdrucksformen eine neue Definition von Freiheit als aus unterschiedlichsten Fäden gewobenes Netz, mit dem sich jedes neue Kunstwerk als gesponnener Faden verknüpft.

⁶⁰⁴ DERRIDA, Grammatologie.

⁶⁰⁵ RORTY, Kontingenz, Ironie und Solidarität. Die Grundzüge dieses Abschnitts wurden erstmals veröffentlicht in RÜEGGER, Eine Geschichte zu erzählen.

⁶⁰⁶ MILAN KUNDERA, Die Kunst des Romans, zit. aus RORTY, Kontingenz, Ironie und Solidarität, 7; sinngemäss der Begründungsansatz zum Schutz von künstlerischen Äusserungen bei GARTON ASH, Free Speech, 244.

⁶⁰⁷ AGAMBEN, Bartleby, 53; zur Bedeutung der Kreativität für die gesellschaftliche Ordnung auch DERS., Creation and Anarchy.

In der Kunst ist alles möglich, sie hat die Illusion einer geordneten Potenz und eines an Freiheit orientierten Ideals abgelegt.

d) Verankerung im Verfassungsrecht

Verankerung in der Menschenwürdegarantie

Diese spezifische Haltung zum Menschsein, dass man sich vom Menschsein und also auch von den von Menschen geschaffenen Werken kein feststehendes Bild machen soll, ist in den Verfassungsordnungen der Nachkriegszeit in der Formel der Menschenwürde verankert. Die Menschenwürdegarantie gewährleistet die fortwährende Offenheit der menschlichen Existenz. Das Bundesgericht hat die Menschenwürde entsprechend umschrieben als «das letztlich nicht fassbare Eigentliche des Menschen und der Menschen»⁶⁰⁸. Die *Menschenwürde* – das heisst: was als Eigenwert des Individuums anerkannt und geschützt wird – entzieht sich einer abschliessenden Definition. Sie ist «unter Mitbeachtung kollektiver Anschauungen»⁶⁰⁹ auf die «Anerkennung des Einzelnen in seiner eigenen Werthaftigkeit und individuellen Einzig- und allfälligen Andersartigkeit»⁶¹⁰ ausgerichtet. Die Bestimmung verpflichtet zu einer inhaltlichen Offenheit gegenüber «all den denkbaren Erscheinungsformen»⁶¹¹ menschlicher Lebensweisen. Das Bundesgericht hat sich damit zu einer Wertordnung bekannt, die es sich zur Aufgabe macht, den Eigenwert des Individuums sicherzustellen.⁶¹²

Mit Art. 7 BV hat der Verfassungsgeber die Menschenwürde sowohl als Verfassungsprinzip als auch als subsidiäres Grundrecht positiviert. Als Verfassungsprinzip ist die Menschenwürde im staatlichen Handeln als Leitsatz ganz allgemein zu achten und zu schützen. Die Menschenwürde ist zugleich Grundlage der Freiheitsrechte, Richtlinie ihrer Auslegung und subsidiäres Auffanggrundrecht.⁶¹³ Der zivilrechtliche und der verfassungsrechtliche Persönlichkeitsschutz haben damit im Schutz des Eigenwerts des einzelnen Menschen denselben normativen Bezugspunkt. Gemeinsam bilden sie das rechtlich vielschichtige Geflecht des Persönlichkeitsrechts, in dem der umfassende Schutz aller Aspekte der Persönlichkeit als eigentliches Ziel der Rechtsordnung verankert ist. Die Menschenwürde bildet gemeinsam mit der persönlichen Freiheit das Fundament des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes. Die beiden Bestimmungen bilden den Kern jedes Grundrechts und der verschiedenen Facetten des Persönlichkeits-

⁶⁰⁸ BGE 127 I 6 E. 5.b; in konstanter Rechtsprechung bestätigt, siehe bswe BGE 132 I 49 E. 5.1; BGE 143 IV 77 E. 4.1.

⁶⁰⁹ BGE 127 I 6 E. 5.b.

⁶¹⁰ BGE 127 I 6 E. 5.b.

⁶¹¹ BGE 127 I 6 E. 5.b.

⁶¹² Siehe bswe BGE 97 I 45 E. 3 (Malen in Untersuchungshaft); BGE 115 Ia 234 E. 10.b (Fortpflanzungsmedizin); BGE 121 I 367 E. 2.b (Recht auf Existenzsicherung); BGE 127 I 6 E. 5.b (Zwangsmedikation); BGE 143 IV 77 E. 4.1.

⁶¹³ BGE 127 I 6 E. 5.b.

schutzes.⁶¹⁴ Diese rechtliche Anerkennung einer individuellen Werthaftigkeit kommt in der Formulierung von Peter Saladin anschaulich zum Ausdruck:

«Grundrechte gewährleisten die Grundidee des Eigenwerts der Person und der umfassenden Gewährleistung der persönlichen Freiheit, der essentiellen menschlichen Fähigkeiten und ihrer Entfaltung in ihrer gesamten körperlichen, intellektuellen, emotionalen, kommunikativen und kulturellen Vielschichtigkeit. Es ist eine Rechtsordnung, die das Personsein nicht nur achtet, sondern auch schützt und zu seiner freien Entfaltung beiträgt.»⁶¹⁵

Die Kunstfreiheit gewährleistet den Schutz der Menschen als kreative, selbstreflexive Subjekte, die sich mittels künstlerischer Reflexion selbst als Persönlichkeit erfahren. Diese Bedeutung besteht nicht nur für die diese Kunst aus sich hervorbringende Person, sondern auch für diejenigen, die in Kommunikation mit der so erschaffenen Kunst treten und aus diesem Dialog für sich selbst auf der Suche nach reflexiver Distanz zum eigenen Sein Erfahrungen gewinnen.⁶¹⁶ Die Anerkennung der Offenheit und Veränderbarkeit des kreativen, selbstreflexiven, sich selbst und die Gesellschaft transzendierenden Menschen erfordert von den Behörden und Gerichten eine entsprechende Haltung in der Begegnung mit der Kunst. Sie müssen einerseits der Kunst und den Kunstschaffenden zuhören, sich um ein zeitgemässes Kunstverständnis bemühen und sich andererseits inhaltlicher Wertungen enthalten.⁶¹⁷ Was dies im Einzelfall konkret bedeutet, ist in den nachfolgenden Kapiteln thematisiert.

Verankerung im Grundrecht der persönlichen Freiheit

Ein weiteres Bekenntnis zum Schutz der Menschenwürde und des Eigenwerts des Individuums findet sich in der *persönlichen Freiheit* von Art. 10 Abs. 2 BV. Wie die Menschenwürde ist auch die persönliche Freiheit ein Individualrecht und ein verfassungsrechtlicher Grundsatz.⁶¹⁸ Als Grundrecht schützt sie sowohl körperliche als auch ideelle Aspekte des menschlichen Lebens. Sie gewährleistet die körperliche Unversehrtheit und die Bewegungsfreiheit ebenso wie die Freiheit, eine Situation selbstbestimmt zu würdigen.⁶¹⁹ Entsprechend hat das Bundesgericht den Gewerkschaftszwang⁶²⁰ oder

⁶¹⁴ Zur persönlichen Freiheit als Grundlage aller Grundrechte BGE 88 I 272; BGE 90 I 293 E. 3.a.

⁶¹⁵ SALADIN, Grundrechte im Wandel, 298, 306; in der Rechtsprechung ausführlich bereits früh insbes. BGE 90 I 29 E. 3 (Castella).

⁶¹⁶ Ebenso MAHLMANN, Garantie der Menschenwürde, 1307, 1312–1314.

⁶¹⁷ Mit dem grundrechtlichen Kunstbegriff nicht zu vereinbaren ist deshalb bswa ein Urteil des Bundesgerichts von 1970 zur Gestaltung eines Grabmals (BGE 96 I 104). Das Friedhofamt wertete die Grabskulptur eines Bildhauers als «banale Gartenplastik», die «nicht naturalistisch, sondern stilisiert» ist und «wegen ihrer kleinen Ausmasse und der weiblichen Formgebung» nicht zu den übrigen Denkmälern auf dem gleichen Grabfeld passt (B). Das Bundesgericht attestierte dem Grabmal kaum zu übersehende künstlerische Mängel und bezeichnete die Bronze als «Fehlleistung», die als «minderwertiges Werk» im Bereich «besonders guter Grabmäler» besonders störe (E. 2).

⁶¹⁸ BGE 90 I 36 E. 3.

⁶¹⁹ BGE 90 I 36; BGE 89 I 98; BGE 95 I 359; BGE 96 I 107.

⁶²⁰ BGE 40 I 272, 280 f.

die Verpflichtung zur Blutentnahme für einen Vaterschaftstest⁶²¹ ebenso als Verletzung der persönlichen Freiheit zurückgewiesen, wie es die Verfügungsmacht des Lebenden über das Schicksal seines Körpers nach dem Tod als Ausdruck persönlicher Anschauungen⁶²² oder die Möglichkeit, sich als Bettler hilfeschend an Dritte zu wenden⁶²³, geschützt hat.

Die persönliche Freiheit umfasst Meinungsäußerungen jeder Form als Ausdruck der subjektiven geistigen Freiheit eines Menschen und der Würde des denkenden Menschen in seinen persönlichen und sozialen Bezügen.⁶²⁴ Giacometti sprach von der Meinungsäußerung als «unmittelbare Ausstrahlung der Denkfreiheit und der Freiheit des künstlerischen Ausdrucks nach aussen»⁶²⁵. Die persönliche Freiheit schützt neben der körperlichen und geistigen Integrität die *freie Wahl der Tätigkeit*.⁶²⁶ Das Recht auf freie Beschäftigung umfasst auch künstlerische Tätigkeiten. In einer freiheitlichen Rechtsordnung dürfen Menschen nicht ohne weitere Rechtfertigung zu einer bestimmten beruflichen oder anderweitigen Beschäftigung gezwungen werden, sofern sie nicht mehr schulpflichtig sind und ihren Lebensunterhalt selbst bestreiten. Es ist unerheblich, ob die Tätigkeit von der Gesellschaft als wertvoll oder unnützlich, als Erwerbstätigkeit oder als blosser Zeitvertreib eingeschätzt wird.⁶²⁷ Die persönliche Freiheit schützt also ganz grundlegend das Recht auf *Selbstentfaltung* und *individuelle Lebensgestaltung*, wozu auch künstlerische Tätigkeiten gehören.

Gleichwertigkeit und Zweckfreiheit der Kunst

Neben der Gleichwertigkeit der Kunst folgt aus der Verankerung der Kunstfreiheit in der Menschenwürde auch die Zweckfreiheit der Kunst. Das durch die Menschenwürde geschützte Subjekt entscheidet selbst über den Zweck seiner Handlungen und kann in seinen Handlungen niemals Objekt für einen vorgegebenen Zweck sein. Das bedeutet auch, dass der grundrechtliche Schutz der Kunst nicht von einem intern oder extern der Kunst aufgetragenen Sinn oder Zweck abhängig gemacht werden darf. Die Kunstfreiheit räumt der Kunst die Freiheit ein, sich ihre Zwecke selbst zu setzen. Kunst muss nicht etwas wollen oder bedeuten, um grundrechtlich geschützt zu sein. Die Kunstfreiheit schützt Kunst, die der *l'art pour l'art* verpflichtet ist, ebenso wie Kunst, die einen ausdrücklich politischen, individualistischen oder religiösen Zweck verfolgt. Die «Würde der Menschen in der Kunst»⁶²⁸ verbietet es, der Kunst ein jenseits der von ihr selbst gesetzten Zwecke liegendes Engagement aufzuzwingen. Das gilt besonders auch

⁶²¹ BGE 89 I 92 E. 4.

⁶²² BGE 45 I 119 E. 6 (133).

⁶²³ BGE 134 I 214 E. 5.3.

⁶²⁴ RIDDER, *Meinungsfreiheit*, 243, 246.

⁶²⁵ FLEINER/GIACOMETTI, *Bundesstaatsrecht* (1949), 364; ebenfalls zit. bei RIDDER, *Meinungsfreiheit*, 248.

⁶²⁶ BGE 90 I 36 E. 4.

⁶²⁷ BGE 90 I 36 E. 4.

⁶²⁸ RIDDER, *Freiheit der Kunst*, 22 f.; ebenso F. MÜLLER, *Freiheit der Kunst*, 73 f.

dort, wo die Kunst auf Förderung angewiesen ist. Jeder inhaltsbestimmende Staatsdirigismus steht im Widerspruch zum Kerngehalt der Kunstfreiheit. Auf diesen Aspekt ist in der Kulturförderung (siehe Teil III) noch zurückzukommen, insofern die staatliche Kunstförderung ihre Leistungen wiederholt von einer Verpflichtung zum Dienst an staatlichen Zwecken abhängig macht, insbesondere mit der Verpflichtung zur Ausrichtung der Werke an einer vorgebenden Staatskultur, für repräsentative Aktivitäten zugunsten des Staates oder als Standort- und Wirtschaftsfaktor.

3.3 Zusammenfassung

Schutz der künstlerischen Persönlichkeitsentfaltung

In ihrer individuellen Schutzdimension gewährleistet die Kunstfreiheit die künstlerische Persönlichkeitsentfaltung jedes einzelnen Menschen. Die Kunstfreiheit stützt sich auf die in den verschiedensten Kunsttheorien präsente These, wonach Menschen in und mit der Kunst ihre Persönlichkeit in individualisierter Form für sich selbst erfahren und zur Welt hin öffnen. Im künstlerischen Ausdruck teilen sich Menschen in der ihnen eigenen und zugleich auch mit gesellschaftlichen Praktiken verschränkten Weise mit. In der Masse, in der der Mensch in der Kunst seine eigenen Möglichkeiten des Tuns, des Herstellens und des Seins erprobt und mit ihnen über die bestehenden Kategorien hinauswächst, erfährt er sich selbst in seiner persönlichen Freiheit. In und durch die Kunst materialisieren sich Gedanken zur eigenen Persönlichkeit und verschaffen sich Menschen Orientierung über die gesellschaftlichen und politischen Bedingungen ihrer Lebenswelt.

Kunstschaffende und -betrachtende erleben in der Begegnung mit Kunst ihre persönliche Erkenntnisfähigkeit, finden Orientierung und bilden ihre eigene Identität aus. Kunst vermittelt grundlegende Erfahrungen, die die menschliche Erkenntnis erweitern und verändern. Kunst vermag das alltäglich-ritualisierte Verstehen zu irritieren und zu erweitern. Sie sensibilisiert die Wahrnehmung derjenigen Menschen, die ihr in den zeitgenössischen ästhetischen Praktiken Aufmerksamkeit schenken. Kunst erweitert die Wahrnehmung, indem sie etwa eine fiktionale Realität konstruiert, anhand derer sich die reale Realität von einem veränderten Standpunkt aus beobachten lässt. Kunst vermag uns, wenn wir uns ihr hingeben, das Leben, die Welt, die anderen und uns selbst auf eine bis anhin unbekannt Weise näherzubringen, uns neue Impulse für das Nachdenken und unsere eigene kreative Freiheit zu geben, ohne dabei vollständig erfassen zu müssen, wie uns geschieht.

Gleichwertigkeit und Zweckfreiheit der Kunst

In den vergangenen Jahrzehnten wurden hierarchische Vorstellungen der Kunst zugunsten einer Universalisierung künstlerischer Fähigkeiten fallen gelassen. Die Aufnahme der Psychiatriekunst in den Kanon der Kunst ist ein illustratives Beispiel für die Zurückweisung des Geniebegriffs und die Ausdifferenzierung einer Vorstellung von Gleichwertigkeit in der Kunst. Die Universalisierung eines offenen Kunstbegriffs, der

dem künstlerischen Ausdruck eines jeden Menschen Wertschätzung entgegenbringt, ist rechtlich im Persönlichkeitsrecht verankert. Sowohl der zivilrechtliche als auch der verfassungsrechtliche Persönlichkeitsschutz würdigen den künstlerischen Ausdruck eines jeden Menschen in seiner je eigenen Weise. Mit der Menschenwürde verankert die Bundesverfassung ein rechtliches Konzept, das jeder Ontologisierung oder Hierarchisierung der Menschen rechtliche Gutheissung versagt und vielmehr den Myriaden von Lebens- und Ausdrucksformen und ihrer ständigen Veränderung auf unerwartete Weise rechtlichen Schutz zusagt. Dass der Mensch in der Kunst sich selbst zum Ausdruck bringt, die Welt an seiner Persönlichkeit Anteil nehmen lässt und sich dadurch selbst transzendiert, führt gedanklich zum grundrechtlich geschützten Kern der Kunstfreiheit als Konkretisierung der Menschenwürde. Sich von Künstlerinnen und Künstlern und von ihrer Kunst kein festes Bild zu machen und folglich weder den Schutz der Kunst noch ihre Grenzen, noch den Inhalt dieser Kunst durch einen voreingekommenen Begriff von dem, was sie ist und sein kann, vorauszusetzen, ist der Kern der rechtlich gewährleisteten Freiheit der Kunst.

Kunst als individuelle und gesellschaftliche Praxis

Die individuelle Schutzdimension der Kunstfreiheit setzt einen starken Akzent auf das Individuum, die Kunst als Ausdruck der persönlichen Freiheit. Es wäre indessen verkürzt, die Kunst als Ausdruck eines isoliert arbeitenden Menschen zu verstehen. Kunst ist auf unterschiedliche Weise in zwischenmenschliche und gesellschaftliche Bezüge eingebettet und entsteht im Dialog mit der Gesellschaft. Der Schutzzweck der Kunstfreiheit erfasst neben der individuellen Dimension künstlerischen Schaffens auch deren gesellschaftliche Bezüge und Voraussetzungen. Der nachfolgende Abschnitt widmet sich diesem relativen Aspekt der Kunstfreiheit.

4 Kulturelle Vielfalt

Der Schutzzweck der Kunstfreiheit besteht aus einer *individuellen*, einer *gesellschaftlichen* und einer *politischen* Dimension. Der vorhergehende Abschnitt befasste sich mit der individuellen Schutzdimension der Kunstfreiheit als Garantin der *freien Entfaltung der Persönlichkeit*. In diesem Teil geht es um die gesellschaftliche Schutzdimension der Kunstfreiheit als Bedingung *kultureller Vielfalt*. Ausgangspunkt ist die Annahme, dass Kunst im Dialog mit anderen Menschen und eingebunden in gesellschaftliche Praktiken entsteht. Kunst und Kultur sind *verschränkt* zu denken. Kunst ist sowohl *Ausdruck* als auch *Bedingung* von Kultur. Eine freie Kunst erzeugt vielfältige Formen des künstlerischen Ausdrucks und trägt so zur kulturellen Vielfalt der Gesellschaft bei. Kulturelle Vielfalt ist zugleich eine Bedingung dafür, dass vielfältige Kunst entsteht.

Um die gesellschaftliche Schutzdimension der Kunstfreiheit und die Bedeutung von kultureller Vielfalt für die Kunst rechtlich angemessen zu erfassen, ist es hilfreich, sich in einem ersten Schritt ein skizzenhaftes Bild von der historischen Entwicklung der Kunst- und Kulturbegriffe in der Kunstpolitik zu erarbeiten. Die Konzeptionalisierung des künstlerischen Schaffensprozesses und der menschlichen Kreativität hat sich, wie

am Beispiel der Psychatriekunst aufgezeigt (siehe Teil II Kapitel I.3.2.a), im Verlauf der vergangenen zwei Jahrhunderte grundlegend geändert. Genauso verhält es sich in Bezug auf die gesellschaftliche Schutzdimension der Kunstfreiheit. Die Auffassungen über kulturelle Erzeugnisse haben sich insbesondere mit der gesellschaftlichen Öffnung in der Nachkriegsgeneration von einem dirigistischen zu einem offenen und an demokratischen Werten ausgerichteten Kunst- und Kulturverständnis gewandelt. Die Darstellung der historischen Entwicklung erlaubt es, den gegenwärtigen Stand der Rechtsdogmatik in einen breiteren Kontext einzubetten und damit weitere Impulse für die Konkretisierung der Kunstfreiheit zu geben (zum Verhältnis von Genese und Geltung vorne Teil I Kapitel I). Dabei ist für die kulturelle Dimension der Kunstfreiheit insbesondere die Zurückweisung jeglicher hierarchisierender oder kulturalisierender Kulturbegriffe und autoritärer oder dirigistischer kulturpolitischer Vorgaben relevant.

Die nachfolgenden Abschnitte skizzieren anhand punktueller Ereignisse in der Kulturpolitik des Bundesstaates das Bild einer paradigmatischen Veränderung in der Auffassung davon, welche Stellung der Kunst in der Gesellschaft zukommt. Ausgangspunkt bildet die Kulturpolitik der Helvetik. Sie war die erste, an republikanischen Idealen ausgerichtete und institutionell verankerte Form der Kulturpolitik auf dem Gebiet der heutigen Schweiz. Einen zweiten Referenzpunkt bildet die Kulturpolitik der geistigen Landesverteidigung. In ihr verschwimmen die Grenzen zum Kalten Krieg, der sich seinerseits weitreichender auf die Freiheit der Kunst ausgewirkt haben dürfte, als bis anhin angenommen. Als viertes Entwicklungsfenster fällt der Blick auf die sogenannte *Demokratisierung* der Kulturpolitik ab den 1970er-Jahren und damit auf die ersten offensichtlichen Bezugspunkte zwischen Kulturpolitik und Kunstfreiheit. Diese konzeptionelle Entwicklung ist in der gegenwärtigen Ausgestaltung der Kunst- und Kulturpolitik noch nicht abgeschlossen.

4.1 Demokratisierung von Kunst und Kultur

a) Geistige Wohlfahrt: Ansätze einer Kulturpolitik in der Helvetik

Helvetische Verfassung

Die den Kantonen mehrheitlich aufgezwungene Helvetische Verfassung wurde am 12. April 1798 in Aarau von den Gesandten angenommen.⁶²⁹ Sie basierte auf dem an der französischen Direktorialverfassung⁶³⁰ orientierten Verfassungsentwurf von Peter Ochs.⁶³¹ Die helvetische Verfassung war an den Grundsätzen einer repräsentativen De-

⁶²⁹ Verfassung der helvetischen Republik vom 12. April 1798, abgedruckt in: KÖLZ, Quellenbuch I, 126 ff.

⁶³⁰ Constitution du 5 fructidor an III, 22 août 1795 (Constitution directoriale), abgedruckt in: KÖLZ, Quellenbuch I, 79 ff.

⁶³¹ Plan d'une Constitution provisoire pour la République Helvétique ou Suisse von Peter Ochs (Januar 1798), abgedruckt in: KÖLZ, Quellenbuch I, 113 ff.; KOPP, Ochs, 122, 129; BÖNING, Freiheit und Gleichheit, 168–172.

mokratie ausgerichtet und stand damit in manifestem Kontrast zur Alten Ordnung auf dem Gebiet der heutigen Schweiz. Die liberal-demokratischen Ideen von Volkssouveränität, Freiheit und Gleichheit der Bürger und Abschaffung der Untertanenverhältnisse und Vorrechte der Herrschaften waren damit in der Helvetik zumindest auf dem Papier verwirklicht.⁶³²

Der vierte Artikel der Helvetischen Verfassung nennt die *Aufklärung* als Grundlage des öffentlichen Wohls in der Verfassung: «Die zwei Grundlagen des öffentlichen Wohls sind die Sicherheit und Aufklärung. Aufklärung ist besser als Reichthum und Pracht» (Art. 4). Die Verfassung gewährleistete die «natürliche Freiheit des Menschen» als «unveräusserlich»: «Sie hat keine anderen Grenzen als die Freiheit jedes andern und gesetzmässig erwiesene Absichten eines allgemein nothwendigen Vortheils» (Art. 5). Sie gewährleistete die «Gewissensfreiheit» als «uneingeschränkt», wobei aber «die öffentliche Aeusserung von Religionsmeinungen den Gesinnungen der Eintracht und des Friedens untergeordnet» war (Art. 6). Neben der Gewissensfreiheit gewährleistete die Verfassung die Pressefreiheit als «eine natürliche Folge des Rechtes, das jeder hat, Unterricht zu erhalten» (Art. 7).

Ministerium der schönen Künste

Auf organisatorischer Ebene institutionalisierte die Verfassung einen Minister «der Wissenschaften, schönen Künste, öffentlichen Gebäude, Brücken und Strassen» (Art. 84). Die Stelle wurde ab Mai 1798 von Philipp Albert Stapfer (1766–1840) besetzt.⁶³³ Stapfer stand mit seinem aufklärerischen Programm unter anderem für eine humanistisch begründete Förderung von Kultur im weitesten Sinne ein. Nach Stapfer sollte die repräsentative Verfassung den Menschen die Möglichkeit geben, sich voll zu entwickeln sowie Würde und politische Selbstbestimmung zu erlangen. Die Menschen, das «billige Volk», mussten indessen mittels Bildung und Kulturförderung erst dazu befähigt werden, diese Rolle eines Bürgers einzunehmen. Bildung und Kulturförderung waren für ihn entsprechend notwendige Staatszwecke.

«Dann erst, wann unsre ungebildeten Mitbürger sehen werden, dass ihre Veredlung und ihr Menschenwerth uns am Herzen liegen, dass wir sie gerne in allen Kenntnissen und Wissenschaften unterrichten [...]; wenn sie sehen, dass es uns nicht bloss daran gelegen ist, sie zu gehorsamen und ruhigen Untergebenen und zu tauglichen Werkzeugen der Regierung zu machen, sondern dass wir sie zur Selbstständigkeit zu erziehen, sie zum Selbstdenken, Selbsturtheilen, Selbsthandeln, zur Selbstachtung, kurz zum Genuss eben der Vorzüge emporheben zu suchen, welche den Gebildetsten unter uns wahre Unabhängigkeit und mit frohem Selbstgefühl echte Freiheit verschaffen, dann erst werden sie glauben, dass die Revolution nicht bloss ein von der Laune des Glücks herrührender

⁶³² ROHR, Stapfer, 96 f.; BÖNING, Freiheit und Gleichheit, 168 f.; TÖNDURY, Kultur, 177; RUFER, Actensammlung Band 16, 2. Siehe auch KLEY, Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 264.

⁶³³ Einen Überblick über die Akten zur helvetischen Kulturpolitik findet sich bei RUFER, Actensammlung Band 16, 131 ff.

Herrscherwechsel, sondern eine wahre Wiedergeburt des Staates, eine Veränderung ist, welche auf das allgemeine Beste und die Achtung gegen die Menschheit berechnet war.»⁶³⁴

Stapfer sah zur Verwirklichung seines aufgeklärt-humanistischen Programms eine breite Palette an Mitteln vor: Sein Bildungs- und Kulturprogramm umfasste die Gründung von Schulen, nationalen Instituten für die Schönen Künste und die Wissenschaften, Bibliotheken, Museen und Sammlungen. Ergänzend zur unentgeltlichen Schulbildung für alle, die «die Gleichheit der Rechte gegen die Ungleichheit der Mittel»⁶³⁵ sichern soll, erachtete Stapfer eine «gelehrte Bildung zur Erhaltung und Vervollkommnung der gesellschaftlichen Verhältnisse»⁶³⁶ als notwendig. Zu diesem Zweck sollte es eine höhere Schule geben, die neben Ärzten, Rechtsgelehrten und Ingenieuren auch «erfindungsreiche Künstler» ausbildet, die «den Staat aus der Verlegenheit durch neue Combinationen und passende Vorkehrungen ziehen»⁶³⁷. Die Pflege der Schönen Künste sollte zur Hebung des Geistes und der Vernunft und zur Bildung einer Nationalkultur beitragen. Bürgerliche Feste sollten die bestehenden religiösen und traditionellen Feste ergänzen und umdeuten. Architektur und Kunsthandwerk galten ihm als Masstab der Zivilisation und ihre Förderung als Zweck des Helvetischen Staates. Nach Stapfer bedurfte die «reelle Einführung» der modernen Verfassung einer «Erziehung zur Nation»⁶³⁸ und der Bildung einer schweizerischen Nationalkultur.⁶³⁹

Bureau für National-Cultur

Für die Umsetzung seines Programms gründete Stapfer das «Bureau für National-Cultur» («bureau d'esprit public»), das Heinrich Zschokke (1771–1848) von November 1798 bis Mai 1799 leitete. Das Bureau förderte die freie Presse, war selbst publizistisch tätig und rief kulturelle Gesellschaften ins Leben. Es veranstaltete im April 1799 die erste von öffentlicher Hand organisierte Kunstaussstellung in der Schweiz. Dabei betonte Zschokke jedoch, dass kulturelle Bestrebungen vom Volk selbst ausgehen und

⁶³⁴ Botschaft des Directoriums an die Räte betr. einen Plan zur Neugestaltung des Erziehungswesens vom 18. November 1798, abgedruckt in: STRICKLER, Actensammlung Band III, 603 f.; siehe dazu auch ROHR, Stapfer, 42, 67, 73; TÖNDURY, Kultur, 177; DAL MOLIN, Von der schwierigen Kunst, 37–41.

⁶³⁵ Botschaft Erziehungswesen, abgedruckt in: STRICKLER, Actensammlung Band III, 603 f. Zur Helvetik als Wende im schweizerischen Volksschulwesen und Ursprung neuer Vorstellungen von Erziehung und Unterricht in der Schule siehe BÜTIKOFER, Staat und Wissen; zu Stapfers Erziehungsreform ausführlich auch ROHR, Stapfer, 55–87.

⁶³⁶ Botschaft Erziehungswesen, abgedruckt in: STRICKLER, Actensammlung Band III, 603 f.

⁶³⁷ Botschaft Erziehungswesen, abgedruckt in: STRICKLER, Actensammlung Band III, 603 f.

⁶³⁸ Botschaft Erziehungswesen, abgedruckt in: STRICKLER, Actensammlung Band III, 604. Siehe auch ROHR, Stapfer, 65–68, 96, 110; TÖNDURY, Kultur, 177 f., 182 f., 184 f.

⁶³⁹ Zur Förderung eines nationalen Bewusstseins während und im Anschluss an die Helvetik mittels Mythologien, stereotypen Bildern der «Schweiz» und des «Schweizers», nationalen Festen, Symbolen, Zeremonien und Volksliedern siehe FREI, Nationalbewusstsein.

nicht zentralistisch diktiert werden sollten.⁶⁴⁰ Neben Zschokke sollte der Bildungsreformer Johann Heinrich Pestalozzi (1746–1827) als Redaktor des Helvetischen Volksblattes die aufgeklärte Haltung zur Kultur verbreiten. Pestalozzis Bildungsprogramm erklärte in Anlehnung an Jean-Jacques Rousseau⁶⁴¹ die «Vollendung» des Menschen zum Ziel der schulischen Bildung.⁶⁴² Mit Pestalozzi wurde Bildung zu einer Staatsaufgabe im Dienst der Bürger, das Schulwesen verstaatlicht und der Schulbesuch zur Pflicht erklärt. Stapfer gab Pestalozzi die Gelegenheit, sein Erziehungsprogramm ab Sommer 1799 auf Schloss Burgdorf auszuprobieren.⁶⁴³

Kultivierung des Menschen

Stapfer orientierte sich für sein Kulturprogramm an der kantischen Idee eines Staates, dessen Zweck es ist, die unabdingbaren Voraussetzungen für die Freiheit seiner Bürger zu schaffen. Für Kant ist der Staat diejenige Institution, die mit der zur Durchsetzung des vernünftigen Rechts notwendigen Zwangsbefugnis ausgestattet ist. Aufgabe des Rechts ist es demnach, die äussere Freiheit im Zusammenleben zu ermöglichen und Eingriffe in die Freiheit zu verhindern. Der Staat kann zur Sicherung der äusseren Freiheit im Zusammenleben all diejenigen Aufgaben wahrnehmen, die Bedingungen der Freiheit sind oder Einschränkungen der Freiheit verhindern oder aufheben. Dazu gehört auch die Bildung aufgeklärter Menschen und fähiger Bürger.⁶⁴⁴ Für Kant ist es die Kultur, die den Menschen dazu befähigt, sich von natürlichen Trieben und Zwängen zu emanzipieren. Es ist entsprechend nicht erstaunlich, dass er ähnlich wie Schiller und Rousseau die Ansicht vertrat, dass der Mensch, weil er «roh auf die Welt kommt», zur tatsächlichen Ausübung seiner schöpferischen Fähigkeiten und folglich seiner Freiheit der Bildung bedarf. Nur diese vermittelt ihm die zur Ausübung seiner Freiheit notwendigen grundlegenden Kenntnisse und Fertigkeiten. Kant geht im humanistischen Sinn noch weiter:

«Der Mensch kann nur Mensch werden durch Erziehung. Er ist nichts, als was die Erziehung aus ihm macht.»⁶⁴⁵

Der Mensch wird also «wirklich aufgeklärt»⁶⁴⁶. Er lernt zu denken, nicht bloss mechanisch zu folgen.⁶⁴⁷ Der Staat kann nach Kant Bildung finanzieren und dadurch die

⁶⁴⁰ ROHR, Stapfer, 99; TÖNDURY, Kultur, 183; KÖLZ, Verfassungsgeschichte I, 129–131.

⁶⁴¹ Siehe insbes. ROUSSEAU, Emile, in: Rousseau, Oeuvres complètes, Band 4.

⁶⁴² PESTALOZZI, Wie Gertrud ihre Kinder lehrt (1801); DERS., Meine Nachforschungen über den Gang der Natur und die Entwicklung des Menschengeschlechts (1797); DERS., Schriften zur französischen Revolution; einführend zum Werk TRÖHLER, Pestalozzi, 39 ff., 55 ff.; STADLER, Pestalozzi; AMINI, Pestalozzi, 201 ff.; siehe auch GRIMM, Recht und Staat, 107.

⁶⁴³ ROHR, Stapfer, 82 f.

⁶⁴⁴ Zusammenfassend zu den hier angeführten Aspekten in Kants Werk HÖFFE, Kant, 213–216, 249–251; GRIMM, Recht und Staat, 109 f.

⁶⁴⁵ KANT, Die drei Kritiken, 448 (Auszüge aus den Vorlesungen über Pädagogik).

⁶⁴⁶ KANT, Die drei Kritiken, 446–457 (Auszüge aus den Vorlesungen über Pädagogik).

⁶⁴⁷ KANT, Die drei Kritiken, 446–457 (Auszüge aus den Vorlesungen über Pädagogik).

Schaffung von Kultur begünstigen und erleichtern. Kultur entsteht aber aus dem «Privatmanne» selbst heraus und verbreitet sich von dort alleine weiter. Die Kultivierung des Menschen soll sich auf die Vermittlung von Fähigkeiten beschränken, die der Mensch nach eigenem Belieben zu den von ihm selbst bestimmten Zwecken einzusetzen vermag. Dabei betont Kant, dass zur Kultur erst einmal die Fähigkeit zum Schreiben gehört, weshalb man «den Anfang der Schreibekunst den Anfang der Welt nennen könnte»⁶⁴⁸. Des Weiteren nennt Kant Lesen und Musik als grundlegende Geschicklichkeiten.

Gleichheit durch Bildung

Für sein Bildungsprogramm orientierte sich Stapfer neben den Schriften Immanuel Kants auch am französischen Aufklärer Marquis de Condorcet.⁶⁴⁹ Dieser setzte sich im Kontext der Französischen Revolution für die rechtliche Gleichstellung der Frauen, die Abschaffung der Sklaverei und für umfassende bildungspolitische Reformen ein. Als Berichterstatter des Unterrichtskomitees für die *Assemblée législative* befürwortete Condorcet 1792 das Recht auf Bildung und machte sich für dessen Aufnahme in die *Déclaration des droits de l'homme* stark. Bildung war für Condorcet das «Menschenrecht auf optimale Vervollkommnung aller Fähigkeiten und Fertigkeiten für jedermann»⁶⁵⁰. Der Staat hatte eine «Bildungsaufgabe» bei gleichzeitiger Gewährleistung der relativen Autonomie der Bildungsinstitutionen. Der kulturelle Fortschritt durch Bildung war für Condorcet eine notwendige Voraussetzung für eine funktionierende, partizipative Demokratie und die Gleichstellung aller Menschen in einer Gesellschaft: «L'éducation doit être [...] dirigée vers l'égalité réelle entre tous les citoyens.»⁶⁵¹ Dazu gehörte für Condorcet neben der Wissenschaft auch eine freie Kunst und die Anerkennung des geistigen Eigentums zum Schutz der Künstlerinnen und Künstler.⁶⁵²

Das Erbe der Helvetik

Für die tatsächliche Umsetzung seines Erziehungs- und Kulturprogramms mangelte es Stapfer sowohl an finanziellen Mitteln als auch an Zeit.⁶⁵³ Mit dem Ende der Helvetischen Republik verschwanden die aufklärerischen Gedanken zur Förderung der Kultur

⁶⁴⁸ KANT, Die drei Kritiken, 446–457 (Auszüge aus den Vorlesungen über Pädagogik).

⁶⁴⁹ Die Botschaft Erziehungswesen, abgedruckt in: STRICKLER, Actensammlung Band III, 602–616, weist bedeutende Parallelen zum Erziehungsplan Condorcets von 1792 auf.

⁶⁵⁰ Aus dem Bericht Condorcets an die Nationalversammlung vom 21. April 1792.

⁶⁵¹ Aus dem Bericht Condorcets an die Nationalversammlung vom 21. April 1792.

⁶⁵² Aus dem Bericht Condorcets an die Nationalversammlung vom 21. April 1792; einfürend zur Rezeption Condorcets während der Helvetik ROHR, Stapfer, 16; GRIMM, Recht und Staat, 111; KÖLZ, Verfassungsgeschichte I, 52; zu den bildungspolitischen Schriften Condorcets siehe O'CONNOR, In pursuit of politics, 97 ff.; SCHEPP, Antoine de Condorcet; KÖLZ, Von der Aktualität Condorcets, 161–170; einfürend zum Werk Condorcets WILLIAMS, Condorcet and Modernity.

⁶⁵³ Teilweise standen ihm auch die Räte entgegen. So sprachen sie im Frühling 1799 angesichts der instabilen Lage der Republik ein Verbot für Schaubühnen aus, ROHR, Stapfer, 113. Grosse Bedeutung

aus den Gründungsdokumenten.⁶⁵⁴ Nach dem Untergang der Republik bestanden auf dem Gebiet der Eidgenossenschaft zivilgesellschaftliche Bemühungen um die Förderung der Kultur in ihren verschiedensten Formen ebenso fort wie konservativ-föderale Widerstände gegen eine nationale Kulturpolitik. Heinrich Zschokke gründete 1810 in Aarau die *Gesellschaft für vaterländische Kultur* und machte sich für die Bildung der Bevölkerung stark. Die konservativen Gegner der Helvetik, die sich für eine Rückkehr zur alten Ordnung einsetzten, erachteten demgegenüber die Künste als trügerisch und die guten Sitten verderbend.⁶⁵⁵ Würdigung findet die Helvetik rückblickend als «Tochter der französischen Revolution» und erster Versuch, «die Herrschaft der Demokratie auf dem Boden der historischen Eidgenossenschaft zu begründen»⁶⁵⁶. Im Bereich von Kultur und Bildung kommt Stapfer und seiner Entourage das Verdienst zu, sich erstmals um die institutionelle Verwirklichung der aufklärerischen Idee einer materiellen Gleichheit, die die «geistige und materielle Wohlfahrt» des Volkes umschliesst, bemüht zu haben. Die Förderung des Geistes als Voraussetzung der Verwirklichung von Freiheit und Selbstbestimmung sollte soziale Unterstützungsleistungen an die Bürger ergänzen sowie Differenzen zwischen der traditionell wohlhabend-gebildeten Schicht und der ärmlichen Bevölkerung ebnen und dadurch neben Würde und Selbstbestimmung auch die Teilnahme an der Demokratie und der staatlichen Selbstverwaltung garantieren. Entsprechend erklärt sich der staatliche Kulturförderauftrag aus einem materiellen Gleichheitsverständnis, das sowohl dem freiheitlichen als auch dem demokratischen Gedankengut zugrunde liegt.

b) Geistige Hebung: die Kulturpolitik des jungen Bundesstaates

Bildung des Schönheitssinns (Ludwig Snell)

Kurz vor der Gründung des Bundesstaates war es Ludwig Snell, der das Kulturprogramm der Helvetik prominent aufgriff und sich für die Förderung von Bildung und Kultur einsetzte. Ludwig Snell bezweckte mit seinem Bildungsprogramm, die Bürger «der allgemeinen gleichen Menschenbestimmung entgegen zu führen – oder mit andern Worten: sie alle zur Würde freier Vernunftwesen auszubilden»⁶⁵⁷. Besonderes Gewicht gab Snell der «Bildung des Schönheitssinns», «einer der edelsten und mit allen höhern Vernunftideen innig verschwisterten Anlagen der menschlichen Natur»⁶⁵⁸. Er unterstützte deshalb besonders auch den Unterricht in Sprache, Gesang und Zeichnen.⁶⁵⁹

räumte man indessen, ganz im rousseauschen Sinn, den Nationalfesten für die Förderung des Nationalgeistes ein, ROHR, Stapfer, 113–120.

⁶⁵⁴ TÖNDURY, Kultur, 188 f.

⁶⁵⁵ TÖNDURY, Kultur, 186 f. (mit Verweis auf Karl Ludwig von Haller und Frédéric Monneron als föderal-konservative Gegner einer liberal-aufgeklärten Nationalkultur).

⁶⁵⁶ So bereits HILTY, Helvetik, 7, 16, 217; nach wie vor BÖNING, Freiheit und Gleichheit, 295 f.

⁶⁵⁷ SNELL, Volksschule, 12; TÖNDURY, Kultur, 192.

⁶⁵⁸ SNELL, Volksschule, 24.

⁶⁵⁹ SNELL, Volksschule, 24.

Für Snell waren eine freie Verfassungsordnung, humane Bildung, Pressefreiheit, politische Rechte, öffentliche Versammlung, ebenso wie Wissenschaft und Kunst Voraussetzungen der materiellen Gleichstellung, die nach Snell erst die freie Entwicklung aller menschlichen Kräfte erlaubt.⁶⁶⁰

Der junge Bundesstaat

Die Entstehung der Schweiz aus dem Sonderbundskrieg und anhaltende Auseinandersetzungen über den Umgang mit Kultur im Bundesstaat verhinderten die Aufnahme umfassender Kultur- und Bildungsartikel in die erste Bundesverfassung von 1848.⁶⁶¹ Der junge Bundesstaat fühlte sich bei Entscheiden über eine offizielle staatliche Kulturpolitik grundsätzlich zu Zurückhaltung gegenüber den Kantonen verpflichtet. Diese Haltung war nicht zuletzt einer aus der Spannung zwischen Zentralismus und Föderalismus bedingten Staatsorganisation und der empfindlich gepflegten kulturellen Souveränität der Kantone geschuldet. Der Bund gründete 1849 einzig das eidgenössische Archiv, das er heute unter der Bezeichnung *Schweizerisches Bundesarchiv* führt.⁶⁶² Einen im selben Jahr vorgebrachten Vorschlag zur Förderung von Kunstausstellungen und -vereinigungen lehnte der Bundesrat ab.⁶⁶³

Unterstützung von Kunstverbänden und Gründung von Kulturinstitutionen

Ab 1884 unterstützte der Bund kunstgewerbliche Anstalten, allerdings eher als Beitrag an die Bildung konzipiert, und leistete einen marginalen Beitrag an den Kunstverein.⁶⁶⁴ Ab 1887 beteiligte sich der Bund umfassender an der Kunstförderung. Ziel war es, die «Bestrebungen zur Förderung und Hebung schweizerischer Kunst durch Veranstaltung periodischer nationaler Kunstausstellungen [...] sowie durch Ankauf von Werken der nationalen Kunst zur Ausschmückung öffentlicher Gebäude und zur Bereicherung öffentlicher Sammlungen»⁶⁶⁵ zu unterstützen. Der *Kunstverein* und die *Gesellschaft der Schweizer Maler und Bildhauer* (GSMB) ernannten gemeinsam die Mitglieder der 1887 mit dem Bundesbeschluss betreffend die Förderung und Hebung der schweizerischen Kunst gegründeten *Eidgenössischen Kunstkommission* (EKK). Der Bund erachtete seine Leistung stets als Ergänzung zu bestehenden Förderstrukturen der Gemeinden,

⁶⁶⁰ Einführend PRESCHER, *Fremde Heimat*, 349–357; KÖLZ, *Verfassungsgeschichte I*, 250, 253, 259 f.

⁶⁶¹ Botschaft KFG, BBl 2007 4819, 4823; zum Ganzen SCHWEIZER, SGK BV 69 N 1; BIAGGINI, BVK 69 N 1; zu kulturpolitischen Bemühungen vor Gründung des Bundesstaates TÖNDURY, *Kultur*, 176–192, m.w.H.

⁶⁶² Bundesgesetz vom 28. Mai 1849 über die Organisation und den Geschäftsgang des Bundesrates (AS 1848 49).

⁶⁶³ Siehe Clottu-Bericht, 386.

⁶⁶⁴ Botschaft zu dem Entwurf eines Beschlusses betreffend die Förderung und Hebung der schweizerischen Kunst vom 3. Juni 1887, BBl 1887 III 515, 524, 526; GRABER, *Zwischen Geist und Geld*, 61.

⁶⁶⁵ Art. 1 Bundesbeschluss vom 22. Dezember 1887 betreffend die Förderung und Hebung der schweizerischen Kunst (BS 4 199).

Kantone, privaten Mäzene und des Kunstmarktes. Im Jahr 1890 setzte der Bund die Grundlage für die Errichtung des Schweizerischen Landesmuseums⁶⁶⁶, gefolgt von der Landesbibliothek (heute Schweizerische Nationalbibliothek).⁶⁶⁷ Hauptträger der Kulturpolitik blieben indessen bis auf Weiteres die Kantone. Fritz Fleiner sprach in den 1920er-Jahren von den Kantonen als «Herdfeder des geistigen Lebens der Schweiz» und «Träger der geistigen Bildung und der geistigen Kultur» sowie Orte der «Erziehung zur Demokratie»⁶⁶⁸. Der Bund sollte sich erst mit den weitreichenden Entwicklungen der staatlichen Kulturpolitik in den Nachbarländern am Vorabend des Zweiten Weltkrieges umfassendere Kulturkompetenzen aneignen.

c) Geistige Landesverteidigung: der heisse Kulturkrieg

Gründung von Pro Helvetia

In der Zwischenkriegszeit und während des Zweiten Weltkrieges erreichte die Verwendung der damals noch jungen Medien *Rundfunk* und *Film* für Propagandazwecke in den Nachbarländern der Schweiz eine bis dahin nicht gekannte strategische Ausrichtung und massenmediale Intensität. Die autoritären Regierungen im Norden und Süden richteten spezialisierte Propagandabehörden ein und gründeten nationale Kulturorganisationen und sie wussten den Film und das Radio geschickt für ihre Zwecke zu nutzen.⁶⁶⁹ Die Schweiz reagierte auf den kulturpolitischen Druck kurz vor Ausbruch des Zweiten Weltkrieges 1939 mit der Gründung von *Pro Helvetia* und dem Kulturprogramm einer *Geistigen Landesverteidigung*. Dem Beschluss war die Veröffentlichung einer von Bundesrat Philipp Etter entworfenen *Botschaft über die Organisation und die Aufgaben der schweizerischen Kulturwahrung und Kulturwerbung* vorausgegangen, deren autoritären Forderungen indessen nicht in solch radikaler Form Umsetzung fanden.⁶⁷⁰ Konservative wie Gonzague de Reynold und der von ihm beeinflusste⁶⁷¹ Bundesrat Etter beriefen sich auf die Restauration, verlangten die Beseitigung des helvetischen und aufklärerischen Erbes und forderten die Schwächung des Parlaments zugunsten einer starken Exekutive.⁶⁷² Demgegenüber betonte beispielsweise der einflussreiche

⁶⁶⁶ Bundesbeschluss vom 27. Juni 1890 über die Errichtung eines Schweizerischen Landesmuseums (AS 11 690).

⁶⁶⁷ Bundesbeschluss betreffend die Errichtung einer Schweizerischen Landesbibliothek vom 28. Juni 1894, BBl 1894 III 140 ff.

⁶⁶⁸ FLEINER, Zentralismus und Föderalismus, 25 f.

⁶⁶⁹ HAUSER/TANNER, in: Hauser/Seeger/Tanner, Zwischen Kultur und Politik, 21.

⁶⁷⁰ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Organisation und die Aufgaben der schweizerischen Kulturwahrung und Kulturwerbung vom 9. Dezember 1938, BBl 90 II 985; zur Geschichte von Pro Helvetia ausführlich KESSLER, Pro Helvetia, 1–98; zur Kulturpolitik ab den 1930er-Jahren bis zur Geistigen Landesverteidigung während dem Zweiten Weltkrieg und in der Nachkriegszeit auch DAL MOLIN, Von der schwierigen Kunst, 48–60.

⁶⁷¹ Zum Einfluss von Reynold auf Etter siehe MAISSEN, Geschichte der Schweiz, 260 f.; TÖNDURY, Kultur, 203.

⁶⁷² REYNOLD, Schweiz im Kampf; TÖNDURY, Kultur, 202.

liberale Staatsrechtslehrer Zaccaria Giacometti die Bedeutung der Helvetik, der Demokratie und des Bundesstaates.⁶⁷³

Vor der Drohkulisse totalitärer Staaten und des Ausbruchs des Krieges gelang es unter dem Schlachtruf der *geistigen Landesverteidigung*, eine konsolidierte Schweizer Kulturpolitik zu formieren, die sich der nationalen Kohäsion nach Innen und der ideologisch-politischen Abgrenzung nach aussen verschrieb.⁶⁷⁴ Man wollte mit dem Programm beweisen, dass die Schweiz nicht nur technische Errungenschaften und Naturspektakel zu bieten hatte, sondern «auch ein Land ist von hoher Kultur, von alter, bodenständiger und eigenartiger Zivilisation»⁶⁷⁵ und zu allen Zeiten einen «eigenwertig-schweizerischen Beitrag an die Gesamtkultur Europas und der Welt»⁶⁷⁶ geleistet hatte. Dafür nahm man Abstriche im Bereich der künstlerischen Freiheit bewusst in Kauf: «an die Stelle vordem freier Kultur» tritt «deren staatliche Organisation» und wird nun «bewusst in den Dienst bestimmter politischer Gedankengänge und Bestrebungen gespannt und auf dem Wege staatlich organisierter Propaganda über die Grenzen der Staaten hinausgetragen.»⁶⁷⁷

Kritik am Kulturverständnis von Pro Helvetia

Auch wenn sich die Kulturpolitik der geistigen Landesverteidigung offensichtlich mittelbar repressiv auf von ihr abweichende Kunstformen auswirkte, wäre es dennoch verfehlt, sie mit der kulturellen Repression totalitärer Staaten zu vergleichen. Obwohl die ihr vorausgehende, von dem ultrakonservativen Bundesrat Philipp Etter verfasste Kulturbotschaft zumindest auf Papier das totalitäre Ende jeglicher Autonomie im Kunstsystem besiegelte, kam ihr in ihrer effektiv umgesetzten Form diese Bedeutung tatsächlich nicht zu. Die Kulturlandschaft der Schweiz war weder vor noch nach der Gründung von *Pro Helvetia* je homogen. Gewisse Künstlerinnen und Künstler verschrieben sich ganz den nationalen Idealen. Andere, wie der Dadaismus exemplarisch illustriert, fühlten sich pazifistisch-pluralistischen Werten und dem Internationalismus verpflichtet. Was sich mit der Gründung von Pro Helvetia veränderte, war, dass diejenige Kunst, die sich der Mystik des widerständisch-unabhängigen, christlich-ländlichen und wehrhaften Volkes widmete, besser in das nun institutionalisierte Förderschema der nationalen Kulturpolitik passte. Ein solches künstlerisches Schaffen wurde mittels Förderungen erheblich erleichtert.⁶⁷⁸ Bereits früh bemängelten die Kunstschaffenden

⁶⁷³ GIACOMETTI, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, 550 f.; TÖNDURY, Kultur, 203; weiterführend zum Kontext der Debatte KÜFFER, Liberale Kritik am Notrecht, 72–78.

⁶⁷⁴ HAUSER/TANNER, in: Hauser/Seget/Tanner, Zwischen Kultur und Politik, 20, 23.

⁶⁷⁵ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Organisation und die Aufgaben der schweizerischen Kulturwahrung und Kulturwerbung vom 9. Dezember 1938, BBl 90 II 985, 1011.

⁶⁷⁶ Botschaft Kulturwahrung und Kulturwerbung, 1011.

⁶⁷⁷ Botschaft Kulturwahrung und Kulturwerbung, 994; HAUSER/TANNER, in: Hauser/Seget/Tanner, Zwischen Kultur und Politik, 22.

⁶⁷⁸ HAUSER/TANNER, in: Hauser/Seget/Tanner, Zwischen Kultur und Politik, 23 f.; ebenfalls die Vielschichtigkeit der «Geistigen Landesverteidigung» betonend MOOSER, Die «Geistige Landesverteidi-

diese einengenden Bedingungen. So wandte sich der Schriftsteller und Publizist Carl Albert Loosli mit dem 1943 veröffentlichten Gedicht *Geistige Landesverteidigung* kritisch an die Öffentlichkeit:

«Merkt: – Man kann nur was man besitzt beschützen!/Was man verwies in Gossen und in Pfützen lässt sich erheben nicht zum hehren Hort/Verfügungsweise, auf Kommandowort./Wollt wirklich ihr den Geist dem Land erhalten,/So lasst zunächst ihn endlich einmal walten!»⁶⁷⁹

d) Geistige Offensive: der kalte Kulturkrieg

Der kalte Kulturkrieg in der Schweiz

Die einseitig zugunsten einer Kunst im Dienst der geistigen Landesverteidigung ausgerichtete Kulturpolitik blieb bis weit nach dem Zweiten Weltkrieg bestehen. Während des Kalten Krieges verschärfte sie sich sogar. Eine plural ausgerichtete Kunstförderung gab es in der Nachkriegszeit nur in Form von privaten Initiativen.⁶⁸⁰ Mit gewohnt humoristischem Biss bemerkte Friedrich Dürrenmatt zur Kulturpolitik der Nachkriegszeit:

«Kunst und Wirklichkeit sind getrennt, jene darf diese verschönern, doch nicht untergraben, je unethischer es in der Realität zugeht, desto ethischer und positiver soll es in der Kunst zugehen (nicht nur das russische Politbüro fordert positive Helden).»⁶⁸¹

Neben der selektiven Kunstförderung fand der Kulturkampf eine unsichtbare Form in der Überwachung von kulturell verdächtigen Künstlerinnen und Künstlern. Der Schweizer Staatsschutz überwachte Max Frisch vier Jahrzehnte lang. Der erste Eintrag in den Fichen des Schriftstellers Max Frisch beginnt am 27. August 1948, als der Schriftsteller nach Polen zur Teilnahme am *Weltkongress der Intellektuellen für die Sache des Friedens* reiste. International bekannte Personen aus Literatur, Kunst und Wissenschaft kamen zusammen, um über den Frieden zu sprechen, unter ihnen Pablo Picasso, Le Corbusier und Georg Lukács. In den darauffolgenden Jahrzehnten sollte in Frischs Fichen alles vermerkt sein, was der Schriftsteller in der Öffentlichkeit tat, alle seine Publikationen, die Unterstützung politischer Bewegungen, seine Unterzeichnung eines offenen Briefs an den Bundesrat gegen das Verbot eines Films, seine Unterstützung der 1968er-Bewegung und ihrer Forderung nach autonomen (Kunst-)Räumen und auch, dass Frisch einen Kunstpreis dafür verwendete, spanische Kunstschaaffende zu unterstützen. Der Staatsschutz beschränkte sich nicht auf Frischs öffentliches Leben, sondern machte sich auch Notizen über die Leben seiner Kinder.⁶⁸²

gung» in den 1930er Jahren; einzelne Aspekte der Schweizer Kulturpolitik vertiefend MILANI, *Le diplomate et l'artiste*; GILLABERT, *Dans les coulisses de la diplomatie culturelle Suisse*; KADELBACH, *Swiss Made*.

⁶⁷⁹ LOOSLI, *Geistige Landesverteidigung*, in: Ders., *Aus Zeit und Leid*, 75.

⁶⁸⁰ HAUSER/TANNER, in: Hauser/Seeger/Tanner, *Zwischen Kultur und Politik*, 24.

⁶⁸¹ DÜRRENMATT, *Schriftstellerei als Beruf*, in: Ders., *Literatur und Kunst*, 56.

⁶⁸² FRISCH, *Ignoranz als Staatsschutz?*, 28–79.

Der Kalte Kulturkrieg spielte sich neben versteckten auch in offenen Scharmützeln gegen die Kunst ab. Eine nur rückblickend amüsante Episode ist der Skandal um das Werk *Das Meer* von Max Kämpf (Abbildung 11). Der Kunstkredit Basel hatte 1948 den Künstler mit der Ausführung eines Sgraffitos an der Aussenwand der Kantonalen Handelsschule beauftragt. Auf dem Sgraffito waren drei Berufsallegorien dargestellt. Der Schmied trug einen Schnauz, der gemäss den Behörden demjenigen von Stalin täuschend ähnlich sah. Nach längerem Hin und Her entschied die Regierung 1950, den Schmied ohne vorherige Anhörung des Künstlers entfernen zu lassen. Der Eingriff hinterliess eine bis heute offensichtliche Leerstelle im Sgraffito (Abbildung 11), führte aber trotz Protest des Künstlers nicht zu einem Gerichtsverfahren. Der Vorfall bot den Baslern in der Folge ein willkommenes Fasnachtssujet.⁶⁸³

Internationale Initiativen

Nicht nur die Schweiz setzte im Kalten Krieg auf das symbolische Kapital von Kunst und Kultur. Neben der Sowjetunion war vor allem auch der amerikanische Geheimdienst in den geistigen Krieg involviert. Die CIA (*Central Intelligence Agency*, der Geheimdienst der Vereinigten Staaten von Amerika) betrieb einen grosszügig angelegten Kulturkrieg, mit dem sie die europäischen Künstlerinnen und Künstler für die Idee einer demokratischen und marktwirtschaftlichen Ordnung gewinnen wollte. Nach dem Zweiten Weltkrieg gründete die CIA den *Kongress für kulturelle Freiheit* (*Congress of Cultural Freedom*), um die verschiedenen künstlerischen Diskurse zu kontrollieren und zu steuern. «Die Freiheit hat die Offensive ergriffen»⁶⁸⁴, kommentierte ein Redner während der grossen Versammlung des Kongresses in Berlin im Sommer 1950 die Geschehnisse. In das offensive Freiheitsförderungsprogramm involviert waren neben der CIA auch einflussreiche Persönlichkeiten der amerikanischen Gesellschaft. Namentlich Nelson Rockefeller förderte unter anderem über das Museum of Modern Art (MoMA) mit dem amerikanischen Expressionismus eine abstrakte Kunst *à la* Jackson Pollock als Gegenentwurf zum sozialen Realismus der Sowjetunion. Bekannt ist Rockefellers Ablehnung einer von ihm in Auftrag gegebenen Wandzeichnung von Diego Riviera aus kulturpolitischen Gründen. Aus der Schweiz waren verschiedene Kunstschaffende und Intellektuelle in die Tätigkeiten des Kongresses für kulturelle Freiheit involviert, unter anderem Max Frisch. Der Schweizer Philosoph Denis de Rougemont amtierte gar als deren Vorsitzender.⁶⁸⁵

⁶⁸³ Aufgearbeitet in KREIS, *Der Schnauz des Schmieds*.

⁶⁸⁴ HOFER, «Die Freiheit hat die Offensive ergriffen», 275. Einen Bericht zum Kongress verfassten auch JASPERS et al., *Kongress für kulturelle Freiheit*, 340–495.

⁶⁸⁵ Zum Ganzen SAUNDERS, *The Cultural Cold War*; RUBIN, *Archives of Authority*; HOCHGSCHWENDER, *Freiheit in der Offensive?*. Zum Einbezug Schweizer Künstlerinnen und Künstler in die amerikanische Kulturpolitik ANDREAS TOBLER, *Max Frisch und die CIA*, tagesanzeiger.ch vom 4. Februar 2018.

Formen des Widerstands

Die offensive Verteidigung einer bestimmten Auffassung kultureller Freiheit hielt trotz einer gewissen Öffnung der Kulturpolitik in unterschiedlichster Form bis zum Mauerfall an. In der Schweiz betraf sie unter anderem auch die alternativen Jugendbewegungen, die infiltriert und peinlich genau bespitzelt wurden. Ein prominentes Beispiel dafür ist die Lebensgeschichte des Fotografen Miklós Klaus Rózsa. Er dokumentierte seit Anfang der 1970er-Jahre die Auseinandersetzungen zwischen der Polizei und der autonomen Bewegung. Rózsa kam für seine fotografische Tätigkeit wiederholt vor Gericht und in Haft. Seine Fichen umfassen mindestens 3000 Seiten, die dem Fotografen erst mit der Fichen-Affäre 1989 bekannt wurden. Sie sind gespickt mit Banalitäten, wilden Spekulationen, offensichtlichen Falschangaben und herablassenden Kommentaren über die künstlerische Arbeit des Fotografen. Aufgrund seiner Tätigkeit verweigerte die Stadt Zürich Rózsa, der bereits 1956 im Alter von zwei Jahren mit seinen Eltern aus Ungarn in die Schweiz geflüchtet war, mehrmals die Einbürgerung. Rózsa blieb über diese Zeit staatenlos.⁶⁸⁶

Als im Frühling 1980 mit den Opernhauskrawallen die Zürcher Jugendunruhen ausbrachen, ging es vor allem um eines: mehr Freiraum zum Leben, mehr Luft zum Atmen. Und das hiess für die Jugendlichen von damals auch: mehr Freiheit für ihre Kunst. Diese Freiheit war nur über die politische Umverteilung von Raum und Mitteln zu bekommen. Als der damalige Regierungsrat Alfred Gilgen, ohnehin bereits Hassobjekt der Bewegung, die Vorführung des Kurzfilms *Züri brännt* am Ethnologischen Seminar der Universität Zürich verbot, erfassten die Unruhen auch die Universität. Gilgens Begründung für die Unterbindung des Films lautete:

«[...] ich wollte nicht, dass ein mit staatlichen Mitteln gemachter Film für agitatorische Zwecke gebraucht wird.»⁶⁸⁷

Auswirkungen auf den Film

Wie schmal der Raum der Freiheit mit der geballten Offensive der Freiheit eines an mehreren Fronten geführten Kalten Krieges ausfiel, lässt sich auch exemplarisch an der Förderung des Schweizer Films und der Regulierung der Filmindustrie aufzeigen. Als im Jahr 1962 das Bundesgesetz über die Filmförderung in Kraft trat, wurde es als massiver Eingriff in das Filmwesen kritisiert. Es enthielt Vorgaben über die Kontingentierung und Subventionierung von Filmen und löst eine Debatte über die Filmfreiheit aus.⁶⁸⁸ Noch 1974 stützte das Bundesgericht das kulturpolitische Interesse der Stadt

⁶⁸⁶ Siehe zum Ganzen NÜSSLI/OESCHGER, Miklós Klaus Rózsa; siehe auch die Filmbiografie ERICH SCHMID, Staatenlos – Klaus Rózsa, Fotograf (2016).

⁶⁸⁷ «Meine Argumente bleiben gültig», Interview mit ALFRED GILGEN, Tagesanzeiger vom 31. Mai 2015.

⁶⁸⁸ BAEGGLI, Kunstfreiheit, 78.

Genf an einem Kino, das in künstlerischer und organisatorischer Hinsicht die Projektion einer ausreichenden Anzahl von Kunst- und Dokumentarfilmen sicherstellt. Das Bundesgericht sprach sich dafür aus, dass neue Kinotheater, die die Anzahl von Kinoplätzen an einem Ort erhöhen, grundsätzlich nicht zu bewilligen sind. Der ökonomische Druck könnte die Kinobetreiber dazu verführen, Filme niedrigerer Qualität zu zeigen.⁶⁸⁹ Es stützte sich dafür auf Art. 27^{ter} Abs. 1 lit. b aBV, der den Bund befugte, von der Handels- und Gewerbefreiheit abzuweichen, wenn «allgemeine kultur- und staatspolitische Interessen dies rechtfertigen». Dazu hatte der Bundesrat erklärt, dass es darum geht, ausländischen politischen, ideologischen oder kommerziellen «Beeinflussungs- und Beherrschungstendenzen» entgegenwirken zu können, weil auch die Lichtspieltheater am «Kampfdispositiv des modernen Propagandakrieges» teilhaben.⁶⁹⁰ Der Bund machte von dieser Kompetenz in Art. 18 Abs. 2 Filmgesetz Gebrauch. Die Gefährdung nationaler Interessen konnte sich einerseits im Kauf von schweizerischen Kinos durch das Ausland, «das heisst totalitäre Staaten und von diesen abhängige Organisationen», realisieren; andererseits aber auch in einem schrankenlosen und zum Existenzkampf ausartenden Wettbewerb, der fast zwangsläufig zu einer Programmierung «nach unten» und zur Produktion von Filmen führt, die auf Kosten der öffentlichen Moral an die «niederen Instinkte appellieren».⁶⁹¹

Erst 1987 relativierte das Bundesgericht diese dirigistische Haltung als historisch bedingt. Die in der Verfassung angeführten allgemeinen Kultur- und staatspolitischen Interessen seien «rechtlich (wenn überhaupt) nur schwer zu fassen» und unterlägen einem steten Wandel.

«Den staatspolitischen Interessen kommt im Bereich des Filmwesens – anders als vor und während des Zweiten Weltkrieges (geistige Landesverteidigung) oder zur Zeit des Kalten Krieges (in welcher der Filmartikel der Bundesverfassung und das Filmgesetz entstanden) heute kaum noch Bedeutung zu.»⁶⁹²

Das Bundesgericht begründete seine Einschätzung mit der «zunehmenden Bedeutungslosigkeit des Kinos als allgemeine Informationsquelle»⁶⁹³. Allenfalls konnten kulturpolitische Interessen eine Einschränkung des Kinos nach wie vor rechtfertigen, um das Absinken des Niveaus der programmierten Filme zu verhindern. Allerdings bedurfte es dafür konkreter Umstände, die auf eine entsprechende Gefährdung der Qualität schliessen liessen. Gesteigerte Konkurrenz erachtete das Bundesgericht auch im Filmgewerbe mittlerweile als grundsätzlich erwünscht, «da sie durchaus zur Leistungs-

⁶⁸⁹ BGE 100 Ib 375 E. 3 und 5.

⁶⁹⁰ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Art. 27^{ter} betreffend das Filmwesen vom 24. Februar 1954, BBl 108 I 457, 500 f.; BGE 113 Ib 97 E. 2.

⁶⁹¹ Botschaft zum Entwurf eines Bundesgesetzes über das Filmwesen vom 28. November 1961, BBl 113 II 1029; BGE 113 Ib 97 E. 3.b.

⁶⁹² BGE 113 Ib 97 E. 5.

⁶⁹³ BGE 113 Ib 97 E. 5.

verbesserung, zur Modernisierung der Betriebe und zu einer Programmierung nach oben führen kann»⁶⁹⁴.

e) **Geistige Vielfalt: die Demokratisierung des Kulturbegriffs**

Clottu-Bericht

Die Kulturpolitik des Bundes hat sich in den vergangenen Jahrzehnten grundlegend verändert. Ihre Strukturen und Fördermittel sind andere geworden. Eine ausschliesslich im Dienst der nationalen Identität und Repräsentation stehende Kulturpolitik ist mittlerweile verpönt. Bis dahin war es allerdings ein weiter Weg. Erst die gesellschaftlichen Umwälzungen der 1960er-Jahre führten zu einer zögerlichen Öffnung und «Demokratisierung» der Kunstpolitik.⁶⁹⁵ Schlüsseldokument für die demokratische Öffnung der Schweizer Kunstpolitik war der 1975 veröffentlichte Schlussbericht der vom Bundesrat eingesetzten *Expertenkommission für Fragen der schweizerischen Kulturpolitik*.⁶⁹⁶ Das Dokument ist unter dem Namen ihres Vorsitzenden Gaston Clottu auch als *Clottu-Bericht* bekannt. Die Kommission hatte zur Aufgabe, ein umfassendes Inventar der kulturpolitischen Anstrengungen auf allen Staatsebenen zu erstellen und dem Bund Vorschläge für konkrete kulturpolitische Massnahmen zu unterbreiten.⁶⁹⁷

Öffnung und Demokratisierung des Kulturbegriffs

Der Clottu-Bericht betont die Bedeutung der Kultur für die Demokratie. Er weist zugleich auf die einengenden Tendenzen der bisherigen Kulturpolitik hin und betont die schwierigen ökonomischen Verhältnisse, unter denen die grosse Mehrheit der Kunstschaffenden in der Schweiz lebt. Der Bericht entwirft das Bild einer demokratischen Kulturpolitik, die Kultur nicht als Instrument des Staates, sondern als Ausdruck individueller Freiheit und Voraussetzung der Demokratie erkennt. Auf Grundlage dieser gewandelten Auffassung davon, was der Stellenwert von Kunst und Kultur in der Gesellschaft ist, empfiehlt der Bericht dem Bund und den Kantonen die Entwicklung einer Kulturpolitik, die die vielfältigen Erscheinungsformen der Kultur und den Zugang dazu breit fördert.⁶⁹⁸ Der Bericht unterscheidet die vorliegend im historischen Abriss aufgezeigten Ansätze der Kulturpolitik. Der älteste Ansatz orientiert sich am humanistischen Ideal von Bildung und Kultur zur *Kultivierung* des Menschen zu einem kultivierten Bürger, der sein kulturelles Erbe kennt. Die *Demokratisierung der Kultur* weitet

⁶⁹⁴ BGE 113 Ib 97 E. 5.

⁶⁹⁵ Ausführlich DAL MOLIN, Von der schwierigen Kunst, 61 ff.; DIES., Die Idee einer «demokratischen Kulturpolitik», 17–22; HAUSER/TANNER, in Hauser/Seeger/Tanner, Zwischen Kultur und Politik, 24, 26 f.; TÖNDURY, Kultur, 209 f.; zu den politischen Rahmenbedingungen der Debatte in den 1960er-Jahren übersichtlich KREIS, Einführung, in: Imboden, Das «Helvetische Malaise», 13–34.

⁶⁹⁶ Clottu-Bericht; zum Ganzen TÖNDURY, Kultur, 210.

⁶⁹⁷ Clottu-Bericht, 6.

⁶⁹⁸ Clottu-Bericht, 13, 15, 21.

diesen Ansatz aus und setzt sich für die Ausweitung der Bildung mittels öffentlicher Schulen, Universitäten und Museen für die gesamte Bevölkerung ein, behält jedoch den Begriff einer hohen Kultur bei. Erst in der *Demokratisierung der Kulturpolitik* erkennt der Staat in Abweichung von einem elitären Kulturbegriff den Wert vielfältiger Ausdrucksformen an. So macht sich die neuere Demokratie «die Verwirklichung der Kultur zugunsten der Allgemeinheit»⁶⁹⁹ zur Aufgabe.

Der Clottu-Bericht zeichnet sich einerseits durch seine Klarheit in Bezug auf die grundsätzliche Bedeutung einer Kulturpolitik für die Demokratie aus. Andererseits ist er im Bewusstsein verfasst, dass die staatlichen Mittel stets begrenzt sind. Er äusserst Grundthesen zu den notwendigen Voraussetzungen einer die Freiheit und Vielfalt der Kultur unterstützenden Förderpolitik, ohne auf den notwendigerweise politischen Entscheidung über die Institutionalisierung ihrer tatsächlichen Umsetzung vorzugreifen. Der Bericht ist, wie Muschg treffend formuliert, «eine Erinnerung an das Grundsätzliche einer möglichen Kulturpolitik und ihren Widerspruch»⁷⁰⁰. Der Bericht «sieht die Widersprüche, die im Begriff einer Kulturpolitik lauern; aber er meint nicht, dass sie die Abstinenz des Staates rechtfertigen» und «er bittet um Verständnis, wenn die Hand, die da füttert, dann manchmal gebissen wird»⁷⁰¹.

Die Demokratisierung der Kulturpolitik spielte sich zeitgleich auch auf internationaler Ebene ab. Die *Helsinki Conference on Cultural Policies* von 1972 betont, dass Kultur nicht länger ein Privileg der Elite ist, sondern demokratisiert und allen zugänglich gemacht werden sollte. Die Abwendung von einer «Staatskultur der Geistigen Landesverteidigung» hin zu einer Kultur, die in pluralistischer Weise der Reflexion und dem Infragestellen verpflichtet ist, kommt auch in der Botschaft zur Eidgenössischen Kulturinitiative von 1984 zum Ausdruck:

«Kulturpolitik soll dazu beitragen, Verhältnisse zu schaffen und zu erhalten, in denen die Menschen ihr Leben möglichst frei nach ihren Bedürfnissen und Fähigkeiten gestalten können, unter Achtung der Freiheit des Andern und der öffentlichen Ordnung. [...] Kulturpolitik ist demnach zuerst Gestaltungshilfe für soziale Verbesserungen mit dem Ziel, mündige Menschen zu bilden, die anschliessend in eigener Verantwortung selber formen und erneuern. Ihr Ziel ist die Befähigung des Menschen, sich zurechtzufinden und zu begreifen dank Wissen, Neugier, Bewusstsein, aber auch Fühlen und Spüren – für sich selbst, für die anderen, für die natürliche Umgebung. Alles, was hilft, diese Eigenschaften und Qualitäten zu wecken und zu beleben, ist auch Kulturpolitik (wie sie bereits in den bürgerlichen Revolutionen von 1830 bis 1848 formuliert und betrieben worden ist).»⁷⁰²

Das Stimmvolk lehnte die Kulturinitiative ab. Bestrebungen, die Kulturförderungskompetenzen des Bundes in der Bundesverfassung zu stärken, scheiterten 1981⁷⁰³,

⁶⁹⁹ Clottu-Bericht, 13.

⁷⁰⁰ MUSCHG, *Wohin mit der Kultur?*, 359.

⁷⁰¹ MUSCHG, *Wohin mit der Kultur?*, 359.

⁷⁰² Botschaft zur «Eidgenössischen Kulturinitiative» vom 18. April 1984, BBl 1984 II 501, 518.

⁷⁰³ Eidgenössische Kulturinitiative von 1981, BBl 1981 III 176; Botschaft Kulturinitiative, 501 ff.

1986⁷⁰⁴ und 1994⁷⁰⁵ an der Urne.⁷⁰⁶ Erst die totalrevidierte Bundesverfassung sollte mit Art. 69 BV erstmals eine umfassende Kulturkompetenz des Bundes enthalten.⁷⁰⁷

Fortbestehen dirigistischer Tendenzen

Eine Reihe von politischen Interventionen gegen Kunstausstellungen zeigt indessen auf, dass dirigistische oder interventionistische Tendenzen in der Politik nach wie vor eine starke Basis finden. Auch instrumentelle Auffassungen der Kunst, wonach deren Förderung dem Ansehen der Schweiz im In- und Ausland dienen soll, sind exemplarisch für Positionen, die die Kulturförderung losgelöst von den grundrechtlichen Rechten und Verpflichtungen denken. Exemplarisch für nach wie vor bestehende interventionistische Tendenzen und instrumentalistische Kunstverständnisse in der staatlichen Kunstpolitik sollen an dieser Stelle drei Kunstskandale angeführt werden. Am bekanntesten ist die sogenannte *Hirschhorn-Affäre* von 2004. Der Schweizer Künstler Thomas Hirschhorn zeigte in einer von *Pro Helvetia* unterstützten Ausstellung *Swiss-Swiss Democracy* im *Centre Culturel Suisse de Paris* Collagen aus Bildern des Foltergefängnisses Abu Ghraib auf Kantonswappen (Abbildung 10). Er liess zudem eine Schauspielerin bei einer Aufführung von «Wilhelm Tell» in eine Urne erbrechen und einen als Hund verkleideten Schauspieler an ein Porträt pinkeln, das Christoph Blocher zum Verwechseln ähnlich sah. Einige Parlamentarier kritisierten im Nationalrat die Arbeitsweise von *Pro Helvetia* und forderten Sanktionen. Der Nationalrat kürzte das Budget von *Pro Helvetia* schliesslich um eine Million Schweizerfranken.⁷⁰⁸ Die Hirschhorn-Affäre ist seither in den Debatten über das Kulturbudget auf Bundesebene je nach politischer Ausrichtung als Mahnmal einer verfehlten Kulturpolitik oder unerwünschter Kunst präsent.⁷⁰⁹

Ähnlich versuchten die bürgerlichen Parteien Ende 2016 das *Theater Neumarkt* mit Subventionskürzungen zu belegen. Als Grund angeführt wurde das Überangebot an Theatern, wobei das Theater Neumarkt darunter das schwächste sei. Die Forderung nach Subventionskürzungen hatte sich aber am Theaterprojekt *Roger Köppel – eine Abschiebung* von Philipp Ruch entzündet, das zur «Entköppelung» der Schweiz aufrief und damit seinen Unmut über die Politik der Bürgerlichen an der Figur eines prominenten Politikers entlud. Die Motion scheiterte im Stadtzürcher Parlament. Von vielen

⁷⁰⁴ Gegenentwurf der Bundesversammlung, BBl 1986 I 45 f.

⁷⁰⁵ BBl 1994 III 1251; BBl 1993 II 870.

⁷⁰⁶ Zum Ganzen SCHWEIZER, SGK BV 69 N 3.

⁷⁰⁷ SCHWEIZER, Der neue Kulturartikel der Bundesverfassung, 187–191; SCHWEIZER, SGK BV 69 N 4–7; BIAGGINI, BVK 69 N 1.

⁷⁰⁸ Siehe die umfangreichen Debatten zum Geschäft 04.047 (Voranschlag der Eidgenossenschaft 2005) in der Wintersession 2004.

⁷⁰⁹ Siehe bswe Votum Germann zum Voranschlag der Eidgenossenschaft 2019 (18.041) (AB 2018 S 1024); Votum Wermuth zum Voranschlag der Eidgenossenschaft 2016 (15.041) (AB 2015 N 2031); Votum Glättli zur Änderung des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (13.048) (AB 2014 N 248).

Parlamentarierinnen und Parlamentariern wurde sie als unzulässige Straffraktion abgelehnt.⁷¹⁰

Problematisch sind auch parlamentarische Vorstösse, die versuchen, auf staatlich geförderte Ausstellungen inhaltlich Einfluss zu nehmen, weil sie einzelne Kunstwerke als störend empfinden. So forderte ein Postulat anlässlich der 2016 in Zürich durchgeführten *Manifesta* die Entfernung eines Kunstwerkes, das 80 Tonnen getrocknete Fäkalien – die an einem Tag von den Bewohnerinnen und Bewohnern Zürichs produzierte Menge – ausstellte. Sie forderten den Stadtrat auf, die «negative Propaganda» zu beenden: «Zürichs Ruf als Kulturstadt wird beschmutzt»⁷¹¹.

Im Gegensatz zu solchen, die kulturelle Vielfalt zurückweisenden Vorstössen bildet die mit der gesellschaftlichen Schutzdimension der Kunstfreiheit gewährleistete Offenheit das konzeptionelle Fundament einer Antwort des Bundesrates auf die Frage eines Parlamentariers, warum man Hirschhorn trotz seines Skandals in Paris als Schweizer Künstler an der Biennale in Venedig ausstellt:

«La liberté d'opinion et la liberté de l'art sont garanties par la Constitution fédérale. En désignant des artistes pour représenter le pays, la Confédération ne leur impose ni un thème ni un contenu. Elle leur laisse la liberté artistique indispensable à tout créateur. Ainsi, le Conseil fédéral s'abstient de se prononcer sur le contenu de l'exposition. Et cette liberté est à notre sens l'oxygène indispensable à la démocratie.»⁷¹²

4.2 Kulturelle Vielfalt als Ausdruck und Bedingung der Kunstfreiheit

Die Anerkennung einer wechselseitigen Bedingtheit zwischen der Kunst als individueller Praxis und der kulturellen Vielfalt als Ausdruck und Bedingung künstlerischer Freiheit kommt in verschiedenen Rechtsgebieten zum Ausdruck. Dazu gehört insbesondere das humanitäre Völkerrecht, das Kulturgüterrecht und das gesamte Kulturverwaltungsrecht, darunter die Regulierung von Archiven, Bibliotheken und Museen und die Ausgestaltung der Kulturförderung. Die Kunstfreiheit ist der grundrechtliche Kernpunkt, an dem sich diese Rechtsgebiete überschneiden.

Verankerung im internationalen Recht

Das humanitäre Völkerrecht ist historisch betrachtet das älteste Rechtsgebiet, das den Schutz kultureller Güter, namentlich von Werken der bildenden Kunst, Architektur und Literatur, als strukturelle Voraussetzung für die Entwicklung der Persönlichkeit der Mitglieder einer Gesellschaft in rechtlicher Form erfasst. Der Zweite Weltkrieg war im Kern ein Kulturkampf, der neben der Ermordung von Millionen Menschen auch

⁷¹⁰ Substantielles Protokoll der 121. Sitzung des Gemeinderats von Zürich vom 2. November 2016, Beschluss Nr. 2370 zur Motion 216/93; THOMAS ZEMP, Keine Bestrafung wegen Köppel-Aktion, Tagesanzeiger vom 3. November 2016.

⁷¹¹ Postulat Gemeinderat Zürich Nr. 2016/227 vom 15. Juni 2016.

⁷¹² Antwort von DIDIER BURCKHALTER, Fragestunde vom 14.6.2011, Frage Neirynek Jacques zu Thomas Hirschhorn an der Biennale in Venedig (11.5286) (AB 2011 N 1074).

zur Verschleppung und Zerstörung abertausender Kunstwerke und Kulturgüter führte. Das ist eine Erfahrung, die sich ganz zentral in der nach dem Zweiten Weltkrieg aufgebauten internationalrechtlichen Ordnung niederschlug. Eines ihrer Ziele ist der Schutz der Kulturgüter im gegenseitigen Respekt zwischen den Völkern, zum Schutz der Kultur einer Gesellschaft und der persönlichen Integrität und Identität ihrer Mitglieder. Dieses Ziel findet in der Charta der Vereinten Nationen mit dem Gebot der Kulturförderung in Art. 55 (c) einen ersten Ausdruck. Die zur Erfüllung dieses Postulats gegründete *UNESCO* orientiert sich am Paradigma, dass «Kriege im Geist der Menschen entstehen» und deshalb auch der Frieden «im Geist der Menschen» verankert werden muss. Sie setzt sich sinngemäss für die Erhaltung und Förderung der Kultur als Mittel der Friedensförderung ein (zum Ganzen Teil I Kapitel II.2.2).

Diese inhaltliche Ausrichtung hat sich auch in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und in den beiden Menschenrechtsverträgen (Zivilpakt und Sozialpakt) niedergeschlagen. Art. 27 AEMR liegt der Gedanke zugrunde, dass erst die *freie* Teilnahme am kulturellen Leben einer Gesellschaft die *freie* kreative Arbeit eines Menschen ermöglicht. In den Materialien zur Bestimmung findet sich die Aussage, dass ohne umfassende Freiheit keine dem Wert des Menschen entsprechende Schöpfung möglich ist. Der Schutz des kulturellen Lebens und der Kulturgüter einer Gesellschaft ist eine Voraussetzung für die individuelle Beteiligung an kulturellen Errungenschaften in Form eigener Werke. Derselbe Gedanke findet sich in Art. 15 Sozialpakt. Die Bestimmung schützt die künstlerische Freiheit als Voraussetzung für die Teilnahme am kulturellen Leben und den Zugang zu Kultur als Voraussetzung wiederum eines freien künstlerischen Schaffens sowie die Entwicklung der Kultur. In einem ähnlichen Sinn, aber spezifisch auf den Schutz von Minderheiten ausgerichtet und negativ formuliert, verpflichtet Art. 27 des Zivilpakts die Staaten, «Angehörigen ethnischer, religiöser oder sprachlicher Minderheiten» nicht das Recht vorzuenthalten, «gemeinsam mit anderen Angehörigen ihrer Gruppe ihr eigenes kulturelles Leben zu pflegen» (zum Ganzen Teil I Kapitel II.2.4.b m.w.H.). Die UNESCO hat wiederholt betont, dass Kultur ein soziales Phänomen ist, das aus der Verbindung individueller kreativer Tätigkeiten und Kooperationen entsteht:

«[...] culture is, in its essence, a social phenomenon resulting from individuals joining and co-operating in creative activities.»⁷¹³

Entsprechend betont auch die Sonderberichterstatter zu den kulturellen Rechten die Bedeutung der Kulturgüter für die gesellschaftliche Vielfalt und Entwicklung.

«Cultural heritage is to be understood as the resources enabling the cultural identification and development processes of individuals and groups, which they, implicitly or explicitly, wish to transmit to future generations.»⁷¹⁴

⁷¹³ UNESCO, Recommendation on Participation by the People at Large in Cultural Life and Their Contribution to It (26.11.1976).

⁷¹⁴ HRC, Report of the Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights (3.2.2016) (A/HRC/31/59), N 47, 51; siehe auch HRC, Report of the Independent Expert in the Field of Cultural Rights (3.3.2011) (A/HRC/17/38), N 60.

Mittels Kommunikation erfahren Menschen, was sie mit anderen gemein haben. Sie bilden zugleich das aus, was sie als geschichtlich einzigartige Persönlichkeiten auszeichnet und somit über alles Bestehende und alle gegebenen Kategorien und Ordnungen hinausausweist. Diese Kommunikation findet unter anderem auch in der Auseinandersetzung mit Werken der Literatur, Philosophie und Kunst statt, in denen Menschen persönliche Spuren hinterlassen haben. Kunstwerke sind materielle Dokumente, in denen Erfahrungen und Gedanken anderer, geschichtlich präsenter oder vergangener Menschen als Spuren erhalten sind. In und mit der Kunst nehmen Menschen an der Kommunikation über die menschliche Existenz teil. Der Sozialausschuss hat in seinen General Comments zum Sozialpakt deshalb die Verschränkung der künstlerischen Freiheit mit dem Schutz kultureller Güter und der kulturellen Vielfalt einer Gesellschaft wiederholt betont.

«In many instances, the obligations to respect and to protect freedoms, cultural heritage and diversity are interconnected.»⁷¹⁵

Gemäss dem Sozialausschuss sind Förderung und Respekt kultureller Rechte eine Voraussetzung für den Schutz der Menschenwürde und für erfüllende soziale Interaktionen zwischen Einzelnen und Gruppen in einer kulturell vielfältigen Welt.

«The full promotion of and respect for cultural rights is essential for the maintenance of human dignity and positive social interaction between individuals and communities in a diverse and multicultural world. [...] Cultural heritage is a fundamental resource for other human rights also, in particular the rights to freedom of opinion and expression, freedom of thought, conscience and religion, as well as the economic rights [...], the right to education and the right to development.»⁷¹⁶

Die Europäische Menschenrechtskonvention kennt keine Bestimmung zum Recht auf Kultur. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat sich dennoch wiederholt zur Bedeutung der Kultur für die in der Konvention geschützten Individualrechte ausgesprochen. Prominent sind die Aussagen des EGMR im Urteil *Beyeler*⁷¹⁷. Der EGMR hat den Schutz kultureller Güter als legitimes öffentliches Interesse für Eingriffe in Individualrechte akzeptiert.

«In the instant case the Court considers that the control by the State of the market in works of art is a legitimate aim for the purposes of protecting a country's cultural and artistic heritage. [...] the Court recognises that, in relation to works of art lawfully on its territory and belonging to the cultural heritage of all nations, it is legitimate for a State to take measures designed to facilitate in the most effective way wide public access to them, in the general interest of universal culture.»⁷¹⁸

⁷¹⁵ ICESCR, GC 21, N 50.

⁷¹⁶ ICESCR, GC 21, N 1.

⁷¹⁷ EGMR 33202/96 (2000) *Beyeler v Italy*.

⁷¹⁸ EGMR 33202/96 (2000) *Beyeler v Italy*, N 112 f.

Die Aussagen des EGMR spiegeln die im Kunstrecht, insbesondere im Kulturgüterrecht, allgemein akzeptierte Haltung zur Bedeutung von Kulturgütern für die Gesellschaft und den Einzelnen wider.⁷¹⁹

Ansätze in der Rechtsprechung höchster Gerichte

Das Bundesverfassungsgericht hat sich im Urteil *Preussischer Kulturbesitz* wenige Jahre nach dem Zweiten Weltkrieg zum vielschichtigen und spannungsreichen Verhältnis zwischen der Kultur und dem staatlichen Schutz und der Förderung der Persönlichkeitsentfaltung der Mitglieder einer Gemeinschaft dahingehend geäußert, dass staatliche Kultur als die «Gesamtheit der innerhalb einer Gemeinschaft wirksamen geistigen Kräfte»⁷²⁰ nicht staatlich verwaltet, sondern lediglich die kulturelle Entwicklung der Gemeinschaft staatlich gefördert werden kann.⁷²¹ In seiner nachfolgenden Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht diesen Gedanken aufgreifend eine objektiv-rechtliche Gewährleistungsdimension der Kunstfreiheit begründet. Demnach gewährleistet die Kunstfreiheit nicht nur Schutz vor staatlichen Eingriffen in das kulturelle Leben, sondern verpflichtet den Staat auf programmatischer Ebene dazu, als Voraussetzung der künstlerischen Freiheit das freiheitliche Kulturleben zu erhalten und zu fördern.⁷²²

Im Schweizer Recht kommt die Verbindung des Zugangs zu Kultur und künstlerischer Freiheit im Urteil *Hodler*⁷²³ prägnant zum Ausdruck (zum Urteil bereits vorne Teil I Kapitel II.4.1.d). Das Bundesgericht hatte über die Rechtmässigkeit der Ausstellung des Gemäldes *Hodler sur son lit de mort* (Abbildung 5) zu befinden, durch das sich die Witwe des Künstlers in ihrer Persönlichkeit verletzt fühlte. Das Schweizer Bundesgericht berücksichtigte das künstlerische und kulturelle Interesse, das Gemälde öffentlich ausstellen zu können. Das Bundesgericht vertrat die Haltung, dass ein Kunstwerk Teil des künstlerischen und kulturellen Erbes aller ist. Es muss deshalb grundsätzlich öffentlich ausgestellt werden dürfen. Das Bundesgericht gewichtete in seiner Abwägung die künstlerische, spirituelle, religiöse oder anderweitige Entwicklung der Gesellschaft als wichtiges öffentliches Interesse an der Kunst. Gerade die Werke der Schönen Künste erachtete das Bundesgericht als wichtige Faktoren für die Zivilisation und die Hebung des Intellekts und der Moral der Völker.⁷²⁴ Eine entsprechende Haltung kommt bei-

⁷¹⁹ Das Urteil ist im Resultat umstritten, weil es den Staaten in der Beschränkung der Eigentumsrechte einen breiten Ermessensspielraum einräumt. Damit werden staatliche Massnahmen zum Schutz von Kulturgütern für deren Eigentümer unberechenbarer, was sich auf die Rechtssicherheit im Bereich der Eigentumsrechte und des Kunstmarktes auswirkt (dazu hinten Teil III Kap. II.3.2.c).

⁷²⁰ BVerfGE 10, 20 (36 f.) *Preussischer Kulturbesitz*.

⁷²¹ BVerfGE 10, 20 (36 f.) *Preussischer Kulturbesitz*.

⁷²² BVerfGE 36, 321 (331) *Schallplatten*; BVerfGE 30, 173 (188) *Mephisto*; die Rechtsprechung wurde in der Lehre positiv aufgenommen, dazu WITTRECK, in: Dreier, GGK 5 III (Kunst) N 69 m.w.H.; HÄBERLE, Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht, 26 Fn. 86 versteht das als «Kulturstaatsklausel», die über *Mephisto* hinausgeht.

⁷²³ BGE 70 I 127.

⁷²⁴ BGE 70 I 127 E. 3.c.

spielsweise auch in einem der Sondervoten zum *Mephisto*-Urteil⁷²⁵ zum Ausdruck. Demnach ist Klaus Manns *Mephisto* «als ein bedeutendes Werk eines Hauptvertreters der Exilliteratur, noch dazu eines Angehörigen der Familie Mann»⁷²⁶ zu würdigen. Das Interesse der Öffentlichkeit, dieses Werk kennenzulernen, ist in der Abwägung mit anderen Interessen, die gegen die Veröffentlichung des Werkes sprechen, entsprechend zu gewichten.

4.3 Verfassungsrechtliche Verankerung

a) Der Kulturbegriff im Schweizer Verfassungsrecht

Das Schweizer Recht kennt weder einen einheitlichen *Kulturbegriff* noch einen einheitlichen *Kunstbegriff*.⁷²⁷ In den einzelnen Bestimmungen der Bundesverfassung wird der Kulturbegriff nicht einheitlich verwendet, sondern mal umfassender (Art. 2 Abs. 2 BV), mal im engeren Sinn (Art. 69 BV).⁷²⁸ Auch das Kulturfördergesetz des Bundes enthält keine Legaldefinition von *Kultur*. Die Botschaft zum Kulturförderungsgesetz und die den eigentlichen Inhalt des eidgenössischen Kulturauftrags vermittelnden Kulturbotschaften verweisen für die Begriffsbestimmung von Kultur auf den weiten Kulturbegriff der UNESCO.⁷²⁹ Eine abschliessende staatliche Kulturdefinition wäre auch nicht wünschenswert. Wie sich in den nachfolgenden Abschnitten zeigen wird, ist gerade die begriffliche Offenheit Voraussetzung für ein zeitgemässes Verständnis von Kultur.⁷³⁰ Kulturelle Vielfalt als Staatszweck ist nicht im engen Sinn auf die traditionelle Viersprachigkeit und regionale Diversität der Schweiz und die Verschiedenheiten zwischen Stadt und Land beschränkt. Nach einem zeitgenössischen Begriffsverständnis muss kulturelle Vielfalt in einem umfassenderen Sinn verstanden werden. Ziel ist es, die Vielfalt sämtlicher Kulturen und kultureller Aktivitäten zu gewähren.

Eine besondere Stellung kommt in der Bundesverfassung der Sprache zu. Die allgemeinen Bestimmungen widmen den Landessprachen «als dem wichtigsten Kulturträger»⁷³¹ eine eigene Bestimmung (Art. 4 BV), was gemäss der Botschaft zur neuen Bundesverfassung auch als Verweis auf die «Gesamtheit der kulturellen Bedingungen des Staates»⁷³² gilt. Die als Grundrecht gewährleistete Sprachenfreiheit (Art. 18 BV) ist gemäss Lehre und Rechtsprechung eine notwendige Voraussetzung «aller jener Frei-

⁷²⁵ BVerfGE 30, 173 *Mephisto*, Sondervotum Stein II.4.

⁷²⁶ BVerfGE 30, 173 *Mephisto*, Sondervotum Stein II.4.

⁷²⁷ Anstelle vieler RENOLD/MOSIMANN, KKR, Kap. 1 § 2 N 62.

⁷²⁸ PFÄNDLER-OLING, Kulturförderung, 21; BIAGGINI, BVK 69 N 2.

⁷²⁹ Botschaft zur Förderung der Kultur in den Jahren 2012–2015 vom 23. Februar 2011, (Kulturbotschaft 2012–2015), BBl 2010 2971, 2980.

⁷³⁰ Gl.M. BIAGGINI, BVK 69 N 2; HOLLAND, Bundesstaatliche Kunstförderung, 8; MÜLLER, Einheit der Verfassung und Vielfalt der Kultur, 18 f.; KIENER, Bildung, Forschung und Kultur, in: Thürer et al., Verfassungsrecht der Schweiz, 903 ff.

⁷³¹ Botschaft BV, 136.

⁷³² Botschaft BV, 136.

heitsrechte des Einzelnen, die die Freiheit der Äusserungen der Persönlichkeit durch das gesprochene oder geschriebene Wort gewährleisten»⁷³³. Dazu gehört neben der Meinungsfreiheit, der Religionsfreiheit oder der Wirtschaftsfreiheit unbestritten auch die Kunstfreiheit. Und die Bestimmung über die Kompetenzaufteilung im Bereich der Kultur verpflichtet den Bund dazu, «bei der Erfüllung seiner Aufgaben Rücksicht auf die kulturelle und die sprachliche Vielfalt des Landes» zu nehmen (Art. 69 Abs. 3 BV). Die Botschaft zur neuen Bundesverfassung betont dabei, dass besonders die sprachliche Vielfalt zu beachten ist, ebenso wie die kulturellen Besonderheiten beispielsweise von Jenischen oder Eingewanderten.⁷³⁴

Die Gewährung und Förderung sprachlicher Vielfalt bildet die Grundlage für die Entfaltung der zum Staatszweck erklärten kulturellen Vielfalt. Zugleich darf der Staat die Sprachenfreiheit dort beschränken, wo ein überwiegendes öffentliches Interesse vorliegt, beispielsweise aus administrativ-organisatorischen Gründen in der Kommunikation mit der Verwaltung oder aber aus Rücksicht auf die Interessen an einer nationalen Kohäsion in der Ausgestaltung des Fremdsprachenunterrichts.⁷³⁵

b) Der Kulturbegriff im internationalen Recht

Der offene Kulturbegriff hat sich insbesondere im internationalen Recht ausdifferenziert. Das internationale Recht orientiert sich in den Grundzügen an dem während der Weltkonferenz in Mexiko im Jahr 1982 deklamierten Kulturbegriff. Demnach kann *Kultur* in ihrem weitesten Sinn

«als die Gesamtheit der einzigartigen geistigen, materiellen, intellektuellen und emotionalen Aspekte angesehen werden, die eine Gesellschaft oder eine soziale Gruppe kennzeichnen. Dies schliesst nicht nur Kunst und Literatur ein, sondern auch Lebensformen, die Grundrechte des Menschen, Wertsysteme, Traditionen und Glaubensrichtungen»⁷³⁶.

Die Entwicklung zu diesem umfassenden Kulturbegriff zeichnete sich schon in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, dem Zivilpakt und dem Sozialpakt ab (siehe Teil I Kapitel II.2.3–2.5). Der umfangreichste Kulturbegriff wird dem Europarat zugeschrieben.⁷³⁷ Demnach ist *Kultur*

⁷³³ FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, 393 f.; vom Bundesgericht als ungeschriebenes Grundrecht anerkannt in BGE 91 I 480 E. 1.

⁷³⁴ Botschaft BV, 286.

⁷³⁵ Im Grundsatz bereits BGE 91 I 480 E. 2; zur Sprachpolitik in der mehrsprachigen Schweiz ausführlich auch BGE 143 I 361.

⁷³⁶ UNESCO-Kommissionen der Bundesrepublik Deutschland, Österreich und der Schweiz (Hrsg.), UNESCO-Konferenzbericht Nr. 5, Weltkonferenz über Kulturpolitik, Mexiko 1982, München 1983 (Originaltext siehe World Conference on Cultural Policies, Mexico 1982). Siehe dazu PFÄNDLER-OLING, Kulturförderung, 9 f.; SCHWEIZER, SGK BV 69 N 12; BIAGGINI, BVK 69 N 2; zum Kulturbegriff und dem internationalen Kulturrecht vertiefend NAFZIGER/KIRKWOOD/DUNDES, Cultural Law.

⁷³⁷ Zur Begriffsgeschichte PFÄNDLER-OLING, Kulturförderung, 11.

«alles, was dem Individuum erlaubt, sich gegenüber der Welt, der Gesellschaft und auch gegenüber dem heimatlichen Erbgut zurechtzufinden, alles was dazu führt, dass der Mensch seine Lage begreift, um sie unter Umständen verändern zu können»⁷³⁸.

Auch die UNESCO hatte zu einem frühen Zeitpunkt ihrer Tätigkeit bereits einen weiten Kulturbegriff vorgelegt. Nach dem Kulturbegriff der UNESCO umfasst der Begriff *Kultur*

«die Strukturen, Ausdrucksformen und Bedingungen des Lebens einer Gesellschaft und die verschiedenen Arten, mit denen sich das Individuum in dieser Gesellschaft zum Ausdruck bringt und erfüllt»⁷³⁹.

Die UNESCO-Kulturförderungskonvention definiert kulturelle Vielfalt als

«die mannigfaltige Weise, in der die Kulturen von Gruppen und Gesellschaften zum Ausdruck kommen. Diese Ausdrucksformen werden innerhalb von Gruppen und Gesellschaften sowie zwischen ihnen weitergegeben» (Art. 4 Ziff. 1).

Sie präzisiert des Weiteren, dass sich kulturelle Vielfalt nicht nur in Form des Kulturerbes der Menschheit zeigt, «sondern auch in den vielfältigen Arten des künstlerischen Schaffens, der Herstellung, der Verbreitung, des Vertriebs und des Genusses von kulturellen Ausdrucksformen, unabhängig davon, welche Mittel und Technologien verwendet werden» (Art. 4 Ziff. 1).

Der weite Kulturbegriff hat seinen Verwendungszweck vorwiegend als politische Absichtserklärung zu gegenseitiger Achtung und zum Respekt aller menschlichen Existenzweisen, Erzeugnisse und Errungenschaften. Ausschlaggebend für die Kunstfreiheit ist der weite Kulturbegriff, insofern er über ein enges Verständnis von Kultur, das sich auf die Schönen Künste beschränkt, hinausweist und Kultur als zentralen Faktor des politischen und gesellschaftlichen Lebens versteht. Eine staatliche Kulturpolitik, die sich am Kulturbegriff der UNESCO orientiert, beschränkt sich nicht auf die Förderung des künstlerischen Schaffens und die Erhaltung des kulturellen Erbes, sondern zielt auf die Beteiligung möglichst aller Bevölkerungsgruppen am kulturellen Leben. Zugang zur Kultur und Vermittlung von Kultur sind dann die Schlüsselbegriffe der Kulturpolitik.⁷⁴⁰

In seiner konkreten Anwendung in der Regulierung einzelner Gesellschaftsbereiche bedarf der Kulturbegriff meist einer pragmatischen Einschränkung, weil ansonsten alle menschlichen Tätigkeiten vom Begriff erfasst wären und folglich auch der staatliche Kulturauftrag sämtliche Lebensbereiche und damit auch die gesamte Verfassung umfassen würde. Es würde somit an der notwendigen Abgrenzung einer rechtsstaatlich-demokratischen Grundsätzen des Verfassungsstaats entsprechenden, zielgerichteten und rechtlich beschränkten staatlichen Tätigkeit fehlen. Entsprechend relativierte bereits der für die bundesstaatliche Kulturpolitik wegweisende *Clottu-Bericht* von 1972 den

⁷³⁸ Zitiert nach Clottu-Bericht, 14.

⁷³⁹ Zitiert nach Clottu-Bericht, 14.

⁷⁴⁰ Siehe entsprechend Kulturbotschaft 2012–2015, 2980.

Kulturbegriff der UNESCO und des Europarats in Bezug auf die konkrete kompetenzrechtliche Ausgestaltung im Bundesstaat.⁷⁴¹ Auch die erste Kulturbotschaft des Bundes zeichnet die Ausrichtung der Vorlage nach dem weiten Kulturbegriff der UNESCO, relativiert diesen für seine rechtliche Konkretisierung aber in einem engeren, praktischen Sinn. Der umfassende soziologische Kulturbegriff der UNESCO bleibt «Perspektive und Hintergrund jeder Kulturpolitik»⁷⁴², während der pragmatisch-rechtliche Kulturbegriff sich darauf beschränken muss, «namentlich die Künste in ihren klassischen und modernen Sparten, einschliesslich Volks- und Laienkunst sowie materielles und immaterielles Kulturerbe»⁷⁴³ zu bezeichnen. Dass Bund und Kantone ihre konkreten Zuständigkeiten im Bereich der Kultur in einem eng konturierten Sinn verstehen, erschliesst sich auch aus den spezifischen Bestimmungen über die Kulturförderung (siehe dazu Teil III Kapitel III.3).

c) Kunst als Kultur im engen Sinn

Die Gegenüberstellung der verschiedenen Begriffsdefinitionen verdeutlicht, dass die Kulturbegriffe, so unterschiedlich sie auch sein mögen, immer auch die Kunst mitbezeichnen. Kunst ist Kultur im *engen* Sinn. Demgegenüber umfasst Kultur *in einem weiten Sinn* zusätzlich zur Kunst weitere Bereiche des gesellschaftlichen Lebens.⁷⁴⁴ So unterscheidet der Bund bei seinen Zuständigkeiten im Bereich der Kultur zwischen der Förderung des Kunst- und Kulturschaffens, den er von anderen Bereichen wie Bibliotheken und Archiven, Kulturgüterschutz oder Heimat- und Denkmalschutz abgrenzt (Art. 1 f. KFG). Diese Einteilung darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Abtrennung bei genauer Betrachtung der einzelnen Normen im Detail unscharf bleibt. Auch wenn die genaue Abgrenzung zwischen Kunst als Kultur im engen Sinn und anderen kulturellen Aktivitäten letztlich stets variabel und im Einzelfall konkretisierungsbedürftig bleibt, so ist insofern unbestritten, dass die Kunst bei der Zuweisung der Zuständigkeiten vom Kulturbegriff jeweils miterfasst ist; es sei denn, sie sei explizit ausgenommen. Dort, wo die Kunst ausdrücklich Erwähnung findet, bezeichnet der Begriff jeweils einen ganz spezifischen Bereich der Kultur. So kann der Bund in einem umfassenderen Sinn «kulturelle Bestrebungen von gesamtschweizerischem Interesse» *unterstützen*, «Kunst und Musik» hingegen auch *fördern* (Art. 69 Abs. 2 BV) (dazu Teil III Kapitel 3.3.1).

⁷⁴¹ Clottu-Bericht, 23; kritisch zum Verweis auf den Kulturbegriff der UNESCO in der Botschaft KFG (BBl 2007 4825 f.) deshalb auch SCHMIDT-GABAIN, BSK BV 69 Fn. 22 zu N 11, für welchen die Anwendung des UNESCO-Kulturbegriffs auf den Kulturförderartikel von Art. 69 BV zu weit geht, weil gestützt darauf Art. 69 BV eine Auffangnorm für Kompetenzen aus allen möglichen Bereichen wäre; ebenso der relativierende Hinweis bei BIAGGINI, BVK 69 N 2.

⁷⁴² Kulturbotschaft 2012–2015, 2980.

⁷⁴³ Kulturbotschaft 2012–2015, 2980.

⁷⁴⁴ Ebenso die herrschende Lehre, siehe bswe SCHWEIZER, SGK BV N 2 zu Vorbemerkungen zur Kulturverfassung.

b) Orientierung der Staatsordnung am offenen Kulturbegriff

Kulturelle Vielfalt als Staatsziel

Die kulturelle Vielfalt ist ein wesentliches Merkmal der Schweiz. Sie ist in der Präambel der Bundesverfassung, in deren Zielbestimmung, in den einzelnen Grundrechten und in den einschlägigen Kompetenzartikeln institutionell verankert.⁷⁴⁵ Am offensichtlichsten ist das in der Präambel der Bundesverfassung und im Zweckartikel der Bundesverfassung (Art. 2). Die Präambel verweist auf die kulturelle Vielfalt mit der Formel, dass sich Schweizervolk und die Kantone eine Verfassung geben, um «im Willen, in gegenseitiger Rücksichtnahme und Achtung ihre Vielfalt in der Einheit zu leben». Der Zweckartikel der Bundesverfassung erhebt die Förderung der kulturellen Vielfalt zum Staatsziel (Art. 2 Abs. 2 BV). Die Bestimmung gibt den Staatsorganen eine programmatische Zielausrichtung vor und ist für die Auslegung der einzelnen Verfassungsbestimmungen richtungsweisend.⁷⁴⁶

Der Betonung der kulturellen Vielfalt steht die Erhaltung der Schweiz als politische Einheit gegenüber. Die Schweizer Bundesverfassung zeichnet sich entsprechend durch die Bemühung zur Einheit in der Vielheit aus. Sie ist dem föderalen Kompromiss verpflichtet, der sich im Zugeständnis substanzieller Autonomie bei gleichzeitiger für den staatlichen Zusammenhalt notwendiger Koordination und Zentralisierung auszeichnet. Der föderale Staatsaufbau basiert auf der Überzeugung, dass die hergebrachte kulturelle und sprachliche Vielfalt zu erhalten ist, sich aber auch frei entfalten und weiterentwickeln können soll.⁷⁴⁷ Der Verfassung kommt eine wichtige Integrationsfunktion zu. Die Gewährleistung von Autonomie ist immer in Bezug zur fortdauernden integrativen Aufgabe des Bundes und der gegenseitigen Bezugnahme von Bund, Kantonen und Gemeinden zu setzen.⁷⁴⁸ Entsprechend enthält die Bundesverfassung ergänzend zu den Bestimmungen, die die Vielfalt des Landes betonen, weitere Bestimmungen, die den Bund und die Kantone in verschiedenen Bereichen zu Koordination, Harmonisierung, Austausch und Kohäsion verpflichten.⁷⁴⁹ Die Bemühung, Vielfalt und Einheit in ein ausgeglichenes Verhältnis zu setzen, findet sich beispielsweise auch in den Artikeln über die Bildung. Grundsätzlich liegen die Ausgestaltung und Organisation der Bildung in der Kompetenz der Kantone. Die Bundesverfassung verpflichtet den Bund und die Kantone aber dazu, ihre Anstrengungen zu koordinieren, zu harmonisieren und für einen durchlässigen Schweizer Bildungsraum zu sorgen (Art. 61a f. BV).

Dieses Spannungsverhältnis zwischen Vielfalt und Einheit findet sich auch in den Bestimmungen über die Kulturförderung wieder. Die Kompetenz zur Förderung der

⁷⁴⁵ SCHWEIZER, SGK BV N 1 zu Vorbemerkungen zur Kulturverfassung.

⁷⁴⁶ Botschaft BV, 126; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, N 578.

⁷⁴⁷ Ausdrücklich auch Botschaft BV, 16.

⁷⁴⁸ Botschaft BV, 12, 13; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, N 576.

⁷⁴⁹ Zum Streit über die Deutung der Kulturförderungskompetenzen des Bundes als wichtiger Bestandteil der kollektiven Identitätsbildung oder als verkappte Staatskultur siehe SCHWEIZER, SGK BV 69 N 7; TÖNDURY, Einheit und Vielfalt, 222.

Kultur liegt bei den Kantonen. Der Bund darf Kultur von gesamtschweizerischem Interesse unterstützen, muss dabei aber auf die kulturelle Vielfalt des Landes Rücksicht nehmen (Art. 69 BV). Internationalrechtlich hat sich die Schweiz mit der Ratifikation der UNESCO-Kulturförderungskonvention dazu verpflichtet, die kulturelle Vielfalt zu schützen und zu fördern (zum Abkommen siehe Teil I Kapitel II.2.2). Gerade im Bereich von Bildung und Kultur reagieren die föderalen Mitgliedstaaten besonders sensibel auf Aktivitäten des Zentrums. Seit Gründung des Bundesstaates vertrat der Bund eine zurückhaltende Bildungs- und Kulturpolitik, immer jedoch scharf beobachtet und von der Angst eines bundesstaatlichen Kulturimperialismus begleitet.⁷⁵⁰ Entsprechend nehmen Bestimmungen über kulturelle Bereiche der Gesellschaft in der Bundesverfassung eine besondere Stellung ein und sprechen der föderalen Kompetenzaufteilung grosses Gewicht zu.⁷⁵¹

Der offene Kulturbegriff öffnet die Verfassung für die kulturellen Anliegen unterschiedlichster Art. Wenn der demokratische Verfassungsstaat die kulturelle Vielfalt gewährleistet und zu seinem Ausgangspunkt macht, so bedeutet das zugleich, dass er keine spezifische Kultur repräsentiert. Die Bundesverfassung und die Kantonsverfassungen enthalten Rechte und Pflichten, legen Organisationsstrukturen fest und definieren Verfahren zur Entscheidungsfindung und Konfliktlösung, nicht aber eine bestimmte «Kultur».⁷⁵² Die Verfassung schützt die Vielfalt von Kultur, wie auch immer sie erscheint, und verzichtet darauf, ihren Mitgliedern Identität oder Sinn vorzugeben.

Problematik kulturalistischer Verengungen

Werden Konzepte einer verfassungsrechtlichen Kultur mit Forderungen nach der Erhaltung oder Förderung einer spezifischen Nationalkultur verbunden, kippt das rechtliche Kulturverständnis in kulturell dirigistische Vorstellungen. Verweise auf eine Kulturturnation sind ebenso problematisch wie staatliche Kulturdefinitionen oder an einer Nationalkultur orientierte Auffassungen der kulturellen Vielfalt. Die Schweizer Verfassungslehre pflegt einen pragmatischen Umgang mit dem Kulturbegriff. Integrierend wirkt nicht eine gemeinsame, durch Kunst, Wissenschaft oder Religion oder Weltanschauung ausgebildete Kultur, sondern, wenn überhaupt, dann das politische Entscheidungsverfahren.⁷⁵³

Mit entsprechender Skepsis sind Theorien zur Verfassung zu handhaben, die die Verfassung nicht lediglich als rechtliche Organisationsstruktur begreifen, sondern mit Vorstellungen einer bestimmten Kultur aufladen. Die Schwierigkeiten eines solchen

⁷⁵⁰ Ausführlicher TÖNDURY, Kultur, 194–214.

⁷⁵¹ Ebenso RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, N 580.

⁷⁵² Gl.M. MÜLLER, Einheit der Verfassung und Vielfalt der Kultur, 21. Peter Saladin erkannte in der Pflicht zur Toleranz gegenüber Andersdenkenden als Kulturverpflichtung den «Eckstein» des Rechtsstaates und der Demokratie, SALADIN, Verfassung und Grundrecht auf Kultur, 14. Zur Toleranz im Verfassungsrecht jetzt auch ausführlich TÖNDURY, Toleranz, 543 f.

⁷⁵³ Gl.M. MÜLLER, Einheit der Verfassung und Vielfalt der Kultur, 19.

Ansatzes zeigt sich in den frühen Arbeiten Peter Häberles zur *Kulturverfassung*. Grundannahme der Theorie Häberles zur Verfassungslehre als Kulturwissenschaft ist, dass die Verfassung nicht nur eine rechtliche Ordnung, sondern auch «Ausdruck eines kulturellen Entwicklungsstandes»⁷⁵⁴ ist. Verfassungskultur ist für Häberle entsprechend die «Summe der subjektiven Einstellungen, Erfahrungen, Werthaltungen, der Erwartungen und des Denkens sowie des (objektiven) Handelns der Bürger [...] im Verhältnis zur Verfassung»⁷⁵⁵. Eine «kulturwissenschaftlich aufgeklärte und vertiefte Verfassungslehre»⁷⁵⁶ stärkt nach Häberle die «Erklärungskraft»⁷⁵⁷ und Rationalität der Verfassungsinterpretation, wo der herkömmliche Positivismus alleine gestützt auf Normtexte zu dezisionistischen Entscheidungen führt.⁷⁵⁸ Häberle geht es darum, «der Verfassung *im Bewusstsein* und *im Sein* eines Volkes gerecht zu werden» und «die kulturellen Prozesse im Gemeinwesen [...] als Grundierungen des Verfassungsstaates für dessen rechtliche Verfassung fruchtbar zu machen»⁷⁵⁹. Auch wenn Häberle an verschiedenen Stellen von der Offenheit und Pluralität der Kultur eines Volkes ausgeht⁷⁶⁰, betont er «die kulturelle Grundierung jeder noch so offenen Gesellschaft», ohne die sie «keine nationale Identität stiften und kein Volk zusammenhalten»⁷⁶¹ könnte und «buchstäblich ins Bodenlose»⁷⁶² stürzte. Dabei betont er, dass, trotz weltanschaulich-konfessioneller Neutralität des Staates, der Verfassungsstaat Ausdruck der grossen kulturellen Leistung des Christentums sei.⁷⁶³ Für Häberle geht es in juristischen Auseinandersetzungen über die Verfassung deshalb auch um einen «Konflikt der Kulturen», «Ethnien» und «Konfessionen»⁷⁶⁴, bei dem sich die Verfassung, um dem Diktum ihres christlichen Erbes zu folgen, auf die Seite der christlichen Werte stellt. Unter der Schablone der mit einem christlichen Programm angereicherten Methode und der Prämisse eines Volkes mit einer nationalen Identität, einer zuweisbaren Ethnie, Konfession und abgrenzbaren Kultur hat sich Peter Häberle in der konkreten Anwendung seiner kulturwissenschaftlichen Methode der Verfassungsauslegung entsprechend beispielsweise für die «Kernfamilie» als «sozio-kulturelle Regelexistenz»⁷⁶⁵ und Strukturprinzip des Verfassungsstaates ausgesprochen.⁷⁶⁶

⁷⁵⁴ HÄBERLE, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 83 f.

⁷⁵⁵ HÄBERLE, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 90.

⁷⁵⁶ HÄBERLE, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 1061.

⁷⁵⁷ HÄBERLE, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 1061.

⁷⁵⁸ HÄBERLE, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 1062.

⁷⁵⁹ HÄBERLE, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 1063 (kursiv im Original).

⁷⁶⁰ So bsw in HÄBERLE, Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht, 48 f.

⁷⁶¹ HÄBERLE, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 89.

⁷⁶² HÄBERLE, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 89.

⁷⁶³ HÄBERLE, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 89.

⁷⁶⁴ HÄBERLE, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 89.

⁷⁶⁵ HÄBERLE, Verfassungsschutz der Familie, 1.

⁷⁶⁶ Offener zeigt sich Häberle in einer jüngeren Schrift, in der er seiner kulturwissenschaftlichen Verfassungslehre eine wesentlich heterogenere Auffassung von Kultur unterstellt, wobei gerade die Freiheiten der Religions-, Wissenschafts- und Kunstfreiheit für die Aushandlung der Positionen im Verfassungsstaat konstitutiv seien, HÄBERLE, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 37, 63 f.

Kulturalistische Tendenzen finden sich im Anschluss an Peter Häberle auch bei Peter Saladin. Er spricht sich für ein Grundrecht auf Kultur mit der Begründung aus, «dass von entschiedener, umsichtiger, gezielter Kulturförderung das Überleben des Staates abhängt»⁷⁶⁷. Nach Saladin befinden sich mit der Globalisierung und Internationalisierung die drei Elemente, die einen Staat ausmachen – Volk, Gebiet und Gewalt – in Auflösung. Unter diesen Bedingungen muss der Staat nach Saladin, um seine Aufgabe der Integration und Identitätsstiftung weiterhin erfüllen zu können, seine kulturelle Persönlichkeit bewahren, entfalten und fortentwickeln. Zu pflegen ist diejenige «spezifische Kultur»⁷⁶⁸, die die eigentliche «*Persönlichkeit*»⁷⁶⁹ des Staates ausmacht und Ausdruck für eine «spezifische <Kulturstaatlichkeit>» ist.⁷⁷⁰ Dazu gehört insbesondere die «Pflege der nationalen kulturellen Propria» und die «Vermittlung spezifischer Werte»⁷⁷¹. Für die Schweiz sind das nach Saladin unter anderem die «Mehrzahl von Völkern, Sprachen und Kulturen», die «pluralistische Nationalität», «Multikulturalität» und die «Vielsprachigkeit»⁷⁷². Wie problematisch der kulturalistische Kulturbegriff ist zeigt sich in der Aussage von Peter Saladin, wonach die Vielsprachigkeit der Schweiz «unter dem Ansturm des Deutschen vor allem» «in hohem Mass gefährdet» ist.⁷⁷³

Entsprechend hat sich Jörg Paul Müller kritisch zu den Gefahren der kulturwissenschaftlichen Methode der Verfassungsauslegung geäußert.⁷⁷⁴

«Kultur nährt nicht nur, sondern sie kann als ein kollektives Phänomen auch bedrohlich werden für die Unversehrtheit des einzelnen Lebens.»⁷⁷⁵

Er betont die Vielfalt und ständige Veränderung der Manifestationen von Kultur und die repressive Gefahr der Forderung, mit Recht Kultur zu verwirklichen und dem Staat eine Kulturhoheit oder die Aufgabe der Gestaltung von Kultur zuzuweisen. «Dass sich der moderne Rechtsstaat keiner Kultur bemächtigen darf, auch nicht aus dem Anliegen seiner Integration» ist nach Jörg Paul Müller «das Credo des demokratisch-liberalen Staates selbst»⁷⁷⁶. Entsprechend erinnert Jörg Paul Müller daran, dass die Kultur «im Zeichen der Meinungs-, Kunst- und Weltanschauungsfreiheit stärker als früher ein bewegliches, auch fließendes Element»⁷⁷⁷ ist.

Treffend formuliert ist die subtile Problematik kulturalistischer Kulturverständnisse auch bei Hans Joas:

⁷⁶⁷ SALADIN, Verfassung und Grundrecht auf Kultur, 15.

⁷⁶⁸ SALADIN, Verfassung und Grundrecht auf Kultur, 17 (kursiv im Original).

⁷⁶⁹ SALADIN, Verfassung und Grundrecht auf Kultur, 17 (kursiv im Original).

⁷⁷⁰ SALADIN, Verfassung und Grundrecht auf Kultur, 17.

⁷⁷¹ SALADIN, Verfassung und Grundrecht auf Kultur, 18 f.

⁷⁷² SALADIN, Verfassung und Grundrecht auf Kultur, 18 f.

⁷⁷³ SALADIN, Verfassung und Grundrecht auf Kultur, 19.

⁷⁷⁴ MÜLLER, Einheit der Verfassung und Vielfalt der Kultur, 17 ff.

⁷⁷⁵ MÜLLER, Einheit der Verfassung und Vielfalt der Kultur, 30, 17 f.

⁷⁷⁶ MÜLLER, Einheit der Verfassung und Vielfalt der Kultur, 20.

⁷⁷⁷ MÜLLER, Perspektiven der Demokratie, 118.

«Die «kulturalistische» Verengung besteht gerade darin, uns die Menschen als Gefangene der Kulturen, denen sie angehören, vorzustellen, ihr Handeln als bloße Ausführungen kultureller Programme, die sie verinnerlicht haben oder auf die sie in den normbewehrten Erwartungen anderer ständig stossen. [...] Gegen diese Verengung steht die Betonung auf dem menschlichen *Handeln*. [...] Nur bei der Berücksichtigung der irreduziblen Kreativität des menschlichen Handelns ergibt sich hier ein Ausweg.»⁷⁷⁸

Unterschiedliche Kultur- und Kunstverständnisse bestimmen öffentliche Diskussionen über die Kunst bis in die Gegenwart. Auseinandersetzungen wie diejenige über das Gemälde *Open Coffin* von Dana Schutz zeigen das Spannungsverhältnis zwischen einem offenen Kunstbegriff auf, nach welchem alle Formen und Themen in der Kunst möglich sind, und kulturalistischen Einengungen, die gewisse Themen oder Formen vorgeben oder eingeschränkt sehen möchten. Die Forderung von schwarzen Künstlerinnen und Künstlern, dass eine weiße Künstlerin sich in ihrer Kunst nicht mit dem ikonischen Gemälde des gelynchten schwarzen Kindes Emmett Till auseinandersetzen darf, verdeutlicht einerseits die nach wie vor bestehenden gesellschaftlichen Spannungen. Andererseits legt die Forderung Personen auf prädestinierte kulturelle Kategorien fest und ist ein Bruch mit der Vorstellung, dass Kunst einen universalistischen Freiraum kultureller Vielfalt öffnet, in dem das Überschreiten vorgegebener Kategorien und kultureller oder identitärer Zuschreibungen möglich ist.⁷⁷⁹ Für den Bildtheoretiker W. J. T. Mitchell haben Menschen ein Recht, anstößige Bilder zu produzieren und sich anzusehen, ebenso wie sie ein Recht darauf haben, nicht mit solchen Bildern zwangsweise konfrontiert zu werden. Es sind für ihn deshalb eher Fragen nach dem Kontext als nach dem Inhalt, welche über die Freiheit entscheiden sollten, wo und wann ein anstößiges Bild gezeigt werden darf.⁷⁸⁰ In diese Richtung bewegt sich auch die Rechtsprechung zu den Grenzen der Kunstfreiheit (dazu Teil IV Kapitel II und III).

4.4 Zusammenfassung

Kunst entsteht eingebunden in gesellschaftliche Praktiken und im Dialog mit anderen Menschen. Kunst ist sowohl *Ausdruck* als auch *Bedingung* von Kultur. Eine freie Kunst erzeugt vielfältige Formen des künstlerischen Ausdrucks und trägt so zur kulturellen Vielfalt der Gesellschaft bei. Kulturelle Vielfalt ist zugleich eine Bedingung dafür, dass vielfältige Kunst entsteht. In ihrer gesellschaftlichen Schutzdimension ist die Kunstfreiheit darauf ausgerichtet, die Kunst davor zu schützen, für irgendwelche Zwecke eingesetzt zu werden, eingeschlossen sind staatliche, völkisch-kommunitäre oder nationalistisch-identitäre Zwecke. Ein Staat, der sich in seinem Kulturauftrag der Bildung einer nationalen Identität verschreibt und die Förderung der Kultur mit einer eingeschränkt vorbestimmten Kulturdefinition belegt, handelt im Widerspruch zum offenen Kultur-

⁷⁷⁸ JOAS, Sakralität der Person, 132 f.; siehe vertiefend auch DERS., Kreativität des Handelns.

⁷⁷⁹ Zum Ganzen RAUTERBERG, Wie frei ist die Kunst?, 13, 25, 30–33; VON MÜNCH, Kunstfreiheit gegen Political Correctness, 2–7.

⁷⁸⁰ MITCHELL, Bildtheorie, 393 f.

begriff und zur Kunstfreiheit. Das zeigte sich nicht zuletzt in der Schweizer Kulturförderungspolitik des 20. Jahrhunderts. Kulturförderung diente dort dem Zweck einer kulturstaatlich verstandenen Kohäsion und entsprach einer dirigistischen Auffassung von Freiheit. Später orientierte sie sich an einer vordefinierten Idee eines freiheitlichen Lebens, das davon abweichende Ideen und andere Lebensformen zu unterdrücken suchte, was sich in subtilen Formen äusserte wie in der Nichtbeachtung von Fördergesuchen oder der Nichtaufnahme in staatlich finanzierte Ausstellungsräume. Die Kunstfreiheit hat zum Zweck, einen gesellschaftlichen Raum offenzuhalten, in dem alle Formen des künstlerischen Ausdrucks im Sinne einer offen verstandenen, kulturellen Vielfalt akzeptiert sind.

5 Politische Selbstbestimmung

Der Kunstfreiheit kommt neben der *individuellen* und der *gesellschaftlichen* auch eine *politische* Schutzdimension zu. Wie bei der Meinungsfreiheit erfolgt der Schutz der Kunstfreiheit nicht nur im Interesse der individuellen Persönlichkeitsentfaltung und des gesellschaftlichen Austauschs, sondern auch als Garantie politischer Selbstbestimmung und damit zugleich im öffentlichen Interesse an einer funktionierenden Demokratie. Die Bedeutung der Kunst für eine pluralistisch-demokratische Gesellschaft fällt in der Interessenabwägung als eigenständiges öffentliches Interesse ins Gewicht und setzt hohe Massstäbe an die Rechtfertigung von Eingriffen. Die Kunstfreiheit gewährleistet ihrerseits, dass in dieser Gewichtung den Besonderheiten der Kunst als Kommunikationsform angemessene Beachtung zukommt.

5.1 Die Bedeutung freier Kommunikation für die Demokratie

a) Demokratie als Verfahren der Selbstgesetzgebung

Demokratie zeichnet sich durch die partizipative Ausgestaltung politischer Entscheide aus. Demokratische Verfahren bezwecken, gesellschaftliche Anliegen in einem auf Kommunikation ausgerichteten Verfahren gewaltfrei zu bewältigen.⁷⁸¹ Demokratie als Prozess der Selbstgesetzgebung wirkt integrativ und legitimiert politische Entscheide durch Kommunikation und Partizipation.⁷⁸² Im schweizerischen Verfassungsrecht ist Demokratie ein staatsleitender Verfassungsgrundsatz, gemeinhin auch als *Demokratieprinzip* bezeichnet.⁷⁸³

⁷⁸¹ MÜLLER, Demokratische Gerechtigkeit, 9, 34, 27. Dieser Abschnitt zu den Grundlagen der Demokratie ist stellenweise übernommen aus RÜEGGER, Politische Rechte, 78.

⁷⁸² Ausführlich TSCHANNEN, Stimmrecht, 418 ff.; KELLER, Staatsvolk, 51; siehe auch BVerfGE 132, 39, N 39–41, 46–51; grundsätzlich zur Legitimation durch Verfahren ein möglicher Deutungsansatz bei LUHMANN, Legitimation durch Verfahren, 9 ff. und 137 ff.

⁷⁸³ EHRENZELLER, SGK BV N 2 und 4 zu Vorbem. zu Art. 1–6; MASTRONARDI, Demokratie, 321; RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, § 2 N 198. MASTRONARDI, Strukturprinzipien, 11, bezeichnet Strukturprinzipien als «tragende Grundsätze, die man aus dem geschriebenen und vor allem aus dem ungeschriebenen Verfassungsrecht glaubt herleiten zu können und die in umfassenderer Weise,

In der Schweiz sind die politischen Verfahren demokratisch ausgestaltet. Art. 1 BV bestätigt das Schweizer Volk als Organ des Schweizerischen Bundesstaates.⁷⁸⁴ Art. 2 Abs. 1 BV macht den Schutz der Freiheit und der Rechte des Volkes zum Staatszweck⁷⁸⁵, was als Verpflichtung zu Rechtsstaat und Demokratie gilt.⁷⁸⁶ Der föderale Staatsaufbau bestimmt die konkrete Ausgestaltung der demokratischen Verfahren (Art. 39 Abs. 1 BV).⁷⁸⁷ Die Organisationsbestimmungen der Bundesverfassung institutionalisieren die der Schweiz eigene Mischung aus repräsentativen und direktdemokratischen Verfahren.

b) Politische Rechte i.e.S. und i.w.S.

Die *politischen Rechte i.e.S.*⁷⁸⁸ sind das rechtliche Instrument, das dem Stimmvolk die Ausübung seiner Funktion als Staatsorgan ermöglicht und dem Einzelnen die Ausübung seiner politischen Selbstbestimmung sichert. Art. 34 BV gewährleistet die politischen Rechte in abstrakter Weise und sichert die demokratische Ausgestaltung der Staatsorganisation.⁷⁸⁹ Die Kommunikationsfreiheiten gelten als *politische Rechte i.w.S.* Sie schützen die politische Auseinandersetzung und Willensbildung.⁷⁹⁰ Die Kommunikationsgrundrechte bilden das Fundament der politischen Selbstbestimmung in einer Demokratie, die über die bloss formelle Zustimmung oder Ablehnung einer Vorlage hinausreicht. Freie Kommunikation ermöglicht es Menschen, die eigene Persönlichkeit zum Ausdruck zu bringen, sich ungehindert eine eigene Meinung zu bilden und diese wirksam in die demokratischen Verfahren einzubringen. Ohne individuelle Freiheit in

als dies einzelne Grundrechte oder konkrete Verfassungsprinzipien vermögen, einen Grundzug der Bundesverfassung zum Ausdruck bringen sollen – gewissermassen als tragende Säulen unseres normativen Staatsgebäudes.» Siehe auch DERS., Verfassungslehre, 229. Zu den Strukturprinzipien der Bundesverfassung gehören namentlich Föderalismus, Rechtsstaat, Demokratie und Sozialstaat. Die einzelnen Verfassungsprinzipien sind gleichrangig und inhaltlich eng miteinander verbunden, siehe dazu bswe TSCHANNEN, Staatsrecht, § 6 N 1; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, N 189 ff. Die Begriffsverwendung von Verfassungsprinzipien oder Strukturprinzipien ist in der Verfassungsrechtslehre uneinheitlich, RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, N 185, bswe verwenden die Begriffe verfassungsgestaltende Prinzipien und Strukturprinzipien synonym.

⁷⁸⁴ HAFNER/SCHWEIZER, SGK BV 1 N 3 und 17.

⁷⁸⁵ EHRENZELLER, SGK BV 2 N 4 und 5; HANGARTNER/KLEY, Demokratische Rechte, § 1 N 13.

⁷⁸⁶ EHRENZELLER, SGK BV 2 N 17; MASTRONARDI, Demokratie, 322.

⁷⁸⁷ TSCHANNEN, BSK BV 39 N 6–8 (der zu Recht betont, dass die Kompetenzaufteilung rein deklaratorisch ist und sich bereits aus Art. 3 i.V.m. Art. 42 BV ergibt); BIAGGINI, BVK 34 N 5; aus der Rechtsprechung bswe BGE 136 I 352 E. 2; BGer-Urteil 1C_495/2012 (12.2.2014) [BGE 140 I 107] E. 3.1.

⁷⁸⁸ Die Bundesverfassung von 1999 verwendet ausschliesslich den Begriff *Politische Rechte* und ersetzt damit den in der BV von 1874 verwendeten Begriff *Stimmrecht*, dazu bswe TSCHANNEN, Staatsrecht, § 48 N 2.

⁷⁸⁹ STEINMANN, SGK BV 34 N 5; BGE 136 I 352 E. 2, bswe bestätigt in BGer-Urteil 1C_495/2012 (12.2.2014) [BGE 140 I 107] E. 3.1.

⁷⁹⁰ Grundsätzlich MÜLLER, Demokratische Gerechtigkeit, 175–177; des Weiteren anstelle vieler auch HEUSSER, Stimmrecht, 8 f.

Form der Kommunikationsgrundrechte und der Vereins- und Versammlungsfreiheit ist politische Selbstbestimmung nicht möglich. Die Grundrechte bilden die Voraussetzung der Demokratie, die wiederum im Dienst der politischen Selbstbestimmung ihrer Mitglieder steht.⁷⁹¹ Die Volkssouveränität ist die Legitimationsgrundlage der Demokratie. Die öffentliche Meinungsbildung ist deren Voraussetzung und damit Ursprung der politischen Autorität und Legitimität.⁷⁹²

c) **Kommunikative Teilhabe als Voraussetzung politischer Selbstbestimmung**

Die Kommunikationsrechte umfassen nicht nur politische Meinungsäußerungen im engen Sinn, wie beispielsweise in Zeitungen, im Parlament oder bei Parteiveranstaltungen. In einem umfassenden Ansatz erfasst freie Kommunikation die kommunikative Teilhabe an der Mitgestaltung der demokratischen Gesellschaft im weitesten Sinn.⁷⁹³ Die Meinungsbildung vollzieht sich nicht nur anhand von Nachrichtensendungen, politischen Debatten und Zeitungsberichten. Auch Filme, Literatur, Musik, Theater und kulturelle Veranstaltungen haben Anteil am freien Meinungsbildungsprozess. Entsprechend gewährleistet das Bundesgericht Meinungen unterschiedlichster Form den Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit.⁷⁹⁴ Als Momente der individuellen Entfaltung und Willensbildung sind künstlerische Äußerungen Ausdruck der Menschenwürdekonkretisierung und Selbstbestimmung in der demokratisch verfassten Gesellschaft. Stellvertretend für diese rechtliche Gewichtung der Kunst als Bestandteil einer funktionierenden Demokratie soll an dieser Stelle der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zitiert werden. Im *Pussy-Riot*-Urteil hat er die Bedeutung der Kunst für die demokratische Gesellschaft mit folgenden Worten betont:

«The Court notes [...] that it has examined various forms of expression to which Article 10 applies. In particular, it was held to include freedom of artistic expression – notably within the scope of freedom to receive and impart information and ideas – which affords the opportunity to take part in the public exchange of cultural, political and social information and ideas of all kind. Those who create, perform, distribute or exhibit works of art contribute to the exchange of ideas and opinions which is essential for a democratic society.»⁷⁹⁵

⁷⁹¹ BGE 96 I 219 E. 4; BGer-Urteil 1C_312/2010 (8.12.2010) E. 4.1; BVerfGE 5, 85 (205); BVerfGE 7, 198 (208); EGMR 13585/88 (1991) *Observer & Guardian v the United Kingdom*, N 59; EGMR 6538/74 (1974) *Sunday Times v the United Kingdom*, N 65; RIDDER, Meinungsfreiheit, 248 f.; KERN, Kommunikationsgrundrechte, 66, 76; grundsätzlich nach wie vor GIACOMETTI, Demokratie als Hüterin der Menschenrechte.

⁷⁹² HABERMAS, Strukturwandel, 326 f.

⁷⁹³ BARENDT, Freedom of Speech, 18–20; RIDDER, Freiheit der Kunst, 18–24; KERN, Kommunikationsgrundrechte, 66; HAVERSATH, Zur Legitimation des Kulturstaats, 45 f.

⁷⁹⁴ BGer-Urteil (19.9.1962) ZBl 64 (1963) 363, 365 E. 3; ebenso in ständiger Rechtsprechung BVerfGE 8, 104, 113; BVerfGE 20, 162, 175; 35, 202, 222; 59, 231, 257 f.; 73, 118, 152; ebenso EGMR 38004/12 (2018) *Alekhina v Russia (Pussy Riot)*, N 203.

⁷⁹⁵ EGMR 38004/12 (2018) *Alekhina v Russia (Pussy Riot)*, N 203.

Sämtliche Meinungsäußerungen, darin eingeschlossen die Kunst, finden in der Demokratie als Voraussetzung politischer Selbstbestimmung eine hohe Wertschätzung. Indessen unterscheiden sich künstlerische Äußerungen oftmals in ihrer Art und in ihrer Wirkungsweise von anderen Formen der Meinungsäußerung. Eine Kunstperformance im öffentlichen Raum kann in ihrer Erscheinung einer gewöhnlichen politischen Demonstration oder anderen Formen menschlicher Handlungen oder Äußerungen zum Verwechseln ähnlich erscheinen. Schreitet eine Performance-Gruppe über einen öffentlichen Platz, vermag dies an eine demonstrierende Gruppe zu erinnern. Schlendert eine nackte Performance-Künstlerin durch die Strassen, könnte man sie auf den ersten Blick mit einem Nacktwanderer verwechseln, der sich in seiner Freizeit gerne ohne Kleider fortbewegt. Versammelt sich eine Gruppe Künstlerinnen und Künstler mit Musikuntermalung auf einem Platz, sieht dies einer unbewilligten Party ähnlich. Der Unterschied ist jedoch, dass die Kunstperformance durch die Kunstfreiheit geschützt ist und in der Tradition der *Exceptio-artis*-Rechtsprechung einer besonderen Rechtsdogmatik untersteht, nicht aber die Demonstration, das Nacktwandern oder die Party. Der Grund dafür ist, dass die Rechtsordnung künstlerischen Äußerungen aufgrund der besonderen gesellschaftlichen Stellung der Kunst einen eigenen grundrechtlichen Schutzbereich gewährleistet, unter dessen Anwendung die Gerichte zu einer am Schutzzweck des Grundrechts ausgerichteten und den Eigenheiten der Kunst angepassten, kunstspezifischen Beurteilung angehalten sind.

d) Eigenheiten der Kunst als Kommunikationsform

Vieldeutigkeit und Offenheit

Worin liegen nun aber die Besonderheiten künstlerischer Äußerungen in ihrer politischen Dimension, die es rechtlich zu berücksichtigen gilt? Zum einen sind künstlerische Äußerungen, anders als politische oder wissenschaftliche Kommunikation, nicht primär auf Eindeutigkeit oder Wahrheit ausgerichtet, sondern oftmals durch Offenheit, Unbestimmtheit und Vieldeutigkeit bestimmt. Während journalistische und wissenschaftliche Arbeiten an eine objektive Wahrheit gebunden sind, der sie sich nach den Regeln ihres Handwerkes annähern, obliegt der Kunst keine Wahrheitspflicht.⁷⁹⁶ Das soll nicht heissen, dass sie keine Bezüge zur Wahrheit aufweist. Gerade politische und dokumentarische Kunst kann ausdrücklich auf die Erzeugung von Wahrheit oder die Konstruktion einer alternativen Wahrheit ausgerichtet sein. Selbstverständlich orien-

⁷⁹⁶ WYTENBACH, BSK BV 21 N 4; ausführlicher GEISER, Persönlichkeitsverletzung, 3 f., 83 f.: «Im Gegensatz zum Historiker ist es nicht Aufgabe des Künstlers, die Geschichte wahrheitsgetreu wiederzugeben. Er wird immer eine stark persönliche Färbung, eine künstlerische Verarbeitung der historischen Begebenheiten anstreben. Vom Künstler kann nicht verlangt werden, dass er in einem Kunstwerk die dokumentarischen von den fiktiven Stellen erkennbar abgrenzt. Die künstlerische Verarbeitung macht es unter Umständen nötig, diese Übergänge fließend, für das Publikum nicht ersichtlich zu gestalten. Der Umstand, dass damit nicht die Wahrheit im strengen Sinne des Wortes wiedergegeben wird, vermag die Persönlichkeit noch nicht zu verletzen.»

tiert sich beispielsweise der Dokumentarfilm Sabine Gisigers über *Friedrich Dürrenmatt* an den Tatsachen, die über Dürrenmatts Leben bekannt sind und versucht sich im Film diesen anzunähern. Die Regisseurin kannte den Schriftsteller, ein Freund ihres Vaters, seit ihrer Kindheit. In ihrem Dokumentarfilm versammelt sie unterschiedliche Spuren aus und über das Leben Dürrenmatts und der Liebe zu seiner Frau und lässt das Material «zum Ausgangspunkt für die Montage einer fiktiven autobiographischen Erzählung werden, die es so nicht gegeben hat»⁷⁹⁷.

Die Montage von Bildern und Klängen in der Kunst lässt den Zuschauern Raum, um die vorgelegten Spuren mit den eigenen Erfahrungen in Berührung zu bringen und die Worte, Bilder, Klänge, Erinnerungen und gedanklichen Assoziationen zu einem persönlichen Stimmungsbild zu verweben. Die Kunst steht dabei weder unter einer Wahrheitspflicht, noch ist sie gesellschaftlich daran gebunden, ihren Wahrheitsanspruch in einer wissenschaftlich oder journalistisch kodifizierten Weise zu äussern. Kunst ist weder auf informationelle Eindeutigkeit noch auf die Kommunikation konkurrierender Wahrheiten ausgerichtet, wie sie etwa im politischen oder wissenschaftlichen Diskurs angesprochen werden. Sie ist sowohl in der Wahl der Formgebung ihrer Äusserungen als auch in der Intensität frei, mit der sie sich an der konventionellen Wahrheit orientiert oder sich auf diese bezieht.

Erfahrung und Ausdruck

In der Kunst geht es des Weiteren nicht primär um das Streben nach Wahrheit, Macht oder Exzellenz, sondern um eine Erfahrung, einen persönlichen Ausdruck, um ein sinnliches «Tun», «Gestalten», «Sehen», «Erfahren», «Sein». Das Kunstwerk bietet eine geschichtliche Möglichkeit im Universum der wahrnehmbaren Formen, Erfahrungen und Interpretationen, das die Vielfalt und Komplementarität unterschiedlicher Seins- und Sinnesweisen zelebriert. Indem die Kunst ihre eigene Offenheit in unterschiedlichsten Formen pflegt, fügt sie sich in den grösseren Zusammenhang ein, der je nachdem als «Möglichkeit zur Selbstfindung und Autonomie»⁷⁹⁸ oder als «Art der Begegnung mit der Welt»⁷⁹⁹ bezeichnet wird. Kunst ist demnach Ausdruck eines Verhältnisses von Ich und Welt, das die Veränderung, Offenheit, Vieldeutigkeit und Unerklärbarkeit der Wahrnehmungen und menschlichen Erkenntnisse pflegt und übt, nicht aber bewertet und verallgemeinert. Ein solches Kunstverständnis würdigt die Pluralität möglicher Entscheidungen, die sowohl in der Auswahl und Gestaltung als auch in der Interpretation eines Stoffes vorliegt. In der Kunst geht es weder um die Ablösung gültiger Thesen noch um die Auflösung herrschender Paradigmen, sondern um die Vielfalt der gleichzeitig gültigen Aussagen, gerade auch insofern sie «einander widersprechen und ergänzen, sich dialektisch gegenüberstehen und

⁷⁹⁷ <http://www.duerrenmatt-derfilm.ch/der-film/statement-sabine-gisiger/> (besucht am 12. Juli 2020).

⁷⁹⁸ ECO, *Das offene Kunstwerk*, 153.

⁷⁹⁹ SONTAG, *On Style*, in: Dies., *Kunst und Antikunst*, 38–44.

so neue Perspektiven erzeugen»⁸⁰⁰. Nicht die Logik, Eindeutigkeit und Kontinuität der Kommunikation steht im Vordergrund, sondern die «Diskontinuität der Erfahrung»⁸⁰¹.

Imagination und Veränderung

Mit ihrem Potenzial, bestehende Formen zu verändern, leistet die Kunst einen ihr eigenen Beitrag zur Demokratie. Kunst gerät aufgrund ihres Potenzials der Veränderung in latenten Konflikt mit dem positiv gesetzten Recht, dem im Gegensatz dazu eine Stabilisierungs- und Erhaltungsfunktion für das Bestehende zukommt.⁸⁰² Der erneuernde Impuls der Kunst soll staatlich nicht unterbunden werden. Den dafür notwendigen Spielraum erhält die Kunst nur, wenn das Recht ihren Besonderheiten auch besondere Beachtung schenkt. Mit der Kunstfreiheit erhält die Kunst einen rechtlichen Schutz, der die Pflicht zur Öffnung gegenüber dem verändernden Impuls der Kunst in das Rechtssystem integriert. Die Kunstfreiheit schafft für künstlerische Interventionen einen ihren Eigenheiten angemessenen rechtlichen Freiraum.⁸⁰³ Die Kunstfreiheit gewährleistet der im Vergleich mit den Kommunikationsformen in Zeitungen, politischen Foren oder wissenschaftlichen Debatten in ungewöhnlicher Form auftretenden künstlerischen Kommunikation eine ihren Eigenheiten entsprechende Würdigung. So sichert die Kunstfreiheit, dass Gerichte Kunstwerke nicht einfach als unverständliche und deshalb für die Demokratie wertlose Kommunikation beurteilen, sondern ihre Entscheide mit einer der Bedeutung der Kunst als eigene Form der Kommunikation angemessenen Argumentation begründen.⁸⁰⁴

5.2 Das Politische der Kunst

a) Politische Kunst

Der *politische* Impuls der Kunst erfolgt sowohl in ausdrücklich politischer als auch in apolitischer Form. Die ausdrücklich *politische Kunst* lehnt sich gegen die politische Ordnung und gesellschaftliche Strukturen auf. Sie nimmt an Demonstrationen teil oder organisiert selbst welche, um Protest gegen eine bestimmte Politik zu äussern. Sie belebt und bespielt besetzte Häuser, um gegen den Immobilienmarkt und für mehr ge-

⁸⁰⁰ ECO, Das offene Kunstwerk, 152.

⁸⁰¹ ECO, Das offene Kunstwerk, 152.

⁸⁰² MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 554 f.; MÜLLER, Elemente einer Grundrechtstheorie, 31; WYTTENBACH, BSK BV 21 N 4. Selbstverständlich (und dem entspricht auch die sorgfältige Formulierung der Autoren) können sowohl der Staat als auch die Kunst verändernd, respektive stabilisierend auf die gesellschaftlichen Verhältnisse einwirken. Beiden gesellschaftlichen Teilbereichen kommen also je nach Kontext sowohl Konstanz- also auch Varianzfunktionen zu.

⁸⁰³ WYTTENBACH, BSK BV 21 N 4, 15; MOSIMANN/UHLMANN, KKR, Kap. 2 § 1 N 1; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 554, 556; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, § 25 N 6; UHLMANN/BOGNUA, Zehn Thesen zur Kunstfreiheit, 368.

⁸⁰⁴ GL.M. UHLMANN/BOGNUA, Zehn Thesen zur Kunstfreiheit, 368; RIDDER, Freiheit der Kunst, 24.

sellschaftlichen Freiraum zu protestieren. Sie besucht verarmte Menschen und veröffentlicht deren Porträts, spendet ihnen die erhaltenen Kunstfördergelder oder setzt sie zur Renovation heruntergekommener Häuser ein. Künstlerinnen und Künstler legen sich mit ihren nackten Körpern auf das Buffet bei einem Gala-Diner oder spazieren unbekleidet durch die Stadt, um auf die Ungleichheit zwischen den Geschlechtern und die Objektivierung des weiblichen Körpers aufmerksam zu machen. Sie singen ein provokatives Lied in einer Kirche, um sich gegen die Verschränkung von Staat und Kirche und die staatliche Repression aufzulehnen. Sie inszenieren Gruppensex in einem naturhistorischen Museum, um gegen die bevorstehende Präsidentschaftswahl zu protestieren.

Politische Kunst arbeitet sich an der politischen Ordnung und den von ihr institutionalisierten rechtlichen Grenzen ab. Sie befasst sich mit dem, was in einer Gesellschaft als Norm akzeptiert wird, und dem, was von der Norm ausgeschlossen und deshalb zurückgewiesen wird. Teilweise überschreitet sie diese Grenze bewusst als künstlerische Strategie, um gegen die bestehende Ordnung zu protestieren oder ihr eine neue Ordnung entgegenzustellen. Sie arbeitet sich an gesellschaftlichen Traditionen ab, dekonstruiert überlieferte Zusammenhänge, stellt diese subversiv in einen veränderten Kontext und erzeugt damit eine Veränderung ihrer Wahrnehmung.⁸⁰⁵ Künstlerische Kritik an der bestehenden Ordnung erhöht ihr Konfliktpotenzial. In einer Demokratie muss Kritik an der bestehenden Rechtsordnung möglich sein, denn nur ein offener Dissens stellt sicher, dass die Anpassung bestehender Gesetze an veränderte gesellschaftliche Verhältnisse und Erkenntnisse stets offenbleibt.⁸⁰⁶

b) Das Politische der Kunst

Kunst ist aber auch dann politisch, wenn sie keinen politischen Anspruch erhebt. Das *Politische der Kunst* liegt in der Kunst selbst. Es gibt keine Kunst ohne politische Bezüge. Kunst ist ab dem Moment politisch, ab dem sie sich in Form eines Kunstwerkes materialisiert und in die Öffentlichkeit tritt. Insofern die Kunst zu einer öffentlichen Meinung wird, nimmt sie an der öffentlichen Meinungsbildung und damit am politischen Leben teil. Kunst ist beispielsweise gerade dann politisch, wenn sie eine Lebensgeschichte erzählt, die nicht mit den rechtlichen und moralischen Vorgaben übereinstimmt. So erfolgte ein Grossteil der Filmzensur bei Filmen, die sich nicht als politische Kunst positionierten. Weil sie aber offene Beziehungsformen darstellten oder Geschichten von Paaren erzählten, die eine gesellschaftlich sanktionierte Form der Liebe lebten, zogen sie die Aufmerksamkeit der Zensurbehörden auf sich. Ein Beispiel unter vielen ist die Zensur des Films *Lady Chatterley's Lover*. Als Grund für die Zensur des Werks gab die Behörde an, der Film stelle Ehebruch als zulässiges Verhalten

⁸⁰⁵ FLECKNER/STEINKAMP/ZIEGLER, *Produktive Zerstörung*, 5.

⁸⁰⁶ KERN, *Kommunikationsgrundrechte*, 68; *Whitney v California* 274 U.S. 357, 376: «Every denunciation of existing law tends in some measure to increase the probability that there will be violation of it».

dar. Der Supreme Court erkannte darin eine Verletzung des First Amendments, weil die Behörde bei ihrem Entscheid nicht ausreichend beachtet hatte, dass der Film auch als Kritik am geltenden Recht und der gesellschaftlichen Moral verstanden werden kann. Aus diesem Grund ist er als Meinungsäußerung ebenso geschützt wie die Verteidigung des Sozialismus oder das Einstehen für ein anderes Steuersystem.⁸⁰⁷

Kunst ist also auch politisch, insofern sich in ihr die menschliche Fähigkeit manifestiert, sich etwas vorzustellen, das es so (noch) nicht gibt oder nicht geben soll. Es ist die Vorstellungskraft, die den Roman, die Utopie, den Film für eine bestehende Ordnung so gefährlich macht. Es ist ihre Fähigkeit, sich andere Geschichten, andere Welten, andere Gesellschaften vorstellen zu können und damit auch eine andere Ordnung, die sie politisch macht. Wie eng Imagination und Realität verschränkt und doch getrennt sind, illustriert die Schriftstellerin J. K. Rowling, Autorin der «Harry Potter»-Geschichten. In ihren Geschichten lässt sie eine magische Welt entstehen, in der sich ihre Leserinnen und Leser begeistert verlieren. Rowling selbst führt die Inspiration für die Geschichte nicht etwa auf ihre von der Realität losgelöste Fantasie zurück, sondern auf ihre Arbeit bei Amnesty International. Dort begegnete sie Menschen, deren Geschichten sie zutiefst berührten. Und sie erfuhr, wie sich tausende von Menschen mit ihrer Vorstellungskraft in das Leiden anderer hineinversetzen und aus ihrer empathischen Erschütterung heraus eine der weltweit grössten Menschenrechtsbewegungen bilden.⁸⁰⁸

Kunst ist noch auf einer weiteren, rein materiellen und damit noch stärker von ihrem Inhalt losgelösten Ebene politisch. Kunst ist eine *ästhetische Erfahrung* und damit die gesellschaftliche Praxis einer spezifisch sinnlichen Erfahrung. Die Kunst ist für Jacques Rancière deshalb weder durch die Vermittlung politischer Botschaften noch aufgrund ihrer Art und Weise, soziale Strukturen oder politische Konflikte darzustellen, politisch. Sie ist in erster Linie dadurch politisch,

«dass sie einen bestimmten Raum und eine bestimmte Zeit aufteilt und dass die Gegenstände, mit denen sie diesen Raum bevölkert, und die Rythmen, in die sie diese Zeit einteilt, eine spezifische Form der Erfahrung festlegen, die mit anderen Formen der Erfahrung übereinstimmt oder mit ihnen bricht. Sie ist eine spezifische Form der Sichtbarkeit, eine Veränderung der Beziehungen zwischen den Formen des Sinnlichen und der Bedeutungszuweisung, zwischen unterschiedlichen Geschwindigkeiten, aber auch und vor allem zwischen den Formen der Gemeinsamkeit oder der Einsamkeit»⁸⁰⁹.

In der in der ästhetischen Praxis mit Aufmerksamkeit versehenen Vieldeutigkeit der gesetzten Zeichen steht Kunst zwischen der Möglichkeit einer rationalen Deutung und dem Privileg einer ausschliesslich sinnlichen Wirkung. Kunst ist in ihrer materiellen Präsenz die Inskription einer Differenz, die sich immer wieder von Neuem interpretie-

⁸⁰⁷ Kingsley International Pictures Corp. v Regents of New York, 360 U.S. 684 (1959). Das Buch zum Film wurde in den USA 1944 zensuriert und später wieder zur Publikation freigegeben.

⁸⁰⁸ ROWLING, *Very Good Lives*, 41, 63.

⁸⁰⁹ RANCIÈRE, *Politik der Kunst*, 77.

rend deuten lässt. Kunst strukturiert die Wahrnehmung von Räumen, Körpern, Klängen und Zeit. Sie erzeugt Erfahrungen, macht das bis anhin Unsichtbare sichtbar, bringt stumme Stimmen zum Sprechen und lässt verstummte Stimmen erneut zur Sprache finden. An diese Annahmen über die Kunst schliesst auch die erste Kulturbotschaft an, wenn sie die «genuine Bedeutung der Künste» in ihrer «Wirkung auf die Sinne» erkennt: «Wie nichts sonst vermögen Kunstwerke die Menschen zu berühren, zu bewegen und anzuregen. Künste schärfen die Wahrnehmung und entwickeln das Bewusstsein. Es gibt keine bessere Schule des Betrachtens, der Aufmerksamkeit, des Differenzierens als Kunst. Genaues und kritisches Hinhören, Hinsehen, Mitdenken macht die Menschen aufmerksam, ausdrucks- und urteilsfähig. Sobald eine sinnliche Anschauung in emotionale oder intellektuelle Erkenntnis übergeht, wird sie gesamtgesellschaftlich bedeutsam.»⁸¹⁰

5.3 Kunst und demokratische Legitimität

a) Theorien des politischen Imaginären

Nicht nur die Demokratie, sondern jede politische Ordnung basiert auf Institutionen, deren Handlungsträger sich als Teil einer kollektiven Organisation oder eines sie vertretenden Organs verstehen und deren Entscheide als legitime Herrschaft anerkannt sind. Ein solches Selbst- und Fremdverständnis erfordert eine Abstraktionsleistung, in der die Imagination einer organisatorischen Einheit erschaffen und verinnerlicht wird. *Theorien des politischen Imaginären* befassen sich mit der These, dass Bilder, Mythen, Literatur und Inszenierungen nicht lediglich der Zerstreung dienen oder alleine im Lebensbereich der Kunst wirken, sondern vielmehr konstitutiv für die soziale und politische Ordnung sind.⁸¹¹ Der Begriff des *Imaginären* bezeichnet als theoretischer Begriff – in

⁸¹⁰ Kulturbotschaft 2012–2015, 2981. Ähnlich auch die zweite Kulturbotschaft 2016–2020 (Botschaft zur Förderung der Kultur in den Jahren 2016–2020 vom 28. November 2015, BBl 2014 497); in der Rechtslehre ebenso, siehe bswe WYTTENBACH, BSK BV 21 N 4.

⁸¹¹ Früh thematisiert ist das *Imaginäre* bei Emile Durkheim und Georg Simmel; weitere Arbeiten zum Imaginären stammen aus der Psychoanalyse, namentlich von Sigmund Freud. Jacques Lacan hat Freuds Thesen in umstrittener Form weiterentwickelt. LUCY IRIGARAY, *Speculum*, hat sich mit einem feministischen Ansatz daran abgearbeitet. Wichtige Impulse lieferten auch die aus diversen Richtungen stammenden Autoren wie etwa Georges Bataille mit seiner Zeitschrift *Documents* (siehe bswe BATAILLES, *Le langage des fleurs*, in: DOCUMENTS 3 (1928), 160–164, 160; siehe ebenfalls Batailles letzter Artikel *L'ésprit moderne et le jeu des transpositions* in DOCUMENTS 8 (1930), 49–52, 50 f.; einführend dazu ADES/BRADLEY, in: Ades/Baker, *Undercover Surrealism*, 11. Zur Umstrukturierung der Beziehung zum Imaginären in den Beiträgen von DOCUMENTS siehe auch DIDI-HUBERMANN, *Formlose Ähnlichkeit*, 21–24, 33–35. Des Weiteren die klassischen Arbeiten von JEAN-PAUL SARTRE, *Das Imaginäre*, ERNST CASSIRER, *Mythus des Staates*, ERNST H. KANTOROWIC, *Zwei Körper des Königs*, ebenso wie JEAN-LUC NANCY, *Unerträglichkeit des Undarstellbaren*, oder ETIENNE BALIBAR, *Schauplatz des Anderen*. Einführend und weiterführend zu den Theorien des Imaginären insbes. TRAUTMANN, *Das Imaginäre der Demokratie*; siehe des Weiteren etwa auch AGAMBEN, *Creation and Anarchy*; BLOM, *Das grosse Welttheater*.

Anlehnung an Cornelius Castoriadis⁸¹² – wertungsneutral die grundlegende Dimension der kollektiven und individuellen Einbildungskraft, auf die sich gesellschaftliche Organisationsformen, namentlich politische und rechtliche Institutionen, als Abstraktion beziehen. Das *Imaginäre* einer Herrschaftsordnung erschöpft sich nicht in repräsentativen Bildern und Bildpraktiken. Es besteht aus allen Abstraktionsleistungen, unter Anwendung derer sich die Beherrschten einer Herrschaftsform bedienen oder unterordnen.⁸¹³ Politische Ordnung basiert auf Institutionen, deren Handlungsträger sich als Teil einer kollektiven Organisation verstehen. Ein solches Selbst- und Fremdverständnis erfordert eine Abstraktionsleistung, in der Vorstellungen einer organisatorischen Einheit erschaffen und verinnerlicht werden. Ebenso können normative Vorgaben erst auf der Grundlage einer Imagination, im Sinne einer Vorstellung eines zukünftigen Zustandes, in rechtlicher Form erlassen und im Anschluss angewendet werden.⁸¹⁴ Interessant ist in diesem Zusammenhang auch der Begriff des *Bildregimes*, den Cornelia Vismann in die Rechtswissenschaften eingeführt hat. Sie bezeichnet damit einen Untersuchungsansatz, der sich dem konstitutiven Wechselspiel von Visualisierung, Ästhetik, Kunst und Recht annimmt. Der Begriff des *Bildregimes* soll darauf verweisen, dass das Recht die Bilder nicht alleine mittels positiv gesetzter Normen reguliert oder umgekehrt Bilder das Recht repräsentieren oder inszenieren, sondern vielmehr das Verhältnis zwischen Bild und Recht implizit normativ wirkt.⁸¹⁵

Das imaginäre Volk der Demokratie

Nach Friedrich Balke bedarf jede Politik eines Politischen, das die Gesellschaft imaginär in Szene zu setzen vermag und ihr eine Quasi-Repräsentation verschafft:

«[...] die griechische Polis ebenso wie der neuzeitliche souveräne Staat und der aus seiner demokratischen Transformation hervorgegangene moderne ›Nationalstaat‹, der die Bevölkerungen, die auf seinem Territorium leben, auf eine ganz neue Weise für sein Leben und Überleben engagiert, vermögen sich nur unter der Bedingung zu reproduzieren, dass sie sich einen *zweiten Körper* zulegen, der sie als abgrenzbare kommunikative Einheiten zu behandeln erlaubt. Gerade weil soziale Kommunikation unweigerlich ›grenzüberschreitend‹ operiert und sich nicht territorialisieren lässt, muss gegen diese spontane Tendenz zur kommunikativen Entgrenzung des sozialen Feldes der politische Exklusivitätsanspruch auf einer Ebene verankert werden, die seiner kommunikativen Problematik standhält.»⁸¹⁶

In seiner Abhandlung über die komplexe Beziehung zwischen dem Souverän und seiner Repräsentation zeigt Friedrich Balke auf, dass sich der Souverän selbst in der Form des

⁸¹² CASTORIADIS, Gesellschaft als imaginäre Institution; siehe dazu der Sammelband von WOLF, Das Imaginäre im Sozialen.

⁸¹³ TRAUTMANN, Das Imaginäre der Demokratie, 16 f.

⁸¹⁴ KOSCHORKE et al., Der fiktive Staat, 11.

⁸¹⁵ VISMANN, Bildregime, 15 f.

⁸¹⁶ BALKE, Figuren der Souveränität, 509.

absoluten Monarchen als Macht nur erhalten kann, wenn er sich als ein «symbolisch verstärktes und aus dem sozialen Immanenzfeld herausgehobenes Element *innerhalb* einer komplexeren Figuration begreift.»⁸¹⁷ Nach Balke führt die Volkssouveränität aus diesem Grund als Referenz des Machtgefüges zum Verbot, dass sich das Machtgefüge auf eine symbolische Größe bezieht, die über die Selbstreferenz hinausgeht.⁸¹⁸

In der demokratischen Herrschaftsform ist das Volk der elementare Bezugspunkt für die Begründung staatlicher Herrschaft. Die Einheit *Volk* ist aber weder natürlich noch vertraglich vorgegeben, sondern historisch bedingt. Damit trägt auch die Demokratie die Frage mit sich, worin der Ursprung ihrer Herrschaftsform begründet liegt. Konservative Ansätze überspielen das Begründungsparadox der Demokratie, indem sie von der Existenz eines kulturellen oder natürlichen Volkes ausgehen; liberale Ansätze, indem sie das Volk als vertraglichen Verbund von Einzelpersonen verstehen, dabei aber offen lassen, welcher Vertrag darüber bestimmt, wer am Vertrag teilnehmen darf. Dass die Frage, wie ein Volk zum Volk wird, nicht beantwortet, sondern nur mit einer Fiktion⁸¹⁹ überspielt werden kann, legt offen, dass sowohl die konservativen als auch die liberalen Volksbegriffe eine *Vorstellung* davon voraussetzen, wer wir als Volk sind. Diese Imagination hat sich in Symbolen materiell verdichtet und dadurch eine dauerhafte Wirksamkeit entwickelt. Die Materialisierung des imaginären Volkes vollzieht sich bei Rousseau im Symbol des geschmückten Baums, um den sich das Volk versammelt und sich in diesem Akt als Volk erkennt.⁸²⁰ Im jungen Schweizer Bundesstaat überführten die Festtage, Schützenfeste, Landesausstellungen, Flaggen, Monumente und Helden den heterogenen politischen Willen in die symbolische Repräsentation der Schweizerinnen und Schweizer als Volk.⁸²¹ Diejenigen, die sich in der Imagination des Volkes gegenseitig erkennen, anerkennen einander entsprechend den Grundsätzen demokratisch-rechtsstaatlicher Herrschaft als frei und gleich und also als zur Partizipation am demokratischen Entscheidungsverfahren berechtigt. Das Volk der Demokratie bleibt

⁸¹⁷ BALKE, *Figuren der Souveränität*, 22. Zur Repräsentation der Souveränität siehe dort insbes. 335 ff. und 397 ff.

⁸¹⁸ BALKE, *Figuren der Souveränität*, 22.

⁸¹⁹ Zum Volk als Fiktion auch AUER, *Problèmes fondamentaux de la démocratie*, 80 f., m.H. auf entsprechende Ansätze in der Schweizer Verfassungsrechtslehre.

⁸²⁰ Aus den Briefen Rousseaus an Monsieur d'Alembert über das Schauspiel: «Plantez au milieu d'une place un piquet couronné de fleurs, rassemblez-y le Peuple, et vous aurez une fête. [...] faites que chacun se voit et s'aime dans les autres, afin que tous en soient mieux unis.» (ROUSSEAU, *Lettre à d'Alembert*, in: Ders., *Oeuvres complètes*, Band 5, 115); TRAUTMANN, *Imaginäre Mitte*, 49; zum Freiheitsbaum als legitimierendes Symbol in der französischen Revolution, HUNT, *The Sacred and the French Revolution*; zum Freiheitsbaum in der Schweiz EBERT, *Tanz der Gleichheit*.

⁸²¹ KREIS, *Der junge Staat*; KREIS, *Zeitzeichen*; VON MATT, *Die tintenblauen Eidgenossen*; MAISSEN, *Heldengeschichten*; DEJUNG, *Zeitreisen*; SCHÄR, *Bauern und Hirten*; MARCHAL/MATTIOLI, *Erfundene Schweiz. Zu Demokratie und Ideologie* ausführlich AUER, *Problèmes fondamentaux de la démocratie*, 63 ff.; zu Demokratie und Mythos MÜLLER, *Perspektiven der Demokratie*, 6–9; zum Mythos Wilhelm Tell im Besonderen BERGIER, *Wilhelm Tell*.

als Behauptung eine bloße Bezeichnung, eine Imagination, die in der Monarchie mit dem Namen *König*, in der Demokratie mit dem Namen *Volk* besetzt wird.

Kantorowicz: Die zwei Körper des Königs

Einen wichtigen Grundstein für die Untersuchungen zur Bedeutung des *Imaginären* in der Ausdifferenzierung moderner Staatlichkeit legte der Mediävist Ernst H. Kantorowicz mit seiner Studie zu den zwei Körpern des Königs.⁸²² Kantorowicz' Studie will die theologische Ikonografie der mittelalterlichen Rechtsgeschichte zugänglicher machen, die er als «Triebkräfte» und «Anfangsstadium» für die ersten modernen Staatswesen bezeichnet.⁸²³ Die transzendente Legitimation monarchischer Herrschaft basiert auf einem ideellen Fundament, das in komplizierten rechtsdogmatischen Konstruktionen sprachlich und bildlich erzeugt und in ritualisierten Inszenierungen öffentlichkeitswirksam verfestigt wurde. Ausgehend von einem Rechtssatz elisabethanischer Kronjuristen,⁸²⁴ die dem König zwei Körper zuschrieben, entfaltet Kantorowicz seine These über die imaginäre Konstruktion, welche eine den sterblichen Körper überdauernde, institutionalisierte Herrschaft ermöglichte. Kantorowicz verfolgt in seiner Arbeit «eine[n] einzigen Faden aus einem sehr komplizierten Gewebe», um die Verbindung dieser fiktiven Verdoppelungen zu den säkularisierten Herrschaftsformen aufzuzeigen.⁸²⁵

Nach Kantorowicz gründete der Glaube an die Legitimität des Herrschers bereits ab dem 12. Jahrhundert vorwiegend auf dem weltlichen Akt des *in Kraft setzen eines Gesetzes* und weniger auf dem kirchlichen Ritual der heiligen Salbung des Königs.⁸²⁶ Die Ikonographie und die Inszenierungen, die die Legitimität dieser das Recht setzenden Figur bespielten, blieben aber religiös konnotiert. So weist Kantorowicz wiederholt auf die Ähnlichkeiten zwischen Christus-Bildern oder Elementen aus religiösen Bildnissen und solchen von weltlichen Herrschern hin.⁸²⁷ Die Studie über die literarische und bildliche Repräsentation der juristischen Rechtsfigur der *Zwei Körper* legt das affektive Verhältnis des Rechts zu seiner Verbildlichung und Inszenierung offen. Kantorowicz'

⁸²² Kantorowicz selbst fand die Anregung für seine Forschung bei Ernst Cassirers *Mythos des Staates* (KANTOROWICZ, *Zwei Körper des Königs*, 23). Alle nachfolgenden Arbeiten zum Imaginären des Staates und des Rechts schliessen an Kantorowicz' Referenzwerk der *Zwei Körper des Königs* an, siehe namhaft GOODRICH, *Legal Emblems*; VISMANN, *Bildregime*; BALKE, *Figuren der Souveränität*; umfassend zum Bild des Staates auch BREDEKAMP, *Der Behemoth*; DERS., *Thomas Hobbes, Der Leviathan*.

⁸²³ KANTOROWICZ, *Zwei Körper des Königs*, 22.

⁸²⁴ Kantorowicz beschränkt sich auf England und weist darauf hin, dass die kontinentaleuropäische Terminologie den Begriff der zwei Körper des Königs nicht kennt, wohl aber die Abstraktion des modernen Staates über die Verdoppelung in eine *maiestas realis* des Volkes und einer *maiestas personalis* des Kaisers erreichte, Hinweise auf Unterschiede zur kontinentalen Jurisprudenz bei KANTOROWICZ, *Zwei Körper des Königs*, 43 f.

⁸²⁵ KANTOROWICZ, *Zwei Körper des Königs*, 23.

⁸²⁶ KANTOROWICZ, *Zwei Körper des Königs*, 81.

⁸²⁷ Siehe bswa KANTOROWICZ, *Zwei Körper des Königs*, 85 ff., 98 ff.

Werk verdeutlicht, wie stark die ideellen Grundlagen institutioneller Herrschaft auch als säkularisierte Theologie zu lesen sind.

Legendre: Gott im Spiegel

Prominent Eingang in die Rechtswissenschaften fanden Theorien des Imaginären in den Schriften von Pierre Legendre,⁸²⁸ Peter Goodrich⁸²⁹ und Cornelia Vismann.⁸³⁰ Sie haben die Theorie des Imaginären auf je eigene Weise für die Rechtstheorie zugänglich gemacht. Der Rechtshistoriker Pierre Legendre hat in seinem Schrifttum ausgehend von den Arbeiten der Psychoanalytiker Sigmund Freud und Jacques Lacan die legitimationsbegründende Stellung der Bilder in der Ordnung des Rechts thematisiert. Für Legendre ist das Bild die Voraussetzung und der Rahmen der Instituierung einer gesellschaftlichen Ordnung und also des Rechts: «das kunstvoll gearbeitete Schriftstück hält die Erinnerung an etwas wach, *das nicht gesagt werden kann*», das aber die Bühne des Menschen begründet, die Legitimität seiner Ordnung.⁸³¹ In einer auf die christliche Mythologie der *Imago Dei* und der antiken Mythologie aufbauenden Theorie vertritt Legendre die These, dass *«der Körper dem Subjekt erst durch das Bild verliehen wird»*. Der Mensch erkennt sich demnach als Person erst mittels seiner Repräsentation. Und erst diese ermöglicht die Unterscheidung zwischen dem Ich und den Andern. Erst wenn ich mich selbst im Bild erkenne, kann ich mich von einem unreflektierten biologischen Zustand emanzipieren und aus meinem Körper die kulturelle Fiktion des Subjekts konstruieren. Diese Fiktion wiederum ermöglicht erst die Instituierung des Rechts als einer symbolischen Ordnung, der ich in meiner repräsentativen Verdoppelung als Rechtssubjekt unterstellt bin. Darin liegt für Legendre die begründende und deshalb auch unauflösbare Verbindung des Menschen und aller kulturellen Institutionen zum Bild.⁸³²

Nach Legendre ordnet das Recht die Gesellschaft, womit es zugleich normiert, wie das Subjekt sich selbst und die andern sieht. Was wir sind, sind wir immer erst im Bild. Das Recht instituiert dieses Bild für eine Gesellschaft.⁸³³ Für Legendre nimmt das Recht als Spiegel dieselbe Funktion ein wie die Mythen einer Gesellschaft. Sie bespielen ein Nichts und begründen so das Fundament von Kultur und einer normativen Vorgabe, wie der biologische Mensch als instituiertes Subjekt sich selbst zu sehen und zu verhalten hat.⁸³⁴ Als solches ist das Recht nichts anderes als ein Monument oder ein Gemälde – ein Jesusbild, ein Heldendenkmal, ein Herrscherportrait –, das eine Identität

⁸²⁸ Siehe insbes. LEGENDRE, *Gott im Spiegel*; DERS., *Das politische Begehren Gottes*.

⁸²⁹ Siehe aus dem umfangreichen Schrifttum insbes. GOODRICH, *Legal Emblems*; DERS., *Visiocracy*; DERS., *Specters of Law*; früh schon mit einem psychoanalytischen Ansatz zu Bild und Recht DERS., *Oedipus Lex*.

⁸³⁰ VISMANN, *Akten*; DIES., *Medien*; DIES., *Bildregime*; DIES., *Das Schöne am Recht*.

⁸³¹ LEGENDRE, *Gott im Spiegel*, 36.

⁸³² LEGENDRE, *Gott im Spiegel*, 53.

⁸³³ LEGENDRE, *Gott im Spiegel*, 85 f.

⁸³⁴ LEGENDRE, *Gott im Spiegel*, 102, 119–121.

tätsbildung ermöglicht und als Fiktion die Leere besetzt, die allen Institutionen zugrunde liegt und deren Legitimität ausmacht.⁸³⁵ Wer die Macht für sich in Anspruch nimmt, die Bilder einer Gesellschaft zu begründen und ihnen Grenzen zu setzen, nimmt gemäss Legendre für sich in Anspruch, den Spiegel und mit ihm die Identität des Subjekts und der Gesellschaft zu beherrschen. Darin liegt für ihn auch die Bedeutung der Kontrolle des Rechts über die Bilder, die die Kunst erzeugt. Weil die Konstitution des Subjekts von der Inszenierung abhängig ist, ist die Kontrolle ihrer Montage ein so bedeutsamer Herrschaftsfaktor. Wer den Zugang zum Spiegel beherrscht, beherrscht die Gesellschaft. Das heisst: Wer die Kunst beherrscht, erhofft sich davon Kontrolle über die Identität der Bevölkerung und deren affektive Bindung an die Herrschaft.⁸³⁶ Für Legendre nimmt in der Gegenwart die Malerei anstelle der Theologie und der *Imago Dei* die Symbolisierungsarbeit vor, von der die Konstitution des Subjekts abhängt. Die Kunst strukturiert das Nichts und erschafft aus der Leere ein Bild, in dem wir uns erkennen und unsere Identität formen können.⁸³⁷ Kunstverbote betreffen für Legendre deshalb immer die Herrschaft über die Identität der beherrschten Subjekte und dienen dem Schutz der fragilen Legitimität einer Ordnung, deren Existenz als fiktive Repräsentation auf der fragilen Grundlage des Nichts aufbaut.⁸³⁸

Goodrich: Visiocracy of Justice

An die Thesen Pierre Legendre's anschliessend untersucht Peter Goodrich in seiner Wissenschaft der *visiocracy of justice* die visuellen Anteile des Rechts: Seine Symbole, Kleider, Räume, Rhetorik, Inszenierung und Medialität, aber auch seine regulative Autorität über die Bilder.⁸³⁹ Nach Goodrich sind Embleme eine Erfindung des Rechts, in denen als Ergänzung zum gedruckten Text rechtliche und normative Sinnbilder abgebildet sind. Er vertritt die These, dass Bilder im Recht das ansonsten unsichtbare und verdrängte des Rechts sichtbar machen.⁸⁴⁰ Er knüpft damit an die These Pierre Legendres an, wonach der Ursprung der Repräsentation im Nichts normalerweise nicht mehr erkennbar ist. Das Emblem inszeniert für Legendre die Gründungsreferenz des Nichts. Ein Emblem ist ein Sinnbild oder Symbol, das für etwas anderes steht. Im Emblem bricht das «Nichts in den Raum der Sprache ein».⁸⁴¹ Es findet dort seine Verwendung, wo der Einsatz des Bildes als besonders zentral erscheint. Es «verdichtet für das Subjekt die Quintessenz der Identifizierung» und bringt in einem strategischen Moment deren Begründung im Unbewussten zum Ausdruck.⁸⁴² Bildern kommt deshalb

⁸³⁵ LEGENDRE, *Gott im Spiegel*, 126.

⁸³⁶ LEGENDRE, *Gott im Spiegel*, 187 f.

⁸³⁷ LEGENDRE, *Gott im Spiegel*, 199 f.

⁸³⁸ LEGENDRE, *Gott im Spiegel*, 198.

⁸³⁹ Siehe eingehend GOODRICH, *Visiocracy*.

⁸⁴⁰ GOODRICH, *Legal Emblems*; zu Goodrich auch bereits VISMANN, *Bildregime*, 29.

⁸⁴¹ LEGENDRE, *Gott im Spiegel*, 209.

⁸⁴² LEGENDRE, *Gott im Spiegel*, 210.

für Goodrich für die Ausübung von Herrschaft zentrale Bedeutung zu, weil sie, im Gegensatz zum Text, eine affektive Bindungswirkung zwischen dem Betrachter und dem symbolisierten Gegenstand, also dem Recht, begünstigen.⁸⁴³ Embleme sind ein Mittel, um das Recht und seine normativen Anordnungen seinen Rechtssubjekten zu verinnerlichen. Die visuelle Sichtbarmachung des Rechts leistet für Goodrich das, was die Schrift alleine nicht erreicht: die emotionale Einbindung der Menschen in ein institutionalisiertes normatives Gefüge, «it is through the eyes that the great truths are imprinted upon the human soul.»⁸⁴⁴ Die visuelle Wahrnehmung des Rechts ist demnach umfassender, direkter und effektiver als ihre Texte; die Bilder des Rechts gehen unter die Haut, faszinieren, verführen, gefallen: «what we see leads us to what we need to know».⁸⁴⁵ Und mehr noch: In seinen Darstellungen legt das Recht gemäss Goodrich die ansonsten verborgenen Vorstellungen offen, auf die es seine Urteile gründet.

Luhmann: Die symbolisch-expressive Funktion des Verfahrens

Nicht nur die psychoanalytisch und medientheoretisch orientierten Rechtstheorien, sondern namentlich auch der Systemtheoretiker Niklas Luhmann interessierte sich dafür, wie es möglich ist, «wenn nur wenige entscheiden, die faktische Überzeugung von der Richtigkeit oder der verbindlichen Kraft dieses Entscheidens zu verbreiten». Luhmann geht in seiner Theorie zur Legitimierung von Herrschaft davon aus, dass ein konsensuales Bekenntnis der Beherrschten zur Herrschaft, wie das beispielsweise in der Diskurstheorie nach Jürgen Habermas⁸⁴⁶ oder der Gerechtigkeitstheorie von John Rawls⁸⁴⁷ als Legitimationsgrund angeführt wird, nicht ausreicht, um staatlichen Entscheidungen die Anerkennung zu garantieren.⁸⁴⁸ Nach Luhmann beruht Legitimation eben «gerade nicht auf ‹freiwilliger› Anerkennung, auf persönlich zu verantwortender Überzeugung, sondern im Gegenteil auf einem sozialen Klima, das die Anerkennung verbindlicher Entscheidungen als Selbstverständlichkeit institutionalisiert und sie nicht als Folge einer persönlichen Entscheidung, sondern als Folge der Geltung der amtlichen Entscheidung ansieht.»⁸⁴⁹ Es kommt deshalb für Luhmann nicht nur auf das Verfahren alleine, sondern auf die «symbolisch-expressive Funktion» des öffentlichen Verfahrens an, das die Herstellung des Entscheids darstellt und in dem die Medien eine wichtige Vermittlungsleistung wahrnehmen. Sie leisten eine gemeinsame Identifikation mit den abstrakten Symbolen des Rechts.⁸⁵⁰ Der «dichotomisch zugeschliffene Darstellungsstil juristischer Begründungen» hat die Funktion, mögliche Kritik an einer Entscheidung

843 GOODRICH, *Legal Emblems*, xv, xviii.

844 GOODRICH, *Legal Emblems*, xvii (Zitat aus Matthaeus Merian, *Emblematum ethico-politicorum centuria* [1619]).

845 GOODRICH, *Legal Emblems*, xviii.

846 HABERMAS, *Faktizität und Geltung*.

847 RAWLS, *Theorie der Gerechtigkeit*.

848 LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 28.

849 LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 34.

850 LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 123–125.

auf «wenige kontrollierbare Fehlerquellen zu beschränken».⁸⁵¹ Für Luhmann sind es also die in einem Staat institutionalisierten Verfahren, welche die Erwartungen der Beherrschten in einem faktischen, nach rechtlichen Regeln auflaufenden Kommunikationsprozess so umstrukturieren, dass der Einzelne durch ein Verfahren dazu gebraucht wird, seine Position freiwillig zu individualisieren und zu isolieren.⁸⁵² Gleichfalls geht Luhmann von der Wirksamkeit der Inszenierung des Rechts aus. Das Verfahren ist nach ihm als «Drama» ausgestaltet, damit Beteiligte und Zuschauer zur Überzeugung gelangen, «dass alles mit rechten Dingen zugeht», Wahrheit ermittelt und das richtige Recht gesprochen wird.

b) Kunstfreiheit als Bedingung demokratischer Legitimität

Aus der Verschränkung von Recht und Kunst lassen sich Thesen dazu entwickeln, warum in absolutistischen oder totalitären Herrschaftsformen für Abweichungen von der autoritär festgelegten Figuration der politischen Einheit wenig Raum besteht, diese Abweichungen demgegenüber in der Demokratie gerade als Ausdruck der demokratischen Ordnung betrachtet und grundrechtlich gewährleistet werden. In der göttlich legitimierten Monarchie ist der König der Platzhalter Gottes auf Erden. Veränderungen der Imagination verändern die Ordnung, weil die Ordnung an eine statisch-autoritäre Vorgabe der Imagination gebunden ist. Jede Veränderung der Vorstellungen ist eine Bedrohung für die absolutistische Ordnung und also eine zu bekämpfende Gefahr. Die Demokratie, wie wir sie heute kennen, entstand nicht nur aus der Bemühung, die Tatsache, dass sich Ideen, Werte und Ideale verändern, als Möglichkeit institutionell in einer neuen Herrschaftsform zu sichern. Die Demokratisierung der Herrschaft ging mit Prozessen der Devestitur der königlichen Repräsentation einher. Sie stellte die Formen des Vorstellens und Zeigens von Herrschaft und die damit verbundenen ästhetischen Praktiken grundlegend in Frage.

Demokratie und Theater

Diese Veränderung lässt sich unter anderem im und über das Gespräch zum bürgerlichen Theater nachvollziehen. Und zwar in zweierlei Hinsicht. Zum einen in der Veränderung davon, wer und was in welcher Form auf der Bühne zur Darstellung kam. Shakespeare, der den König zum Narr machte und ihn dies auch selbst erkennen liess.⁸⁵³ Zum andern in einem veränderten Bewusstsein um das Verhältnis zwischen Schauspieler und Zuschauer, respektive den Einbezug des Zuschauers in das Schauspiel.⁸⁵⁴ So ist es kein Zufall, dass die Pläne für demokratische Parlamente bereits im 18. Jahrhundert am Halbkreis des Amphitheaters orientiert waren. Ebenso wie in der

⁸⁵¹ LUHMANN, Legitimation durch Verfahren, 132.

⁸⁵² LUHMANN, Legitimation durch Verfahren, 37.

⁸⁵³ KANTOROWICZ, Zwei Körper des Königs, 45.

⁸⁵⁴ Zum Ganzen MENKE, Souverän auf der Bühne; RANCIÈRE, Emanzipierte Zuschauer, 11–18.

Demokratie jeder als Redner nach vorne an das Rednerpult treten konnte, um seine Stimme für ein Anliegen zu erheben, sollte jeder jeden von jeder Position aus sehen können. Der Kunsthistoriker Wolfgang Kemp hat am Beispiel von Davids *Schwur im Ballhaus* (1791) darauf hingewiesen, dass der perspektivische Einbezug des Betrachters für die demokratische Revolution einem politischen Gebot folgte, das sich auf die Bildgestaltung auswirkte.⁸⁵⁵ Die Demokratisierung der Öffentlichkeit führte zu einer Rückbesinnung auf den Halbkreis des Amphitheaters als Anordnung, die den nun egalisierten Zuschauern erlaubte, von jedem Platz aus alles zu sehen. Die Form des Theaters übertrug sich auf die architektonische Konzeption des Parlaments, in welcher jeder Parlamentarier alles sehen sollte und zugleich alle einander. David auferlegte sich mit dem *Schwur im Ballhaus* die Aufgabe, die demokratische Reziprozität der Kommunikation bildlich aufzugreifen und den Betrachter perspektivisch in die Geschehnisse der französischen Revolution einzubinden. Mit der Debatte über die Demokratisierung der Herrschaftsordnung entflammte aber zugleich auch die alte Auseinandersetzung über die Gefahr der Theatralisierung der Politik von Neuem. So vertrat namentlich Rousseau die Ansicht, dass das Theater die Bürgerinnen und Bürger in Schauspieler und Zuschauer, Handelnde und Zuschauende trennt und damit der Demokratie widerspricht. Alleine die Vereinigung aller Bürgerinnen und Bürger im Volksfest als ein von allen mitgetragenes Schauspiel lasse sich mit der Demokratie vereinbaren.⁸⁵⁶ In der Demokratietheorie wird die Auseinandersetzung über das Theater in der Demokratie und die Theatralisierung der Politik bis in die Gegenwart fortgeführt.⁸⁵⁷

Carl Schmitt: Politische Romantik

Wie bedrohlich die Offenheit der Demokratie gegenüber dem Imaginären und Praktiken ihrer Visualisierung in der Kunst in der Weimarer Republik wahrgenommen wurde und wie eng die autoritäre Kontrolle der Vorstellungskraft und der Kunst mit totalitären Herrschaftstheorien verbunden ist, zeigt sich in Carl Schmitts *Politischer Romantik*.⁸⁵⁸ Er verfasste diese Schrift im Zeitraum der grossen politischen Wende von 1919. In der *Politischen Romantik* konzeptionalisiert Schmitt die Kunst als Reflex der Gesellschaft. Er stellt die These auf, dass sich mit den politischen Institutionen auch die Empfindungen ändern würden und also auch die Kunst nicht dieselbe bleibe. Mit der französischen Revolution, der Demokratisierung der Gesellschaft und dem neuen Geschmack des bürgerlichen Publikums entsteht für Schmitt eine neue Kunst, die «keinen grossen Stil aufbringt» und «keiner Repräsentation mehr fähig ist». Schmitt erfasst die Kunst der Moderne als eine Kunst des Zufälligen und Formlosen, die sich allem und jedem anbiedere, um

⁸⁵⁵ KEMP, Das Revolutionstheater.

⁸⁵⁶ ROUSSEAU, Lettre à d'Alembert, in: Ders., Oeuvres complètes, Band 5, 114 f.

⁸⁵⁷ Einführend MENKE, Souverän auf der Bühne.

⁸⁵⁸ SCHMITT, Politische Romantik; zum Ganzen REBENTISCH, Kunst der Freiheit, 217–267.

«sich in tumultuarischer Buntheit aller Formen einfühlend zu bemächtigen und sie doch nur als ein belangloses Schema zu behandeln und in einer von Tag zu Tag den Standpunkt wechselnden Kunstkritik und Kunstdiskussion immer von neuem nach dem Wahren, Echten und Natürlichen zu schreiben.»⁸⁵⁹

Schmitt sah in der Demokratisierung der Gesellschaft und der Pluralisierung der Kunst das Ende jeder Ordnung. Für Schmitt bedeutete diese Entwicklung, die er unter dem grossen Schlagwort der *Romantik* zusammenfasst, dass aus der «sachlichen Argumentation» eine «willkürliche Produktivität des Subjekts» würde. Damit würden der Gesellschaft die Voraussetzungen stabiler Ordnung entzogen, denn «keine Gesellschaft kann eine Ordnung finden ohne einen Begriff von dem, was normal, und dem, was Recht ist».⁸⁶⁰ Diese Auffassung der Pluralität als Beliebigkeit überführte Schmitt zu einem späteren Zeitpunkt in die Notwendigkeit des Kampfes von Geist gegen Geist und Leben gegen Leben, aus dem erst «die Ordnung der menschlichen Dinge» entsteht: «Wir erkennen den Pluralismus des geistigen Lebens und wissen, dass das Zentralgebiet des geistigen Daseins kein neutrales Gebiet sein kann und dass es falsch ist, ein politisches Problem mit Antithesen» zu lösen, die mit ihrem Verzicht auf den Kampf nur «den Wert einer romantischen Klage» haben.⁸⁶¹ Spätestens mit dem zweiten Weltkrieg und der dort in die Realität umgesetzten Politik einer im Dienste der Repräsentation stehenden, gleichgeschalteten Kunst dürfte jedoch klar geworden sein, wie verheerend sich ein solcher, mit staatlicher Gewalt durchgesetzter, autoritärer Kunstbegriff für den Einzelnen und die Gesellschaft auswirkt.

Die Demokratie ging für Schmitt mit einer Individualisierung und einem subjektivierten «Occasionalismus» einher, mit dem alles Kommende, die Ordnung und ihr Subjekt unberechenbar, grenzenlos und unfassbar werden.

«Jetzt erst zeigt sich, wie sehr das Occasionelle die Relation des Phantastischen ist und auch – wiederum nach der Individualität des einzelnen Romantikers verschieden – die Relation des Rausches oder des Traumes, des Abenteurers, des Märchens und des zauberhaften Spiels. Aus immer neuen Gelegenheiten entsteht eine immer neue, aber immer nur occasionelle Welt».

Für Schmitt war es «eine Welt ohne Substanz und ohne funktionelle Bindung, ohne feste Führung, ohne Konklusion und ohne Definition» und deshalb auch «ohne Entscheidung, ohne letztes Gericht, unendlich weitergehend, geführt nur von der magischen Hand des Zufalls, *the magic hand of chance*».⁸⁶²

Mit einem autoritären Staatsverständnis wertete er all das als negativ, was von den Befürworterinnen und Befürworthern des liberalen Verfassungsstaates als Bestandteil des Demokratisierungsprozesses begrüsst wurde: die Loslösung der Kunst von autoritären

⁸⁵⁹ SCHMITT, Politische Romantik, 16 f., 11, 14.

⁸⁶⁰ SCHMITT, Politische Romantik, 164, 166 f.

⁸⁶¹ SCHMITT, Begriff des Politischen, 94 f.

⁸⁶² SCHMITT, Politische Romantik, 19 f.

Vorgaben und von ihrer rigiden Einbindung in herrschaftliche Inszenierungspraktiken, die Einsicht in die Veränderbarkeit der Gesellschaft sowie die Unverfügbarkeit einer Letztbegründung für die Staatsordnung. In Richard Rortys Texten finden wir eine liberale Theoretisierung dieser kontingenten Form der Freiheit. Für Rorty ist die Entwicklung als eine Freiheit zu erfassen, die sich zu einer sich ständig verändernden demokratischen Ordnung spinnt. Mit dieser Vorstellung verändert sich auch die Vorstellung der Rechtsordnung. Das geltende Recht lässt sich dann nicht mehr als stabile, vorgegebene und auf einen höheren oder tieferen Grund bezogene Ordnung denken, wie dies Schmitt in der *Politischen Romantik* noch tat. Die Rechtsordnung würde dieser These entsprechend eher einem Netz kontingenter Erzählungen entsprechen, das sich mit jedem neuen Urteil verändert. Rorty umschreibt diese Ordnung mit der Metapher einer Wand auf einer Bühne, vor der sich verschiedene Erzählungen abspielen und die «nur eine gemalte Kulisse ist, wieder nur ein Menschenwerk, ein Bühnenbild für die Kultur.»⁸⁶³

Demokratie und Imagination

Die freiheitliche Demokratie zeichnet sich in Abgrenzung zu absolutistischen oder totalitären Herrschaftsformen dadurch aus, dass sie die Leerstelle am Grund ihrer Herrschaft, das Paradox ihrer Legitimation, offenlegt und nicht überspielt. Es ist eine Herrschaft, die ihren Mitgliedern die Fähigkeit zugesteht, das Nominale der Herrschaft und mit ihm die Konstruktion des Volkes als Fiktion zu erkennen. Die Beherrschten der Demokratie sind die emanzipierten Zuschauer, die die Abstraktionsleistung der Verdoppelung des Körpers des Königs oder diejenige ihres eigenen Körpers im Volksbegriff ebenso durchschauen, wie sie sich in der Kunst von verschiedenen Formen der Abstrahierung kompetent distanzieren können.⁸⁶⁴ Die liberale Demokratie ist diejenige Herrschaftsform, die die dynamische Einzigartigkeit und Unfassbarkeit der Menschen, die Gleichheit der Mitglieder in ihrer beliebigen Potentialität mit der Menschenwürde und der offenen Struktur der Grundrechte als Persönlichkeitsschutz zur Grundlage seiner Ordnung macht. Darauf aufbauend basiert die Demokratie auf einer in diskursiven Verfahren vermittelten Dialektik zwischen Setzen und Gesetz sein und zwischen Ordnung und Veränderung. Die Demokratie ist eine Ordnung, die sich ihre permanente Veränderbarkeit institutionell gesichert offenhält, weil sie auf der Einsicht basiert, dass das Gute und Gerechte historisch wandelbar ist. Entsprechend pflegt die Demokratie eine Kultur der Freiheit als Offenheit für das Kommende und zwar sowohl für die kommende Ordnung als auch für den kommenden Menschen.⁸⁶⁵ Die pluralistische Kunst ist Ausdruck eines Selbstverständnisses, das dem Menschen die Möglichkeit offen hält,

⁸⁶³ RORTY, Kontingenz, Ironie und Solidarität, 99.

⁸⁶⁴ REBENTISCH, Kunst der Freiheit, 318, 329–332, 368.

⁸⁶⁵ REBENTISCH, Kunst der Freiheit, 21, 84 f., 149, 172, 332; zur Demokratie als Herrschaft des «Werdenden» wegweisend DERRIDA, Schurken.

sich im Dialog mit Andern und der Gesellschaft ständig zu verändern und davon auch die politische Ordnung nicht unberührt zu lassen.

In der modernen Kunst ist alles möglich, sie hat die Illusion einer geordneten Potenz abgelegt; während dem Recht der Traum einer Wirksamkeit, die über den Menschen hinaus auf ein ordnendes Prinzip verweist, weiter anhaftet. Ein Recht, das allenfalls nur deshalb den Eindruck erweckt, nicht vollständig losgelöst von einer bestehenden Wirklichkeit zu agieren, weil ihre Schreiber die bedingte Notwendigkeit des Bestehenden, von dem, was ist, mit einer rigiden Praxis des Glaubens an die Legitimität des Bestehenden das bereits Geschriebene kopierend in ihren Schöpfungen potenzieren.⁸⁶⁶ Gerade aber im schöpferischen Entscheid, etwas zu schreiben oder nicht zu schreiben, liegt die Bedingung der menschlichen Freiheit.⁸⁶⁷ Die Kunstfreiheit ist letztlich die Anerkennung des weissen Blattes als Symbol der Potenz einer Schöpfung ohne letzten Grund; und also des gemeinsamen Ursprungs von Kunst und Recht im Chaos des Lebens.

Das in Frage stellen und die Veränderung der politischen Figuration und der Ästhetik gehören zum politischen Programm der Demokratie. Die Demokratie hat, und darin liegt ihre Bedeutung für die Kunstfreiheit, das Verhältnis zum *Imaginären* politisch verändert. Der Gewinn für die Kunst besteht darin, dass die Möglichkeit stetiger Transformation institutionell gesichert ist. Kunst ist als originäre Erzeugerin von Bildern, Räumen und Inszenierungen an der Bildung des Imaginären einer Gesellschaft ebenso beteiligt, wie an dessen Kritik und subversiven Transformation. Sie bildet Affekte zum Bestehenden ebenso wie sie das Begehren mit ihren Werken auf Neues richten kann. Kunst ist ein Moment der Kritik, in dem Sinne als sie innerhalb des Bestehenden neue Räume erschafft und dadurch eine Differenz einfügt, die eine Distanz zum Bestehenden ermöglicht.⁸⁶⁸

Die Demokratie legt ihre eigene Veränderbarkeit und Instabilität offen, anstelle sie mit repressiven Massnahmen zu negieren.⁸⁶⁹ Die Kunstfreiheit steht dafür ein, dass die rechtliche Regulierung der Kunst demokratisch ist. Und von einer Demokratie kann nur dann die Rede sein, wenn das Imaginäre eine politische Praxis ist, deren einzige Konstante die stetige Veränderbarkeit ihrer Praktiken ist und die Ordnung sowohl ihre ästhetische als auch ihre politische Revolution institutionell sichert. Die Kunstfreiheit verschafft der Kunst, im Gegensatz zu den früheren Urteilen über die Kunst, die

⁸⁶⁶ AGAMBEN, *Bartleby*, 33 ff.

⁸⁶⁷ AGAMBEN, *Bartleby*, 53.

⁸⁶⁸ Siehe insbes. RANCIÈRE *Aufteilung des Sinnlichen*, 34. Die Frage nach dem Verhältnis zwischen Ästhetik und Politik ist für Rancière deshalb «auf der Ebene der sinnlichen Aufteilung des Gemeinsamen der Gemeinschaft, ihrer Formen der Sichtbarkeit und ihres Aufbaus» anzusiedeln: «Erst auf dieser Basis lassen sich die politischen Eingriffe der Künstler/Innen denken, angefangen von den literarischen Formen der Entzifferung der Gesellschaft in der Romantik, über die symbolistische Poetik des Traums oder die dadaistische oder konstruktivistische Abschaffung der Kunst bis hin zu den heutigen Verfahren von Performancekunst und Installation.»

⁸⁶⁹ MENKE, *Souverän auf der Bühne*, 184; TRAUTMANN, *Das Imaginäre der Demokratie*, 20–23.

ohne sie auskamen und damit methodisch bedingt im Monolog des Rechts über die Kunst gefangen blieben, die Möglichkeit, den Dialog zwischen der Kunst und der Rechtsordnung aufrecht zu erhalten. Mit der Kunst in Dialog zu bleiben bedeutet zugleich, die Kunst als persönliche Sprache eines Menschen, und also die stetige Veränderung der Sprache und damit die unaufhaltsame Kontingenz allen Seins und jeder Ordnung anzuerkennen. Die Kunstfreiheit unterstreicht die Notwendigkeit eines im rechtlichen Verfahren geführten Dialogs über die Kontingenz der rechtlichen Ordnung. Sie verpflichtet die Gerichte dazu, den Dialog mit der Kunst über die Grundlagen der positivierten Ordnung und ihre ständige Veränderbarkeit aufzunehmen.

5.4. Zusammenfassung

Demokratie bezweckt als partizipative Regierungsform die politische Selbstbestimmung der Bürgerinnen und Bürger. Die Kommunikationsfreiheiten gewährleisten als politische Rechte im weiten Sinn, dass ein freier Dialog über politische und gesellschaftliche Angelegenheiten stattfinden kann. Die Demokratie ist als Herrschaftsform auf die Freiheit der Kommunikation angewiesen. Auch die Kunst ist an der öffentlichen Meinungsbildung beteiligt. In der Kunst kommen Ideen und Meinungen in einer der Kunst eigenen Form zum Ausdruck. Die Kunst leistet damit einen ihr eigenen Beitrag zu einer funktionierenden Demokratie.

Das Politische der Kunst

Kunst ist immer politisch und zwar auch dann, wenn sie keinen politischen Anspruch erhebt. Kunst ist persönlicher Ausdruck, der eine neue Form zu sehen, zu sprechen und zu hören vermittelt. Mit neuer Kunst verändert sich auch die Gesellschaft und also die Art und Weise wie Menschen sehen, sprechen und hören. Kunst vermag des Weiteren die dominanten Realitätskonstruktionen mit fiktionalen Wirklichkeiten zu kontrastieren. Sie vermag die Vorstellung eines anderen Lebens, einer anderen Gesellschaft und einer anderen Herrschaftsform zum Leben zu erwecken. Sie öffnet unter Verwendung der menschlichen Vorstellungskraft neue Räume, in denen bisher Unvorstellbares mindestens als Idee möglich wird. In der Kunst geht es nicht primär um ein Streben nach Wahrheit oder Macht, sondern um das Spiel mit persönlichen Sicht- und Seinsweisen und die Erzeugung und Sichtbarmachung immer wieder anderer Bilder, Stimmen und Erfahrungen. Es sind diese Wirkungsweisen der Kunst, die inhärent politisch sind und die den Beitrag der Kunst zur Demokratie charakterisieren.

Verflechtung von Kunst und Staat

Die Kunst ist historisch betrachtet in verschiedenen Praktiken mit staatlichen Organisationsstrukturen verflochten. Den monarchischen Herrschern diente sie der Repräsentation, den jungen Nationalstaaten als ein Instrument der kommunitaristischen Identitätskonstruktion. Die Verschränkung der Kunst mit staatlichen Praktiken der Inszenierung bleibt bis in die Gegenwart bestehen. Dazu gehören neben der Architek-

tur und der Gestaltung und Ausstattung von staatlichen Bauten auch die Verwendung der Kunst zur Repräsentation des Staates. Neben philosophischen und soziologischen Legitimitätstheorien haben sich auch eine Reihe an rechtshistorischen und rechtstheoretischen Forschungsarbeiten mit der Verbindung von Kunst und staatlicher Legitimation befasst. Theorien zum Imaginären gehen von der These aus, dass die Legitimität staatlicher Herrschaft seit je von der Vorstellungskraft der Beherrschten abhängig ist. Die Legitimierung und Stabilisierung von Herrschaft funktioniert mittels fiktiver Rechtsfiguren, die in Rechtssätzen, Metaphern, Emblemen, Flaggen, Hymnen, Allegorien, Heldenstatuen und Volksfesten ihren materialisierten Ausdruck finden. Die Kunst ist gemäss den Theorien des Imaginären als Erzeugerin dieser Bilder, Fiktionen und Geschichten an der Konstruktion und Dekonstruktion staatlicher Legitimität beteiligt.

Kunstfreiheit als Ausdruck einer offenen Demokratie

Die moderne Kunst ist Ausdruck eines Selbstverständnisses, das dem Menschen die Möglichkeit eingesteht, sich im Dialog mit Andern ständig zu verändern. Die Kunstfreiheit sichert dieses Entwicklungspotential grundrechtlich. Die Demokratie legt im Gegensatz zu absolutistischen oder totalitären Herrschaftsformen ihre eigene Veränderbarkeit und Instabilität offen, anstelle sie mit repressiven Massnahmen zu negieren. Die Kunstfreiheit gewährleistet, dass sich die Vorstellungen der passenden Herrschaftsordnung ständig verändern können und dürfen. Und Bilder, Texte und Klänge, die diese Veränderungen implizit oder explizit zum Ausdruck bringen, den Menschen nicht abgesprochen werden dürfen. Umgekehrt gewährleistet die politische Schutzdimension der Kunstfreiheit, dass, wenn sich der Staat in die Sphäre der Kunst einmischt, dies im Dienste der künstlerischen Persönlichkeitsentfaltung und der kulturellen Vielfalt geschieht.

6 Zusammenfassung

Die Kunst hat sich seit dem 18. Jahrhundert in einer nichtlinearen Entwicklung zu einem eigenständigen Lebensbereich ausdifferenziert, dem in der gegenwärtigen Gesellschaft eine besondere Werthaftigkeit zukommt. Die Kunstfreiheit spiegelt diese Entwicklung wider, indem sie der Kunst einen im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlich stabilisierten künstlerischen Praktiken und ihren ständigen Veränderungen situierten Grundrechtsschutz einräumt. Die Kunstfreiheit schützt künstlerische Äusserungen hinsichtlich ihrer Bedeutung für den einzelnen Menschen, die Gesellschaft und die Demokratie.

Individuelle Schutzdimension: Künstlerische Persönlichkeitsentfaltung

In ihrer *individuellen Schutzdimension* ist die Kunstfreiheit darauf ausgerichtet, der Kunst als Ausdruck der Persönlichkeit einen Handlungs- und Wirkungsfreiraum einzuräumen. Die Persönlichkeit eines Menschen manifestiert sich in der Form seiner körperlichen Erscheinung, Handlungen und Äusserungen, in seinem Abbild, seinen krea-

tiven Schöpfungen wie auch in seinen persönlichen Beziehungen zu Personen und Gegenständen. Ob eine *konkrete* Handlung Ausdruck der Persönlichkeit ist, lässt sich nicht von vornherein abstrakt bestimmen, sondern muss anhand der Umstände des Einzelfalls und unter Beachtung der dem Persönlichkeitsschutz zugrunde liegenden Wertentscheidung bestimmt werden. Künstlerische Ausdrucksformen zählen unbestritten zu den schützenswerten Anteilen der Persönlichkeit. Die Kunst ist gemäss der Leitformel des Bundesverfassungsgerichts «das Ergebnis freier schöpferischer Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zum Ausdruck gebracht werden»⁸⁷⁰. Kunst bringt Ideen, Konzepte, Emotionen, Bilder oder Kritik in persönlicher Form und oftmals unter Einsatz des Körpers oder der Stimme der Künstlerinnen und Künstler zum Ausdruck.

In ihrer *individuellen Schutzdimension* bezweckt die Kunstfreiheit den Schutz der Kunst als Form des persönlichen Ausdrucks, und zwar unabhängig davon, ob dieser Ausdruck soziale oder politische Bedeutung entfaltet. Schutz erhält die Kunst in ihrer je eigenen, personalisierten Form. Wie sich im nächsten Kapitel über den Schutzbereich der Kunstfreiheit zeigen wird, ist es diese inhaltliche Offenheit, die den konkreten Anwendungsbereich der Kunstfreiheit bestimmt.

Gesellschaftliche Schutzdimension: Kulturelle Vielfalt

In ihrer *gesellschaftlichen Schutzdimension* ist die Kunstfreiheit darauf ausgerichtet, die zwischenmenschlichen Bezüge und gesellschaftlichen Voraussetzungen des künstlerischen Schaffens grundrechtlich angemessen zu erfassen. In dieser Schutzdimension geht es darum, den künstlerisch schaffenden Menschen in seinen gesellschaftlichen Bezügen zu würdigen. Kunst ist an der Bildung von Meinungen und Ideen und der Art und Weise, wie wir sehen, sprechen, hören und fühlen beteiligt. Die gesellschaftliche Schutzdimension soll sicherstellen, dass diese relativen Aspekte des künstlerischen Ausdrucks in einem freiheitlich-demokratischen Sinn rechtliche Würdigung erfahren. Staatliche Interventionen in die Kunst, insbesondere auch im Bereich der Kunstförderung, müssen der kulturellen Vielfalt verpflichtet sein und eine der Kunstfreiheit entsprechende Form finden.

Politische Schutzdimension: Politische Selbstbestimmung

In ihrer *politischen Schutzdimension* erfasst die Kunstfreiheit die Kunst in ihren Bezügen zur Politik, der Rechtsordnung und der Legitimität der Staatsordnung. Demokratie ist auf die Selbstbestimmung der Mitglieder einer rechtlich verfassten Gemeinschaft ausgerichtet. Freie Kommunikation ermöglicht es Menschen, eigene Meinungen und Ideen zu äussern, sich im Dialog mit anderen Menschen ungehindert eine eigene Meinung zu bilden und diese in demokratische Verfahren einzubringen. Die Kommunikationsgrundrechte gewährleisten dem Austausch von Meinungen und Ideen in unter-

⁸⁷⁰ BVerfGE 30, 173 (188 f.) Mephisto.

schiedlichen Foren rechtlichen Schutz – im Privaten, in der Presse, in Gewerkschaften, bei Demonstrationen, in der Wissenschaft und eben auch in der Kunst. Sie sind damit eine wichtige Voraussetzung für eine funktionierende Demokratie, die die politische Selbstbestimmung ihrer Mitglieder ermöglichen soll. Die Kunstfreiheit gewährleistet, dass auch künstlerische Stimmen an diesem Dialog ungehindert teilnehmen können und zwar unabhängig davon, ob es sich um ausdrücklich politische Kunst handelt oder um augenscheinlich apolitische Kunst. Die Kunstfreiheit schützt die Kunst davor, in der Demokratie für staatliche Zwecke instrumentalisiert zu werden. Zugleich gewährleistet die Kunstfreiheit der Kunst den Freiraum, auf ihre eigene Weise an der Veränderung der Rechtsordnung mitzuwirken.

Schutzzweck als normativer Bezugspunkt für die Anwendung der Kunstfreiheit

Der Schutzzweck bildet den normativen Bezugspunkt für die Anwendung der Kunstfreiheit auf den Einzelfall. Das nachfolgende Kapitel befasst sich mit der Frage, wie sich der Schutzzumfang der Kunstfreiheit rechtlich eingrenzen lässt.

II Schutzbereich

1 Eingrenzung des Schutzbereichs der Kunstfreiheit

Der Schutzbereich definiert, *wie umfangreich* der Schutz des Grundrechts ausfällt. Die Eingrenzung des Schutzbereichs umfasst drei Aspekte. Erstens stellt sich die Frage nach dem *grundrechtlichen Kunstbegriff*, das heisst, was als geschützte Kunst im Sinne der Kunstfreiheit gilt. Es geht darum, den Begriff im Sinne der Kunstfreiheit rechtlich zu definieren. Dabei begegnet man dem unausweichlichen Paradoxon des grundrechtlichen Kunstbegriffs. Das Paradoxon besteht darin, dass das Grundrecht die *Freiheit* der Kunst garantiert *und* zugleich *autoritär* eingrenzt, was als geschützte Kunst im Sinne des Grundrechts gilt. Die Definition des grundrechtlichen Schutzbereichs ist aufgrund der ständigen Veränderbarkeit der Kunst eine besondere Herausforderung. In der Definition des grundrechtlichen Kunstbegriffs kommt das Kunsthandwerk der Juristerei zum Tragen, in dem sich Normativität und Pragmatik auf kreative Weise verbinden.

Der zweite Aspekt des Schutzbereichs betrifft den *sachlichen Umfang des Grundrechts*. Im Zentrum steht die Frage, *was* die Kunstfreiheit schützt, das heisst welche Aspekte des künstlerischen Prozesses geschützt sind. Drittens geht es um den *persönlichen Schutzbereich* des Grundrechts, das heisst um die Frage, *wer* sich auf das Grundrecht stützen kann. Die Kunstfreiheit ist ein Menschenrecht. Träger der Kunstfreiheit sind grundsätzlich alle Menschen, und zwar unabhängig von Alter, Geschlecht, Herkunft oder Aufenthaltsstatus. Ob auch juristische Personen Träger des Grundrechts sind, ist stärker begründungsbedürftig. Offen ist weiter auch, inwiefern staatliche Institutionen und Träger staatlicher Aufgaben die Kunstfreiheit geltend machen können.

2 Grundrechtlicher Kunstbegriff

Die Kunstfreiheit gewährleistet die Freiheit der Kunst. Welche Aussagen und Handlungen fallen als *Kunst* in den Schutzbereich des Grundrechts? Ein Teil der Lehre ist der Ansicht, dass das Recht auf eine Definition der Kunst verzichten sollte.⁸⁷¹ Die Mehrheit der Lehre vertritt demgegenüber die Meinung, dass das Recht gezwungen ist, seinen Schutzgegenstand zu definieren.⁸⁷² Sie erkennen im rechtlichen Definitionszwang das Paradoxon der Kunstfreiheit. Es besteht darin, dass das Recht einerseits die Freiheit der Kunst schützt. Andererseits muss das Recht, um festzulegen, was als Kunst geschützt wird, seinen Schutzgegenstand definieren.⁸⁷³ Der vorliegende Abschnitt zeigt auf, was grundrechtlich als geschützte *Kunst* gilt.

2.1 Einführung in den Kunstbegriff

a) Veränderlichkeit als Eigenheit der Kunst

Die Frage, was *Kunst* ist, begleitet das Kunstschaffen seit jeher. Kunst ist als gesellschaftliches Phänomen weder selbsterklärend, noch gibt es eine allgemeingültige, objektive Definition von *Kunst*. Die gesellschaftlichen Vorstellungen davon, was Kunst ist, haben sich im Verlauf der Geschichte erheblich verändert. *Kunst* hat an verschiedenen Orten und zu verschiedenen Zeiten Verschiedenes bedeutet.⁸⁷⁴ Die moderne und zeitgenössische Kunst⁸⁷⁵ zeichnet sich dadurch aus, dass sie von sich aus permanent infrage stellt,

⁸⁷¹ BAEGGLI, Kunstfreiheit, 20; PFÄNDLER-OLING, Kunstförderung, 220. Hinweise auf Vertreter des Definitionsverbots in der deutschen Lehre bei GRABER, Kunstbegriff, 91 Fn. 3.

⁸⁷² Anstelle vieler GRABER, Kunstbegriff, 91 f.; MEYER/HAFNER, SGK BV 21 N 3; MOSIMANN/UHLMANN, KKR, Kap. 2 § 1 N 11 f. Für das amerikanische Recht MERRYMAN/ELSEN/URICE, Law, Ethics and the Visual Arts, 673; aus der deutschen Lehre HUFEN, Kunstfreiheit, HGR IV, § 101 N 19 21, 28; BREUNING/NOCKE, Die Kunst als Rechtsbegriff.

⁸⁷³ Zum Paradox des Kunstbegriffs GRABER, Kunstbegriff, 94; HUFEN, Kunstfreiheit, HGR IV, § 101 N 19 21, 28.

⁸⁷⁴ Einführend GOMBRICH, Geschichte der Kunst, 15–18; BELTING et al., Kunstgeschichte; SCHNEIDER, Geschichte der Ästhetik; BERTRAM, Kunst, 20–55; ULLRICH, Was war Kunst?; RAUTERBERG, Und das ist Kunst?.

⁸⁷⁵ Mit *Kunst der Moderne* oder *moderner Kunst* ist das künstlerische Schaffen ab der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts gemeint. Moderne Kunst arbeitete unter den Bedingungen einer die ständischen Schichten transformierenden, sich funktional ausdifferenzierenden und zunehmend demokratisierten Öffentlichkeit der bürgerlichen Gesellschaft. Unter dem Vorbehalt der Vereinfachung, die jeder Generalisierung anhaftet, kann die moderne Kunst in einem ersten Ansatz als antitraditionell mit avantgardistischem Selbstanspruch erfasst werden. Als *Kunst der Gegenwart* oder *zeitgenössische Kunst* wird, wie die Bezeichnungen bereits besagt, die Kunst der Gegenwart bezeichnet. In der Kunsttheorie dient der Begriff auch als Schablone zur Interpretation derjenigen Kunst, die sich programmatisch von der modernen Kunst distanziert (oder zu distanzieren versucht), also eine kritische Wendung oder Fortentwicklung der Moderne ist und sich dadurch zu etwas unterscheidbar anderem ausgestaltet, zum Ganzen REBENTISCH, Theorien der Gegenwartskunst, 9–17, 21; OSBORNE, Anywhere or not at all, 2 f.; zur Entwicklung der zeitgenössischen Kunst als eigene Kategorie mit spezifischen Ausstellungsformaten GREEN/GARDNER, Biennials, Triennials, and documenta.

was sie selbst ist.⁸⁷⁶ Künstlerinnen und Künstler haben immer wieder die Frage aufgeworfen, ob das, was sie tun, Kunst ist. Marcel Duchamps *Urinoir*, Kazimir Malewitschs *Schwarzes Quadrat* oder die Performance-Kunst von Marina Abramović haben auch deshalb Kunstgeschichte geschrieben, weil sie den Kunstbegriff ihrer Zeit infrage stellten. Kunstschaffende haben seit Beginn des 20. Jahrhunderts Kunstmanifeste publiziert, in denen sie mit mehr oder weniger Ernsthaftigkeit am Definitionsstreit über die moderne Kunst teilgenommen haben.⁸⁷⁷

b) Kein gefestigter Kunstbegriff im ausserrechtlichen Bereich

In der Ästhetik und der Kunsttheorie haben Autoren wie Kant, Hegel, Heidegger oder Adorno um Antworten auf die Frage, was Kunst ist, gerungen und je verschiedene Thesen vorgelegt. Bis in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts weisen viele der Kunsttheorien die Tendenz auf, in ihrer ausgesprochen differenzierten und nuancierten Auseinandersetzung mit der Kunst dennoch ontologischen Verhärtungen anzuhaften. Diese betreffen insbesondere die wertende Idealisierung der Kunst in der Diskussion über das «Schöne», die rigide Kategorisierung der Kunst in Gattungen, die idealisierte Überhöhung des schöpferischen Menschen als Genie oder die Festlegung der Kunst auf einen bestimmten Zweck. Obgleich sich die Kunsttheorie in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts von idealistischen Anforderungen an die Ästhetik des Schönen und von der Genieästhetik löste, blieb sie tendenziell einer materialen Ontologie des Kunstbegriffs in Form von Thesen über inhärente Verbindungen der künstlerischen Form mit ihrem Gelingen als Wahres behaftet. Ein Beispiel dafür ist die *Ästhetische Theorie* von Adorno. Er wies in seinem Werk sogleich zu Beginn darauf hin, dass sich der Begriff Kunst einer Definition «sperrt», ja sich vielmehr in der «geschichtlich sich verändernden Konstellation von Momenten»⁸⁷⁸ findet. Auch beschrieb er die «Verfransung» der Künste mit hergebrachten Gattungen. Dennoch hielt Adorno an der These fest, dass sich in der Kunst im *Gelingen* der Form eine besondere Erkenntnis manifestiert. Konsequenterweise hielt er an der Idee von vorgegebenen Formen als Merkmalen der Kunst fest.⁸⁷⁹ Mittlerweile ist unbestritten, dass es eine konsensfähige allgemeingültige Definition des Kunstbegriffs weder in der Kunst noch in den Kunstwissenschaften gibt.⁸⁸⁰

⁸⁷⁶ Anstelle vieler GOMBRICH, *Geschichte der Kunst*, 15–18; BERTRAM, *Kunst*, 20, 113. Für das Schweizer Kunstrecht RENOLD/MOSIMANN, *KKR*, Kap. 1 § 2 N 68.

⁸⁷⁷ Siehe die kommentierte Anthologie von Kunstmanifesten bei DANCHEV, *Artists' Manifestos*; zur gesellschaftlichen Funktion des Manifests KLATT/LORENZ, *Manifeste*.

⁸⁷⁸ ADORNO, *Ästhetische Theorie*, 11.

⁸⁷⁹ ADORNO, *Ästhetische Theorie*, 213, 237 f.; erläuternd MAJETSCHAK, *Ästhetik zur Einführung*, 129–131.

⁸⁸⁰ Entsprechend auch BVerfGE 67, 213 Anachronistischer Zug (C.II.2.a): «Den bisherigen Versuchen der Kunsttheorie (einschliesslich der Reflexionen ausübender Künstler über ihr Tun), sich über ihren Gegenstand klar zu werden, lässt sich keine zureichende Bestimmung entnehmen, so dass sich nicht an einen gefestigten Begriff der Kunst im ausserrechtlichen Bereich anknüpfen lässt. Dass in

Die Kunsttheorie zeichnet sich seit Mitte des 20. Jahrhunderts gerade durch die Zurückweisung von spezifischen Anforderungen an die Kunst aus. Zeitgenössische Kunsttheorien verwenden einen sowohl inhaltlich als auch medial offenen Kunstbegriff.⁸⁸¹ Das Kunstschaffen baut zwar auf formellen und informellen Normen auf und ist in institutionelle Strukturen eingebettet. Zugleich entfremden sich Künstlerinnen und Künstler mit ihren Werken und ihrem Selbstverständnis fortwährend von den ihnen von den Kunstinstitutionen und in der Kunsttheorie zugeschriebenen Kategorien. Kunst verändert ihre Gestalt und ist in ihrer Vielfalt schwer fassbar. Die grundrechtliche Konkretisierung des Kunstfreiheit muss unter Berücksichtigung dieser Eigenheiten der Kunst erfolgen.

2.2 Der grundrechtliche Kunstbegriff

a) Rechtliche Anerkennung des offenen Kunstbegriffs (Brancusi)

Die Kunstwerke der Avantgarde gelten rückblickend als Bestandteile derjenigen Entwicklung in der Kunst, die jegliche Möglichkeiten zerstörte, eine bestimmte Kunstrichtung als die einzig richtige zu erklären (siehe Teil I Kapitel I.3).⁸⁸² Die entscheidende rechtliche Auseinandersetzung entzündete sich an Constantin Brancusis Skulptur *Bird in Space* (dazu bereits Teil I Kapitel I.3), einer aus Metall geformten Skulptur, die der Form nach eher an einen Flugzeugpropeller als an einen Vogel erinnert (Abbildung 1). Im Jahr 1926 weigerten sich die amerikanischen Zollbehörden, dem Kunstwerk die normalerweise für Kunst nicht anfallende Zollgebühr zu erlassen. Sie begründeten ihren Entscheid mit einem klassisch-repräsentativen Kunstverständnis, wonach das Metallstück keinerlei Ähnlichkeit mit einem Vogel aufweise und deshalb kein Kunstwerk sein könne. Das Gericht anerkannte in seinem Urteil demgegenüber, dass sich in der Kunst eine Bewegung abzeichnete, die sich vom bisherigen Kunstverständnis abwendet und neuen Ideen der Kunst zuwendet. Entsprechend müsse das Gericht diese Entwicklung in seiner Rechtsprechung als Tatsache berücksichtigen, um alle Formen der Kunst rechtlich gleich zu behandeln.⁸⁸³ Mit dem Urteil *Brancusi* hatte ein Gericht erstmals die Veränderlichkeit der Kunst rechtlich anerkannt und rechtsdogmatisch in die gerichtliche Argumentation integriert.

Das Urteil zu Brancusi zeigt auf, dass die grundrechtliche Definition des Kunstbegriffs so ausgestaltet sein muss, dass sie die mangelnde Selbstverständlichkeit der

der Kunsttheorie jeglicher Konsens über objektive Maßstäbe fehlt, hängt allerdings auch mit einem besonderen Merkmal des Kunstlebens zusammen: die «Avantgarde» zielt gerade darauf ab, die Grenzen der Kunst zu erweitern. Dies und ein weitverbreitetes Misstrauen von Künstlern und Kunsttheoretikern gegen starre Formen und strenge Konventionen sind Eigenheiten des Lebensbereichs Kunst, welche zu respektieren sind und bereits darauf hindeuten, dass nur ein weiter Kunstbegriff zu angemessenen Lösungen führen kann.»

⁸⁸¹ Anstelle vieler REBENTISCH, *Theorien der Gegenwartskunst*, 27 ff.

⁸⁸² BÜRGER, *Theorie der Avantgarde*, insbes. 26 f., 74 f., 113, 119, 121.

⁸⁸³ ROWELL, *Brancusi vs. United States*.

Kunst, ihre ständige Transformation und die Vielfalt ihrer Erscheinungsformen zu ihrem Ausgangspunkt macht. Die Schwierigkeit besteht darin, den geschützten Sachbereich einerseits nicht so umfassend zu definieren, dass er seine Konturen verliert. Andererseits können sich die Gerichte aber auch nicht ausschliesslich an bereits anerkannter Kunst orientieren, weil damit neue Erscheinungsformen der Kunst von der Kunstfreiheit nicht erfasst würden.⁸⁸⁴

b) Offener Kunstbegriff des Bundesverfassungsgerichts (Mephisto)

Das deutsche Bundesverfassungsgericht begegnet der Offenheit und ständigen Veränderlichkeit der Kunst bei gleichzeitiger Autonomie des Lebenssachbereichs mit der Definition eines *offenen Kunstbegriffs*. Die Grundlage dafür legte das Gericht in seiner berühmten *Mephisto-Formel*, in der es die Autonomie der Kunst zum Fundament der Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes erklärte.

«Der Lebensbereich ‹Kunst› ist durch die vom Wesen der Kunst geprägten, ihr allein eigenen Strukturmerkmale zu bestimmen. Von ihnen hat die Auslegung des Kunstbegriffs der Verfassung auszugehen.»⁸⁸⁵

Mit dieser Aussage erteilte das Bundesverfassungsgericht jedem von aussen an die Kunst herangetragenen Kunstbegriff eine Absage. Der offene Kunstbegriff verpflichtet die Gerichte, die in der Rechtsdogmatik unweigerlich verwendeten Kategorien zur Definition des grundrechtlichen Schutzbereichs in jedem Einzelfall zu prüfen und notwendigenfalls mit Angabe der entsprechenden Gründe anzupassen. Er verpflichtet die Gerichte zu einer *kunstspezifischen* Beurteilung der Kunst.

c) Offener Kunstbegriff des Bundesgerichts

Das Schweizer Recht kennt keinen einheitlichen Kunstbegriff.⁸⁸⁶ Neben der Bundesverfassung enthalten eine Reihe spezifischer Erlasse unterschiedlicher Normstufen rechtliche Kunstbegriffe. Ihre Definition unterscheidet sich je nach Rechtsgebiet.⁸⁸⁷ Die einzelnen Begriffe weisen jedoch enge inhaltliche Bezüge zueinander auf. Die gesetzlichen Kunstbegriffe sind grundrechtskonform auszulegen.⁸⁸⁸

In den parlamentarischen Beratungen zur Kunstfreiheit sollten Diskussionen über die Frage, was Kunst ist, bewusst vermieden werden. In der beratenden Kommission des Ständerats kam einzig die Frage auf, «ob nur von der Freiheit der Kunst oder auch

⁸⁸⁴ So auch MOSIMANN/UHLMANN, KKR, Kap. 2 § 1 N 11 f.

⁸⁸⁵ BVerfGE 30, 173 (188 f.) Mephisto.

⁸⁸⁶ Anstelle vieler RENOLD/MOSIMANN, KKR, Kap. 1 § 2 N 62.

⁸⁸⁷ Siehe zur Unterscheidung von Kunst und Nichtkunst im bisherigen Urheberrecht bswe BGE 130 III 168 E. 4.5 (Bob Marley); BGE 130 III 714 (Wachmann Meili).

⁸⁸⁸ G.L.M. GRABER, Zwischen Geist und Geld, 103, wonach sich die Konkretisierung des Kunstbegriffs im Urheberrecht, Persönlichkeitsrecht und als Grundrecht auf ein und dieselbe verfassungsrechtliche Wurzel zurückführen lässt.

von der Freiheit des künstlerischen Ausdrucks»⁸⁸⁹ gesprochen werden sollte. Die Kommission war der Ansicht, dass der künstlerische Ausdruck von der Freiheit der Kunst mitefasst ist. Der Ständerat verzichtete der Einfachheit halber bewusst darauf, den «künstlerischen Ausdruck» in der Verfassung zu erwähnen.⁸⁹⁰ Die Begriffsdefinition sollte dem Bundesgericht überlassen bleiben.⁸⁹¹

In Anlehnung an das Bundesverfassungsgericht und die Lehre hat das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zur Kunstfreiheit den Kunstbegriff als *offen* definiert. Die einschlägige Formulierung findet sich in einem Urteil von 2005, in dem das Bundesgericht den künstlerischen Wert von Internetpornografie beurteilte. Gemäss Bundesgericht lässt sich nicht abschliessend festlegen, wann einer pornografischen Darstellung ein kultureller Wert im Sinne der *Exceptio-artis*-Ausnahmeklausel des Sexualstrafrechts zukommt, weil die Kunst ständig ihre Form verändert.

«Es liegt im Wesen der Kunst, dass sie ständig neue Formen annimmt, Normen sprengt und das Bestehende in Frage stellt, weshalb es nicht möglich ist, sie abschliessend zu definieren. Der Richter hat daher von Fall zu Fall über den kulturellen Wert eines Werkes zu entscheiden.»⁸⁹²

Der offene Kunstbegriff von Art. 21 BV soll davor schützen, dass eine staatliche Institution autoritär und allgemeingültig definiert, was Kunst ist oder sein soll. Weiter ermöglicht es der so verstandene Kunstbegriff den Gerichten, auf neue Entwicklungen der Kunstwelt angemessen zu reagieren.⁸⁹³

d) Offener Kunstbegriff als Ausdruck der Menschenwürde

Der offene Kunstbegriff nach Art. 21 BV ist Ausdruck der Menschenwürde, insofern mit ihm nicht nur die Offenheit des Rechts gegenüber neuen Kunstformen sichergestellt wird. Die Offenheit des Kunstbegriffs verweist auf die kreativen Fähigkeiten des Menschen und die Vielfalt ihres künstlerischen Ausdrucks. Der offene Kunstbegriff würdigt, dass der Mensch in seiner Gesamtheit nicht abschliessend zu erfassen ist (siehe dazu auch Teil II Kapitel I.3.3.b). Das Bundesgericht hat entsprechend auch in Bezug auf die Offenheit des Menschenwürdebegriffs ausgeführt, dass eine «Unbestimmtheit besonderer Art» vorliegt.

«Der Verfassungsgeber hat nicht nur von einer Definition [der Menschenwürde] abgesehen, um der Prinzipienhaftigkeit und Entwicklungsoffenheit des Grundrechts Rechnung zu tragen. Er hat vielmehr auch deshalb auf eine Definition der Menschenwürde

⁸⁸⁹ AB S 1998 43.

⁸⁹⁰ AB S 1998 43.

⁸⁹¹ AB N 1998 205 f.

⁸⁹² BGE 131 IV 64 E. 10.1.3. Das Bundesgericht übernahm diese Formulierung aus JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 1999, 303 f.

⁸⁹³ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 557; MEYER/HAFNER, SGK BV 21 N 3; WYTTENBACH, BSK BV 21 N 6; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, § 25 N 6; BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, 175; BAEGGLI, Kunstfreiheit, 33.

verzichtet, weil eine verfassungsrechtliche Bestimmung dessen, was die Würde und den Wert eines Menschen ausmacht, grundsätzlich problematisch wäre. Wird mit einer Festlegung der Menschenwürde ein bestimmtes Menschenbild für achtens- und schützenswert erklärt, so besteht die Gefahr, dass dadurch Menschen in ihrer Würde beeinträchtigt werden, die den Wert des Menschseins anders verstehen. Man kann dies als Paradox der Menschenwürdegarantie bezeichnen. Je klarer ihre Konturen sind und je besser demnach Achtung und Schutz gelingen, desto grösser ist das Risiko der Ein- und Ausgrenzung von Menschen. Die Gefahr, dass ein rechtlich definiertes Menschenbild einengend oder ausschliessend wirkt, ist einer der Gründe dafür, dass ein Teil der (vorwiegend angelsächsischen) Lehre die Menschenwürde als eigenständiges Grundrecht ablehnt. Was den Inhalt der Menschenwürde ausmacht, muss in einer liberalen Gesellschaft letztlich offenbleiben.»⁸⁹⁴

Was in der Rechtsprechung des Bundesgerichts sowohl zur Kunstfreiheit als auch zur Menschenwürde deutlich zum Ausdruck kommt, ist, dass die Abgrenzung eines definierten Schutzbereichs trotz aller Offenheit dennoch dazu zwingt, darüber zu entscheiden, was als schützenswerte Kunst oder als geschützte Würde des Menschen im Sinne der Rechtsordnung gilt. Dabei sollen Gerichte den ständigen Veränderungen in der Kunst als Ausdruck der Menschenwürde angemessen begegnen können. Sie haben daher von Fall zu Fall darüber zu entscheiden, ob der ihnen vorgelegte Sachverhalt unter den grundrechtlichen Kunstbegriff subsumiert werden kann.

e) Offener Kunstbegriff des EGMR

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte verwendet ebenfalls einen offenen Kunstbegriff, insofern er nicht nur die freie Meinungsäusserung, sondern auch die *Form* der Meinungsäusserung schützt.

«Article 10 of the Convention protects not only the substance of the ideas and information expressed but also the form in which they are conveyed.»⁸⁹⁵

Das Gericht schützt sämtliche Formen künstlerischer Äusserungen, unabhängig davon, in welchem Medium oder in welcher Handlungsform sie erfolgen.⁸⁹⁶ Entsprechend hat der EGMR auch eine Kunstperformance, die ausserhalb des institutionalisierten Kunstbetriebs, ohne Bewilligung und rechtswidrig in einer Kirche aufgeführt wurde, dem Schutzbereich der Meinungsäusserungsfreiheit unterstellt.⁸⁹⁷

⁸⁹⁴ BGE 143 IV 77 E. 4.1; BELSER/MOLINARI, BSK BV 7 N 3; MASTRONARDI, SGK BV 7 N 39; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 4.

⁸⁹⁵ EGMR Nr. 38004/12 (2018) *Alekhina v Russia (Pussy Riot)*, N 197.

⁸⁹⁶ EGMR Nr. 38004/12 (2018) *Alekhina v Russia (Pussy Riot)*, N 204.

⁸⁹⁷ EGMR 38004/12 (2018) *Alekhina v Russia (Pussy Riot)*, N 206.

f) Kunstbegriff des amerikanischen Supreme Courts

Auch der amerikanische Supreme Court hat unterschiedliche Formen der Meinungsäußerung dem Schutz der Free Speech Clause unterstellt, darunter auch künstlerische Äußerungen. So hat er für den Schutz der Musik und des Films nicht die Form der Äußerung, sondern den expressiven Gehalt als Kriterium beigezogen, um die Schutzwürdigkeit einer menschlichen Tätigkeit unter der *Free Speech Clause* zu beurteilen. Dabei hat er sich für seine Beurteilung auch darauf abgestützt, ob in einem künstlerischen Medium oder einer Handlung eine Idee oder Meinung zum Ausdruck gelangt, die im öffentlichen Interesse und als Beitrag zu einer funktionierenden Demokratie rechtlich schützenswert ist (siehe Teil II Kapitel I.1). Dieses zusätzliche Kriterium für die Definition des Schutzbereichs bringt gegenüber den offeneren Begriffen des Bundesverfassungsgerichts und des EGMR, die diese Verbindung zwischen künstlerischer Äußerung und Demokratie nicht zu einem Kriterium für den Kunstbegriff machen, die Tendenz mit sich, dass apolitische Kunst vom Schutzbereich des Grundrechts ausgeschlossen wird. Das zeigt sich besonders deutlich in zwei Urteilen. Im einen Fall hatte sich ein Federal District Court noch Mitte der 1990er-Jahre gegen den Grundrechtsschutz von sexuell expliziten Werken eines Künstlers ausgesprochen, weil es seinen pornografischen Werken an ernsthaftem künstlerischen Wert und damit an einer Aussage von Interesse für die Öffentlichkeit mangeln würde.⁸⁹⁸

In einem anderen Fall hatte der Supreme Court über den Schutz von Nackttänzerinnen in Nachtclubs zu befinden.⁸⁹⁹ Das Gericht schützte die staatliche Verpflichtung, dass die Tänzerinnen ihren Intimbereich bedecken müssen. Demnach sind Ausdrucksformen, die sprachliche und nichtsprachliche Elemente verbinden, wie beispielsweise das Verbrennen des Marschbefehls vor dem Eingang eines Gerichts, nicht unter allen Umständen vom First Amendment geschützt. Das Gericht begründete diese Einschränkung im Urteil *US v O'Brien* damit, dass jede Handlung in gewisser Weise einen expressiven Gehalt hat, das First Amendment aber keine allgemeine Handlungsfreiheit gewährleistet.

«We cannot accept the view that an apparently limitless variety of conduct can be labeled «speech» whenever the person engaging in the conduct intends thereby to express an idea.»⁹⁰⁰

Mit derselben Begründung hat der Supreme Court in *Dallas v Stanglin* gewöhnliche Tanzabende (recreational dancing) vom Schutzbereich des First Amendments ausgenommen.

«It is possible to find some kernel of expression in almost every activity a person undertakes – for example, walking down the street or meeting one's friends at a shopping mall – but such a kernel is not sufficient to bring the activity within the protection of

⁸⁹⁸ U.S. v Schein, 31 F.3d 135 (1994), 137.

⁸⁹⁹ Barnes v Glen Theatre, 501 U.S. 560 (1991).

⁹⁰⁰ United States v O'Brien, 391 U.S. 367 (1968), 376.

the First Amendment. We think the activity of these dance-hall patrons coming together to engage in recreational dancing – is not protected by the First Amendment.»⁹⁰¹

Nackttänzerinnen in einem Nachtclub hat der Supreme Court demgegenüber als gerade noch geschützte Meinungsäußerung beurteilt («expressive conduct within the outer perimeters of the First Amendment»⁹⁰²). Die Pflicht zur Bedeckung des Intimbereichs hat er aber als eine die erotische Botschaft nicht tangierende Regulierung zum Schutz der öffentlichen Moral gutgeheissen.

Der Supreme Court nimmt mit der Unterscheidung zwischen *speech* und *non-speech* und *expressive conduct* eine Abgrenzung des grundrechtlichen Schutzbereichs vor, die der Kunst als Ausdrucksform, in der diese beiden Anteile oftmals vermischt sind und gerade die Eigenheit eines Kunstwerkes ausmachen, nicht in jedem Fall gerecht wird. Überzeugender ist deshalb der Ansatz des Bundesverfassungsgerichts, des Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, die verschiedene Formen der Meinungsäußerung unabhängig davon, ob es sich um eine Handlung, ein Bild oder eine verbale Äusserung handelt und unabhängig vom direkten öffentlichen Interesse an der Äusserung, schützen. Nur dieser umfassende Definitionsansatz gewährleistet, dass der implizite Wert aller Kunst für die Persönlichkeitsentfaltung und die Demokratie angemessen berücksichtigt wird.

2.3 Kriterien für die grundrechtliche Definition von Kunst

Fällt der umstrittene Sachbereich nicht in eine der gängigen Kunstformen, bedarf es für die Zuordnung eines Sachverhalts unter den grundrechtlichen Kunstbegriff einer wertenden Abgrenzung. Dafür eignen sich eine Reihe von Kriterien, die ein Gericht für die Definition des grundrechtlichen Kunstbegriffs beiziehen kann. Der offene Kunstbegriff verpflichtet die Gerichte dazu, die Abgrenzung des Schutzbereichs möglichst umfassend, ausgeglichen und auf den konkreten Einzelfall bezogen zu beurteilen.⁹⁰³ Der Kunstbegriff sollte nicht zuletzt aufgrund der Erfahrungen mit der Filmzensur des 20. Jahrhunderts von der starren Orientierung an bestimmten Kriterien absehen. So stützte sich das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zur Presse- und Meinungsfreiheit über lange Zeit auf strenge formale und inhaltliche Kriterien, die eine Äusserung in jedem Fall erfüllen musste, um grundrechtlich als Meinungsäußerung geschützt zu werden. Dem Film wurden diese Kriterien über Jahrzehnte abgesprochen (siehe Teil I Kapitel II.4.1.b).

Wenn in den nachfolgenden Abschnitten gewisse Gesichtspunkte für die grundrechtliche Definition der Kunst ausgeführt werden, so sollten diese keinesfalls so ver-

⁹⁰¹ Dallas v Stanglin, 490 U.S. 19 (1989), 25.

⁹⁰² Barnes v Glen Theatre, 501 U.S. 560 (1991), 566.

⁹⁰³ BGE 131 IV 64 E. 10.1.3; BVerfGE 30, 173 (188 f.) Mephisto; MEYER/HAFNER, SGK BV 21 N 3; WYTTENBACH, BSK BV 21 N 8; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, § 25 N 6; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 556; einführend aus der Kunsttheorie BERTRAM, Kunst als menschliche Praxis, 37–39.

standen werden, als würden damit der Kunst bestimmte Kriterien allgemeingültig vorgegeben. Kunst kann effektiv Merkmale aufweisen, die dem entsprechen, was als künstlerischer Ausdruck der Persönlichkeit gilt. Kunst kann aber diese Fremdzuschreibungen unterlaufen, indem Künstlerinnen und Künstler ihre Werke beispielsweise nach einem Algorithmus generieren oder in einem maschinellen Verfahren herstellen lassen.⁹⁰⁴ Aus diesem Grund gewinnt die Kunstfreiheit erst aus dem fortwährenden Dialog zwischen Normgehalt und Sachbereich ihre sich mit jedem zu beurteilenden Kunstwerk verändernde Gestalt.⁹⁰⁵ In Rechtsprechung und Lehre haben sich eine Reihe von Kriterien entwickelt, die Fallspezifisch in die Beurteilung einbezogen werden können.

a) Entwicklung von Kriterien in Rechtsprechung und Lehre

Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner wegleitenden *Mephisto-Formel*⁹⁰⁶ eine Reihe von Gesichtspunkten aufgezählt und damit eine positive Umschreibung der *Kunst* vorgelegt.

«Das Wesentliche der künstlerischen Betätigung ist 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 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 unmittelbarster Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers.»⁹⁰⁷

Kritische Stimmen bemängelten an dieser Beschreibung, dass die Kriterien in objektivistische oder idealistische Kunstdefinitionen ausufern, veralteten Vorstellungen der Kunst entsprechen oder verschiedene Kunstformen ausschliessen, weil sie eines der vom Gericht angeführten Kriterien nicht erfüllen.⁹⁰⁸

Dieser Kritik belegend betonte das Bundesverfassungsgericht, dass die *Mephisto-Formel* zwar eine Beschreibung des Sachbereichs Kunst enthält, diese aber nicht abschliessend zu verstehen ist. Vielmehr muss die Kunstfreiheit bei der Konkretisierung des Grundrechts gegenüber neuen Entwicklungen der Kunst offenbleiben.⁹⁰⁹ Das Bundesverfassungsgericht präzisierte entsprechend, dass sich der Schutzzumfang der Kunstfreiheit «nicht durch einen für alle Äusserungsformen künstlerischer Betätigung und für

⁹⁰⁴ Zum Beispiel Gerhard Richters Streifen auf Glas: Das Kunstwerk entsteht einem komplizierten Prozess aus bestehenden Bildern konzipierten Farbstreifen, die digital mittels Inkjet auf die Bildfläche gedruckt werden.

⁹⁰⁵ Zum Ganzen auch F. MÜLLER, Freiheit der Kunst, 11 f., 51 f., 62.

⁹⁰⁶ BVerfGE 30, 173 (188 f.) Mephisto.

⁹⁰⁷ BVerfGE 30, 173 (188 f.) Mephisto.

⁹⁰⁸ Hinweise auf entsprechende Kritiken bei HUFEN, Kunstfreiheit, HGR IV, § 101 N 32, 46.

⁹⁰⁹ Siehe insbes. BVerfGE 67, 213, 224 f.; BVerfGE 75, 369, 377; anstelle vieler WITTECK, in: Dreier, GGK, 5 III N 41, m.w.H.

alle Kunstgattungen gleichermaßen gültigen allgemeinen Begriff»⁹¹⁰ umschreiben lässt. Gerade weil die Kunst ihre eigenen Grenzen permanent selbst infrage stellt und erweitert, kann die Kunstfreiheit «nicht an einen gefestigten Begriff der Kunst im ausserrechtlichen Bereich anknüpfen»⁹¹¹. Es hat dabei betont, dass es sich nicht um starre oder verbindliche Kriterien handelt, sondern lediglich um mögliche Gesichtspunkte, die je nach Einzelfall die Eingrenzung des Geltungsbereichs zu orientieren vermögen. Die genannten Gesichtspunkte entlasten also nicht von der differenzierten Analyse des Einzelfalls. Vielmehr verpflichtet der offene Kunstbegriff die Rechtsprechung zur permanenten Suche nach einem dem jeweiligen Kontext angepassten Verständnis der Kunst.⁹¹²

Rechtsprechung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hat sich bis anhin – abgesehen von seinem Bekenntnis zum offenen Kunstbegriff – kaum zu den einzelnen Abgrenzungskriterien geäußert. Im bisher ausführlichsten Urteil zum Kunstbegriff unter Anwendung der Kunstfreiheit stützte sich das Bundesgericht für die Abgrenzung von schützenswerter Kunst und nicht schützenswerter Pornografie auf die «Sicht eines künstlerisch aufgeschlossenen Betrachters»⁹¹³. Offen bleibt damit nach wie vor, auf welche Kriterien sich dieser Betrachter für die Eingrenzung des Kunstbegriffs stützt. Auch in den darauffolgenden Urteilen zur Kunstfreiheit befasste sich das Bundesgericht nicht ausführlicher mit dem Kunstbegriff. Im Urteil über die ganzjährige Weihnachts- und Zierbeleuchtung hatten die Beschwerdeführer angeführt, die Beleuchtung sei Ausdruck ihrer Lebensfreude und Teil ihrer Persönlichkeitsentfaltung, die Fortsetzung der kunstvollen Wohnungseinrichtung und mit ihr ein Gesamtkunstwerk. Das Bundesgericht würdigte diese Aussagen inhaltlich nicht. Ein allfälliger Grundrechtseingriff war aus seiner Sicht ohnehin nur geringfügig, und die Voraussetzungen für eine Einschränkung der Kunstfreiheit waren ohne Weiteres erfüllt.⁹¹⁴

Im Urteil zum goldenen Dach in Olten war das Bundesgericht der Ansicht, die Beschwerdeführer hätten nicht dargelegt – und es sei auch nicht ersichtlich –, inwiefern das gewählte Material Ausdruck einer künstlerischen Betätigung sei.⁹¹⁵ Auch im Fall «Drittem [sic] Reich wie BRD *pari turpitudine*» befasste sich das Bundesgericht nicht mit dem Kunstbegriff, weil der Beschwerdeführer nicht ausreichend dargelegt habe, inwiefern eine Verletzung von Art. 21 BV vorliegt.⁹¹⁶ Unklar bleibt vor dem Hintergrund

⁹¹⁰ BVerfGE 67, 213 (II.2.).

⁹¹¹ BVerfGE 67, 213 (II.2.); HUFEN, Kunstfreiheit, HGR IV, § 101 N 44 f. m.w.H.

⁹¹² Sinngemäss HUFEN, Kunstfreiheit, HGR IV, § 101 N 31 f.; WITTECK, in: Dreier, GGK 5 III N 41.

⁹¹³ BGE 131 IV 64 E. 10.1.3.

⁹¹⁴ BGE 140 II 33 E. 5.1. und 5.7.

⁹¹⁵ BGer-Urteil 1C_740/2013 (6.5.2015) E. 9.5.

⁹¹⁶ BGer-Urteil 4D_8/2014 (3.6.2014).

dieser zurückhaltenden Rechtsprechung zum Kunstbegriff indessen, was denn die Beschwerdeführer hätten darlegen müssen, um die Kunsteigenschaft des Sachverhalts zu begründen.

b) Überblick über die Kriterien

Kunst lässt sich weder alleine von ihren materiellen Qualitäten her noch durch die künstlerische Selbstdefinition oder die institutionelle Einbettung von Gegenständen als Kunst bestimmen. Mit einem rechtsvergleichenden Blick auf die Frage lässt sich erkennen, dass sich gewisse Kriterien als tragfähige Gesichtspunkte für die Abgrenzung grundrechtlich geschützter Kunst bewährt haben.⁹¹⁷ Dazu gehören die formelle Zuordnung zu anerkannten Kunstformen, gewisse materielle Eigenschaften einer Arbeit, das künstlerische Selbstverständnis, die institutionelle Einbettung einer Tätigkeit oder eines Gegenstandes ebenso wie die Anerkennung durch die Fachgemeinschaft. Sie können im Einzelfall als mögliche Gesichtspunkte herangezogen werden, um künstlerische Tätigkeiten von nicht künstlerischen Handlungen im Rahmen des rechtlich unausweichlichen Definitionszwangs abzugrenzen.

Die These der vorliegenden Arbeit ist, dass formellen, materiellen, subjektiven und objektiven Kriterien aus unterschiedlichen Gründen je eigenes rechtliches Gewicht in der Konkretisierung des Kunstbegriffs zukommt. Formelle Kriterien sind bei unbestritten als Kunst anerkannten Werken pragmatisch am überzeugendsten. Materielle Gesichtspunkte sind bei neueren oder umstrittenen Sachverhalten unvermeidbar. Die subjektive Begründung derjenigen Person, die ihre Äusserung als Kunst verstanden haben will, ist aufgrund der Menschenwürde und des rechtlichen Gehörs zu beachten. Weil Kunst nicht isoliert, sondern im gesellschaftlichen Dialog und eingebunden in künstlerische Praktiken entsteht, kann auch die Anbindung eines Werkes an Kunstinstitutionen und künstlerische Praktiken ein Indiz für den Kunstcharakter eines Werkes liefern. Der Ausschluss oder die Zurückweisung durch Kunstinstitutionen ist jedoch nur mit grösster Zurückhaltung als Indiz gegen den Kunstcharakter eines Werkes zu werten. Kunst entsteht in Abgrenzung oder unter Ablehnung bisheriger Kunstpraktiken. Unter Umständen ist das Gericht dazu angehalten, für die Zuordnung die Einschätzung von Sachverständigen beizuziehen. Das ergibt sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör, wonach bei komplexen Sachverhalten (was auf die Kunst oftmals zutrifft) das Gericht die Einschätzung von Sachverständigen würdigen sollte (dazu ausführlich Teil IV Kapitel II.2.2 und II.2.3). Nachfolgend sind die einzelnen Kriterien vertieft.

⁹¹⁷ BVerfGE 67, 213 Anachronistischer Zug (II.2.); HUFEN, Kunstfreiheit, HGR IV, § 101 N 44 f. m.w.H.

c) Formelle Kriterien

Nach Anwendung des formellen Gesichtspunkts ist eine Handlung oder ein Gegenstand dem Kunstbegriff von Art. 21 BV zuzuordnen, wenn er unbestritten zu den anerkannten Kunstformen zählt. Als unzweifelhaft geschützte Kunstformen zählen gemeinhin die bildenden Künste, die Musik, die Literatur, der Film, das Theater, die Oper und der Tanz.⁹¹⁸ Die formell-pragmatische Einordnung von unbestritten als Kunst anerkannten Streitgegenständen entspricht dem gängigen rechtlichen Vorgehen in der Anwendung der Kunstfreiheit. Bei Fahrners Gemälde der nackten Frau am Kreuz war unbestritten, dass es sich um Kunst handelt.⁹¹⁹ In den Rechtsfällen zur Literatur stand jeweils nicht deren rechtliche Anerkennung als Kunst zur Diskussion, sondern die Rechtfertigung der staatlichen Einschränkungen ihrer Freiheit.⁹²⁰

Auch das Bundesverfassungsgericht hat in einem formellen Ansatz die Kunstwerkeigenschaft von Werktypen als ein mögliches Indiz für die Abgrenzung des Schutzbereichs übernommen. Im Urteil *Anachronistischer Zug* hat das Bundesverfassungsgericht bswa ein Gedicht von Bertolt Brecht und dessen Inszenierung in Form eines politischen Strassentheaters der Kunst zugeordnet, ohne materielle Kriterien des Kunstbegriffs zu prüfen.⁹²¹

Ebenso stützte sich der EGMR wiederholt auf den formellen Gesichtspunkt, um eine Meinung als «künstlerisch» zu klassifizieren. Bei Josef Felix Müllers Sachverhalt stand bswa nie zur Diskussion, dass es sich um Kunst handelt. Zur Beurteilung vorgelegt wurde ein in einer Kunstaussstellung ausgestelltes Gemälde, das von einer als Künstler anerkannten Person mit institutioneller Kunstausbildung hergestellt wurde.⁹²²

Nach dem pragmatischen Zugang zur Kunstfreiheit, der den Kunstbegriff nicht weiter thematisieren will, als für die Abgrenzung unbedingt notwendig ist, wäre es nicht überzeugend, trotz einer eindeutigen Ausgangslage den Kunstcharakter weiter zu thematisieren.⁹²³

⁹¹⁸ MEYER/HAFNER, SGK BV 21 N 3; WYTENBACH, BSK BV 21 N 8; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Grundrechte, § 25 N 6.

⁹¹⁹ BGE 86 IV 19 E. 1. Ebenso unumstritten war die Zuordnung gemalter Portraits als Kunst im Fall Julen, siehe BGer-Urteil 5C.26/2003 (27.5.2003) E. 1 (Julen II).

⁹²⁰ Siehe bswa BGE 120 II 225 E. 3.b; BGE 135 III 145 E. 4.3.

⁹²¹ BVerfGE 67, 213.

⁹²² EGMR 10737/84 (1988) Müller v Switzerland, N 27.

⁹²³ In der Lehre findet sich vereinzelt sogar die Position, welche den grundrechtlichen Kunstbegriff auf eine rein formale Definition der Kunst ohne Berücksichtigung materieller Gesichtspunkte beschränken will, so etwa GRABER, Zwischen Geld und Geist, 105. Die vorliegende Arbeit vertritt aus in diesem Abschnitt an mehreren Stellen genannten Gründen die These, wonach die einzelfallspezifische Berücksichtigung und Gewichtung verschiedener Gesichtspunkte den vielfältigen Formen der Kunst und ihrer ständigen Veränderlichkeit dem Schutzgegenstand des Grundrechts gerechter wird.

d) **Materielle Kriterien**

Neben der formellen Zuteilung zu anerkannten Kunstgattungen wie Musik, Tanz oder Literatur kann eine Reihe von materiellen Gesichtspunkten für die Beurteilung des Kunstcharakters eines Sachverhalts beigezogen werden. An dieser Stelle seien drei Kriterien genannt: erstens der freie, kreative Ausdruck, zweitens die freie Gestaltung eines Materials zur Vermittlung einer Aussage und drittens die Interpretationsoffenheit und Vieldeutigkeit einer Aussage. Wer mit der Kunstgeschichte und Kunsttheorie vertraut ist, wird bei Nennung jedes dieser Kriterien sogleich zahlreiche Vorbehalte anbringen. Jedes materielle Kriterium zur Definition von Kunst ist historisch betrachtet mit ontologischen, essentialistischen oder idealistischen Einschränkungen der Kunst verbunden. Materielle Kriterien zur Eingrenzung des grundrechtlichen Kunstbegriffs sind deshalb mit entsprechender Sorgfalt und mit Bedacht vor rigiden Kategorisierungen oder Idealisierungen der Kunst einzubeziehen.

Freier kreativer Ausdruck

Teilweise in Anlehnung an das Bundesverfassungsgericht nennt die Schweizer Lehre verbreitet Kreativität oder Irrationalität als mögliche Kriterien zur Abgrenzung von Kunst und Nicht-Kunst.⁹²⁴ Kunst ist demnach Ausdruck oder Resultat eines schöpferischen Prozesses, der Fantasie, Verstand und Technik vereint. Er ist, im Gegensatz zu rational-wissenschaftlich geplanten Prozessen, eher von Intuition, Fantasie und persönlichen Einschätzungen geleitet.⁹²⁵ Das Bundesverfassungsgericht hat in der *Mephisto-Formel* «die freie schöpferische Gestaltung»⁹²⁶ als wesentliches Merkmal künstlerischer Betätigung genannt. Die künstlerische Tätigkeit zeichnet sich nach diesem Ansatz dadurch aus, dass mittels schöpferischer Gestaltung die individuelle Persönlichkeit der Künstlerin oder des Künstlers zum unmittelbaren Ausdruck gelangt. In der so verstandenen künstlerischen Tätigkeit greifen bewusste und unbewusste Vorgänge ineinander, die rational nicht aufzulösen sind.⁹²⁷

Es gilt, dem Indiz aufgrund der Verpflichtung zu einem offenen Kunstbegriff mit der notwendigen Zurückhaltung und Relativierung zu begegnen.⁹²⁸ Ein idealisiertes

⁹²⁴ Siehe bswe WYTTENBACH, BSK BV 21 N 4; UHLMANN/BOGNUA, Zehn Thesen, 368.

⁹²⁵ MEYER/HAFNER, SGK BV 21 N 3; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 556; die Formulierungen nehmen ihren rechtlichen Ursprung in der deutschen Rechtsprechung, siehe dort BVerfGE 30, 173 (188 f.) Mephisto; BVerfGE 67, 213 Anachronistischer Zug (C.II.2.b.); HUFEN, Kunstfreiheit, HGR IV, § 101 N 33.

⁹²⁶ BVerfGE 30, 173 (188 f.) Mephisto.

⁹²⁷ BVerfGE 30, 173 (188 f.) Mephisto.

⁹²⁸ Das Kriterium der «Schöpfung» oder der «persönlichen Prägung» wurde in der jüngeren Rechtsprechung zum Urheberrecht verworfen. Urheberrechtlich relevant ist nicht mehr die persönliche Prägung des Urhebers, sondern einzig der für die Begründung des urheberrechtlichen Schutzes erforderliche Abstand zu bereits bestehenden Werken. Dieser ist nicht vom Urheber aus zu beurteilen. Er ist einzig von den Eigenschaften des Werkes abhängig, BGE 130 III 168 (Bob Marley) E. 4.2; DE WERRA/BENHAMOU, KKR, Kap. 7 § 1 N 8 f.

Verständnis von Kreativität, Schöpfung oder Fantasie kann dazu führen, dass nur die Arbeiten, die diesen Vorstellungen entsprechen, als Kunst gelten. Aus grundrechtlicher Sicht bedeutend ist, dass Kreativität als Indiz für den Kunstcharakter nicht primär als qualitativ-ästhetisches Kriterium Verwendung findet. Individualität ist als Indiz für den Kunstcharakter eines Streitgegenstandes nur dann einschlägig, wenn ein Bezug zum Schutzzweck des Grundrechts aufrechterhalten bleibt.⁹²⁹ Das Kriterium ermöglicht bei differenzierter Verwendung unter anderem, künstlerische Werke von nicht-künstlerischen gewerblichen Produktionen abzugrenzen. Handwerklich kunstvoll ausgeführte Produktionen oder Restaurationen gehören demnach nicht zu den von der Kunstfreiheit geschützten Tätigkeiten. Design als originär individuelle Kreation eines Gegenstandes nach dem Kriterium der Individualität hingegen schon. Die in einer Fabrik hergestellten Gebrauchsgegenstände sind demnach nicht Kunst. Wohl aber die Werke, die Künstlerinnen und Künstler in Handwerksbetrieben oder in ihren eigenen Kunstmanufakturen von einem Stab von Mitarbeitern herstellen lassen.⁹³⁰

Freie Gestaltung des Materials

Ein weiteres materielles Indiz für den Kunstcharakter eines Streitgegenstandes ist dessen Materialität. Kunst findet ihren Ausdruck mittels der besonderen Gestaltung von Material. Die Medien der Kunst sind nicht wie in der Wissenschaft oder im Journalismus lediglich Mittel zum Zweck, sondern integraler Bestandteil der Meinungsäußerung. Die Wahl des Materials ist eng mit der inhaltlichen Auseinandersetzung verbunden und muss in die Interpretation des Aussagegehalts einbezogen werden. Die Materialität ist insofern ein geeignetes Indiz, um gewöhnliche Meinungsäußerungen, journalistische Tätigkeiten oder wissenschaftliche Arbeiten von Kunst zu unterscheiden und dem jeweiligen grundrechtlichen Schutzbereich zuzuordnen.⁹³¹ Auch hier gilt es, den entsprechenden Vorbehalt für den rechtlichen Umgang mit dem Indiz *Materialität* anzubringen: Die besonderen Materialien begründen nicht ein «Wesen» der Kunst. Sie sind aber ein verbreitetes Instrument, um sowohl die Produzierenden als auch die Rezipierenden in ihrer Wahrnehmung herauszufordern und sie zu einer spezifischen Reflexion über sich selbst zu bewegen. Kunstwerke stellen sinnliche Muster bereit, anhand welcher sich menschliche Erkenntnis in neuen sinnlichen Erfahrungen erweitern lässt. Kunst stößt dadurch die Aushandlung neuer Praktiken an. Die Materialität ist in vielen Fällen, nicht aber in allen, wesentlich für Kunst.⁹³²

⁹²⁹ Ebenso bereits HEMPEL, Freiheit der Kunst, 68 f.

⁹³⁰ GL.M. HUFEN, Kunstfreiheit, HGR IV, § 101 N 33 f.

⁹³¹ Ebenso HUFEN, Kunstfreiheit, HGR IV, § 101 N 35 f.

⁹³² Dazu einleitend BERTRAM, Kunst als menschliche Praxis, 1, 106, 109 f., 98 f.

Interpretationsoffenheit und Mehrdeutigkeit

Das Bundesverfassungsgericht hat als ein mögliches Kennzeichen der Kunst die «Manigfaltigkeit ihres Aussagegehalts» angeführt. Ein Streitgegenstand kann sich dadurch als Kunst erweisen, dass seine Darstellung verschiedene, fortgesetzte und immer weiterreichende Interpretationen zulässt und sich eine praktisch unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergibt.⁹³³ So erachtete das Bundesverfassungsgericht beispielsweise ein Strassentheater deshalb als mehrdeutig interpretierbar, weil dem Betrachter klar ist, dass das Theater aus verschiedenen Elementen – rezitierte Texte, Puppen und verkleidete Personen – zusammengesetzt ist, die der Interpretation bedürfen und vielfältige Bedeutungsgehalte zulassen.⁹³⁴

Kritik, Provokation und Reflexion

Kunst ermöglicht Momente der Reflexion und zeigt Möglichkeiten der Veränderung bisheriger Zustände auf. In diesem Sinn ist Kunst auch Kritik, und kritische Momente einer Arbeit können Indizien für den Kunstcharakter eines Werkes liefern.⁹³⁵ Kritik darf aber – ebenso wie alle anderen möglichen Kunstindizien – nicht als ein konstitutives Merkmal der Kunst verstanden werden.⁹³⁶

Beispiel für eine zu starre Anwendung von *Kritik* als Kriterium für den Kunstbegriff ist das Leiturteil des Bundesgerichts zum kulturellen Wert von Pornographie. Das Bundesgericht prüfte, ob die Nacktaufnahmen «als integrierender Bestandteil eines grösseren Werkes erscheinen», das sich «kritisch» mit den vom Beschwerdeführer eingebrachten Themen – «die zunehmende staatliche Beschränkung der Meinungsfreiheit sowie das feministische Frauenbild» – befasst. Das Bundesgericht gelangte zum Urteil, dass «die Kritik auch für einen der Kunst offen gegenüberstehenden Betrachter aus den Fotografien selbst nicht ersichtlich ist» und sich auch aus dem Gesamtzusammenhang nicht erkennen lässt. Darum sprach es den Bildern den besonderen Schutz der Kunstfreiheit ab.⁹³⁷

Von Bedeutung ist das Kriterium *Kritik* auf der Ebene der Schrankenthematik: Kritischer Kunst kommt in der Interessenabwägung erhöhtes Gewicht zu, weil zusätzlich zum persönlichen Interesse der Künstler, Kunstvermittler oder Kunstbetrachter auch noch das öffentliche Interesse an einer vielfältigen, demokratischen Gesellschaft ins Gewicht fällt. Kunst leistet einen Beitrag zu gesellschaftlicher Pluralität und Innova-

⁹³³ BVerfGE 67, 213 Anachronistischer Zug (II.3.c.); ebenso HUFEN, Kunstfreiheit, HGR IV, § 101 N 38.

⁹³⁴ BVerfGE 67, 213 Anachronistischer Zug (II.3.c.). Nach GRABER, Zwischen Geist und Geld, 98, ist es gestützt auf die Systemtheorie Niklas Luhmanns das Kriterium der ästhetischen Vieldeutigkeit, welches die Kunst von anderen Meinungsäusserungen abgrenzt, «die auf informatorische Eindeutigkeit» abzielen.

⁹³⁵ Siehe bswa MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 556; WYTENBACH, BSK BV 21 N 4.

⁹³⁶ BERTRAM, Kunst als menschliche Praxis, 58, 87, 218.

⁹³⁷ BGE 131 IV 64 E. 10.4.

tion. Das öffentliche Interesse an ausdrücklich politischer und kritischer Kunst ist deshalb entsprechend zu gewichten (siehe dazu Teil IV Kapitel I.1).

e) **Subjektive Kriterien**

Heterogenität der bisherigen Rechtsprechung

Ob auch subjektive Gesichtspunkte in der Definition des grundrechtlichen Kunstbegriffs Berücksichtigung finden sollten, bleibt offen. Die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Berücksichtigung des künstlerischen Selbstverständnisses ist heterogen. Im Urteil zu Lorenzo Gersters Ausstellung von Eisenplastiken in einem Waldgelände berief sich der Künstler «auf sein ernsthaftes Suchen nach künstlerischem Ausdruck in neuen Formen»⁹³⁸. Die Gemeinde Dittingen betrachtete demgegenüber die im Wald aufgestellten Maschinenteile als «Materialdeponie». Das Bundesgericht würdigte Gersters subjektive Einschätzung zu seinem Vorhaben.⁹³⁹ Mittelbar hatte es damit zu verstehen gegeben, dass es Lorenzo Gersters subjektive Gesichtspunkte für glaubhaft erachtete und seine Eisenplastiken trotz gegenwärtiger Einschätzungen der Gemeinde als Kunst anerkannte. Im jüngeren Urteil zu Kunst und Pornografie erachtete das Bundesgericht das «Selbstverständnis des Kunstschaffenden» hingegen als nicht massgebend.⁹⁴⁰

Kunst als Praxis der Selbstverständigung

Ein Gegenstand, eine Handlung oder eine Situation erweisen sich aus dem subjektiven Standpunkt dadurch als Kunst, dass sie in einer bestimmten Weise als Selbstverständigung erfahren werden. Die individuellen Erfahrungen, die eine Person mit einem Kunstwerk macht, bestimmen den ästhetischen Wert, den eine Person einem Kunstwerk zuschreibt. Dieser Wert ist untrennbar mit dem individuellen Kunstverständnis und den gesellschaftlich vermittelten Praktiken der Kunsterfahrung, auf dem es aufbaut, verbunden. Gerade weil es nicht selbstverständlich ist, was Kunst ist, und unsere Antwort auf die Frage von unserer Selbsterfahrung abhängig ist, kommt der Kunst die ihr eigene Stellung in der Gesellschaft als Ort der Selbstverständigung zu.⁹⁴¹

Parallelen zur Glaubens- und Gewissensfreiheit

Darin zeigt die Kunstfreiheit gewisse Parallelen zur Glaubens- und Gewissensfreiheit. Auch der Schutzbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit bestimmt sich im Kern nach subjektiven Gesichtspunkten. Staatliche Organe erlegen sich grösste Zurückhaltung bei der Beurteilung von Glaubensinhalten auf. Vielmehr haben die Betroffenen

⁹³⁸ ZBl 87 (1986) 126, 127, 129.

⁹³⁹ ZBl 87 (1986) 126, 127, 129.

⁹⁴⁰ BGE 131 IV 64 E. 10.1.3.

⁹⁴¹ Einführend BERTRAM, Kunst als menschliche Praxis, 45–49, 167.

selbst darzulegen, inwiefern das strittige Verhalten unmittelbar Ausdruck ihrer religiösen Überzeugungen ist. Sind die Ausführungen der Betroffenen glaubhaft, sind sie für die rechtsanwendenden Behörden verbindlich.⁹⁴²

Würdigung subjektiver Gesichtspunkte als Ausdruck der Menschenwürde

Kunst ist der individuelle Ausdruck der Persönlichkeit. Sie verändert sich ständig und ist eng mit der je eigenen Persönlichkeit ihres Herstellers verbunden. Die Berücksichtigung der subjektiven Einschätzung ist Ausdruck einer kunstspezifischen Beurteilung des Sachverhalts. Sie ergibt sich sowohl aus dem Schutzzweck der Kunstfreiheit als auch aus dessen Verankerung in der Menschenwürdegarantie. Des Weiteren ist die Würdigung der Anliegen der Beschwerdeführer Ausdruck des rechtlichen Gehörs. Gerichte sind angehalten, die vorgebrachte Einschätzung inhaltlich zu würdigen (zum rechtlichen Gehör ausführlicher Teil IV Kapitel II.2.b). Die Aussagen der Betroffenen, was aus ihrer Sicht als Kunst des besonderen Schutzes bedarf, müssen aus diesen Gründen substantielle rechtliche Beachtung finden. Das Selbstverständnis der Kunstschaffenden, Kunstvermittler und Kunstbetrachter und ihre subjektiven Erfahrungen mit dem Streitobjekt sind entsprechend relevante Anhaltspunkte, um den Schutzbereich der Kunstfreiheit im konkreten Einzelfall abzugrenzen. Ohne ihre Berücksichtigung kann die Kunstfreiheit nicht in einer dem Schutzzweck angemessenen Weise bestimmt werden.⁹⁴³

Zugleich wäre es aber mit der Notwendigkeit, eine rechtlich tragfähige Grenze zwischen Kunst und Nicht-Kunst zu begründen, nicht vereinbar, einer radikalen Subjektivität zu verfallen. Vielmehr hat die Verfassungsinterpretation einen Mittelweg zwischen den der Kunst von Aussen aufgetragenen Kunstdefinitionen und der rein aus dem Inneren der Künstlerperspektive begründeten subjektiven Kunstdefinition zu suchen. Eine Definition der Kunst ohne Einbezug der Betroffenen führt dazu, dass sich das Recht anmasst, der Kunst allgemeingültige und abschliessende Massstäbe überzustülpen, was nicht mit dem Schutz der Menschenwürde und der Autonomie der Kunst zu vereinbaren ist. Eine alleine auf die Vorbringen der Parteien abgestützte Definition der Kunst würde die Entscheidungsgewalt des Richters über den Streitgegenstand auf-

⁹⁴² In konstanter Rechtsprechung bestätigt, siehe BGE 142 I 49 E 5.2: «Staatliche Organe üben Zurückhaltung bei der Prüfung von Glaubensinhalten; sie haben von der Überzeugung auszugehen, welche die religiösen Normen für die Betroffenen haben. Entscheidend für die Annahme eines Eingriffs in den Schutzbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit ist, dass die von der Schülerin bzw. ihren Eltern angerufenen Verhaltensweisen einen unmittelbaren Ausdruck ihrer religiösen Überzeugung bilden und dass sie dies glaubhaft darlegen. Der Schutzbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit bestimmt sich somit im Kern nach subjektiven Gesichtspunkten. Daher ist es für die Prüfung des Eingriffs nicht relevant, ob und inwieweit die Beschwerdegegner und ihr Kind andere der Schulbehörde bekannte Praktiken verfolgen oder nicht.»

⁹⁴³ Gl.M. MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 557 f.; ebenso für das deutsche Recht HUFEN, Kunstfreiheit, HGR IV, § 101 N 25.

heben, denn es würde bedeuten, dass das Rechtssubjekt selbst darüber entscheidet, was Kunst ist. Damit würde das Grundrecht seine Konturen verlieren.⁹⁴⁴

f) Kontextspezifische Kriterien

Objektivierende Kriterien

Als weiterer Gesichtspunkt für die Subsumtion eines Sachverhalts unter den grundrechtlichen Kunstbegriff kann es unter Umständen hilfreich sein, neben formellen, inhaltlichen und subjektiven Gesichtspunkten ergänzend eine objektivierende Perspektive beizuziehen, um den Sachverhalt kontextspezifisch und kunstgerecht zu beurteilen. Der Kunstcharakter eines Sachverhalts bestimmt sich aufgrund der Schutzausrichtung des Grundrechts im Kern nach subjektiven Gesichtspunkten. Bestehen Zweifel an der Glaubwürdigkeit der Vorbringen, kann es ergänzend hilfreich sein, den Kontext des Sachverhalts und die Einschätzung von Sachverständigen in die Beurteilung einzubeziehen, um die Glaubwürdigkeit der subjektiven Vorbringen zu beurteilen. Ob das von den Beschwerdeführern vorgebrachte Kunstverständnis glaubhaft ist, darf aber nicht von einer Aussenperspektive alleine abhängig gemacht werden. So gibt es Kunstwerke, bei denen sich ihre Erschaffer des Kunstcharakters nicht bewusst waren, beispielsweise bei Kinderzeichnungen. Künstlerinnen und Künstler verzichten immer wieder bewusst darauf, ihre Kunst in arrivierten Kunstinstitutionen auszustellen. Und Kunstsachverständige oder andere Kunstschaffende sind nicht notwendigerweise offen gegenüber neuen Entwicklungen.⁹⁴⁵ Zu pauschal erscheint die Haltung des Bundesgerichts, wonach es der RichterIn oder dem Richter in der Regel möglich ist, den Sachverhalt ohne Einbezug von Sachverständigen zu beurteilen.⁹⁴⁶

Ablehnung von Schein-Objektivierungen

Eine Möglichkeit, den subjektiven Gesichtspunkt auf seine rechtliche Tragfähigkeit zu überprüfen, ist also, ihm eine Aussenperspektive gegenüberzustellen. Das Bundesgericht hat sich dafür auf die Rechtsfigur des «künstlerisch aufgeschlossenen Betrachters» gestützt, um die Kunstqualität pornografischer Bilder einzuschätzen.⁹⁴⁷ Weil das Bundesgericht die objektivierende Ersatzperspektive als einziges Kriterium und ohne weitere inhaltliche Diskussion verwendete, führte das zu einer völligen Aussendefinition der Kunst. Es behauptete damit eine Objektivität für eine Sichtweise auf die Kunst, die ebensowenig objektiv ist, wie es die Berufung auf die persönliche Einschätzung des Richters oder diejenige eines Kunstexperten oder Sachverständigen wäre.⁹⁴⁸

⁹⁴⁴ G.L.M. HUFEN, Kunstfreiheit, HGR IV, § 101 N 23, 25, 29.

⁹⁴⁵ Ebenso MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 558.

⁹⁴⁶ BGE 131 IV 64 E. 10.1.3.

⁹⁴⁷ BGE 131 IV 64 E. 10.1.3.

⁹⁴⁸ G.L.M. HUFEN, Kunstfreiheit, HGR IV, § 101 N 23.

Das Bundesverfassungsgericht hat seinerseits solchen *Schein-Objektivierungen*, wonach Gerichte unter Berufung auf die Perspektive der Durchschnittsbetrachter, der künstlerisch aufgeschlossenen Betrachter beurteilen, was als Kunst im Sinne der Verfassung gilt, eine Absage erteilt.⁹⁴⁹ Im einschlägigen Fall hatte ein Landgericht Hitler-Abbildungen auf einem T-Shirt aus der «Sicht eines verständigen, mit den Geschehnissen der Vergangenheit vertrauten Durchschnittsbürgers Deutschlands» den Schutz der Kunstfreiheit versagt. Dieser könne beim besten Willen die Abbildung nicht als Satire auffassen. Nach dem Bundesverfassungsgericht verkannte das Landgericht den künstlerischen Gehalt der Abbildungen, weil es sich von mehreren Möglichkeiten der Interpretation für ein einziges Verständnis – nämlich dasjenige des vermeintlichen Durchschnittsbetrachters – entschied, ohne die Vielfalt möglicher Interpretation geprüft zu haben.⁹⁵⁰

Mit alleinigem Verweis auf einen fiktiven «Kunsthochbetrachter» wird einerseits der notwendige Raum für die Selbstdefinitionen der Betroffenen nicht gewährt. Weil die Kunstfreiheit auf den Schutz der Autonomie und der künstlerischen Selbstbestimmung ausgerichtet ist, kann eine Definition, die den Vorbringen der Betroffenen selbst keine Beachtung schenkt, sondern sich auf eine eindimensional objektivierende Position stützt, dem Schutzzweck der Norm nicht gerecht werden.

Parallele zur Glaubens- und Gewissensfreiheit

Auch hier wiederum kann eine Parallele zur Glaubens- und Gewissensfreiheit gezogen werden. Für den Schutzbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit nicht relevant ist, ob die religiösen Überzeugungen der Beschwerdeführer der Mehrheit der Anhängerinnen und Anhänger eines Glaubens entsprechen, ob sie von den obersten Mitgliedern einer Glaubensgemeinschaft als Glaubensgebot gefordert werden oder ob sie sich auf religiöse Schriften zurückführen lassen.⁹⁵¹ Demgegenüber ist die von einer Gemeinschaft tradierte und breit praktizierte religiöse Praxis ein starkes Indiz dafür, dass die Vorbringen der Beschwerdeführer glaubhaft sind. So ist das Tragen des Kopftuchs im islamischen Glauben eine weitverbreitete Praxis, was ein starkes Indiz für die Glaubwürdigkeit einer Beschwerdeführerin ist, die geltend macht, ihre Kopfbedeckung sei Ausdruck ihres Glaubens.

Ähnlich ist auch in der Kunst die Einbettung eines Sachgegenstandes in eine künstlerische Praxis oder dessen Verbindung zu einer Kunstinstitution ein Indiz für die Glaubwürdigkeit der subjektiven Vorbringen, bei einem Sachgegenstand handle es sich um Kunst. Deren Ablehnung durch die Kunstgemeinschaft vermag indessen noch nicht *per se* den Ausschluss vom Schutzbereich der Kunst zu begründen. Vielmehr obliegt es dem Gericht, eine ausgeglichene Einschätzung und eine dem Grundrecht an-

⁹⁴⁹ BVerfGE 82, 1 (5) Hitler-T-Shirt; HUFEN, Kunstfreiheit, HGR IV, § 101 N 25.

⁹⁵⁰ BVerfGE 82, 1 Hitler-T-Shirt (II.2.).

⁹⁵¹ BGE 142 I 49 E. 5.2.

gemessene Gewichtung der einzelnen Gesichtspunkte vorzunehmen und so zu einem begründeten Urteil zu gelangen.

2.4 Zusammenfassung

Ist die Kunstqualität eines Sachgegenstandes umstritten, verpflichtet der grundrechtliche Kunstbegriff zu einem begründeten Urteil unter Einbezug der verschiedenen zur Verfügung stehenden Perspektiven. Was Kunst ist, entscheidet sich aus einer dem Einzelfall entsprechend zu gewichtenden Kombination an Faktoren. Nach dem pragmatischen Zugang zur Kunstfreiheit, der den Kunstbegriff nicht weiter thematisieren will, als für die Abgrenzung notwendig ist, soll der Kunstbegriff bei unbestritten der Kunst zuzuordnenden Sachverhalten nicht weiter thematisiert werden. Ist die Kunsteigenschaft umstritten, so können die formellen und materiellen Eigenschaften des Streitgegenstandes, ebenso wie subjektive und objektive Gesichtspunkte in die Beurteilung einbezogen werden. Ausgangspunkt sollte in diesem Fall gestützt auf die Menschenwürde und den Anspruch auf rechtliches Gehör das künstlerische Selbstverständnis der Beschwerdeführer bilden. Gerichte können die Glaubwürdigkeit der Vorbringen unter Einbezug von formellen, materiellen und kontextspezifischen Kriterien und den Einschätzungen von Kunstsachverständigen evaluieren und zu einem begründeten Entscheid führen.

3 Sachlicher Schutzbereich

3.1 Schutz der Kunst als elementarer Persönlichkeitsbereich

Grundrechtlich geschützt ist nicht einfach alles, was auch nur im entferntesten Sinn mit Kunst zu tun hat. Eine dermassen offene Umschreibung des Schutzbereichs wäre den Bemühungen um einen auf elementare Lebensbereiche beschränkten Grundrechtsschutz nicht angemessen. Die Schweiz kennt – im Gegensatz zum deutschen Verfassungsrecht⁹⁵² – keinen umfassenden Grundrechtsschutz im Sinne einer allgemeinen Handlungsfreiheit. So hat das Bundesgericht die Möglichkeit, sich an Geldspielautomaten zu vergnügen⁹⁵³, ebenso vom Grundrechtsschutz ausgeschlossen wie das Verbot des Motorbootsfahrens⁹⁵⁴ oder die Pflicht zur Bezahlung einer Parkgebühr auf einem öffentlichen Parkplatz⁹⁵⁵. Offen gelassen hat das Bundesgericht die Frage, ob sich aus der persönlichen Freiheit ein Recht ergibt, im öffentlichen Raum auf das Tragen von Klei-

⁹⁵² BVerfGE 6, 32 Elfes (II.2.); BVerfGE 80, 137 (152) Reiten im Walde (C.I.1.): «Geschützt ist damit nicht nur ein begrenzter Bereich der Persönlichkeitsentfaltung, sondern jede Form menschlichen Handelns ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht der Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt»; DREIER, in: Ders., GGK 2 I N 26.

⁹⁵³ BGE 101 Ia 336 E. 7.b; BGE 120 Ia 126 E. 7.

⁹⁵⁴ BGE 108 Ia 59 E. 4.a.

⁹⁵⁵ BGE 122 I 279 E. 3.

dern zu verzichten.⁹⁵⁶ Auch die Europäische Menschenrechtskonvention⁹⁵⁷ und die Grundrechtecharta der Europäischen Union⁹⁵⁸ beschränken den Grundrechtsschutz auf elementare Lebensbereiche.

Der sachlich beschränkte Schutzbereich der Kunstfreiheit zwingt zu einer werten- den Stellungnahme, was als Kunst im Sinne der Kunstfreiheit einen erhöhten Schutz gegenüber nicht geschützten menschlichen Ausdrucks- und Handlungsformen erhält. Urteile über die Grenze zwischen grundrechtlich geschützter Kunst und nicht geschütz- ter Nicht-Kunst, respektive die Frage, ob die Beziehung zu einem Kunstwerk für eine Person elementar und damit grundrechtlich schützenswert ist, sind Werturteile. Letzt- lich geht es darum zu entscheiden, ob etwas rechtlich als besonders schützenswert an- erkannt wird. Werturteile enthalten immer ein unbegründbares Moment.⁹⁵⁹ Das gilt generell für jedes Grundrecht. Dem ist auch mit einem umfassenden Grundrechts- schutz nicht zu entkommen. Unter Anwendung einer allgemeinen Handlungsfreiheit verlagert sich diese Wertung auf die Rechtfertigungsprüfung. Je weniger grundrechts- relevant ein Sachverhalt bewertet wird, umso umfassender fallen die rechtfertigbaren Einschränkungen aus.⁹⁶⁰

Gerade der amerikanische Supreme Court hat wiederholt darüber debattiert, ob ein klar definierter Schutzbereich mittels eines kategorischen Ausschlusses von gewissen Meinungen dem Schutzzweck des Grundrechts besser gerecht wird oder vielmehr der Schutzbereich etwas umfassender auszugestalten ist, um dann in einer Interessenabwä- gung das Grundrecht fallspezifisch einzuschränken. Das Gericht hat eine Kombination beider Ansätze anerkannt. Dort, wo das relativ geringe Interesse am Schutz der Kunst- freiheit einem äusserst gewichtigen öffentlichen Interesse entgegensteht, hat der Supreme Court gewisse Meinungsäusserungen von vornherein vom Schutz des First Amendments ausgenommen. Die Interessenabwägung ist damit kategorisch zugunsten des öffentlichen Interesses vorweggenommen. Der Grundsatzentscheid bleibt aber in jedem Einzelfall einer erneuten Überprüfung zugänglich.⁹⁶¹

⁹⁵⁶ BGE 138 IV 13 E. 7.2.

⁹⁵⁷ Die EMRK gewährleistet bestimmte Aspekte der persönlichen Freiheit in Art. 5 Abs. 1 (Schutz vor und Rechte bei Freiheitsentzug) und Art. 8 EMRK (Achtung des Privat- und Familienlebens i.S. eines Rechts auf Selbstbestimmung), ebenso wie Art. 2 Prot. Nr. 4 (Freizügigkeit bei rechtmässigem Aufenthalt in einem Land), ELBERLING, in: Karpenstein/Mayer, EMRK-K 5 N 4; PÄTZOLD, in: Karpenstein/Mayer, EMRK-K 8 N 3, 5 f.; MEYER/HARRENDORF/KÖNIG, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, HK-EMRK 5 N 8; DIES., HK-EMRK, Art. 2 Prot. Nr. 4 N 1 und 4; MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, HK-EMRK 8 N 7; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, N 1237 f.

⁹⁵⁸ DREIER, in: Dreier, GGK Vorb. N 46.

⁹⁵⁹ Zur Aporie des richterlichen Urteils und dem Unentscheidbaren im Recht siehe FÖGEN, Lied vom Gesetz, 98 ff., 105.

⁹⁶⁰ Entsprechend weitreichend sind die Einschränkungsmöglichkeiten im Deutschen Recht, wobei nach Art. 1 Abs. 1 GG immer ein «letzter Bereich unantastbarer menschlicher Freiheit» gesichert ist, BVerfGE 6, 32 (40 f.); DREIER, in: Dreier, GGK 2 I N 60.

⁹⁶¹ Zum Ganzen SULLIVAN/FELDMAN, First Amendment, 12, 14 f. m.H.a. die Rechtsprechung.

Die Definition des Schutzbereichs zwingt dazu festzulegen, was aus rechtlicher Sicht als elementare Erscheinung der Persönlichkeit gilt und deshalb grundrechtswürdig ist. Bei der Kunstfreiheit ist diese Abgrenzung, ähnlich wie bei der Menschenwürde, aufgrund ihrer «Unbestimmtheit besonderer Art» besonders anspruchsvoll und muss mit Bedacht, Sorgfalt und Zurückhaltung vorgenommen werden.⁹⁶² Der Schutzbereich der Kunstfreiheit sollte ausreichend offen ausgestaltet sein, um auch tatsächlich alle schutzwürdigen Äusserungen zu erfassen. Gleichzeitig sollte das Grundrecht die Möglichkeit einer im Einzelfall begründeten Einschränkung offenlassen. Ein absolut *richtiges* Urteil über den Wert der Kunst und ihre Freiheit für die jeweils betroffene Person gibt es im Recht nicht. Aber es gibt aus juristischer Sicht mehr oder weniger überzeugende Urteile über die Freiheit der Kunst und ihre Persönlichkeitsrelevanz. Die Begründung des rechtlichen Werturteils zur Kunstfreiheit überzeugt juristisch dann, wenn sie am Schutzzweck des Grundrechts ausgerichtet ist, den Sachverhalt kunstspezifisch beurteilt, die dem Urteil zugrunde gelegten Wertungen offenlegt, nachvollziehbar begründet ist und letztlich auch auf dem Rechtsweg bestritten werden kann.

Die Kunstfreiheit nach Artikel 21 BV schützt nur diejenigen Bereiche der Kunst, die aus grundrechtlicher Sicht schützenswert sind. Von der persönlichen Freiheit und damit auch von der Kunstfreiheit ungeschützt bleiben all jene Bereiche der Lebensgestaltung, die keine grundlegenden Aspekte der Persönlichkeit betreffen. Geschützt sind die *elementaren* Persönlichkeitsbereiche.⁹⁶³ Auf die Kunstfreiheit übertragen bedeutet das, dass rechtlich eine minimale Intensität der künstlerischen Betätigung, der Auseinandersetzung mit Kunst oder der Nähe einer Person zu einem künstlerischen Sachverhalt gefordert ist. Von der Kunstfreiheit nicht geschützt ist, wenn die Berufung auf die Kunst nur als Mittel für andere Zwecke geltend gemacht wird oder wenn die Beziehung zwischen einer Person und einem Kunstwerk lose ist und also keinen elementaren Bereich der Persönlichkeit betrifft.

⁹⁶² Siehe die entsprechende Diskussion im deutschen Recht, zusammengefasst bei DREIER, in: Dreier, GGK 2 I N 27.

⁹⁶³ BGE 90 I 29 E. 3.a; BGE 97 I 45 E. 3; bestätigt bswe in BGE 127 I 6 E. 5.a m.w.H.; BGE 138 IV 13 E. 7.1. Diese Einschränkung des Grundrechtsschutzes ist in der Lehre mittlerweile weitgehend unbestritten, siehe anstelle vieler HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N 356; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, § 6 N 5; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 7 N 83; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 43, 138. A.M. noch GIACOMETTI, Freiheitskataloge, 149 ff., wonach die Bundesverfassung überhaupt jede individuelle Freiheit gewährleistet, die durch einen staatlichen Eingriff je verletzt werden könnte, dazu BGE 97 I 45 E. 3 m.w.H. Letzteres Urteil war seinerseits aufgrund der bedeutenden Ausweitung des Schutzbereichs in der Lehre umstritten, siehe insbes. HUBER, Persönliche Freiheit, 113 ff.; zum Ganzen MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 40 Fn. 7.

3.2 Schutz künstlerischer Äusserungen

a) Schutz aller Arten von Kunst

Artikel 21 BV schützt die Kunst unabhängig von Inhalt, Zweck, Form, Stil oder Medium des jeweiligen Kunstwerkes. Unter den Kunstbegriff fallen sämtliche Gestaltungsmittel der Kunst wie Wort, Bild, Schrift, Gebärden, Spruchbänder, Äusserungen mittels Lautsprecher oder Tonträger, Filme, Ansteckknöpfe, Fahnen oder Kleider und Verkleidungen. Geschützt ist sowohl der Inhalt als auch die Form der Meinungsäusserung.⁹⁶⁴

b) Schutz von Satire

Die Kunstfreiheit schützt auch satirische Kunst, zu denken ist beispielsweise an Zeichnungen, kabarettistische Einlagen oder Lieder. In der jüngeren Rechtsprechung hat das Bundesgericht drei kumulative Merkmale für die Definition von Satire vorgelegt: Satire ist aggressiv, mit dem Angriff wird ein sozialer Zweck verfolgt, und der Angriff erfolgt mittels einer ästhetischen Darstellung unter Verwendung verschiedener Stilmittel.⁹⁶⁵ Weder Geschmack noch treffender Humor sind Voraussetzung für Satire.⁹⁶⁶ Satirisch sind Darstellungen und Äusserungen, die «mit den Mitteln der Ironie, des Humors und des Komischen» «die Wirklichkeit bewusst übersteigern, entfremden, banalisieren, karikieren und der Lächerlichkeit preisgeben»⁹⁶⁷ wollen.

Satire fällt entsprechend dieser Definition gewöhnlich in den Schutzbereich von Art. 21 BV, wobei die Abgrenzung im Einzelfall schwierig ist.⁹⁶⁸ Alternativ untersteht

⁹⁶⁴ BGE 117 Ia 472 E. 3.c; EGMR 38004/12 (2018) *Alekhina v Russia*, N 197, 204 (Kunstperformance aus Gesang und Handlung); EGMR 26005/08 und 26160/08 (2012) *Tatár and Fáber v Hungary*, N 36 (schmutzige Kleidung vor dem Parlament deponiert); EGMR 9540/07 (2014) *Vural v Turkey*, N 54–56 (Übergossen einer Atatürk-Statue mit Farbe); MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 437; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, N 1587.

⁹⁶⁵ BGer-Urteil 5A_553/2012 (14.4.2014) E. 3.3; aus der Lehre CUENI, Schutz von Satire, 58; SENN, Satire und Persönlichkeitsschutz, 23 ff.

⁹⁶⁶ BGer-Urteil 5A_553/2012 (14.4.2014) E. 3.5.

⁹⁶⁷ BGer-Urteil 5A_376/2013 (29.10.2013) E. 5.2.1 (in casu keine satirische Intention, sondern nur sich lustig machen); siehe auch BGer-Urteil 5C.26/2003 (27.5.2003) E. 2.3 (Julen II) (in casu nicht geprüft, weil von den Parteien als Argument nicht vorgebracht); BGE 137 IV 313 E. 3.1 (in casu satirische Dimension des Artikels verneint); BGer-Urteil 5A_850/2011 (29.2.2012) E. 5.2.

⁹⁶⁸ Der EGMR hat Satire gar ausdrücklich als ästhetischer Ausdruck definiert, siehe EGMR 68354/01 (2007) *Vereinigung bildender Künstler v Austria*, N 33: «The Court finds that such portrayal amounted to a caricature of the persons concerned using satirical elements. It notes that satire is a form of artistic expression and social commentary and, by its inherent features of exaggeration and distortion of reality, naturally aims to provoke and agitate. Accordingly, any interference with an artist's right to such expression must be examined with particular care.» Zu eng hingegen WYTTENBACH, BSK BV 21 N 13, wonach Satire unter den Schutzbereich der Kunstfreiheit fällt, «soweit sie kreative, schöpferische Elemente» aufweist und diese Aspekte «im Vordergrund stehen». Für eine umfangreichere Definition der Satire aus der deutschen Lehre siehe GÄRTNER, Was die Satire darf,

sie in jedem Fall dem Schutz der Meinungsfreiheit (Art. 16 BV), wobei auch diesfalls die Besonderheiten der Satire angemessen zu berücksichtigen sind.

3.3 Schutz des Werk- und Wirkbereichs der Kunst

Die Kunstfreiheit schützt den gesamten Werk- und Wirkbereich der Kunst. Das Grundrecht gewährleistet den gesamten Schaffens- und Verbreitungsprozess der Kunst, von der Konzeption über die Herstellung bis zur Veröffentlichung und Weiterverbreitung.⁹⁶⁹ Die rechtsdogmatische Unterscheidung in einen Werkbereich und einen Wirkbereich geht auf Friedrich Müller zurück.⁹⁷⁰ Sie wurde vom Bundesverfassungsgericht im *Mephisto*-Urteil rezipiert und fand von dort sinngemäss Eingang in die Schweizer Lehre und Rechtsprechung.⁹⁷¹ Auch die EMRK schützt alle Personen, die Kunstwerke herstellen, aufführen, verbreiten oder ausstellen.⁹⁷²

Nach dem Bundesverfassungsgericht ist der Wirkbereich, also der öffentliche Zugang zu einem Kunstwerk, der «Boden» der Kunstfreiheit.⁹⁷³ Es hat aber stets betont, dass die Kunstfreiheit den Werk- und den Wirkbereich «in gleicher Weise» betrifft und beide Bereiche eine «unlösbare Einheit» bilden.⁹⁷⁴ Damit hat es sich gegen die in der Lehre teilweise vertretene Sphärentheorie gestellt, die den Schutz des Werkbereichs aufgrund seiner Persönlichkeitsnähe höher gewichtet als denjenigen des Wirkbereichs. Das Bundesverfassungsgericht hat die Sphärentheorie zu Recht als zu schematisch, und deshalb der Komplexität der jeweiligen Fragestellung nicht angemessen, zurückgewiesen.⁹⁷⁵

a) Schutz des künstlerischen Schaffens

Von der Kunstfreiheit geschützt sind alle Menschen, die sich künstlerisch betätigen und gegebenenfalls ihre Kunst mit einem privaten oder öffentlichen Personenkreis teilen. Es versteht sich von selbst, dass Eingriffe in die in einen privaten Lebensbereich eingebetteten künstlerischen Arbeitsprozesse den Einzelnen besonders empfindlich treffen. Ge-

53, wonach Satire fast immer Kunst ist und die Abgrenzung zwischen satirischen Meinungsäusserungen und künstlerischer Satire in jedem Fall schwierig sein dürfte.

⁹⁶⁹ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 558; MEYER/HAFNER, SGK BV 21 N 6; WYTTENBACH, BSK BV 21 N 8 f.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, § 25 N 10.

⁹⁷⁰ F. MÜLLER, Freiheit der Kunst, 97; HUFEN, Kunstfreiheit, HGR IV, § 101 N 39.

⁹⁷¹ UHLMANN/BOGNUA, Zehn Thesen, 364.

⁹⁷² MENSCHING, in: Karpenstein/Mayer, EMRK-K 10 N 23; HOPPE, Kunstfreiheit, 37.

⁹⁷³ BVerfGE 30, 173 *Mephisto* (III.1): «Allein schon der Rückblick auf das nationalsozialistische Regime und seine Kunstpolitik zeigt, daß die Gewährleistung der individuellen Rechte des Künstlers nicht ausreicht, die Freiheit der Kunst zu sichern. Ohne eine Erstreckung des personalen Geltungsbereichs der Kunstfreiheitsgarantie auf den Wirkbereich des Kunstwerks würde das Grundrecht weitgehend leerlaufen.»

⁹⁷⁴ BVerfGE 30, 173 *Mephisto* (III.1).

⁹⁷⁵ BVerfGE 79, 259 (270 ff.) Kenntnis der eigenen Abstammung; DREIER, in: Dreier, GGK 2 I N 93.

geschützt ist indessen nicht nur ein *stilles* Kunstschaffen, sondern sämtliche Formen künstlerischer Tätigkeiten in ihren unterschiedlichsten Ausprägungen.⁹⁷⁶

b) Schutz der Beschaffung von Informationen für die Herstellung von Kunst

Schutz unter der Informationsfreiheit

Die Beschaffung von Informationen für die Herstellung von Kunst ist von der Informationsfreiheit als Teilgehalt der Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 Abs. 3 BV) geschützt.⁹⁷⁷ Die Informationsfreiheit ist das unabdingbare Gegenstück zur Meinungsfreiheit und schützt den Empfang von Informationen.⁹⁷⁸ Geschützt sind entsprechend dem Wortlaut der Bestimmung Informationen aus *allgemein zugänglichen Quellen*. Was zu den allgemein zugänglichen Quellen gehört, ist nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts «weitgehend nach der entsprechenden Umschreibung und Wertung durch Verfassungs- und Gesetzgeber» zu bestimmen.⁹⁷⁹

Der Schutzbereich der Informationsfreiheit hat sich sukzessive ausgeweitet. Das Grundrecht kam vorerst ausschliesslich im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben über den Zugang zu Quellen zur Anwendung. Mit dem Paradigmenwechsel vom *Geheimhaltungsprinzip mit Öffentlichkeitsvorbehalt* zum *Öffentlichkeitsprinzip mit Geheimhaltungsvorbehalt* besteht grundsätzlich Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen. Die Zurückhaltung von Informationen ist rechtfertigungsbedürftig. Entsprechende gesetzliche Einschränkungen müssen den Anforderungen der Informationsfreiheit standhalten. Einzelne Grundrechte gewährleisten zudem einen spezifischen Anspruch auf Zugang zu Informationen. Art. 34 BV gewährleistet vor Abstimmungen und Wahlen das Recht auf behördliche Informationen⁹⁸⁰, Art. 29 Abs. 2 BV gewährleistet das Recht auf Akteneinsicht, Art. 30 Abs. 3 BV die Gerichtsöffentlichkeit und Art. 13 Abs. 2 BV das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und auf Kenntnis der eigenen Abstammung.⁹⁸¹

Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat zur Stärkung der Informationsfreiheit beigetragen. Nach dem EGMR begründen das Recht auf Leben (Art. 2 EMRK) und das Recht auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) unter Um-

⁹⁷⁶ Botschaft BV, 164. Unbestritten in der Lehre MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 558; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, § 25 N 10; WYTTENBACH, BSK BV 21 N 8; und im deutschen Recht, HUFEN, Kunstfreiheit, HGR IV, § 101 N 71.

⁹⁷⁷ Gl.M. WYTTENBACH, BSK BV 21 N 14; zum Recht auf Zugang zu Informationen für (wissenschaftlich-literarische) Recherchen ausführlich BGE 127 I 145 E. 4.c (in der Sache ging es um Willi Wottrengs Recherchern zu den Hells Angels und einem Gesuch um Einsicht in die Akten eines Strafverfahrens).

⁹⁷⁸ Auch Art. 10 EMRK schützt die Informationsfreiheit, EGMR 10737/84 (1988) Müller v Switzerland, N 27.

⁹⁷⁹ BGE 127 I 145 E. 4.c.aa; BGE 137 I 8 E. 2.3.1.

⁹⁸⁰ TSCHANNEN, BSK BV 34 N 33 m.H.a. die Rechtsprechung.

⁹⁸¹ Zum Ganzen HERTIG, BSK BV 16 N 25, 28–32; FLÜCKIGER/JUNOD, La reconnaissance d'un droit d'accès aux informations.

ständen einen Anspruch auf Zugang zu Informationen, teilweise auch auf deren aktive Kommunikation, beispielsweise bei Umweltgefahren oder -schäden, die die Gesundheit gefährden (könnten) oder wenn die Information Voraussetzung für einen informierten demokratischen Entscheid ist. In seiner jüngeren Rechtsprechung tendiert der EGMR dazu, überall dort das Recht auf Zugang zu Informationen anzuerkennen, wo ein öffentliches Interesse daran besteht. Dem damit verbundenen Aufwand für die Behörden misst er in der Rechtfertigung von Einschränkungen wenig Gewicht bei.⁹⁸² Angesichts dieser Entwicklung zeigt sich auch im Schweizer Recht eine Ausweitung des Schutzbereichs der Informationsfreiheit ab, wonach sich die Verweigerung des Zugangs zu Informationen zunehmend als zu rechtfertigender Grundrechtseingriff darstellt und immer weniger Interessen diesen Eingriff zu rechtfertigen vermögen.⁹⁸³

Weitreichenderer Anspruch auf Zugang zu Informationen bei «kunstgemässer Notwendigkeit»?

Ob die Kunstfreiheit einen *weitreichenderen* Anspruch auf Zugang zu Informationen gewährleistet, hat das Bundesgericht bis anhin nicht thematisiert. Allerdings hat es aus einzelnen Kommunikationsgrundrechten Informationsgarantien abgeleitet.⁹⁸⁴ Der Wissenschaft hat es, gestützt auf die Wissenschaftsfreiheit, zwar keinen privilegierten Zugang zu Informationen gewährt. Vielmehr muss das Interesse am Zugang zur Information mit den Rechten allfälliger Dritter abgewogen werden.⁹⁸⁵ Dennoch liess das Bundesgericht die Möglichkeit einer Ausnahme für spezifische Forschungsansätze offen, bei denen sich eine «forschungsmässige Notwendigkeit» der Akteneinsicht aufdrängt.⁹⁸⁶ Die herrschende Lehre geht davon aus, dass sich aus der Forschungsfreiheit unter Umständen ein über die Informationsfreiheit hinausreichender Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen ergeben kann.⁹⁸⁷ Aus der Medienfreiheit hat das

⁹⁸² MENSCHING, in: Karpenstein/Mayer, EMRK-K 10 N 20 f.; HERTIG, BSK BV 16 N 30, 34; ausführlich EGMR 18030/11 (8.11.2016) *Magyar Helsinki Bizottág v Hungary*, N 117–156.

⁹⁸³ HERTIG, BSK BV 16 N 33; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 541; eine entsprechende Öffnung deutete das Bundesgericht in BGE 137 I 8 E. 2.7 an. In BGer-Urteil 1C_155/2017 (17.7.2017) E. 2.5 f. und E. 3, hat das Bundesgericht den Zugang zu Informationen (in der Sache ging es um die Gemeinderatsprotokolle mehrerer Jahre) selbst dann gewährleistet, wenn ein Einsichtsgesuch umfangreich ist und eine aufwändige Bearbeitung erfordert, nicht aber dermassen exorbitant ist, dass es den gesamten Geschäftsverkehr einer Gemeinde lahmlegt.

⁹⁸⁴ Siehe insbes. BGE 109 II 353 E. 3 zum Medienrecht; BGE 113 Ia 309 E. 4 zur Gerichtsberichterstattung; BGE 127 I 145 E. 4.c und 4.d zur Wissenschaftsfreiheit.

⁹⁸⁵ Siehe dazu die Lehre und Rechtsprechung im Bereich Öffentlichkeit und Datenschutz; ebenso im Bereich Verfahrensrecht und im Archivrecht. Zu neuen elektronischen Archivierungstechniken und deren persönlichkeitsrechtlichen Relevanz siehe BGer-Urteil 5A_376/2013 (29.10.2013) E. 7.2.

⁹⁸⁶ BGE 127 I 145 E. 7.

⁹⁸⁷ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 550, die von einem bedingten Anspruch auf Einsicht ausgehen, der grundsätzlich weiter geht als die Einsichtsrechte im Rahmen der Informationsfreiheit; in diese Richtung auch HERTIG, BSK BV 20 N 12; KLEY/TOPHINKE, SGK BV 16 N 36; BELSER/WALD-

Bundesgericht den Anspruch auf Zugang zu einem konsensuellen Interview mit einem Häftling in einer Strafanstalt zugestanden.⁹⁸⁸

Aus analogen Überlegungen leitet sich aus der Kunstfreiheit kein Informationsprivileg ab. Dennoch sollte sich im begründeten Einzelfall, gestützt auf die grundrechtlich geschützten Interessen des künstlerischen Schaffens, dort ein weitreichender Zugang zu Informationen ergeben, wo die Bedeutung der Kunstfreiheit überwiegt. Sofern die grundrechtlich geschützten Besonderheiten künstlerischen Schaffens im Einzelfall ausreichend Beachtung finden, ist nicht erheblich, ob Art. 21 BV oder Art. 16 Abs. 3 BV zur Anwendung gelangt.⁹⁸⁹

c) Verwendung von Kunstwerken Dritter

Abwägung der geschützten Interessen

Möchte eine Künstlerin oder ein Künstler im Rahmen seines von der Kunstfreiheit geschützten Arbeitens sich mit den Werken anderer Kunstschaffenden befassen oder auf diese zurückgreifen, die ihrerseits ebenfalls unter dem Schutz der Kunstfreiheit stehen, gilt es, die beiden jeweils ihrerseits von der Kunstfreiheit gewährleisteten grundrechtlich geschützten Interessen gegeneinander abzuwägen. Besonders relevant ist der Bezug zu einem anderen Kunstwerk dann, wenn dessen wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeiten die Existenzgrundlage der Kunstschaffenden bilden. In dieser Hinsicht gewährleistet die Eigentumsgarantie die institutionellen Voraussetzungen für die Gestaltung eines persönlichen Lebensraums und die Entfaltung menschlicher Freiheit. Diesem Schutz steht das künstlerische Interesse Dritter an der seinerseits auch von wirtschaftlichen Bedingungen abhängigen Auseinandersetzung mit an und für sich eigentums- und urheberrechtlich geschützten Kunstwerken gegenüber.⁹⁹⁰

Das Urheberrecht ist so auszugestalten, dass es dem Schutz der Persönlichkeit des Erschaffers eines Werkes Schutz gewährleistet, zugleich aber dem Bedürfnis nach Auseinandersetzung und dem Interesse an der Fortführung und Innovation in der Kunst durch die Verwendung eines Kunstwerks durch Dritte ausreichend Beachtung schenkt.⁹⁹¹ Art. 9 URG gewährleistet dem Urheber oder der Urheberin das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird. Hat ein Urheber ein Werkexemplar veräußert oder der Veräußerung zugestimmt, so darf dieses weiterveräußert oder sonst wie verbreitet werden (Verwertungsrechte) (Art. 12 Abs. 1 URG). Die Werkintegrität bleibt dabei geschützt. Der Urheber hat das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk geändert werden darf (Art. 11 Abs. 1

MANN, Grundrechte II, 173; a.M. AUBERT/MAHON, Art. 20 N 6; Frage entsprechend der Rechtsprechung des Bundesgerichts offen gelassen bei BIAGGINI, BVK 20 N 6.

⁹⁸⁸ BGE 137 I 8 E. 2.7; HERTIG, BSK BV 16 N 31.

⁹⁸⁹ Gl.M. BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, 175.

⁹⁹⁰ Einführend zur Problematik BEYER, Kunst kommt von Kunst; JAYME, Zweitkunst im Zwielficht des Rechts; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 1008.

⁹⁹¹ DAHM, Schutz des Urhebers, 147.

Bst. a URG).⁹⁹² Die Bearbeitung und Veränderung des Werkes verändert dessen Aussagegehalt, indem er verkürzt oder anderweitig verfälscht wird.

Die Werkintegrität ist Ausdruck des Urheberpersönlichkeitsrechts. Künstlerisches Schaffen wird als Ausdruck der Persönlichkeit verstanden, weshalb selbst eine Person, die zur Verwendung des Werks berechtigt ist, dieses nur innerhalb bestimmter Grenzen nutzen darf.⁹⁹³ Das Urheberpersönlichkeitsrecht ist nicht übertragbar. Es ist untrennbar an die Person des Urhebers oder der Urheberin, bzw. von deren Erben⁹⁹⁴ gebunden. Rechte aus dem inneren Kreis können ausschliesslich vom Urheber oder der Urheberin selbst und von den Erben geltend gemacht werden.⁹⁹⁵ Das Urheberpersönlichkeitsrecht wirkt gegenüber Drittpersonen absolut. Der innere Kern bleibt auch in Vertragsbeziehungen unwiderruflich geschützt.⁹⁹⁶ Aus diesem Grund kann sich der Urheber auch gegenüber einer Drittperson, die vertraglich oder gesetzlich befugt ist, das Werk zu ändern, jeder Entstellung des Werks widersetzen, die ihn in der Persönlichkeit verletzt (Art. 11 Abs. 2 URG).⁹⁹⁷

Entstellung eines Werks liegt vor, wenn eine erhebliche Veränderung des Werks mit negativen Auswirkungen für den Urheber oder die Urheberin in Frage steht. Bloss geringfügige und dem Urheber zumutbare Änderungen fallen nicht darunter. Erforderlich ist eine grobe Entstellung, eine als Verstümmelung in Erscheinung tretende Änderung, oder eine einschneidende Verletzung der Persönlichkeit des Urhebers. Entstellung ist damit eine besonders schwerwiegende Form der Beeinträchtigung, eine krasse Verfälschung des in der Werkform zu Tage tretenden geistigen Ausdrucksgehalts als Entfaltung der eigenen Persönlichkeit.⁹⁹⁸ Für die Beurteilung ist ein objektiver Massstab unter Berücksichtigung der Eigenart des Einzelfalls ausschlaggebend und nicht eine «allfällige Überempfindlichkeit des konkreten Urhebers».⁹⁹⁹ Die Prüfung hat in jedem Einzelfall unter Berücksichtigung der Beschaffenheit und des Charakters des Werkes sowie der übrigen Verhältnisse, namentlich der Persönlichkeit des Urhebers, zu erfolgen. Es kommt darauf an, wie stark ein Werk Ausdruck der persönlichen Eigenart des Urhebers und das Resultat seiner individuellen Geistestätigkeit ist. Ebenfalls eine Rolle spielt, welchen Grad die Intensität der Beziehung der Urheberpersönlichkeit zum Werk erreicht.¹⁰⁰⁰

⁹⁹² MOSIMANN, KKR, Kap. 10 § 3 N 54.

⁹⁹³ BGE 120 II 65 E. 8.a; REHBINDER/VIGANÒ, URG Kommentar, Art. 15 N 1.

⁹⁹⁴ Erbinnen und Erben können die Urheberpersönlichkeitsrechte in der gleichen Weise ausüben wie die Urheberin und der Urheber selbst. Das Urheberpersönlichkeitsrecht ist, im Unterschied zu den Persönlichkeitsrechten der Art. 27 ff. ZGB, nicht an die Persönlichkeit der ursprünglich berechtigten Person gebunden, BARRELET/EGLOFF, Das neue Urheberrecht, Art. 9 N 8.

⁹⁹⁵ BARRELET/EGLOFF, Das neue Urheberrecht, Art. 9 N 7.

⁹⁹⁶ BARRELET/EGLOFF, Das neue Urheberrecht, Art. 9 N 7.

⁹⁹⁷ BGE 117 II 466 E. 3; ZECH/ANGER, Die Zerstörung urheberrechtlich geschützter Werke, 1155.

⁹⁹⁸ BGE 120 II 65 E. 8.b; BGer-Urteil 4C.154/1996, sic! 1997, 381 f.

⁹⁹⁹ BGE 131 III 480 E. 4.2.

¹⁰⁰⁰ BGE 117 II 466 E. 5.c.

Demnach ist die Werkintegrität bei der Verwendung eines Werkes durch Dritte je nach Art des Kunstwerkes differenziert zu beurteilen. Bei Gemälden oder Skulpturen bedeutet die Werkintegrität, dass ein Bild in seinem Original nicht verändert werden darf. Ein Eingriff in die Werkintegrität bedeutet aufgrund der Persönlichkeitsnähe des Kunstwerkes regelmässig auch eine Verletzung des Kerngehalts der Kunstfreiheit. Demgegenüber haben sich Künstlerinnen und Künstler die interpretative Aneignung ihrer Werke oder eines Ausschnitts unter Umständen als rechtfertigbaren Eingriff respektive aufgrund zweier sich gegenübertretender Grundrechtspositionen, die der Privatrechtsgesetzgeber mit urheberrechtlichen Vorgaben teilweise zugunsten des Interpreten entschieden hat, gefallen zu lassen.

Sampling-Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs (EuGH)

Was den Zugang zu Kunstwerken Dritter als Grundlage für die Schaffung eigener Werke betrifft, so hat das Bundesverfassungsgericht in seinem wegweisenden Sampling-Urteil die Verwendung kurzer Ausschnitte aus Liedern anderer Künstlerinnen oder Künstler dem Schutzbereich der Kunstfreiheit unterstellt. Das Gericht erachtete das Interesse der Kunstschaffenden «ohne finanzielle Risiken oder inhaltliche Beschränkungen in einen Schaffensprozess im künstlerischen Dialog mit vorhandenen Werken treten zu können»¹⁰⁰¹ als von der Kunstfreiheit geschützt. Es gewichtete das Interesse an der freien künstlerischen Betätigung als grundrechtlich schützenswert und schenkte dem öffentlichen Interesse an der kulturellen Fortentwicklung der Gesellschaft zusätzliches Gewicht.¹⁰⁰²

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) bestätigte das Urteil des Bundesverfassungsgerichts in einem Vorabentscheidungsersuchen.¹⁰⁰³ Der EuGH betonte, dass das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte den Urhebern ein hohes Schutzniveau einräumen. Ziel des ausschliesslichen Rechts ist es, die Investition des Tonträgerherstellers zu schützen. Die Nutzung von einem Audiofragment in Ausübung der Kunstfreiheit, um es in geänderter und beim Hören nicht wiedererkennbaren Form zu nutzen, erachtete der Gerichtshof nicht als Vervielfältigung im Sinne der Richtlinie. Des Weiteren betonte der EuGH, dass die Richtlinie zum Urheberrecht und den verwandten Schutzrechten einen angemessenen Ausgleich mit den Grundrechten von Nutzern von Schutzgegenständen sowie den Allgemeininteressen schafft. Das Recht des geistigen Eigentums muss gegen andere Grundrechte abgewogen werden. Dazu gehört auch die Kunstfreiheit.¹⁰⁰⁴

¹⁰⁰¹ BVerfGE, 1 BvR 1585/13 (2016) N 86, 97.

¹⁰⁰² BVerfGE, 1 BvR 1585/13 (2016) N 86, 97.

¹⁰⁰³ EuGH-Urteil vom 29. Juli 2019, Pelham, C-476.

¹⁰⁰⁴ EuGH-Urteil vom 29. Juli 2019, Pelham, C-476, N 31–35.

Fair Use und Transformative Test des amerikanischen Supreme Court

Im amerikanischen Recht hat sich in der Rechtsprechung ein spezifischer Umgang mit der künstlerischen Verwendung des geistigen Eigentums Dritter gebildet. Die Aneignung der Werke anderer ist dann zulässig, wenn der Gebrauch «fair» ist. Ausschlaggebend ist der Zweck, der Charakter und der Umfang der Verwendung, das Verhältnis zwischen dem ursprünglichen Werk und dem verwendeten Werkteil und die Auswirkungen auf einen potenziellen Markt oder den Wert des verwendeten Werkes.¹⁰⁰⁵

Auch für Parodien über bestehende Werke anerkannten amerikanische Gerichte einen Handlungsspielraum. Eine Parodie ist dann zulässig, wenn ihr Gegenstand das verwendete Werk selbst ist, die Umgehung der Rechte am geistigen Eigentum nicht mit Absicht erfolgt, sondern vielmehr eine Notwendigkeit ist, weil auch gegen Bezahlung der Rechte kaum je eine Einwilligung zur Verwendung des parodierten Werkes erteilt würde, die Parodie nicht mit kommerziellen Absichten erfolgt und den wirtschaftlichen Wert des ursprünglich verwendeten Werkes weder vermindert noch es auf dem Markt ersetzt.¹⁰⁰⁶

Im amerikanischen Recht hat sich für Kunst, die Werke anderer in das eigene Werk integriert, der *Transformative Test* etabliert. Ausschlaggebend ist nach diesem Grundsatz, ob die Veränderung von bestehendem Material neues Material erzeugt. Nicht geschützt ist, wenn das Original lediglich kopiert und ohne substantielle Veränderung wiedergegeben wird. Zulässig ist eine künstlerische Aneignung der Werke anderer dann, wenn das neue Werk dem angeeigneten Werk einen neuen Inhalt oder Aussagegehalt gibt. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn das Original im neuen Werk nicht mehr als solches erkennbar ist oder es vollständig rekontextualisiert und damit auch vom Aussagegehalt her verändert ist.¹⁰⁰⁷

¹⁰⁰⁵ Campbell v Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994), 577–593; DuBOFF/KING/MURRAY, Art Law, 236 f. Kritisch gegenüber Urheberpersönlichkeitsrechten und Urheberrechten in der bildenden Kunst ADLER, Fair Use and the Future of Art; ADLER, Why Art Does Not Need Copyright; DIES., Against Moral Rights. ADLER begründet ihre Haltung damit, dass die Einzigartigkeit des einzelnen Kunstwerks das ausschlaggebende Kriterium für dessen Wert auf dem Kunstmarkt ist und Urheberrechte deshalb hinfällig sind.

¹⁰⁰⁶ Fisher v Dees, 794 F.2d 432 (9th Cir. 1986); DuBOFF/KING/MURRAY, Art Law, 239 f.; zum Schutz von Parodie auch McMURPHY/STAPLETON, in: Kaufman, Art Law Handbook, 231–234. Für besonders bekannte Werke haben die amerikanischen Gerichte eine noch offenere Rechtsprechung entwickelt, sofern ein Zweck der Verwendung ist, sich über das Original lustig zu machen oder es zu kritisieren, Leibovitz v Paramount Pictures Corp., 137 F.3d 109, 110 (2d Cir. 1998); DuBOFF/KING/MURRAY, Art Law, 241 f.

¹⁰⁰⁷ Campbell v Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994), 579; Seltzer v Green Day, Inc., 725 F.3d 1170, 1176 (9th Cir. 2013); A.V. ex rel. Vanderhye v iParadigms LLC, 562 F.3d 630, 639 (4th Cir. 2009); The Authors Guild v Google Inc., 802 F.3d 202 (2d Cir. 2015); DuBOFF/KING/MURRAY, Art Law, 242–244.

d) Interpretation und Aufführung von Kunstwerken Dritter

Die eigenständige Interpretation eines bestehenden Werkes durch einen Regisseur oder Dirigenten ist ebenso unter Anwendung der Kunstfreiheit geschützt wie das Werk, auf das sich die Interpretation stützt. Geschützt ist also schon die künstlerische Beschäftigung mit dem Werk einer anderen Person, ohne dass dieses zur Aufführung gelangen muss.¹⁰⁰⁸ Die urheberrechtliche Verpflichtung zur werktreuen Aufführung (Art. 11 Abs. 2 URG) ist entsprechend grundrechtskonform zur Anwendung zu bringen. Dabei müssen die geschützten Persönlichkeitsrechte des Urhebers denjenigen des Interpreten gegenübergestellt, gewichtet und abgewogen werden. Diese Abwägung unter Anwendung des Grundsatzes vorzunehmen, das Interesse des Autors gehe gegenüber dem Interpreten vor, weil er der erste Urheber ist, ist mit der Kunstfreiheit nicht zu vereinbaren. Die Vorlage darf nicht als unwandelbare Grösse behandelt werden. Vielmehr ist die künstlerische Komplexität jeder Inszenierung ebenso zu beachten wie die zeitbedingte Veränderung der künstlerischen Wahrnehmung und der Inszenierungsformen. Diese Entwicklung hat der Inhaber der Urheberrechte für das Werk aufgrund des schützenswerten Interesses an einer sich ständig verändernden Kunst hinzunehmen.¹⁰⁰⁹ Im Einzelfall ist weiter zu prüfen, ob die werktreue Aufführung überhaupt eine vom Schutzbereich der Kunstfreiheit erfasste Position ist. Die Interpretation und die mit ihr einhergehende Deutung eines Werkes gehört grundsätzlich zum künstlerischen Prozess, mit der sich der Urheber jedes veröffentlichten Werkes abfinden muss, ganz besonders im Bereich der performativen Künste.

3.4 Schutz kunstvermittelnder Tätigkeiten

a) Schutz von Galeristen, Verlegern, Produzenten usw.

Die Kunstfreiheit schützt nicht nur die Autorin oder den Autor eines Werkes, sondern auch alle Personen, die eine vermittelnde Tätigkeit ausüben. Sowohl die künstlerische Betätigung als auch die Beschäftigung mit Kunst, ebenso wie die zwischenmenschliche Kommunikation mittels und über Kunst finden in einem komplexen Geflecht vermittelnder Strukturen statt. Verleger, Kuratoren, Intendanten, Produzenten, Agenten und Galeristen sind entscheidend an den Herstellungs-, Präsentations- und Verwertungsvorgängen in der Kunst beteiligt. Vielfach sind sie es, die die Herstellung von Kunst und Begegnungen mit Kunst erst ermöglichen. Oftmals verschaffen die kunstvermittelnden Institutionen den Kunstschaffenden erst eine ausreichende Existenzgrundlage für ihre Tätigkeit. Zu denken ist beispielsweise an die Bedeutung der Verlagshäuser für die Schriftsteller oder der Produktionsfirmen für Regisseure und Schauspieler in Film

¹⁰⁰⁸ MOSIMANN, KKR, Kap. 10 § 3 N 57.

¹⁰⁰⁹ Gl.M. RASCHÈR, Das Urheberrecht des Bühnenregisseurs; sinngemäss MOSIMANN, KKR, Kap. 10 § 3 N 57–67, der allerdings in Übereinstimmung mit Art. 11 URG die werktreue dann als verletzt erachtet, «wenn das Werk unzweideutig gegen den objektiv festgelegten Gesamtinhalt inszeniert ist» (N 67) und damit der Kunstfreiheit des Autors einen umfassenderen Schutz zugesteht.

und Theater. Der umfassende Schutz des Werk- und Wirkungsbereichs bedeutet, dass nicht nur die Kunstschaffenden, sondern auch diejenigen, die Kunst vermitteln, von der Kunstfreiheit geschützt sind. In der Botschaft zur neuen Bundesverfassung explizit erwähnt sind in einer nicht abschliessenden Aufzählung die Galeriebesitzer, Künstleragenten, Buchverleger und Kinobesitzer.¹⁰¹⁰ Dem entspricht auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts¹⁰¹¹ und des EGMR¹⁰¹². So hat der EGMR im Urteil *Müller* nicht nur die Kunstschaffenden, sondern auch die Veranstalter der Ausstellung geschützt.¹⁰¹³

b) Schutz der Kunstvermittler unter der Medienfreiheit (echte Konkurrenz)

Die Vermittlung von Kunst in Massenmedien wie Presse, Radio, Fernsehen und Internet ist in echter Konkurrenz auch durch die Medienfreiheit (Art. 17 BV) geschützt. Das betrifft insbesondere Spiel- und Dokumentarfilme, Hörspiele und Abbildungen von Fotografien Zeichnungen oder Gemälden in Zeitungen und Zeitschriften. Geschützt sind Äusserungen mit einem ideellen Zweck, die durch ein technisches Mittel wie Presse, Rundfunk oder andere Formen fernmeldetechnisch verbreiteter Massenkommunikation veröffentlicht werden.¹⁰¹⁴ Medienschaffende sind im gesamten Arbeitsprozess der Informationsbeschaffung, Kommentierung und Veröffentlichung geschützt.¹⁰¹⁵ Das ist insbesondere hinsichtlich des besonderen Schutzes des Redaktionsgeheimnisses (Art. 17 Abs. 3 BV) relevant. Dieses gewährleistet allen Medienschaffenden das Recht, Aussagen über die Identität ihrer Quellen gegenüber staatlichen Behörden und vor Gericht zu verweigern.¹⁰¹⁶

Radio und Fernsehen unterliegen des Weiteren der besonderen Bestimmung von Art. 93 BV. Beide Medien stehen einerseits unter der Medienfreiheit, erfüllen aber auch eine staatliche Aufgabe und haben im öffentlichen Interesse, insbesondere zur Gewährleistung eines sachgerechten und vielfältigen Informationsangebots, gewisse Anforderungen zu erfüllen. Die Bundesverfassung definiert in Art. 93 Abs. 2 BV mit dem *Programmauftrag* (auch als *Leistungsauftrag* bezeichnet) einen Katalog von Anforderungen an Radio und Fernsehen, die dem Schutz der unverfälschten Meinungs- und

¹⁰¹⁰ Botschaft BV, 164; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 558 f.; MEYER/HAFNER, SGK BV 21 N 6 und 8; WYTTENBACH, BSK BV 21 N 5. Auch im deutschen Recht sind die Kunstvermittlerinnen und -vermittler unter Art. 5 Ziff. 3 GG geschützt, BVerfGE 30, 173 (179) Mephisto; HUFEN, Kunstfreiheit, HGR IV, § 101 N 71.

¹⁰¹¹ Anstelle vieler ZBI 64/1963, 363 ff.; BGer-Urteil 1P.169/1994 (15.6.1994) E. 3.a.

¹⁰¹² EGMR 10737/84 (1988) Müller v Switzerland, N 27.

¹⁰¹³ EGMR 10737/84 (1988) Müller v Switzerland, N 27.

¹⁰¹⁴ ZELLER/KIENER, BSK BV 17 N 9–13. Die Kriterien dienen unter anderem dazu, private Kommunikation von an die breite Öffentlichkeit gerichteter Massenkommunikation abzugrenzen. Besonders für soziale Medien ist die Abgrenzung nicht immer einfach. Sie hat nicht nach formal-technischen, sondern funktionalen Kriterien der Kommunikation zu erfolgen.

¹⁰¹⁵ ZELLER/KIENER, BSK BV 17 N 18.

¹⁰¹⁶ BGE 123 IV 236 E. 8; ZELLER/KIENER, BSK BV 17 N 48 f., m.H.a. die Rechtsprechung des EGMR.

Willensbildung und einer funktionierenden Demokratie dienen. Die Vorgaben stehen in einem Spannungsverhältnis zur gleichfalls grundrechtlich-demokratisch fundierten Programmautonomie der Sendebetriebe.¹⁰¹⁷

c) Schutz der Kunstkritiker

Auch Kunstkritiker leisten einen Beitrag zur Vermittlung der Kunst. Was die Informationsbeschaffung für journalistische und wissenschaftliche Arbeiten *über* die Kunst betrifft, wenn also die *Kunst als Informationsquelle* zur Diskussion steht, so hat das Bundesgericht im Urteil *Seelig* für den Zugang zu Kunst in einem privatrechtlichen Verhältnis die Verweigerung der Zulassung eines Kritikers zu einer Filmvorführung mit Berufung auf die Vertragsfreiheit gestützt.¹⁰¹⁸ Die Lehre kritisierte das Urteil als zu eng.¹⁰¹⁹ Die Frage wäre unter geltendem Recht nach Art. 35 BV in einer Abwägung der verschiedenen Interessen zu beantworten, eingeschlossen das Interesse an einer freiheitlichen Kunst und ihrer Vermittlung. Dabei sollen die Besonderheiten der Kunst und ihre Bedeutung für den öffentlichen Diskurs und den Austausch von Meinungen und Ideen im Einzelfall angemessene Beachtung finden. Es wäre zu begrüßen, wenn das Bundesgericht in Zukunft das Interesse an einer öffentlichen Auseinandersetzung über die Kunst und den Schutz kunstvermittelnder Personen durch die Kunstfreiheit stärker gewichten würde.

3.5 Schutz des Konsums von Kunst

a) Stand von Rechtsprechung und Lehre

Ob die Kunstfreiheit nicht nur künstlerische und kunstvermittelnde Tätigkeiten, sondern auch den Konsum von Kunst schützt, ist in der Rechtsprechung und Lehre ungeklärt. *Konsum* soll an dieser Stelle im weiten Sinne als Rezeption von Kunst verstanden sein, und zwar unabhängig davon, ob eine Entgeltung entrichtet wird. Nach der frühen und einem Teil der zeitgenössischen Lehre ist der «blosse Konsum» von Kunst von der Kunstfreiheit nicht erfasst. Kunstrezipienten sind demnach durch die Informationsfreiheit (Art. 16 Abs. 3 BV), nicht aber durch die Kunstfreiheit geschützt.¹⁰²⁰

¹⁰¹⁷ ZELLER/DUMERMUTH, BSK BV 93 N 3, 20; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, § 21 N 31.

¹⁰¹⁸ BGE 80 II 26 E. 5.

¹⁰¹⁹ HUBER, Bedeutung der Grundrechte, 141; SALADIN, Grundrechte im Wandel, 304.

¹⁰²⁰ So bswa MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 559 (widersprüchlich dazu dann aber die Aussage in Fn. 38, wonach sich auch «die potentiellen Kinogänger» gegen ein Filmverbot auf die Kunstfreiheit berufen können). Kritisch thematisiert und offengelassen bei WYTTENBACH, BSK BV 21 N 9; ebenso bei BIAGGINI, BVK 21 N 5. Die frühe Dogmatik ordnete den Kunstrezipienten dem Schutz der Informationsfreiheit zu, siehe SALADIN, Grundrechte im Wandel, 84. Im deutschen Recht sind die Kunstkonsumenten nicht von Art. 5 Abs. 3 GG geschützt, HUFEN, Kunstfreiheit, HGR IV, § 101 N 71.

Andere Autoren gehen davon aus, dass auch der Konsum von Kunst durch die Kunstfreiheit geschützt ist.¹⁰²¹

Das Bundesgericht hatte in einem Urteil zur Filmzensur den Schutz der Zuschauerinnen und Zuschauer unter Anwendung der Informationsfreiheit beurteilt. In der Sache verweigerte der Kanton Wallis dem Film *Die letzte Versuchung Christi* des Regisseurs Martin Scorsese die Aufführungsbewilligung. Dagegen rekurrierte der Betreiber eines Kinos gemeinsam mit möglichen Zuschauerinnen und Zuschauern bis ans Bundesgericht. Das Gericht schützte die Filmzuschauerinnen und -zuschauer in ihrem Recht auf Informationsfreiheit als Teilgehalt der Meinungsäusserungsfreiheit. Die Tatsache, dass der Film auch auf Video erscheint und damit privat zu Hause angeschaut werden kann, ersetzt nicht den Kinobesuch und die Grossleinwand.¹⁰²²

b) Plädoyer für den Schutz der Kunstrezeption als kunstspezifischer Vorgang

Der Schutz der Zuschauer unter der Kunstfreiheit sollte indessen nicht vorschnell unter Berufung auf die *Scorsese*-Rechtsprechung des Bundesgerichts ausgeschlagen werden. Gewichtige Argumente sprechen dafür, dass – wie ein Teil der Lehre m.A.n. zu Recht fordert – auch die Betrachter von Kunst Träger der Kunstfreiheit sind. Die Betrachtung und die Rezeption von Kunst sind mittlerweile als elementare Bestandteile des eigentlichen Kunstprozesses anerkannt. Das Selbst- und Fremdverständnis des Publikums hat sich vom passiven Zuschauer der bürgerlichen Kunstepoche des 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts zu einem partizipativ am aufgeführten Kunstwerk beteiligten Subjekt gewandelt. Zeitgenössische Kunsttheorien gehen gar davon aus, dass die Teilnahme an und die Betrachtung von Kunst konstitutiv für die Kunst ist und Kunst ihre Wirkung erst durch ihre Rezeption entfaltet.¹⁰²³ Das Bundesverfassungsgericht hat im *Mephisto*-Urteil auf diese Verschränkung von Kunstschaffen, Kunstvermittlung und Kunstrezeption hingewiesen, indem es der «Begegnung mit dem Werk» die Qualität eines «ebenfals kunstspezifischen Vorganges»¹⁰²⁴ zugestanden hat.

Kunstschaffende, Kunstvermittelnde und Kunstbetrachtende stehen in einem Austauschverhältnis. Die Betrachtung von Kunst kann zudem wiederum integraler Bestandteil für die Schaffung neuer Kunst sein. Kunst ist als Kommunikationsform auf

¹⁰²¹ UHLMANN/BOGNUA, Zehn Thesen, 364; MEYER/HAFNER, SGK BV 21 N 6; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Grundrechte, § 25 N 11; AUER, Liberté de l'art, 83; ähnlich bereits BAEGGLI, Kunstfreiheit, 100: «Allgemein wird [...] auch die künstlerische Informationsfreiheit von der Kunstfreiheit mitumfasst.»; HEMPEL, Freiheit der Kunst, 75, befürwortet den grundrechtlichen Schutz der Kunstrezipienten (damals noch unter der Meinungsfreiheit), sofern «eine genügend nahe Beziehung zur betreffenden Äusserung besteht», also bsw eine Person konkret beabsichtigte, die verbottene Theaterraufführung zu besuchen.

¹⁰²² BGE 120 Ia 190 E. 2.

¹⁰²³ Übersicht über entsprechende Theorien zur Kunstrezeption seit den 1960er-Jahren bei KEMP, Der explizite Betrachter; zur veränderten Auffassung des Publikums RECKWITZ, Erfindung der Kreativität, 40–42, 65 f., 107–109.

¹⁰²⁴ BVerfGE 30, 173 Mephisto (III.1).

eine teilnehmende Öffentlichkeit angewiesen. Erst im Austausch mit der Gesellschaft kann Kunst eine Wirkung entfalten, die über die Selbsterfahrung der Künstlerin oder des Künstlers hinausgeht. Zugleich ist es verkürzt, die Besucher von Konzerten, Theateraufführungen oder Lesungen rechtlich nur als Empfänger oder Konsumenten von Informationen zu erfassen. In ihrer persönlichen Begegnung mit Kunst machen Menschen künstlerische Erfahrungen. Diesem persönlichkeitsrelevanten Aspekt kommt nicht bereits unter Anwendung der Informationsfreiheit Beachtung zu, sondern er bedarf der Verbindung mit der spezifischen Zweckausrichtung der Kunstfreiheit.¹⁰²⁵ Gerade auch die ältere Rechtspraxis des Bundesgerichts weist im Übrigen verschiedene Urteile auf, die diese Dimension der Beschäftigung mit Kunst veranschaulichen.¹⁰²⁶

Ähnlich wie die Glaubensfreiheit, die die Möglichkeit schützt, den Glauben nicht nur individuell, sondern auch kollektiv in unterschiedlichen Handlungsformen zu praktizieren, so beispielsweise in der Teilnahme an Kultushandlungen¹⁰²⁷, schützt die Kunstfreiheit als spezifische Ausprägung der persönlichen Freiheit einerseits die inneren Beziehungen, Emotionen und Affinitäten eines Menschen zur Kunst und andererseits die Möglichkeit, der Kunst in ihren unterschiedlichen Erscheinungsformen tatsächlich zu begegnen und aktiv oder passiv an künstlerischen Praktiken teilzunehmen. Aufgrund der vielfältigen Besonderheiten, die die Kunstfreiheit als Grundrecht auszeichnen und die ein Gericht bei dessen Konkretisierung auch unter Anwendung der Informationsfreiheit berücksichtigen sollte, untersteht auch die Kunstrezeption dem Schutzbereich der Kunstfreiheit. In diesem umfassenden Sinn garantiert im Übrigen auch Art. 15 Ziff. 1 Bst. a Sozialpakt das Recht auf Teilnahme am kulturellen Leben als Teilgehalt des Rechts auf Kultur. Das umfasst die Teilnahme an kulturellen Veranstaltungen wie Theater, Kunstaustellungen, Kinovorstellungen und Konzerten und den Zugang zu Literatur, Film und weiteren öffentlich zugänglichen Kunstwerken.¹⁰²⁸

3.6 Schutz des Kunstwerkes

a) Schutz der persönlichkeitsrelevanten Beziehung zu einem Kunstwerk

Gemäss der Botschaft zur neuen Bundesverfassung schützt die Kunstfreiheit neben dem Kunstschaffen und der Kunstvermittlung auch das Kunstwerk.¹⁰²⁹ Dieser Auffassung ist zwar grundsätzlich zuzustimmen, sie bedarf aber der Präzisierung. Grundrechte schützen nicht Gegenstände, sondern Menschen. Die Kunstfreiheit schützt nicht das Kunstwerk selbst, sondern den Grundrechtsträger in seiner persönlichkeitsrelevanten Beziehung zu einem Kunstwerk. Analog ist auch nicht das Haus Träger der Eigentums-

¹⁰²⁵ Sinngemäss MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 558.

¹⁰²⁶ BGE 40 I 479, 482; BGE 41 I 40, 43; BGE 49 I 87 E. 1; BGE 50 I 168 E. 2.

¹⁰²⁷ Zur Glaubensfreiheit übersichtlich MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 254, 257, 259 f.

¹⁰²⁸ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, § 25 N 11; KÄLIN/KÜNZLI, Universeller Menschenrechtsschutz, 483.

¹⁰²⁹ Botschaft BV, 164. Für F. MÜLLER, Freiheit der Kunst, 73, gehört der Schutz des Kunstwerks gar zum Wesensgehalt der Kunstfreiheit.

garantie. Es ist der Eigentümer, der aufgrund seiner persönlichkeitsrelevanten Beziehung zu einem Sachgegenstand Schutz findet.

Eine persönlichkeitsrelevante Beziehung zu einem Kunstwerk liegt einerseits dann vor, wenn eine Person diesen Gegenstand selbst hergestellt hat. Wie verletzend der Entzug oder der Eingriff in ein Kunstwerk sein kann, zeigt beispielsweise der Nachgang zum Fahrner-Urteil.¹⁰³⁰ Nach der bundesgerichtlichen Verurteilung von Kurt Fahrners *Nackter Frau am Kreuz* im Jahr 1959 konfiszierte die Stadt Basel das Bild und behielt es in Gewahrsam. Kurt Fahrner litt zeitlebens an der Trennung von seinem Gemälde. Er erlebte die Konfiskation des Werks als eine «unverhältnismässig grosse Belastung» und wünschte sich, sein Bild wieder bei sich zu haben. Im September 1977, wenige Tage vor seinem Tod, ersuchte Fahrner die Begnadigungskommission des Grossen Rates der Stadt Basel erneut um die Rückgabe seines Bildes. Das Basler Appellationsgericht gab das Bild erst 1980 nach mehrjährigen Streitigkeiten über die Zuständigkeit frei.

Wie problematisch die Zerstörung von Kunstwerken für ihre Urheber sein kann, zeigt sich an Massnahmen der amerikanischen Regierung gegen die von Guantanamo-Häftlingen hergestellten Kunstwerke. Als im Herbst 2017 eine Ausstellung in Manhattan ihre Kunst zeigte, reagierte das amerikanische Militär mit einer Weisung, wonach den Häftlingen das Eigentum an den von ihnen hergestellten Kunstwerken entzogen wird, die Bilder die Gefängnismauer nicht mehr verlassen dürfen und gegebenenfalls verbrannt werden.¹⁰³¹ Die Zerstörung von Kunst verletzt den Kerngehalt des Grundrechts, wenn zwischen dem Grundrechtsträger und dem Kunstwerk eine besondere Persönlichkeitsnähe besteht und die Zerstörung mutwillig zur Unterbindung des künstlerischen Schaffens oder der Vermittlung und Begegnung mit Kunst erfolgt.

Eine besondere, grundrechtlich schützenswerte Nähe zwischen einer Person und einem Kunstwerk kann nicht nur beim Hersteller vorliegen, sondern immer auch dann, wenn eine Person einen engen Bezug zu einem Kunstwerk aufweist. Bücher oder Bilder können grosse Bedeutung erlangen, weil die Menschen in der Begegnung mit ihnen persönlichkeitsrelevante Erfahrungen machen oder besondere Erinnerungen verbinden. So kann beispielsweise ein Gemälde von einem Freund stammen oder eine Person abbilden, die einem nahesteht.

b) Schutz vor Zerstörung von Kunst

Bei der Zerstörung von Kunstwerken sichert Art. 15 URG dem Urheber als Ausdruck seiner persönlichkeitsrelevanten Beziehung zum Kunstwerk besondere Rechte, welche jedoch allenfalls gegenüber den Interessen des Eigentümers an der Verfügung über sein Eigentum oder anderweitig bestehender Rechte Dritter abzuwägen sind. Die Zerstörung eines Kunstwerks unterscheidet sich von der Veränderung des Kunstwerkes darin, dass mit der Zerstörung gewissermassen der Aussagegehalt des Werkes aus urheberrechtlicher Sicht unangetastet bleibt. Die Beeinträchtigung der Urheberpersönlichkeits-

¹⁰³⁰ Zum Ganzen GEERK, in: Schubarth, Fahrner-Prozess, 26–30.

¹⁰³¹ THOMPSON, Art Censorship at Guantánamo-Bay, 27. November 2017, The New York Times.

rechte ist bei der Zerstörung deshalb in der Regel als geringer anzusehen als bei der Veränderung des Werkes, weil diese im beeinträchtigten Werkexemplar fortbesteht.¹⁰³² Entsprechend geht der Schutz vor Zerstörung im URG weniger weit als der Schutz der Werkintegrität.¹⁰³³ Damit hat der Gesetzgeber die Interessenabwägung vorweggenommen. Die urheberrechtlichen Bestimmungen sind im Einzelfall aber auf jeden Fall grundrechtskonform unter Einbezug der Kunstfreiheit zur Anwendung zu bringen. Je nach Konstellation ist die Zerstörung eines Kunstwerks als schwerer Eingriff in die Kunstfreiheit oder gar als Verletzung ihres Kerngehalts zu bewerten. Das trifft etwa dann zu, wenn Kunstwerke von einer Behörde mutwillig zerstört werden, um einer Künstlerin oder einem Künstler den künstlerischen Ausdruck zu verunmöglichen. Als leichter Eingriff in die Kunstfreiheit ist demgegenüber etwa die Zerstörung eines Kunstwerks zu bewerten, das als Kunst am Bau an einer öffentlichen Baute angebracht wurde und das Jahrzehnte später unvermeidbaren Renovationsarbeiten weichen muss.

Sowohl bei der Veränderung als auch bei der Zerstörung eines Werkes sind die wirtschaftlichen Auswirkungen für den Künstler durch die Einschränkung seiner Wirkung in der Öffentlichkeit und der Verkürzung der Erwerbssaussichten des Urhebers zu berücksichtigen (wobei diese gegebenenfalls durch den dem Auftrag für die Erstellung des Kunstwerks zu Grunde liegenden Vertrags bereits vollständig abgegolten sind). Müssen Eigentümer von Originalwerken, zu denen keine weiteren Werkexemplare bestehen, ein berechtigtes Interesse des Urhebers an der Werkerhaltung annehmen, so dürfen sie solche Werke nicht zerstören, ohne dem Urheber vorher die Rücknahme anzubieten (Art. 15 Abs. 1 URG). Ob ein berechtigtes Interesse des Urhebers vorliegt, bestimmt sich nach objektiven Kriterien. Als Anhaltspunkte gelten etwa die Verwendung als künstlerische Referenz, Beachtung oder Erwähnung im Kunstmarkt oder in der Kunstwissenschaft, ein hoher Nutzwert für den Urheber oder eine besondere Persönlichkeitsnähe etwa durch die Art oder den Inhalt der Darstellung.¹⁰³⁴

c) Schutz des Kunstwerks als Kulturgut unter der Kunstfreiheit?

Demgegenüber ist in der Lehre umstritten, ob das Kunstwerk auch von der Kunstfreiheit geschützt ist, wenn keine konkret nachweisbare persönlichkeitsrelevante Verbindung zu einer Person vorliegt.¹⁰³⁵ Eine entsprechende Abgrenzung zwischen Kunstwerken, die eine Verbindung zu Dritten aufweisen, und solchen, die dies nicht tun, dürfte schwierig sein. Nicht zuletzt, weil auch das vergessene Kunstwerk eines verstorbenen

¹⁰³² ZECH/ANGER, Die Zerstörung urheberrechtlich geschützter Werke, 1159.

¹⁰³³ REHBINDER/VIGANÒ, URG Kommentar, Art. 15 N 1.

¹⁰³⁴ REHBINDER/VIGANÒ, URG Kommentar, Art. 15 N 3.

¹⁰³⁵ Problematisiert, aber offengelassen bei WYTENBACH, BSK BV 21 N 9. Als «entpersonalisierter Schutz der Kunst» diskutiert bei MOSIMANN/UHLMANN, KKR, Kap. 2 § 1 N 25, wonach mindestens auf der programmatischen Ebene auch der entpersonalisierte Schutz der Kunst gewährleistet ist, weil der Schutz der Kunst unabhängig von einem individuellen Schutzbedürfnis einen objektivrechtlichen Stellenwert hat.

Kunstschaffenden jederzeit wieder in seiner Bedeutung aktualisiert werden kann. Entsprechend ist bei jedem Kunstwerk davon auszugehen, dass es potenziell persönlichkeitsrelevant sein kann. Bei gewissen Kunstwerken ist aufgrund gesellschaftlicher Wertungen und Praktiken, in die sie eingebunden sind, sogar davon auszugehen, dass sie einer bedeutenden Anzahl Menschen eine persönlichkeitsrelevante Erfahrung vermitteln. Auf dieser Prämisse basiert der Kulturgüterschutz.¹⁰³⁶ Demnach wären sämtliche Kunstwerke, unabhängig davon, ob ein persönlichkeitsrelevantes Verhältnis zu einer konkret identifizierbaren Person vorliegt, aufgrund ihres Wertes für die Gesellschaft *qua* ihrer Existenz von der Kunstfreiheit geschützt, was Fragen eines kommunitären Grundrechtgehalts aufwirft. In solchen Konstellationen ist es zur Vermeidung einer eigentlichen Popularbeschwerde unter Anwendung der Kunstfreiheit vorzuziehen, die Beziehung zwischen einem Kunstwerk und einem offenen Zuschauerkreis als öffentliches Interesse in der Güterabwägung zu gewichten, nicht aber den Schutzbereich selbst für alle potenziell an einem Kunstwerk interessierten Personen zu öffnen. Entsprechend hat das Bundesgericht beispielsweise im Urteil *Hodler* das öffentliche Interesse am Zugang zu Kunst und kulturellen Gütern in der Interessenabwägung besonders gewichtet.¹⁰³⁷

4 Persönlicher Schutzbereich

Der persönliche Schutzbereich der Kunstfreiheit bezeichnet die Personen und Institutionen, die sich auf das Grundrecht berufen können. Als Träger des Grundrechts sind sie die sogenannten *Grundrechtsberechtigten* oder *Grundrechtssubjekte*. Der *persönliche Schutzbereich* ist für jedes Grundrecht spezifisch zu ermitteln und im Einzelfall jeweils differenziert zu konkretisieren, so auch für die Kunstfreiheit.¹⁰³⁸ Zu unterscheiden ist zwischen der Trägerschaft von natürlichen Personen, von juristischen Personen und von staatlichen Institutionen oder Privaten in Erfüllung eines öffentlichen Auftrags.

¹⁰³⁶ MERRYMAN/ELSEN/URICE, Law, Ethics and the Visual Arts, xxvii: «Art is basic to cultural history. Every work of art is a cultural artifact whose study enriches our understanding of who we are and where we come from. Preserving the art of the past is essential to knowledge and wisdom.» Ähnlich die Präambel des Haager Kulturgutabkommens: «Damage to cultural property belonging to any people whatsoever means damage to the cultural heritage of all mankind, since each people makes its contribution to the culture of the world.»

¹⁰³⁷ BGE 70 I 127 E. 3.c. Ausführlich zur Gewichtung öffentlicher Interessen für und gegen die Bewilligung, respektive die Einschränkung von öffentlichen Meinungsäußerungen BGE 127 I 164 E. 3.b.

¹⁰³⁸ Anstelle vieler RHINOW/SHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, N 1101.

4.1 Natürliche Personen

a) Natürliche Personen als Träger der Kunstfreiheit

Natürliche Personen sind auf einer grundsätzlichen Ebene Träger der Grundrechte: Grundrechte sind *Menschenrechte*.¹⁰³⁹ Wie die Meinungsfreiheit schützt auch die Kunstfreiheit alle natürlichen Personen jeden Alters und jeder Nationalität. Der Aufenthaltsstatus in der Schweiz ist für die Frage der Grundrechtsträgerschaft bei der Kunstfreiheit ohne Bedeutung.¹⁰⁴⁰ Für die Kommunikationsgrundrechte wurde der Ausschluss der Ausländerinnen und Ausländer aufgegeben.¹⁰⁴¹

b) Einschränkung bei wirtschaftlicher Tätigkeit

Für künstlerische Berufe und kunstvermittelnde Tätigkeiten kommt neben der Kunstfreiheit regelmässig auch die Wirtschaftsfreiheit kumulativ zur Anwendung. Diese macht die Trägerschaft vom ausländerrechtlichen Status abhängig. Natürliche Personen können sich auf die Wirtschaftsfreiheit berufen, soweit sie fremdenpolizeilich auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt zugelassen sind und die Freiheit nicht aus fremdenpolizeilichen Interessen beschränkt wurde. Noch nicht vollständig geklärt ist die Grundrechtsträgerschaft von Bürgerinnen und Bürgern der Europäischen Union.¹⁰⁴² Alle Ausländerinnen und Ausländer, die diese Bedingungen nicht erfüllen, insbesondere Asylsuchende und *Sans Papiers*, können sich grundsätzlich nicht auf die Wirtschaftsfreiheit berufen.¹⁰⁴³ In der Lehre wird der beschränkte persönliche Geltungsbereich der Wirtschaftsfreiheit kritisiert, weil damit dem menschenrechtlichen Gehalt des Grundrechts zu wenig Rechnung getragen wird, respektive dessen bürgerrechtliche Ausrichtung nur schwer mit dem Schutzzweck des Grundrechts zu vereinbaren ist.¹⁰⁴⁴

Aufgrund der engen Verschränkung von künstlerischer Tätigkeit und ihrer wirtschaftlichen Verwertung als Beruf und Ware kann diese Einschränkung im Bereich der Kunst problematisch sein. Ein sich im Asylverfahren befindender Kunschtchaffender darf demnach gestützt auf die Kunstfreiheit an Kunstveranstaltungen teilnehmen und seine Kunst in Galerien ausstellen, dafür aber weder ein Honorar geltend machen noch seine Kunst verkaufen. Ähnlich verhält es sich mit einem Schauspieler oder Musiker, der zwar auftreten kann, dafür aber keine Gage erhalten darf. Unter Anwendung der Kunstfreiheit kritisch zu beurteilen sind Sperrfristen für niedergelassene Ausländerinnen und Ausländer für den Zugang zu Fördergeldern. Sie wären unter Anwendung

¹⁰³⁹ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, N 1111; DUBEY, Droits fondamentaux I, N 243.

¹⁰⁴⁰ WYTENBACH, BSK BV 21 N 5; MEYER/HAFNER, SGK BV 21 N 8; gl.M. bereits BAEGGLI, Kunstfreiheit, 99 f.

¹⁰⁴¹ KLEY/TOPHINKE, SGK BV 16 N 13.

¹⁰⁴² VALLENDER, SGK BV 27 N 47; BIAGGINI, BVK 27 N 18.

¹⁰⁴³ VALLENDER, SGK BV 27 N 47; BGE 131 I 223 E. 1.1; BGer 2C_396/2008 (15.9.2008) E. 7; BGer 2D_49/2013 E. 4.1.

¹⁰⁴⁴ VALLENDER, SGK BV 27 N 47; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, § 5 N 68.

der Schrankendogmatik einer differenzierten Beurteilung zu unterziehen. Es ist legitim, dass sich der Gesetzgeber im öffentlichen Interesse an einer nachhaltig angelegten Kulturförderung gegen einen *Kulturfördertourismus* ausspricht. Demgegenüber darf diese Absicht nicht pauschal allen zugezogenen Ausländerinnen und Ausländern unterstellt werden.

Dasselbe gilt im Übrigen für die mit Sperrklauseln faktisch bewirkte Einschränkung der Freizügigkeit von Kunstschaffenden im Binnenmarkt. Viele Kantone sehen beim Umzug in einen anderen Kanton eine Karenzfrist vor.¹⁰⁴⁵ Auf Förderleistungen im Bereich der Kultur besteht zwar keinerlei Anspruch. Entsprechende Sperrfristen sind aber als Teil der Verwirklichung der Kunstfreiheit und damit im Lichte von Art. 35 BV kritisch zu beurteilen. Fraglich erscheint auch, ob sich Sperrfristen unter Anwendung des qualifizierten Gleichbehandlungsgebots unter Schweizerinnen und Schweizern (Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Art. 37 Abs. 2 BV) als Ungleichbehandlung mit dem Kriterium der Missbrauchsprävention überhaupt sachlich rechtfertigen lassen.

c) Anmerkungen zur Beschwerdelegitimation von Kunstrezipienten

Da bei Kunstwerken, insbesondere bei öffentlich ausgestellten oder aufgeführten Werken und bei Kunst im öffentlichen Raum, grundsätzlich jeder Mensch ein potenzieller Rezipient ist, stellt sich bei der Beschwerdelegitimation eine Abgrenzungsfrage, die der gerechtfertigten Befürchtung um eine übermässige Erweiterung der Beschwerdelegitimation entgegentritt.¹⁰⁴⁶ Im Verwaltungsverfahren steht die Beschwerdeberechtigung unter dem Vorbehalt, dass der Beschwerdeführer von einem Vorkommnis besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an einem Entscheid über eine Verfügung oder einen Realakt hat. Ein Beschwerdeführer ist besonders berührt, wenn die Handlung seine persönliche Rechtssphäre betrifft. Verlangt wird also eine gewisse Nähe zum Streitgegenstand. Ist die Position als Träger eines Grundrechts oder eines anderen Rechtstitels berührt, liegt auch ein schutzwürdiges Interesse vor.¹⁰⁴⁷ Indessen geht das Bundesgericht davon aus, dass ab einer gewissen Distanz möglicherweise überhaupt gar kein Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts mehr vorliegt. So hat das Bundesgericht offengelassen, ob auch Personen, die nicht in der unmittelbaren Umgebung eines Kernkraftwerkes wohnen, ein ausreichendes Rechtsschutzinteresse geltend

¹⁰⁴⁵ Beispiele: Nach § 8 Abs. 1 Bst. b der Verordnung über die Verwendung des Kunstkredits Kanton Basel-Stadt vom 11. 6. 1991 (SR BS 494.800) ist für die Beantragung von Förderleistungen eine einjährige Wohnsitzpflicht gefordert. Die Richtlinien der Stadt Zürich für das Ressort Bildende Kunst vom 1. Januar 2018 (5) sehen für die Beantragung von Werkstipendien eine Wohn- und Steuersitzpflicht von zwei Jahren vor.

¹⁰⁴⁶ So auch thematisiert in BGE 87 I 275 E. 5 (unter Anwendung der Pressefreiheit).

¹⁰⁴⁷ BGE 140 II 135 E. 4.3–4.5 (grundsätzlich für das Bundesgericht und in Bezug auf Art. 25a VwVG). Die Kantone müssen im kantonalen Verwaltungsverfahren die Beschwerdeberechtigung mindestens im Umfang des Bundesrechts gewährleisten, können den Kreis der Beschwerdeberechtigten aber auch weiter fassen, HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 1150.

machen können, um die Sicherheitsmassnahmen des Kraftwerksbetreibers vor Gericht anzufechten.¹⁰⁴⁸

Die Schweiz kennt mit wenigen Ausnahmen – zu denken ist etwa an die Aufsichtsbeschwerde an die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) – keine Popularbeschwerden. In einzelnen Bereichen findet der sachlich gerechtfertigte Bedarf nach einem erweiterten Kreis der Beschwerdelegitimation in Form der Verbandsbeschwerde eine prozessrechtliche Antwort, so beispielsweise im Umweltrecht.

Für Kunstrezipienten kennt das Schweizer Recht keine entsprechende Sonderregelung. Rezipienten, die eine Verletzung der Kunstfreiheit geltend machen, müssen ausreichend darlegen, inwiefern sie von einer Massnahme gegen ein Kunstwerk besonders berührt sind. Der Kreis der Beschwerdelegitimierten fällt je nach Sachverhalt enger oder weiter aus. Im Fall des Walliser Verbots des Films *Die letzte Versuchung Christi* erkannte das Bundesgericht die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführer als «spectateur potentiel» an. Zur Beschwerde berechtigt waren demnach relativ unspezifisch alle «als Zuschauer des Films in Betracht fallenden Personen»¹⁰⁴⁹. Bei einem kantonalen Filmverbot dürfte mindestens die im Kanton wohnhafte Bevölkerung beschwerdeberechtigt sein. Handelt es sich um einen Kanton mit einem umfangreicheren Einzugsgebiet oder um eine Ausstellung oder Aufführung, die offensichtlich für einen breiteren Kreis der Bevölkerung von Interesse ist oder gar vorwiegend von einem internationalen Publikum besucht wird, wäre der Kreis der Beschwerdelegitimierten entsprechend anzupassen.

4.2 Juristische Personen

a) Juristische Personen als Träger der Kunstfreiheit

Neben natürlichen Personen können sich grundsätzlich auch juristische Personen auf den Schutz der Kunstfreiheit berufen. Die Kunstfreiheit schützt juristische Personen des Privatrechts, wie beispielsweise Galerien, Verlage und Produktionsfirmen.¹⁰⁵⁰ Grund für die Grundrechtsträgerschaft juristischer Personen (auch als korporative Menschenrechtsträgerschaft bezeichnet) bleibt die Garantie der freien Entfaltung der Menschen. Diese soll unabhängig von der rechtlichen Ausgestaltung, derer sich die Menschen in der Organisation ihrer Lebensformen bedienen, gewährleistet sein. Die Anerkennung juristischer Personen als Grundrechtsträger schenkt auch der Tatsache Beachtung, dass korporative Organisationsformen oftmals ein notwendiges Mittel für die Wahrnehmung der Grundrechte sind, so etwa im Bereich der Wirtschaftsfreiheit.¹⁰⁵¹

¹⁰⁴⁸ BGE 140 II 135 E. 5.1.

¹⁰⁴⁹ BGE 120 Ia 190 E. 2/Regeste.

¹⁰⁵⁰ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 558 f.; MEYER/HAFNER, SGK BV 21 N 8; WYTTENBACH, BSK BV 21 N 5; MOSIMANN/UHLMANN, KKR, Kap. 2 § 1 N 25.

¹⁰⁵¹ BALDEGGER, Menschenrechtsschutz für juristische Personen, 89 f. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 21, 362 (369) Sozialversicherungsträger) beurteilt die Frage unter Anwendung von

Auch für das Kunstschaffen sind korporative Organisationsformen in vielen Bereichen aufgrund der Komplexität ihrer Herstellung und Vermittlung notwendig. Zu denken ist beispielsweise an die kosten- und arbeitsintensive Filmproduktion, an der neben dem Regisseur oder der Regisseurin, den Produzentinnen und Produzenten, den Schauspielerinnen und Schauspielern, den Musikerinnen und Musikern und den Kameraleuten zahlreiche weitere Personen beteiligt sind und international eingeworbene Finanzierungsvolumen in Millionenhöhe verwaltet werden. Grundrechtsträger sind nicht nur die Betreiber eines Kinos oder Theaters, sondern auch alle Veranstalter, die Veranstaltungen organisieren und tatsächlich oder potenziell von einer Massnahme betroffen sind.¹⁰⁵²

b) Kulturinstitutionen als Grundrechtsträger

Nicht relevant ist, ob eine privatrechtliche Kulturinstitution staatliche Förderleistungen bezieht oder das strittige Kunstwerk mit staatlichen Fördergeldern hergestellt wurde.¹⁰⁵³ Erst bei einer langfristigen angelegten und entsprechend intensiven Fördertätigkeit stellt sich die Frage, ob eine formell-rechtlich private Tätigkeit funktional nicht zu einer staatlichen Tätigkeit geworden ist. Institutionen, die einen staatlichen Kulturauftrag erfüllen, sind unter Umständen Grundrechtsträger, aber als funktionale Träger eines staatlichen Auftrags auch Grundrechtsadressaten (siehe dazu auch Teil III Kapitel I.2.1).

Damit weist die Trägerschaft von staatlich geförderten Kulturinstitutionen gewisse Parallelen zu Religionsgemeinschaften auf. Nach herrschender Lehre unbestritten ist, dass sich öffentlich-rechtlich anerkannte Religionsgemeinschaften auf die Glaubensfreiheit berufen können. Der Grundrechtsträgerschaft der Religionsgemeinschaften steht auch eine allenfalls kantonrechtlich eingeräumte Autonomie nicht entgegen. Vielmehr ist diese Autonomie eine weitere Bedingung zur Verwirklichung der Glaubensfreiheit.¹⁰⁵⁴

Art. 19 Abs. 3 GG nach der sogenannten Durchgriffsthese, wonach das «Wertsystem der Grundrechte [...] von der Würde und Freiheit des einzelnen Menschen als natürliche Person aus[geht]. Die Grundrechte sollen in erster Linie die Freiheitssphäre des Einzelnen gegen Eingriffe der staatlichen Gewalt schützen und ihm insoweit zugleich die Voraussetzungen für eine freie aktive Mitwirkung und Mitgestaltung im Gemeinwesen sichern. Von dieser zentralen Vorstellung her ist auch Art. 19 Abs. 3 GG auszulegen und anzuwenden. Sie rechtfertigt eine Einbeziehung der juristischen Personen in den Schutzbereich der Grundrechte nur, wenn ihre Bildung und Betätigung Ausdruck der freien Entfaltung der natürlichen Personen sind, besonders wenn der «Durchgriff» auf die hinter den juristischen Personen stehenden Menschen dies als sinnvoll und erforderlich erscheinen lässt.» Für eine kritische Würdigung der Durchgriffsthese siehe BALDEGGER, Menschenrechtsschutz für juristische Personen, 85–92.

¹⁰⁵² BGE 87 I 275 E. 5; ausführlich und mit rechtsvergleichenden Hinweisen zu Deutschland und den USA BALDEGGER, Menschenrechtsschutz für juristische Personen, 289–299.

¹⁰⁵³ WYTENBACH, BSK BV 21 N 5; MEYER/HAFNER, SGK BV 21 N 8; gl.M. bereits BAEGGLI, Kunstfreiheit, 99 f. Ebenso im deutschen Recht BVerfGE 30, 173 (191) Mephisto; BVerfGE 36, 321 (331) Schallplatten; HUFEN, Kunstfreiheit, HGR IV, § 101 N 73.

¹⁰⁵⁴ BALDEGGER, Menschenrechtsschutz juristischer Personen, 126–128, m.H.a. herrschende Lehre in Fn. 328; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N 297; ähnlich die Rechts-

c) Einschränkungen für juristische Personen

Der Schutzbereich der Kunstfreiheit kann für juristische Personen enger ausfallen als für natürliche Personen. In Analogie zur Grundrechtsdogmatik der persönlichen Freiheit und der Meinungsäusserungsfreiheit können juristische Personen die Kunstfreiheit dann nicht anrufen, wenn es um den Schutz der Persönlichkeitsentfaltung, der persönlichen Lebensgestaltung oder der Menschenwürde geht. Juristische Personen würden sich dabei auf Eigenschaften berufen, die nur Menschen, nicht aber Organisationen zukommen.¹⁰⁵⁵

Indessen dürfte die Frage bei der Anwendung der Kunstfreiheit von beschränkter praktischer Relevanz sein, solange Kunstvermittler darlegen können, dass eine Massnahme mittelbar die Kunstfreiheit der von ihnen vermittelten Künstlerinnen und Künstler betrifft oder den Zugang zur Kunst beschränkt. Zudem bieten Verlage, Produktionsfirmen und weitere Vermittlungsinstanzen dem Kunstschaffen einen oftmals unabdingbaren institutionellen Rahmen. Damit sind sie immer auch an der Herstellung und Vermittlung von Kunstwerken beteiligt.¹⁰⁵⁶

4.3 Staatliche Institutionen und Private mit öffentlichem Auftrag

a) Grundsatz und Ausnahmen

Grundsätzlich gilt, dass sich staatliche Organe nicht auf die Grundrechte berufen können.¹⁰⁵⁷ Für einzelne Grundrechte haben sich dennoch begründete Ausnahmen von diesem Grundsatz herausgebildet, wonach staatliche Institutionen und Akteure mit staatlichem Auftrag unter Umständen nicht nur Adressaten, sondern auch Träger eines Grundrechts sind. Ob sich auch öffentlich-rechtliche Körperschaften, Anstalten oder juristische Personen mit einem öffentlichen Auftrag auf die Kunstfreiheit berufen können, ist differenziert für die jeweilige Konstellation zu beurteilen, namentlich in folgen-

lage im deutschen Recht BVerfGE 102, 370 (387 f.) Körperschaftsstatus der Zeugen Jehovas; GRABENWARTER, in: Maunz/Dürig, GGK (Lfg. 68 Januar 2013) 5 I/II N 42.

¹⁰⁵⁵ Erklärend dazu BALDEGGER, Menschenrechtsschutz für juristische Personen, 92, 96. Für eine Kritik am Schutz von juristischen Personen unter dem First Amendment im amerikanischen Recht NEUBORNE, *Madison's Music*, 69–72. Für ihn ist der Schutz von juristischen Personen unter dem First Amendment überall dort nicht gerechtfertigt, wo der Zweck des Schutzes die Menschenwürde eines Menschen ist: «A robot has no soul. Neither does a for-profit business corporation. Vesting either with constitutional rights premised on human dignity is legal fiction run amok.»

¹⁰⁵⁶ Gl.M. BALDEGGER, Menschenrechtsschutz juristischer Personen, 295 f.

¹⁰⁵⁷ BGE 109 Ia 173 E. 1: «Der Staat als Inhaber hoheitlicher Gewalt ist nicht Subjekt verfassungsmässiger Rechte. Diese bestehen vielmehr gegenüber ihm. Daraus folgt, dass eine öffentlich-rechtliche Korporation zur staatsrechtlichen Beschwerde nicht legitimiert ist, um als solche einen gegen sie gerichteten Entscheid anzufechten. Diese Regel ist nicht nur auf die Kantone und Gemeinden, sondern auch auf ihre Behörden anwendbar, die als Träger der öffentlichen Gewalt handeln. Ebenso gilt sie für öffentlich-rechtliche Körperschaften, die allgemeine Interessen verfolgen oder vom Staat übertragene Aufgaben erfüllen.» HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N 297; BALDEGGER, Menschenrechtsschutz juristischer Personen, 119.

den Konstellationen:¹⁰⁵⁸ Erstens können sich staatliche Institutionen und Private, die einen öffentlichen Auftrag wahrnehmen, unter Umständen auf Grundrechte berufen, wenn sie von einem staatlichen Entscheid wie eine Privatperson betroffen sind.¹⁰⁵⁹ Zweitens gilt eine Ausnahme dort, wo der Tätigkeitsbereich der Institution in spezifischer Weise in einem grundrechtlich geschützten Lebensbereich liegt und einen institutionell-konstitutiven Beitrag zur Verwirklichung des Grundrechts leistet.¹⁰⁶⁰

Ob sich öffentliche Unternehmen auf die Grundrechte berufen können, ist umstritten. Ein Teil der Lehre lehnt die Grundrechtsträgerschaft von öffentlichen Unternehmen ab, weil sie als Adressaten der Grundrechte nicht zugleich deren Träger sein können.¹⁰⁶¹ Öffentliche Unternehmen sind demnach ausnahmslos immer Adressaten der Grundrechte, weil sie entweder eine staatliche Aufgabe wahrnehmen oder aufgrund der Zurechnung zum Staat an die Grundrechte gebunden sind.¹⁰⁶² Der andere Teil der Lehre gesteht öffentlichen Unternehmen die Grundrechtsträgerschaft alleine dort zu, wo sie in einer echten Wettbewerbssituation tätig sind und wie Private am Markt teilnehmen.¹⁰⁶³ Das Bundesgericht hat die Frage bis anhin offen gelassen.¹⁰⁶⁴

b) Parallelen zur Grundrechtsträgerschaft von Medienunternehmen

Die Dogmatik zur Grundrechtsträgerschaft für staatliche Organe und Private mit öffentlichem Auftrag hat sich im Schweizer Recht insbesondere anhand der Frage der Trä-

¹⁰⁵⁸ BIAGGINI, BVK 21 N 5; Frage offengelassen bei MEYER/HAFNER, SGK BV 21 N 8; ebenso bei WYTENBACH, BSK BV 21 N 5; grundsätzlich zur Grundrechtsträgerschaft staatlicher Institutionen etwa DUBÉY, Droits fondamentaux I, N 273–279.

¹⁰⁵⁹ BGE 112 Ia 356 E. 5; BGE 125 I 173 E. 1.b; BGE 142 II 259 E. 4.2; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N 297; BALDEGGER, Menschenrechtsschutz juristischer Personen, 121; DUBÉY, Droits fondamentaux I, N 274.

¹⁰⁶⁰ BGE 142 II 259 E. 4.2; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N 297; DUBÉY, Droits fondamentaux I, N 277 f. Auch im deutschen Recht sind Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich nicht Träger der Grundrechte, sondern deren Adressaten. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht dort, wo staatliche Institutionen und Private in Ausübung einer staatlichen Aufgabe entweder in einem grundrechtlich geschützten Lebensbereich tätig sind oder einem solchen «aufgrund ihrer Eigenart zugehören». BVerfGE 21, 362 (373) Sozialversicherungsträger; BVerfGE 68, 193 (207) Zahntechniker; GRABENWARTER, in: Maunz/Dürig, GGK (Lfg. 68 Januar 2013) 5 I/II N 38 f.; BALDEGGER, Menschenrechtsschutz juristischer Personen, 124.

¹⁰⁶¹ HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 1861; andeutungsweise kritisch VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 5 N 21.

¹⁰⁶² HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 1852 ff., 1861.

¹⁰⁶³ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, § 18 N 119; TSCHANNEN, Staatsrecht, § 7 N 57; HÄSLER, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, 171: «Die Wirtschaftsfreiheit schützt die privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit. Soweit öffentliche Unternehmen keine staatlichen Aufgaben wahrnehmen, sind sie privatwirtschaftlich tätig und können sich auf Art. 27 BV berufen.»

¹⁰⁶⁴ BGE 131 II 13 E. 6.4.1 (Swisscom); BGE 127 II 8 E. 4.c; BGer-Urteil 2A.507/2006 (15.1.2007) E. 3.4.

gerschaft von Medien mit staatlichem Auftrag und staatlichen oder staatlich finanzierten Hochschulen ausdifferenziert.

Die für die Verwirklichung der Kunstfreiheit wichtige SRG SSR ist privatrechtlich als Verein organisiert, nimmt aber eine öffentliche Aufgabe wahr und ist zu grossen Teilen durch Gebühren finanziert. Das Bundesgericht hat die SRG SSR als Trägerin der Kommunikationsfreiheiten und damit auch der Kunstfreiheit anerkannt. Wie andere Personen des Privatrechts trägt die SRG zur Verwirklichung der Grundrechte bei und kann in dieser Funktion die Grundrechte anrufen.¹⁰⁶⁵ Das bedeutet, dass die SRG SSR sich beispielsweise gegen staatliche Filmzensur oder auch gegen Einschränkungen von Filmen, bei denen sie an der Produktion mitbeteiligt ist, auf die Kunstfreiheit berufen kann.¹⁰⁶⁶

c) Parallelen zur Grundrechtsträgerschaft von Hochschulen

Die Eidgenössischen Technischen Hochschulen und die kantonalen Universitäten sind als öffentlich-rechtliche Anstalten mit selbstständiger Rechtspersönlichkeit ausgestattet. Für Hochschulen als staatliche Organe besteht die Herausforderung in Bezug auf die Beurteilung ihrer Grundrechtsträgerschaft darin, dass sie als Institutionen eine Doppelfunktion ausüben: Gegenüber ihren Mitarbeitern sind Universitäten die Adressaten der Wissenschaftsfreiheit. Sie sind als staatliche Organe dazu verpflichtet, die Grundrechte ihrer Angestellten und die Wissenschaftsfreiheit der Forschenden und Lehrenden zu achten.¹⁰⁶⁷ Gegenüber ihrer Trägerschaft – seien das der Kanton, der Bund oder Dritte –, stehen die Hochschulen indessen für die Verwirklichung der Wissenschaftsfreiheit ihrer Mitglieder ein. Die herrschende Lehre geht davon aus, dass sich die Hochschulen dann auf Art. 20 BV berufen können und damit Träger der Wissenschaftsfreiheit sind, wenn sie der Verwirklichung der freien Forschung und Lehre in ihrem Betrieb dienen. Praktisch wenig relevant ist indessen, ob die Universität ein eigenständiger Träger der Wissenschaftsfreiheit ist oder sich lediglich stellvertretend für ihre Mitglieder auf die Wissenschaftsfreiheit berufen darf.¹⁰⁶⁸

Ein Sonderfall ist die Grundrechtsträgerschaft des Schweizerischen Nationalfonds (SNF). Er ist eine privatrechtliche Stiftung mit öffentlichem Zweck und folglich wie andere Private Träger der Wissenschaftsfreiheit. Der SNF ist indessen sowohl finanziell

¹⁰⁶⁵ BGE 137 I 8 E. 2.5; BALDEGGER, Menschenrechtsschutz juristischer Personen, 132.

¹⁰⁶⁶ Auch nach deutschem Recht können sich die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten auf die Rundfunkfreiheit und auf weitere Grundrechte berufen, sofern sie deren für die Ausübung ihrer Funktion bedürfen, GRABENWARTER, in: Maunz/Dürig, GGK (Lfg. 68 Januar 2013) 5 I/II N 41.

¹⁰⁶⁷ Siehe bswe BGE 136 I 332 E. 3.1, wonach die Zürcher Hochschule der Künste als staatliche Hochschule, die eine staatliche Aufgabe wahrnimmt, die Meinungsäusserungsfreiheit ihrer Angestellten achten muss.

¹⁰⁶⁸ Zum Ganzen BALDEGGER, Menschenrechtsschutz juristischer Personen, 128 f., m.w.H. auch der EGMR schützt die Universitäten als Träger der Wissenschaftsfreiheit unter Art. 10 EMRK, EGMR 28396/95 (1999) Wille v Liechtenstein, N 8, 36 ff.; EGMR 39128/05 (2009) Lombardi Vallauri v Italien, N 30.

als auch organisatorisch mit dem Staat verflochten. Im Rahmen seiner wissenschaftsfördernden Tätigkeiten ist der SNF als Träger eines öffentlichen Auftrags gegenüber den Antragstellern seinerseits an die Grundrechte gebunden.¹⁰⁶⁹

d) Grundrechtsträgerschaft staatlicher Kulturinstitutionen

Vor dem Hintergrund der Dogmatik zur Grundrechtsträgerschaft der Hochschulen und privatrechtlichen Forschungsinstitutionen mit öffentlichem Auftrag oder öffentlicher Finanzierung erstaunt es nicht, dass sich die Lehre wiederholt auch für die Grundrechtsträgerschaft staatlicher und staatsnaher Kulturinstitutionen ausgesprochen hat.¹⁰⁷⁰ Auch die deutsche Lehre erkennt juristische Personen des öffentlichen Rechts nach Art. 19 Abs. 3 GG als Träger der Kunstfreiheit an. Sie können sich demnach dann auf die Kunstfreiheit berufen, wenn sie Kunstschaffenden einen geschützten Rahmen bieten oder als Kunstvermittler auftreten. Das trifft beispielsweise auf gewisse Tätigkeiten von Museen, Theatern oder Kunst- und Musikhochschulen zu, unter Umständen aber auch auf Kirchen oder Medienanstalten.¹⁰⁷¹

Die Grundrechtsträgerschaft staatlicher und staatsnaher oder staatlich geförderter Kulturinstitutionen bedeutet, dass sich beispielsweise die Intendantin eines staatlichen oder staatlich subventionierten Theaters oder die Leitung eines städtischen Kunstmuseums gegen staatliche Einschränkungen ihrer künstlerischen und kunstvermittelnden Aktivitäten vor Gericht auf die Kunstfreiheit berufen können. Kulturinstitutionen sind demnach auch dann noch Träger der Kunstfreiheit, wenn sie besonders staatsnah organisiert sind, namhafte staatliche Fördergelder erhalten oder gar einer öffentlich-rechtlichen Organisationsform unterstehen, *insoweit* sie in ihren Handlungen der Realisierung des von der Kunstfreiheit geschützten Lebensbereichs dienen.¹⁰⁷²

Zugleich sind staatliche und staatsnahe Kulturinstitutionen gegenüber den in ihnen tätigen Kunstschaffenden als Adressaten der Kunstfreiheit zu Achtung, Schutz und Verwirklichung des Grundrechts verpflichtet. Sie dürfen keinerlei Massnahmen ergreifen, die die Kunstschaffenden ungerechtfertigt in ihrer künstlerischen Freiheit beschränken. Ein Museum würde beispielsweise die Kunstfreiheit verletzen, wenn es ein Gemälde aus einer Ausstellung entfernt, bloss weil es einem wichtigen Geldgeber nicht gefällt. Dasselbe Museum könnte sich hingegen auf die Kunstfreiheit berufen, wenn die städtischen, kantonalen oder eidgenössischen Behörden aus politischen Gründen die Entfernung eines Bildes verlangen. Eine ausdrückliche Regelung liegt für die *Pro Helve-*

¹⁰⁶⁹ BALDEGGER, Menschenrechtsschutz juristischer Personen, 130 f.

¹⁰⁷⁰ BALDEGGER, Menschenrechtsschutz juristischer Personen, 134; MOSIMANN/UHLMANN, KKR, Kap. 2 N 21; UHLMANN/BOGNUA, Zehn Thesen, 371 f.; HOLLAND, Bundesstaatliche Kunstförderung, 68; ebenso bereits HEMPEL, Freiheit der Kunst, 73 f. Auch MÜLLER, Elemente einer Grundrechtstheorie, 94, äusserte sich mit Verweis auf die *Pro Helvetia* grundsätzlich positiv zum Schutz von öffentlich-rechtlichen Stiftungen und subventionierten Theatern, Museen, usw.

¹⁰⁷¹ HUFEN, Kunstfreiheit, HGR IV, § 101 N 73. Grundsätzlich nicht auf die Kunstfreiheit berufen können sich nach deutschem Recht Gemeinden und andere Gebietskörperschaften.

¹⁰⁷² Zum Ganzen BALDEGGER, Menschenrechtsschutz juristischer Personen, 133–135.

tia vor. Das Kulturförderungsgesetz verpflichtet den Bundesrat ausdrücklich dazu, die «operative und künstlerische Freiheit der Stiftung» zu achten (Art. 45 Abs. 1 Satz 3 KFG). Es wäre zu begrüßen, diese ausdrückliche Klarheit in sämtlichen Bereichen der Kunstförderung zu schaffen (siehe auch Teil 3 Kapitel IV.3.4).

5 Zusammenfassung

Offener Kunstbegriff

Aus der Summe der Rechtsprechung zur Kunstfreiheit, der internationalrechtlichen Vorgaben und unter Einbezug anderer Verfassungsordnungen – insbesondere der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts – hat sich eine gefestigte Rechtsdogmatik zur Kunstfreiheit entwickelt. Unbestritten ist, dass der Kunstbegriff des Grundrechts offen zu verstehen ist und auch provozierende, unkonventionelle und neuartige Kunstformen geschützt sind. Für das entscheidfallende Organ liegt die Herausforderung darin, die Kriterien zur Eingrenzung des grundrechtlichen Kunstbegriffs und des Schutzbereichs entsprechend den rechtlichen Anforderungen an Transparenz, Konsistenz und Nachvollziehbarkeit des Entscheids zu stabilisieren, ohne idealisierten Vorstellungen der Kunst zu verfallen oder die angewandten Kriterien zu einem starren Kunstbegriff zu verdichten. In diesem Sinn hat das Bundesverfassungsgericht im Anschluss an seine *Mephisto*-Rechtsprechung wiederholt klargemacht, dass jegliche Abgrenzungskriterien für die Konkretisierung der Kunstfreiheit immer nur Teilaspekte der Kunst erfassen können. Sie sind als «tragfähige Gesichtspunkte» zu lesen, die im konkreten Einzelfall einbezogen werden können.¹⁰⁷³ Aus einer Kombination von formellen und materiellen, subjektiven und objektiven Gesichtspunkten lässt sich im Einzelfall eine rechtlich tragbare Definition des grundrechtlichen Kunstbegriffs finden. In ihrer definierten Offenheit trägt das Grundrecht der Einbettung der Kunst in gesellschaftliche Konventionen und ästhetische Praktiken Rechnung, ohne dabei dem Einzelnen den Raum abzusprechen, die eigenen künstlerischen Formen und Themen fortwährend zu verändern.

Umfassender Schutzbereich

Der in Rechtsprechung und Lehre gefestigte Schutzbereich der Kunstfreiheit fällt umfassend aus. Geschützt ist das künstlerische Schaffen und dessen Vermittlung durch Dritte. Die Frage nach dem Schutz der Kunstrezipienten ist angesichts des reziproken Verhältnisses von Kunst und Rezipienten affirmativ zu beantworten. Träger des Grundrechts sind natürliche und juristische Personen, die mit dem Herstellungs- und Verwertungsprozess der Kunst betraut sind. Offen ist, unter welchen Umständen auch staatliche Institutionen, beispielsweise staatliche Museen oder staatlich subventionierte Theater, ebenfalls Träger der Kunstfreiheit sind. Rechtsprechung und Lehre weisen

¹⁰⁷³ BVerfGE 67, 213 Anachronistischer Zug (II.2.); HUFEN, Kunstfreiheit, HGR IV, § 101 N 44 f. m.w.H.

eine Entwicklung auf, die mit derjenigen zur Wissenschaftsfreiheit vergleichbar ist. Kulturinstitutionen sind demnach Träger der Kunstfreiheit, insoweit sie in ihren Handlungen der Realisierung des von der Kunstfreiheit geschützten Lebensbereichs dienen.

Ausblick auf den dritten Teil der Arbeit

Der erste Teil der Arbeit erzählt eine mögliche Geschichte über die Genese der Kunstfreiheit und zeigt die breite Verankerung der Kunstfreiheit im internationalen und nationalen Recht auf. Der zweite Teil entfaltet die normative Ausrichtung des Grundrechts und steckt den Umfang seines sachlichen und persönlichen Schutzbereichs ab. Der nachfolgende dritte Teil wendet sich der Frage nach der Gewährleistung des Grundrechts zu. Es geht darum, aufzuzeigen, *wer* durch das Grundrecht zu *was* verpflichtet ist und mit welchen *Instrumenten* diese Verpflichtungen umgesetzt werden können.

Am Anfang der Untersuchung zur Gewährleistung der Kunstfreiheit steht eine grundlegende Frage, die die Debatte über die Grundrechte mindestens seit dem kalten Krieg prägte: Sind klassisch liberale Grundrechte, zu denen auch die Meinungsäusserungsfreiheit und die Kunstfreiheit zählen, ausschliesslich negative Abwehrrechte gegen den Staat oder enthalten sie auch positive Pflichten? Die vorliegende Arbeit verteidigt die These, dass die Unterscheidung zwischen negativen und positiven Verpflichtungen in der Grundrechtsdogmatik unter der totalrevidierten Bundesverfassung und im internationalen Recht einem Paradigmenwechsel Folge gibt, der die traditionelle Dichotomie negativer und positiver Freiheiten relativiert. Das kommt in Art. 35 BV zum Ausdruck, wonach die Grundrechte in der gesamten Rechtsordnung zu verwirklichen sind.

Der nachfolgende Abschnitt entfaltet die Vielschichtigkeit und Interdependenz der verschiedenen Gewährleistungsebenen der Kunstfreiheit, ebenso wie die rechtlichen Herausforderungen und unauflösbaren Spannungen, die mit jeder positiven Verpflichtung für die freiheitliche Dimension des Grundrechts verbunden sind.

Dritter Teil

Gewährleistung

I Bedingungen der Freiheit

1 Einleitung

1.1 Ansätze einer staatlichen Kunstpolitik

Im Januar 1799 adressierte sich Albrecht Stapfer, erster und einziger Kulturminister der Helvetischen Republik, mit einer *Enquête* an die «edlen» «Künstler in Helvetien» und bat sie um «Angaben der Hindernisse, welche sich den Fortschritten der Künste bisher in den einzelnen Kantonen am meisten entgegen stemmten» und weshalb «verdienstvolle Künstler» dennoch unbekannt in Helvetien lebten.¹⁰⁷⁴ Er forderte sie dazu auf, ihm Vorschläge zu unterbreiten, «auf welche Weise im Vaterlande die Künste am meisten befördert werden und für das Vaterland am nützlichsten angewandt werden» und «wo, auf welche Art und um welche Zeit die Kunstwerke lebender Helvetier oder in Helvetien lebender Künstler aufgestellt werden können»¹⁰⁷⁵. Stapfer beteuerte, dass er den Künstlern eine bedeutungsvollere Stellung in der neuen Staatsordnung einzuordnen gedenkt:

«Die Zeiten sind vorüber, Helvetien verjüngt sich, das Vaterland blickt mit gleicher Liebe auf alle seine Söhne herab und umarmt sie ohne Unterschied [...]. Eure Muse, die sonst nur allein dem Solde des Auslandes dienstbar war, weihet sich nun dem Vaterlande; und während in allen unsern Thälern das dumpfe Geräusch des Krieges schallt, dränget ihr euch zu uns in einen Bund, um mitten unter dem Waffengetümmel dem teuren Vaterlande die Vorteile und Früchte des Friedens zu gewähren.»¹⁰⁷⁶

In Stapfers Schreiben finden sich erste zögerliche Ansätze einer staatlichen Kulturpolitik, wie sie gegenwärtig ein selbstverständlicher Teil des Verfassungsstaates ist. Der helvetische Kulturminister stand mit seinen Bemühungen um Förderung von Kunst und Kultur nicht alleine da. Ähnliche Bemühungen finden sich im kontinentaleuropäischen Kontext in den Biografien französischer Revolutionäre. Eng mit ihnen verwoben sind nordamerikanische Initiativen, die sich um institutionelle und finanzielle Unterstützung für die Sammlung, Verbreitung und Entwicklung kultureller Errungenschaften und künstlerischer Erzeugnisse bemühten. Besonders bekannt sind in dieser Hinsicht die Tätigkeiten von Benjamin Franklin und Thomas Jefferson. Letzterer etablierte während seines Aufenthalts als Botschafter in Paris eine der bedeutendsten lite-

¹⁰⁷⁴ Enquête über helvetische Künstler vom 11. Januar 1799, auszugsweise abgedruckt in RUFER, Actensammlung Band 16, 131 f.

¹⁰⁷⁵ Enquête über helvetische Künstler vom 11. Januar 1799, auszugsweise abgedruckt in RUFER, Actensammlung Band 16, 131 f.

¹⁰⁷⁶ Enquête über helvetische Künstler vom 11. Januar 1799, zit. aus ROHR, Stapfer, 111.

rarischen Sammlungen seiner Zeit. In die Vereinigten Staaten zurückgekehrt, setzte sich Jefferson für die Förderung der Bildung und die Institutionalisierung von Bibliotheken und Museen ein. 1779 engagierte er sich in seinem Staat für die *Diffusion of Knowledge Bill*, 1799 für die *Public Library Bill* und 1813 für die *Bill of Education*, mit der er Grundlagen für eine kostenfreie Schulbildung legen wollte. Jefferson war der Überzeugung, dass die Fähigkeit, sprechen und schreiben zu können, die Voraussetzung aller Freiheiten ist. Aus diesem Grund erachtete er die Förderung von Bildung und den Zugang zu Ideen anderer Menschen in Form von Büchern als eines der wichtigsten Anliegen:

«The people of every country are the only safe guardians of their own rights, and are the only instruments which can be used for their destruction. And certainly they would never consent to be used were they not deceived. To avoid this, they should be instructed to a certain degree. I have often thought that nothing would do more extensive good at small expense than the establishment of a small circulating library in every country [...]»¹⁰⁷⁷

Bereits in seinen *Notes on the State of Virginia* betonte Jefferson die Bedeutung von Geschichte, Literatur, Kultur und Kunst für Bildung von urteilsfähigen Bürgerinnen und Bürgern und materielle Grundlage republikanischer Selbstregierung. Jefferson empfahl die Gründung einer öffentlichen Bibliothek und Galerie durch staatliche Unterstützung für den Ankauf von Büchern, Gemälden und Statuen.¹⁰⁷⁸ Jefferson schöpfte für sein Engagement aus seinem eigenen Bedürfnis nach kulturellem Austausch, seiner Liebe für Literatur, Architektur, die bildende Kunst und die Musik und den Anregungen, die er daraus für sich entnahm. Er stand in engem Dialog mit Künstlern und Intellektuellen seiner Zeit und hatte selbst eine äusserst produktive Schreibpraxis. Lesen war Jefferson ein tägliches Bedürfnis. Im mündlichen und schriftlichen Gedankenaustausch formte er seine eigenen Ideen.

Mit den Biografien Stapfers und Jeffersons erhalten wir Einblick in die Epoche, in der der Grundstein für den Aufbau von *öffentlichen* Bibliotheken, Schulen, Museen, Sammlungen, Ausstellungsräumen, Theaterbühnen, Archiven und damit demokratische, von einem einzelnen Herrscher losgelöste Strukturen der Kunstförderung gelegt wurden. Es handelt sich dabei um die Entwicklung derjenigen öffentlichen Institutio-

¹⁰⁷⁷ JEFFERSON, Letter to John Wyche (19.5.1809), zit. aus: DERS., *The Writings of Thomas Jefferson*, Band 5, 448.

¹⁰⁷⁸ JEFFERSON, *Notes on the State of Virginia*, 149. Zur Verschränkung von Jeffersons kontextuellen Rechtsverständnis mit seinen humanistischen Vorstellungen republikanischer Selbstregierung siehe CROW, *Thomas Jefferson, Legal History and the Art of Recollection*, 87, 114, 126–129. Zu Jeffersons Misstrauen gegenüber einzelnen Machträgern und seiner Überzeugung, dass Bildungsinstitutionen das republikanische Denken dauerhafter zu sichern vermögen GISH/KLINGHARD, *Thomas Jefferson and the Science of Republican Government*, 202, 205 f. Zur Institutionalisierung von Bildung, Kultur und Kunst als Instrument zur Erschaffung einer amerikanischen Kultur und Identität in der Gründerzeit und durch die Gründungsväter siehe einführend die Textsammlung von KORN-FELD, *Creating an American Culture, 1775–1800*.

nen, die die Ausdifferenzierung der Kunst als Lebenssachbereich entscheidend mitgeformt haben und bis heute die Bedingungen der Kunst und damit auch die Voraussetzungen ihrer Freiheit auf vielfältige Weise bestimmen. Die Bedingungen der Herstellung, Verbreitung und des Zugangs zur Kunst spielen sich sowohl auf einer individuellen als auch einer gesellschaftlichen Ebene ab. Institutionen und Praktiken der Ausbildung, Herstellung, Verbreitung, Ausstellung, Betrachtung und Aufbewahrung von Kunst wirken sich auf die tatsächlichen Möglichkeiten der einzelnen Kunstschaffenden aus.¹⁰⁷⁹

1.2 Freiheit vom und durch den Staat

Kunstförderung hat jedoch nicht nur eine emanzipatorische, sondern auch eine repressive Komponente. Kurze Zeit bevor Stapfer seine *Enquête* verfasste, wies Johann Wolfgang Goethe im Rahmen einer seiner administrativen Funktionen darauf hin, dass sich auch die Förderung von Literatur einschränkend auswirken kann.

«Nicht allein ist die Welt in zwey politische Partheien gespalten, sondern fast jede Wissenschaft ist in verschiedene Meynungen und Vorstellungsarten getrennt, alles ist in so lebhafter Bewegung, dass sowohl im allgemeinen als im besondern schwer zu unterscheiden ist was Vortschritt, Stillstand oder Rückschritt sey. Noch schwerer ist es zu beurtheilen was man zu begünstigen oder zu verhindern habe, in so fern man es könnte.»¹⁰⁸⁰

Goethe befasste sich wie viele seiner Zeitgenossen in seinen literarischen Texten mit der Spannung und Transformation von herrschaftlicher Ordnung, gesellschaftlichen Normen und individueller Lebensgestaltung. Entsprechend vermochte er als Amtsträger die offenen Widersprüche der mit der Kunstförderung eingeführten Präferenzen zu erfassen, die er als Schriftsteller erfuhr.

Stapfer und Jefferson führen uns die Abhängigkeit der Freiheit von ihren Bedingungen vor Augen. Goethe legt den Finger auf den wunden Punkt jeder staatlichen Kunstförderpolitik, wonach jede Förderung zugleich auch ein die Freiheit der Kunst behinderndes Element in sich trägt. Kunstfreiheit und Kunstförderung stehen in einem unauflösbaren Spannungsverhältnis. Staatliche Kulturförderung soll einerseits die Voraussetzungen dafür schaffen, dass Menschen ihre künstlerischen Freiheiten überhaupt ausleben können. Andererseits muss der Staat aufgrund seiner stets beschränkten Mittel eine Auswahl treffen, mit welchen Mitteln und nach welchen Kriterien er die Kunst fördert. In der materiellen Verwirklichung der Kunstfreiheit stehen die Freiheit *vom* Staat und die Freiheit *durch* den Staat in einem unauflösbar widersprüchlichen Abhängigkeitsverhältnis zueinander.

¹⁰⁷⁹ Übersichtlich KEMP, Kunstwerk und Betrachter, 251.

¹⁰⁸⁰ JOHANN WOLFGANG GOETHE, Amtliche Schriften, zit. aus MIX, Zensur im 18. Jahrhundert, 14.

1.3 Kunstförderung und die Gewährleistung der Kunstfreiheit

Der Schweizer Bundesstaat betreibt seit seiner Gründung eine Kulturpolitik, die der Kunst eine zentrale Stellung zuweist. Sie hat im Verlauf der Jahrzehnte an Umfang zugenommen und eine Verschiebung der Akzente von einer Politik der Selbstvergewisserung des jungen Nationalstaates hin zu einem soziokulturellen und freiheitlich-demokratischen Anliegen erlebt (siehe Teil II Kapitel I.4.2). Rückblickend ist das gemeinsame ideengeschichtliche Fundament von Kunstförderung und Kunstfreiheit offensichtlich. Im internationalen Recht findet sich in der Form des Rechts auf kulturelle Teilhabe und dessen Verschränkung mit der Kunstfreiheit, dem Kulturgüterschutz und der Garantie von Urheberpersönlichkeitsrechten ein juristisches Momentum, in dem die enge Verbindung zwischen künstlerischer Freiheit und ihren gesellschaftlichen und institutionellen Bedingungen offensichtlich wird. Die historische Rekonstruktion der Entwicklung verdeutlicht jedoch, wie stark sich die Ideen zur Kunstförderung und zur Kunstfreiheit auf parallelen Bahnen entwickelten. Erst mit der institutionellen Verdichtung der Kunstfreiheit zu einem eigenständigen Grundrecht wurde die staatliche Kunstförderung ab den 1970er-Jahren unter dem Schlagwort der *Demokratisierung* als grundrechtsrelevante Problemstellung thematisiert. Obwohl sich seither eine rechtliche Sensibilisierung für die Bedeutung der Kunstfreiheit feststellen lässt, bleibt die Ausgestaltung der Kunstförderungs politik aus grundrechtlicher Sicht defizitär, insbesondere was die Ausgestaltung der rechtlichen Grundlagen, der Vergabeverfahren und die Gewährleistung von Freiheit und Autonomie der Geförderten betrifft (siehe ausführlich Teil III Kapitel 4).

Der vorliegende dritte Teil fragt danach, was es rechtlich bedeutet, die tatsächlichen Voraussetzungen künstlerischer Freiheit in Übereinstimmung mit der Kunstfreiheit zu *gewährleisten*. Im Zentrum der Untersuchung steht die Frage nach den *Voraussetzungen*, auf die Menschen angewiesen sind, damit sie in den Genuss ihrer künstlerischen Freiheit kommen und diese eingebettet in die Gesellschaft selbstbestimmt ausüben können. Die rechtlichen Ansätze in Bezug auf die gesellschaftlichen Bedingungen individueller Freiheit geben Hinweise darauf, inwiefern die Kunstfreiheit ihren Verpflichteten verschiedene Verpflichtungen auferlegt, die die traditionelle Dichotomie negativer und positiver Rechte überschreiten.

Drei Aspekte der *Gewährleistung* der Kunstfreiheit sollen nachfolgend näher untersucht werden. Erstens die Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Freiheiten und die Materialisierung der Freiheitsrechte. Der Einstieg erfolgt über das anschauliche Beispiel der Bedingungen, unter denen Frauen im hier beobachteten Zeitraum ihre Kunst herstellten. Frauen hatten bis weit in das 20. Jahrhundert zwar grundsätzlich die Freiheit, künstlerisch tätig zu sein, blieben jedoch von den meisten Kunstinstitutionen und institutionellen Fördergeldern ausgeschlossen. Das reduzierte ihre Chancen drastisch, als Künstlerinnen auf dem Markt zu bestehen. Die Stellung der Frauen in der Kunst legt unmissverständlich die Bedeutung der institutionellen Bedingungen für die Ausübung der Kunstfreiheit und damit eines materiellen Grundrechtsverständnisses dar. Die darauffolgenden Abschnitte erklären die Grundrechtsdog-

matik, die auf diesen Erkenntnissen aufbaut. Sie findet in der Schweizer Bundesverfassung mit der Pflicht zur Verwirklichung der Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung (Art. 35 BV) einen prägnanten Ausdruck.

Als zweiten Aspekt der Gewährleistung der Kunstfreiheit sollen die Vielfalt der Mittel aufgezeigt werden, mit denen die *Gewährleistung* der Kunstfreiheit erfolgen kann. Dazu gehört neben der Regulierung des Marktes, steuerlichen Begünstigungen oder Urheberrechten auch die staatliche Kunstförderung im engen Sinn. Drittens wendet sich die Untersuchung der selektiven Kunstförderung als Kunstförderung i.e.S. zu und befasst sich mit der überaus heiklen Frage nach den Förderkriterien für staatliche Finanzhilfen.

2 Formelle und materielle Freiheit

2.1 Freiheit ohne Chancen: die Anderen der Kunst

a) Die Stellung der Frauen in der Kunst

«Es ist nicht leicht, ein junger Künstler zu sein», begann Meret Oppenheim ihre Dankesrede anlässlich der Verleihung des Kunstpreises der Stadt Basel 1974. «Noch schwieriger ist es, immer noch, für einen weiblichen Künstler», fuhr sie fort. «Woher kommt es», fragte sie in den bis auf den letzten Platz besetzten Raum, «dass es immer noch Männer gibt, auch junge Männer, die den Frauen den schöpferischen Geist rundweg absprechen?»¹⁰⁸¹

Der Frauenkörper ist bis heute eines der beliebtesten Objekte in der Kunst. Frauen waren in der Kunst nicht abwesend, blieben über lange Zeit jedoch im Schatten des männlichen Künstlersubjekts.¹⁰⁸² Nach den Kunsttheoretikern des 19. Jahrhunderts fehlte den Frauen diejenigen Eigenschaften, die Voraussetzung für das künstlerische Schaffen sind, darunter der «fanatisch vorwärtsdrängende Wille» und «die Kraft, die Talent genannt wird»¹⁰⁸³. Dass auch die Frau erschaffen konnte, wurde ihr nicht gänzlich abgestritten. Aber sie tat dies immer nur als zweite Stimme im Orchester. Die erste Geige spielte der Mann.

«Die Frau begleitet die Kunst des Mannes. Sie ist die zweite Stimme im Orchester, nimmt die Themen der ersten Stimme auf, wandelt sie ab, gibt ihnen neue, eigenartige Färbung; aber sie klingt und lebt von jener.»¹⁰⁸⁴

¹⁰⁸¹ Zitiert aus <http://meret-oppenheim.de/kunstpreis/> (besucht am 12. Juli 2020).

¹⁰⁸² Zur Geschichte des weiblichen Künstlersubjekts einführend NOCHLIN, *Women Artists After the French Revolution*, in: Reilly, *Women Artists*, 93–131; HYDE/MILAN, *Women, Art and the Politics of Identity in Eighteenth-Century Europe*; zur Rolle von Frauen in der Kunstförderung in der frühen Moderne LAURENCE, *Women and Art in Early Modern Europe*; WHITNEY, *Women, Art, and Society*.

¹⁰⁸³ STELZL, *Die zweite Stimme im Orchester*, 268, zit. aus MORF, *Frauen*, 12.

¹⁰⁸⁴ STELZL, *Die zweite Stimme im Orchester*, 271, zit. aus MORF, *Frauen*, 12.

Frauen, die sich dennoch ausser Haus künstlerisch betätigten, wurden oftmals mit auf naturalistisch-wissenschaftlich angelegten Geschlechterstereotypen ridikülisiert und diskreditiert. Diese Haltung sollte sich erst gegen Ende des 20. Jahrhunderts grundlegend verändern.¹⁰⁸⁵

Bedeutung der Kunstinstitutionen für die Kunst

«Why have there been no great women artists», fragte die Kunsthistorikerin Linda Nochlin in ihrem seminalen Artikel 1971.¹⁰⁸⁶ Ihre Antwort: Weil die Ansicht, Frauen besäßen weder die Fähigkeiten noch den Willen, grossartige Kunst zu schaffen, einem patriarchalen Geniekult verhaftet bleibt. Weil Frauen von den wichtigsten Kunstinstitutionen und Ausbildungen ausgeschlossen waren. Es gab keine institutionelle Förderung für Frauen in der Kunst, keine Ermutigung, keine Vorläuferinnen oder Vorbilder, keine Belohnungen, Preise oder Ausstellungsplattformen. Lange durften Frauen nicht einmal das Aktzeichnen erlernen. Nochlin weist weiter darauf hin, dass die Ansicht, Kunst sei der direkte, persönliche Ausdruck individueller Erfahrungen, naiv und überkommen ist, sich aber dennoch in der Kunstwelt hartnäckig hält. Sie betont demgegenüber, dass alles Kunstschaffen auf formellen Konventionen aufbaut und eng eingebettet in institutionelle Strukturen vermittelt wird. Die Konventionen müssen zuerst in Institutionen oder in aufwendigem Selbststudium erlernt und institutionelle Verknüpfungen hergestellt werden. Auch die Zurückweisung der bestehenden Konventionen in reaktionärer Kunst funktioniert erst nach Kenntnis der Konventionen und im Dialog mit den Kunstinstitutionen.

Öffentliche Kunst und privates Kunsthandwerk

Frauen, auch künstlerisch tätige Frauen, blieben in der Schweizer Gesellschaft auf den Heimbereich zurückgewiesen.¹⁰⁸⁷ Der Mutter und Hausfrau sollte die Schönheit «Lehrmeisterin» sein, dass jedoch alleine im häuslichen Bereich. Bis «ins kleinste» sollte die Schönheit bei den Frauen ihren Einfluss geltend machen, vom «wohlgeordneten Inhalt der Schrankfächer» über den «kunstgerecht geschnittenen und zierlich angerichteten Braten»¹⁰⁸⁸ bis zur Gestaltung der Gebrauchsgegenstände für den Haushalt «im Kampf gegen die Schundware» der Maschinenarbeit.¹⁰⁸⁹ Der Schönheit und dem künstlerischen Handwerk als volkserzieherische Mission hatte sich auch der *Schweizeri-*

¹⁰⁸⁵ MORF, Frauen, 14; einfürend auch CADUFF/WEIGEL, Das Geschlecht der Künste.

¹⁰⁸⁶ NOCHLIN, Why have there been not great women artists?; jetzt auch abgedruckt in: REILLY, Women Artists. The Linda Nochlin Reader, 42–68; auf Deutsch in ZIMMERMANN, Diversität hebt die künstlerische Qualität: Geschlechtergerechtigkeit im Kulturbereich, in: Schulz/Ries/Zimmermann, Frauen in Kultur und Medien, 19 ff.

¹⁰⁸⁷ MORF, Frauen, 13 f.; für eine künstlerische Kritik siehe das Lebenswerk von Doris Stauffer, dokumentiert in: KOLLER/ZÜST, Doris Stauffer.

¹⁰⁸⁸ ANNER, Die kunstgewerbliche Arbeit der Frau, 24.

¹⁰⁸⁹ ANNER, Die kunstgewerbliche Arbeit der Frau, 27.

sche Werkbund verschrieben, auf dass «die Arbeit des Schweizers auch die Art des heutigen Schweizers zum Ausdruck bringe»¹⁰⁹⁰. Institutionell gefördert wurde die künstlerische Tätigkeit der Frau nur, insofern sie dem im Interesse eines *schönen* Heims stehenden Kunsthandwerk entsprach und deren «Mission» erfüllte, die da war, «zu erfreuen, das Schweizerhaus zu schmücken und die Geschmackskultur zu fördern»¹⁰⁹¹.

Die Kunst der Frauen bewegte sich in den ihnen eigens vorbehaltenen Sparten «Buntstickerei», «Kreuzsticharbeiten», «Kindertaschen», «Macramé», «Batik», «Porzellanmalerei» oder «Schattenschnitte».¹⁰⁹² Alles Tätigkeiten, die ein an den klassischen Kategorien der Schönen Künste orientierter Kunstbegriff der patriarchal geprägten Öffentlichkeit nicht erfasst. Kunst machen war für viele Frauen nur im Rahmen von häuslichem *Kunsthandwerk* möglich. Die Anerkennung ihrer Arbeiten als *Kunst* blieb aus.¹⁰⁹³ So ist es beispielsweise kein Zufall, dass die 1889 geborene Sophie Taeuber an der Textilabteilung der *École des arts décoratifs* in St. Gallen studierte und nicht an einer der von ihren männlichen Kollegen besuchten Kunstakademien. Ebenso wenig überrascht es, dass sie viele ihrer Kunstwerke aus Textilien schuf. Der nächsten Generation von Künstlerinnen vermittelte sie ihr Wissen in ihrer Funktion als Textillehrerin.¹⁰⁹⁴ Als Tänzerin trat Sophie Taeuber-Arp aus Angst vor Sanktionen durch ihre Arbeitgeberin, die *Zürcher Kunstgewerbeschule*, anonym an den dadaistischen Abenden im Cabaret Voltaire auf. Als sie das Dada-Manifest, in dem sich Künstlerinnen und Künstler gegen den ersten Weltkrieg einsetzten, unterschreiben wollte, drohte ihr die Kunstgewerbeschule mit der Kündigung. Sie unterschrieb es mit einem Pseudonym.¹⁰⁹⁵

Ausschluss der Frauen von Kunstinstitutionen

Als Reaktion auf die wiederholte Weigerung des Kunstvereins, Frauen als Aktivmitglieder aufzunehmen, gründeten Künstlerinnen 1902 in Lausanne die *Société Romande des Femmes Peintres et Sculpteurs*. Aus ihr entstand 1907 die *Gesellschaft Schweizerischer Malerinnen, Bildhauerinnen und Kunstgewerblerinnen* (GSMBK). Im Jahr 1917 wird mit Sophie Hauser zwar die erste Frau in die seit dem Bundesbeschluss über die Förderung der angewandten Kunst bestehende *Kommission für angewandte Kunst* (EKaK) gewählt. Und 1923 folgt die Wahl von Adele Liljequist als erste Frau in die *Eidgenössische*

¹⁰⁹⁰ ANNER, Die kunstgewerbliche Arbeit der Frau, 27. Mit diesem Geist wurden auch zahlreiche Kunstgewerbeschulen und Ausstellungsorte gegründet, wie bsw. 1875 das Zürcher Gewerbemuseum (heute: Museum für Gestaltung) und 1878 die Kunstgewerbeschule (heute: Zürcher Hochschule der Künste (ZHdK)). Ihr Zweck war es, Stilsicherheit und Geschmack zu schulen, um «gutes» und «schönes» Handwerk zu schaffen und die Konkurrenzfähigkeit der einheimischen Produkte auf dem europäischen Markt zu sichern.

¹⁰⁹¹ ANNER, Die kunstgewerbliche Arbeit der Frau, 5.

¹⁰⁹² ANNER, Die kunstgewerbliche Arbeit der Frau.

¹⁰⁹³ MORF, Frauen, 27; siehe etwa auch WIERTZ, A Lack of a Name.

¹⁰⁹⁴ MORF, Frauen, 29.

¹⁰⁹⁵ Zitiert nach dem Dokumentarfilm *Die bekannte Unbekannte – Sophie Taeuber-Arp* (SRF Sternstunde Kunst vom 30.12.2012).

Kunstkommission (EKK). Die Stellung der Frauen in der Kunst blieb jedoch unverändert prekär. Als die Frauen wiederholt gleiche Ausstellungsrechte an den nationalen Kunstausstellungen forderten, besiegelte die Autorität Ferdinand Hodlers, der 1910 bis zu seinem Tod 1918 Zentralsekretär der GSMB war, mit dem Satz «Mir wei kanner Wiiber»¹⁰⁹⁶ den Ausschluss der Frauen aus den Schweizer Kunstinstitutionen.

Frauen blieben bis 1971 vom Schweizerischen Kunstverein ausgeschlossen und hatten damit auch keinen Zugang zu den wichtigsten Ausstellungsmöglichkeiten, Fördergeldern und Vernetzungs- und Mitsprachemöglichkeiten in der Schweizer Kunst.¹⁰⁹⁷ Erst ab dann kam Frauen in den Institutionen der Kunstwelt zögerliche Aufmerksamkeit zu.¹⁰⁹⁸ Diese Entwicklung beschränkte sich nicht auf die Schweiz, sondern bestimmte die Stellung der Frauen in der Kunst weltweit. Frauen bewegten sich diesen erschwerenden Umständen zum Trotz mit bemerkenswerter Ausdauer und Kreativität durch eine Welt, die sie nicht willkommen hiess. Ein eindrückliches Beispiel ist das Werk der amerikanischen Künstlerin Ruth Orkin (1921–1985). Sie trat als erste Frau dem *Metro-Goldwyn-Mayer Film Studio* in Los Angeles bei. Aufgrund ihres Geschlechts blieb sie jedoch von der *International Cinematographer's Guild* ausgeschlossen, womit eine Karriere als Filmemacherin praktisch unmöglich war. Als Ausweg begann Orkin zu fotografieren. In ihren Fotografien setzte sie ihre filmischen Ideen in inszenierten *Tableaux Vivants* um, die an Filmszenen erinnern.¹⁰⁹⁹

Fortbestehen materieller Ungleichheiten trotz formeller Gleichheit

Die rechtliche Gleichstellung der Künstlerinnen vermochte – wie in anderen Lebensbereichen auch – die informellen Konventionen der Kunstwelt nicht zu beseitigen. Die materielle Gleichstellung der Geschlechter ist im Kunstbetrieb bis heute nicht erreicht. Zwar besuchen mittlerweile ebenso viele Frauen wie Männer die Kunstschule. Künstlerinnen wie Georgia O’Keeffe, Niki de Saint Phalle, Marina Abramović, Cindy Sherman oder Pipilotti Rist haben es trotz ihres Geschlechts in den Kanon der Kunst geschafft. Die Statistiken verdeutlichen jedoch unmissverständlich, dass die Gleichstellung der Geschlechter in der Kunstwelt bei Weitem nicht erreicht ist. Die in den Museen ausgestellte Kunst stammt nach wie vor mehrheitlich von männlichen Künstlern. «Do women have to be naked to get into the Met. Museum?», fragten die Guerrilla Girls 1989 auf einem ihrer mittlerweile legendären Poster. Sie stellten diese Frage angesichts der Feststellung, dass weniger als 5 % der im Metropolitan Museum ausgestellten Werke moderner Kunst von Frauen sind, aber 85 % der Aktbilder Frauen abbilden. Diese Statistik hat das anonyme Künstlerinnenkollektiv 2011 aktualisiert:

¹⁰⁹⁶ Zitiert nach ALTORFER, Ferdinand Hodler; ebenso zit. bei MORF, Frauen, 27.

¹⁰⁹⁷ MORF, Frauen, 27.

¹⁰⁹⁸ MORF, Frauen, 32, m.V.a. LÜTHI/HEUSSER, Kunst in der Schweiz.

¹⁰⁹⁹ Die Biografie Orkins ist anschaulich dargelegt im *National Museum of Women's Arts* in Washington D.C.

«Only 4% of the artists in the Modern and Contemporary sections were women, but 76% of the nudes were female. Fewer women artists, more naked males. Is this progress?»¹¹⁰⁰

In den auf zeitgenössische Kunst ausgerichteten *Biennalen* und in der *documenta* ist das Verhältnis von ausgestellten Künstlerinnen und Künstlern kaum anders verteilt. Frauen haben bedeutend weniger Einzelausstellungen in den grossen Museen der Kunstmetropolen wie New York oder Paris. Die institutionell bedeutendsten Direktoren- und Kuratorenposten der Kunstwelt sind nach wie vor männlich besetzt. Weibliche Direktorinnen verdienen markant weniger als ihre männlichen Kollegen. Die Vertretung von Frauen in Galerien ist tiefer. Unter den höchstdotierten Kunstwerken an Auktionen befinden sich kaum Kunstwerke von Frauen. Bei den hundert bestverdienenden Kunstschaaffenden bleiben die Männer mehrheitlich unter sich. Für Künstlerinnen ist es bedeutend schwieriger, die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit und der Medien auf sich zu lenken.¹¹⁰¹ Eine Auswertung der Schweizer Filmförderung hat ergeben, dass zwar ungefähr gleich viele Frauen wie Männer als Filmregisseure ausgebildet werden, Frauen aber nur 22% der Filmförderbeiträge erhalten. In den Jahren 2013 und 2014 wurden Projekte von Regisseuren mit 55.3 Millionen Franken gefördert, Projekte von Regisseurinnen mit 14.8 Mio. Franken.¹¹⁰² «Frauen», so Karin Sander, Künstlerin und Professorin an der ETH Zürich, «müssen einen viel grösseren Aufwand leisten, um in gleicher Weise wahrgenommen zu werden.» Und fügt dem an: «Ich habe einfach sehr viel gearbeitet.»¹¹⁰³

Viele Künstlerinnen, die im 19. und 20. Jahrhundert ein bedeutendes künstlerisches Lebenswerk schufen, sollten erst im 21. Jahrhundert mit Ausstellungen in grossen Kunstinstitutionen gewürdigt werden. Schweizer Künstlerinnen wie beispielsweise Angelika Kauffmann (1741–1807), die ihr künstlerisches Handwerk von ihrem Vater erlernte und Porträts malte, oder Alice Bailly (1872–1938), die vielleicht früheste und radikalste Schweizer Avantgarde-Künstlerin, bleiben in den Museen und Ausstellungen unterrepräsentiert. Das Guggenheim Museum in New York widmete der Schwedischen Künstlerin Hilma af Klint eine Ausstellung, die augenscheinlich macht, inwiefern mit dem erst jetzt in den grossen Kunstinstitutionen aufkommenden Willen zur Entdeckung der Frauen sich das herkömmliche Narrativ über die moderne Kunst verändert. Hilma af Klint war ihren als Erfinder der abstrakten Kunst gefeierten männlichen Künstlerkollegen um Jahrzehnte voraus. Sie war sich ihrer marginalen Stellung und

¹¹⁰⁰ Activity #4 in: *The Guerrilla Girls' Updated Art Museum Activity Book*, zit. bei <https://www.interviewmagazine.com/art/guerrilla-girls#>, (besucht am 16.1.2018).

¹¹⁰¹ MAURA REILLY, Taking the Measure of Sexism: Facts, Figures, and Fixes, *artnews.com* vom 26.5.2015 (<http://www.artnews.com/2015/05/26/taking-the-measure-of-sexism-facts-figures-and-fixes>), besucht am 16.1.2018); HANNAH ELLIS-PETERSON, How the art world airbrushed female artists from history, *The Guardian* 6.2.2017 (<https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2017/feb/06/how-the-art-world-airbrushed-female-artists-from-history>), besucht am 16.1.2018).

¹¹⁰² ARF/FOCAL, Schweizer Filmförderung. Die Gender-Frage, 6.

¹¹⁰³ Zitiert nach REBER, Gleichstellung in der Kunstwelt?.

der für die männlich dominierte (Kunst-)Welt unerträglichen Provokation ihrer Kunstwerke bewusst. Ihrem künstlerischen Nachlass auferlegte sie eine Sperrfrist, bis die Nachwelt für ihre Kunst bereit sein würde.¹¹⁰⁴

b) Vergeschlechtlichung der Rechtsprechung zur Kunst

Es ist nicht überraschend, dass sich die Vergeschlechtlichung der Kunstwelt auch in der Rechtsprechung zur Kunst widerspiegelt. Der weibliche Körper ist die primäre Okkupation der Gerichte in ihrer Rechtsprechung zur künstlerischen Freiheit. Oftmals geht es um die Frage, ob und wie Frauen dargestellt werden sollen oder was Frauen tun dürfen. Die Unterteilung der künstlerischen Öffentlichkeit in Bilder des weiblichen Körpers, denen als Kunst ein Platz in der Öffentlichkeit zukommt, und anderen Darstellungsweisen, die als obszön aus der Öffentlichkeit verbannt werden, definiert das Bild und die Stellung der Frau bis in die Gegenwart. Aussagekräftig ist die Bedeutung des dem weiblichen Körper angehefteten Wortes *ob-scene* als *off-scene* und damit als das, was nicht in der Öffentlichkeit gezeigt werden darf.¹¹⁰⁵ Angesichts der konzeptionellen Konstruktion der Öffentlichkeit als des Ortes der interpersonalen Kommunikation und Persönlichkeitsentfaltung und als eines Forums der Demokratie (siehe dazu Teil I Kapitel 2) ist das eine in ihrer Tragweite für sich sprechende Terminologie. Mit der Regulierung des weiblichen Körpers konstituierte sich die kontingente Abgrenzung zwischen einer gesellschaftlich legitimierten Kunst und einer von der Öffentlichkeit ausgeschlossenen «Nicht-Kunst». Über weite Teile der Geschichte des modernen Verfassungsstaates war die verrechtlichte Gesellschaftsordnung darauf ausgerichtet, die institutionalisierte Ordnung der Geschlechter, die alle Lebensbereiche bestimmte, zu stabilisieren. Die Bilder von Frauen sollten Männer nicht in Versuchung führen, aber vor allem sollte das Bild der Frau und ihrer Stellung in der Gesellschaft sich nicht verändern.

Urteile darüber, wie der weibliche Körper dargestellt werden darf, sind immer auch Urteile über die Stellung der Frau in der politisch-juridischen Ordnung und Ausdruck darüber, wie plural diese Ordnung ist. In einem Urteil von 1929 zum Film *Frauennot – Frauenglück* von Sergej Eisenstein und Lazar Wechsler begründete das Bundesgericht das Verbot eines Films über die Legalisierung der Abtreibung gestützt auf die Einschätzung des Regierungsrats des Kantons Schaffhausen und die Gutachten «massgebender Kreise» – die zürcherische AerzteGesellschaft, die Beamten des Kantons Bern und verschiedene Frauenverbände – die öffentliche Aufführung des Filmes als «eine gegen Zucht und Sitte verstossende Herabwürdigung der Frau und Mutter»¹¹⁰⁶. Eine Formulierung, die rund fünfzig Jahre später im St. Galler Peep-Show-Urteil als «versachlichte, entpersonifizierte» Darstellung der Frau und unter dem «Eindruck der Automation» eine viel kritisierte Entsprechung findet und mittlerweile nicht mehr mit

¹¹⁰⁴ Zum Ganzen BASHKOFF, Hilma af Klint; VOSS, Hilma af Klint.

¹¹⁰⁵ NEAD, *Bodies of Judgment*, 212.

¹¹⁰⁶ BGer-Urteil (P.429) (30.1.1931) i.S. Film A.-C. g. Kanton Schaffhausen, E. 3.b.

der verfassungsrechtlichen Begriffsbildung zur Menschenwürde übereinstimmt.¹¹⁰⁷ Damit erklärt sich auch, weshalb Fahrners *Bild einer gekreuzigten Frau unserer Zeit*¹¹⁰⁸ zum Symbol der latenten Bedrohung einer mit sorgsammer Mühe aufrechterhaltenen Geschlechterordnung werden konnte.

Illustrativ für die andauernde Tragweite dieser Unterscheidungen in der Kunst ist das Urteil des amerikanischen Supreme Courts *NEA v Finley*. Die Organisation *National Endowment for the Arts* (NEA) ist für die Vergabe staatlicher Fördergelder zuständig. Als die NEA das Kriterium *Decency* zu einer Bedingung für Fördergelder machte, kam es zu einer Beschwerde an den Supreme Court. Beschwerdeführerin war die Künstlerin Karen Finley, die in ihrer Performance-Kunst mit dem Einsatz ihres Körpers die Darstellung von Geschlechterrollen, Weiblichkeit und Sexualität thematisiert. Finley machte geltend, dass die *Decency*-Klausel gegen ihre Meinungsäußerungsfreiheit als weibliche Künstlerin verstößt. Das Gericht wies die Beschwerde mit dem Hinweis ab, die Klausel lasse der entscheidfallenden Kommission einen ausreichenden Ermessensspielraum, um alle vom First Amendment geschützten Meinungsäußerungen weiterhin zu berücksichtigen.¹¹⁰⁹ Im Urteil ist die Aussage bemerkenswert, wonach der Staat im Bereich der Kunstförderung als Patron auftritt und deshalb in einem lockeren Verhältnis zu den Grundrechten steht:

«We recognize, as a practical matter, that artists may conform their speech to what they believe to be the decisionmaking criteria in order to acquire funding. But when the Government is acting as patron rather than as sovereign, the consequences of imprecision are not constitutionally severe.»¹¹¹⁰

Der Richter Scalia stellte sich in seiner abweichenden Meinung (*Concurring Opinion*) auf den Standpunkt, dass die *Decency*-Klausel an und für sich die Meinungsäußerungsfreiheit verletzen würde, weil sie inhaltlich beschränkt, welche Kunst förderungswürdig ist (solche inhaltlichen Einschränkungen werden im amerikanischen Verfassungsrecht als *viewpoint discrimination* bezeichnet). Dennoch ist die Klausel für Scalia verfassungsmässig, denn Künstlerinnen und Künstler, die dem Kriterium nicht entsprechen, würden vom Staat nicht daran gehindert, ihre Kunst herzustellen. Sie würden einzig vom Staat nicht aktiv unterstützt.¹¹¹¹

Diese Position unterstreicht einerseits einen wichtigen Aspekt, nämlich dass die Kriterien der Kunstförderung nicht mit gesetzlichen Einschränkungen der Kunst

¹¹⁰⁷ BGE 106 Ia 267 E. 5.b; MOLINARI, Menschenwürde, 195.

¹¹⁰⁸ BGE 83 IV 19.

¹¹⁰⁹ *National Endowment for the Arts v Finley*, 524 U.S. 569 (1998); zum Urteil ausführlich BEZANSON, *Art and Freedom of Speech*, 7–49; siehe auch DUBOFF/BURR/MURRAY, *Art Law Cases and Materials*, 633–640; McMURPHY/STAPLETON, in: Kaufman, *Art Law Handbook*, 209–213.

¹¹¹⁰ *National Endowment for the Arts v Finley*, 524 U.S. 569 (1998), 589.

¹¹¹¹ *Concurring Opinion of Justice Scalia and Justice Thomas zu National Endowment for the Arts v Finley*, 524 U.S. 569 (1998); MERRYMAN/ELSEN/URICE, *Law, Ethics and the Visual Arts*, 809, 811–813.

gleichgesetzt werden dürfen. Ein Kunstverbot hat eine andere rechtliche Tragweite als die Kriterien staatlicher Kunstförderung. Andererseits verkennt die Haltung, «wer vom Staat nichts bekommt, kann ja auch ohne Staat Kunst machen», grundlegende Aspekte der *Gewährleistung* von Freiheitsrechten. Das Beispiel der Frauen in der Kunst zeigt auf eindrückliche Weise, wie grundlegend die Bedingungen der Kunst für die Ausübung der Kunstfreiheit sind. Künstlerinnen und Künstler zu «Respekt» und «Anstand» zu verpflichten, ist erstens eine Vorgabe, sich gesellschaftlich konform zu verhalten, was dem eigentlichen Auftrag der Kunstförderung, nämlich Vielfalt und Veränderung zu ermöglichen, entgegenläuft. Zweitens ist die Vorgabe eines «Anstandes» in der Kunst inhärent mit der bürgerlichen Regulierung der Stellung der Frauen und des weiblichen Körpers in der Kunst verbunden. Wie die Beispiele zeigen, treffen diese Vorgaben nicht nur den weiblichen Körper und seine Stellung in der Öffentlichkeit, sondern auch die Handlungsfreiheit der Frauen in einer demokratischen Gesellschaft im Kern.¹¹¹² Erkennbar wird dann, dass die formelle Freiheit und ihre materielle Ausgestaltung zwei Seiten derselben Medaille sind und sich das eine nicht vom anderen trennen lässt. Die Negation dieser Verschränkung führt zur unter diesen Umständen begründeten Kritik einer effektlosen Freiheit.

c) Kritik an einem formellen Verständnis der Kunstfreiheit

«Mythos Kunstfreiheit»

«Die Reden von der Kunstfreiheit bleiben das, was sie immer gewesen sind», schreibt Julia Pelta Feldman, ein «Mythos», ein «liberales Trugbild»¹¹¹³. Sie weist auf die repressiven Bedingungen der Herstellung und Verbreitung der Kunst und der sexualisierten, objektivierten, exotisierten oder orientalisierten Darstellung ihrer Sujets hin. In der Sache ging es um verschiedene Werke moderner und zeitgenössischer Kunst, die Kinder und junge Frauen sexualisiert darstellen, wie etwa Balthus' *Thérèse Dreaming* (1938) oder Caravaggios *Amor* (1602). Feldman erkennt in den gegenwärtigen Bedingungen des Kunstbetriebs einen «wirklichen Mangel an Kunstfreiheit»¹¹¹⁴, unter dem weibliche, nicht-weiße und nicht-westliche Kunstschaaffende arbeiten und die porträtierten Sujets leben.

¹¹¹² Für eine feministische Analyse der kulturellen Annahmen zu Geschlecht, Sexualität und künstlerischer Repräsentation, die sich auf die Rechtsprechung zu Kunst von und über Frauen auswirken, siehe ADLER, *Performance Anxiety*.

¹¹¹³ JULIA PELTA FELDMANN, *Mythos Kunstfreiheit*, *Zeit Online* 2.1.2018 (<http://www.zeit.de/kultur/kunst/2017-12/zensur-debatte-kunstfreiheit-sexismus-metropolitan-balthus>, besucht am 17.1.2018).

¹¹¹⁴ JULIA PELTA FELDMANN, *Mythos Kunstfreiheit*, *Zeit Online* 2.1.2018 (<http://www.zeit.de/kultur/kunst/2017-12/zensur-debatte-kunstfreiheit-sexismus-metropolitan-balthus>, besucht am 17.1.2018).

Kritik der Grundrechte

Bekannterweise äusserte Karl Marx nicht die erste, aber eine prominente und bis heute breit rezipierte Kritik an den Grundrechten und den trotz oder gerade deswegen fortbestehenden sozialen und ökonomischen Ungleichheiten.¹¹¹⁵ Nach Marx verfestigte die bürgerliche Revolution die Herrschaft des Bürgertums gerade dadurch, dass sie die Freiheit des vom politischen Gemeinwesen abgeordneten Menschen proklamierte. Grundrechte heben demnach die faktischen Unterschiede nicht auf, sondern existieren nur unter ihren Voraussetzungen. Sie zementieren aufgrund ihrer Form, ihrer «Mechanik», unweigerlich die bürgerliche Gleichheit und mit ihr die bestehenden faktischen Ungleichheiten. Der «Mechanismus» des modernen Rechts naturalisiert so die sozialen Bedingungen und verwandelt also das Faktische, indem es die bestehenden Ungleichheiten zum Inhalt eines rechtlichen Anspruchs erklärt.¹¹¹⁶

Mit seiner Kritik an den Grundrechten stellte sich Marx gegen die zunächst in den liberalen Theorien verwendete Fiktion einer freien Öffentlichkeit. Sie diene der bürgerlichen Gesellschaft als Rechtsfigur für die Legitimation der demokratischen Herrschaft. Marx kritisierte, dass aufgrund der ökonomischen Unterschiede nicht alle gleich an der Öffentlichkeit teilnehmen können. Die öffentliche Meinung, die als Voraussetzung der Demokratie gilt, verkommt für Marx damit zu einer Maske der bürgerlichen Klasseninteressen.¹¹¹⁷ In einer formell verstandenen *Freiheitssphäre* bilden sich ungleiche Gewaltverhältnisse. Es fehlen für viele Menschen die Chancen, überhaupt an der öffentlichen Meinungsbildung teilnehmen zu können. In der bürgerlichen Privatautonomie findet jeder Mensch im anderen Menschen «nicht die Verwirklichung, sondern vielmehr die Schranken seiner Freiheit»¹¹¹⁸. Die Menschenrechte sind für Marx deshalb alleine eine Grundlage des bürgerlichen Egoismus und keine Garantie für die Entfaltung freier Menschen. Sie perpetuieren vielmehr die bürgerliche Ordnung und die bestehenden Eigentumsverhältnisse.

Einflussreiche Kritik an einer formellen Freiheit äusserten auch Mill und Tocqueville zur öffentlichen Meinungsäusserungsfreiheit. Sie gehen über Milton hinaus, der die Meinungsfreiheit als Kampf gegen die Obrigkeit und deren Zensur uneingeschränkt verteidigte. Sie erkennen in der öffentlichen Meinung vielmehr auch die Gefahr eines Zwangs, wenn nämlich die Mehrheit überhandnimmt und die Verschiedenheit der Meinungen unter dem Druck der Mehrheit sich in der Öffentlichkeit nicht mehr Gehör verschaffen kann. Gegen die Macht der Masse braucht es für Mill und Tocqueville deshalb ein Gegengewicht, das auch für Minderheitenmeinungen Raum lässt. So plädierte Tocqueville beispielsweise für intermediäre Gewalten in der Zivil-

¹¹¹⁵ Siehe insbes. MARX, Zur Judenfrage (1843).

¹¹¹⁶ Zum Ganzen einführend und daran mit einer eigenen Kritik der Rechte anschliessend MENKE, Kritik der Rechte, 10.

¹¹¹⁷ Dazu HABERMAS, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 202 f.

¹¹¹⁸ Zitiert aus HABERMAS, Strukturwandel, 203 f.

gesellschaft in Form organisierter Gruppen, worunter er auch wissenschaftliche und literarische Verbände zählte.¹¹¹⁹

Eine an die marxistische Kritik anschliessende Kritik der Rechte findet sich in zeitgenössischen feministischen und postkolonialistischen Texten. Beide Theoriestränge knüpfen an die Erfahrung an, dass die rechtliche Gleichstellung die faktischen Ungleichheiten im Zugang zu Lebensbedingungen und Arbeitsverhältnissen nicht aufhebt, weil diese nach wie vor durch die vorherrschenden gesellschaftlichen Strukturen geprägt sind. Die Begriffe «Gleichheit» und «Freiheit» dienten in der Modernisierung der Staatsstrukturen von den aristokratischen oder ständischen Herrschaftsformen zu rechtsstaatlich-demokratischen Herrschaftsformen im späten 18. und frühen 19. Jahrhundert als Instrument für das sich etablierende Bürgertum. Zugleich hat sich im Verlauf der Geschichte abgezeichnet, dass Freiheit und Gleichheit in ihren konkreten politischen Umsetzungsformen von Anbeginn an nicht alle Menschen als gleichberechtigte Rechtssubjekte erfassten. Die anderen, namentlich Frauen und Ausländer, wurden in sensiblen Bereichen von rechtlichen Ansprüchen und Schutz ausgeschlossen.¹¹²⁰ Die entgrenzte freiheitliche Ordnung blieb mit denselben Programmen kodiert wie die vorhergehende Ordnung. Denjenigen Personenkategorien, die bereits vorher Inhaber von Rechten und gesellschaftlichen Privilegien waren, kam ein nur schwer einzuholender struktureller Vorsprung in Bezug auf berufliche Netzwerke, soziale Strukturen und wirtschaftliche Grundlagen zu. Diese Ausgangslage erlaubte ihnen zugleich, über die zukünftige politische Programmierung der Rechtsordnung zu bestimmen.¹¹²¹ An dieser Stelle setzt die feministische und postkolonialistische Kritik der Rechte ein.

Mit der rechtlichen Gleichstellung der Geschlechter und der Entkolonialisierung sind auch die bisherigen Grenzen der Kunst neu geordnet worden. Die Anerkennung der Kunstfreiheit bedeutet indessen noch nicht, dass die bisherigen Rationalitäten, die die tatsächlichen Lebensverhältnisse bestimmen, ausser Kraft gesetzt sind. Die Garantie einer formellen Freiheit gewährleistet noch nicht die für die tatsächliche Verwirklichung der Grundrechte notwendige materielle Gleichstellung. Damit rückt die Tragweite eines materiellen Freiheitsbegriffs für die Kunst und damit die Bedeutung der Kunstförderung für die Freiheit der Kunst ins Zentrum der Aufmerksamkeit.

¹¹¹⁹ Zum Ganzen HABERMAS, Strukturwandel, 210–216, 218.

¹¹²⁰ BENHABIB, Die Rechte der Anderen, 28 f.; DI FABIO, Grenzen, 154 f.; HABERMANN, Freiheit, Gleichheit, Ausschluss, 200–203; KLEY, Rechtsgleichheit, 242.

¹¹²¹ HABERMANN, Freiheit, Gleichheit, Ausschluss, 199 ff.; LÖFFLER, Feministische Staatstheorien, 209 ff.; BAER, Gleichstellungsrecht, 28 ff.; ausführlich auch HABERMAS, Faktizität und Geltung, 493 ff. Interessant sind in diesem Zusammenhang auch die sog. *Third World Approaches to International Law* (TWAIL) zur Entkolonialisierung und dem Fortbestehen kolonialer Strukturen, ökonomischer Ungleichheiten und politischer Machtverhältnisse trotz rechtlicher Gleichstellung, siehe einführend KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations*; ANGHIE, *Imperialism*; WEILER, *International Law*; PAHUJA, *Decolonising International Law*.

2.2 Chancen der Freiheit: die Materialisierung der Grundrechte

Die vorliegenden Abschnitte vertiefen die Frage nach den Defiziten einer formell verstandenen Freiheitsgarantie für die Kunst und nach der Tragweite eines materiellen Grundrechtsverständnisses für die Kunstfreiheit. Im Schweizer Verfassungsrecht fand sie ihren Ausdruck in Debatten über die Materialisierung der Grundrechte. Die total-revidierte Bundesverfassung positiviert mit Art. 35 BV die Pflicht zur *Verwirklichung* der Grundrechte in der gesamten Rechtsordnung. Damit hat das Schweizer Recht ein materielles Grundrechtsverständnis positiviert und die traditionelle Dichotomie negativer und positiver Freiheitsrechte endgültig relativiert. Ihre rechtliche Geltung ist jedoch in vielen Bereichen offen und unterliegt der fortwährenden Konkretisierung in Rechtsprechung und Lehre.

a) Veränderung des Grundrechtsverständnisses

Die Anerkennung von Grundrechten war ein zentrales Postulat der liberalen Forderungen nach einem modernen Verfassungsstaat um die Jahrhundertwende. Die liberalen Verfassungen der Kantone aus den 1830er-Jahren sowie die Bundesverfassung von 1848 erkannten eine beschränkte Anzahl individueller Rechtsansprüche an. Diese wurden, abgesehen vom Recht auf Grundschulbildung, vorwiegend im engen Sinn als sogenannte Freiheitsrechte, also Abwehrrechte gegen den Staat, verstanden.¹¹²² Der Schutzzumfang der Grundrechte hat sich seit der Gründung des Bundesstaates entscheidend ausgeweitet. Bedeutsam für diese Entwicklung war nicht zuletzt der Einfluss der deutschen Staatsrechtslehre in der Zwischenkriegszeit unter der Weimarer Reichsverfassung und in der Nachkriegszeit unter dem Bonner Grundgesetz. Bedeutsam waren ab den 1950er-Jahren auch die Europäische Menschenrechtskonvention und die Menschenrechtsverträge der Vereinten Nationen.

Gerade in den 1920er-Jahren lässt sich in der Lehre eine grundsätzliche Veränderung des Grundrechtsverständnisses beobachten. Einerseits weitete sich der grundrechtliche Schutzbereich signifikant aus. Andererseits zeichnete sich ein konzeptioneller Wandel im Grundrechtsverständnis selbst ab. Grundrechte galten nicht mehr nur als Ausnahmehereiche vor staatlichen Eingriffen. Vielmehr wurden sie nun als eigentliche Grundlage des staatlichen Handelns verstanden. Die Weimarer Reichsverfassung begleitenden Lehrgespräche führten zu einer Öffnung der Dogmatik zur Meinungsäußerungsfreiheit, die bis heute einschlägig ist. Carl Schmitt formulierte in seiner 1928 erschienenen Verfassungslehre das Konzept der *Grundrechte als Verteilungsprinzip* und kehrte damit die nach der alten Lehre herrschende Vorstellung um, wonach Grundrechte vereinzelte Ausnahmen von der Staatsgewalt begründen. Nach Schmitts Verteilungsprinzip bildet die Staatsgewalt die Ausnahme, die Freiheit muss der Grundsatz sein. Einschränkungen der Freiheit müssen demnach immer – nicht nur dort, wo die Verfassung grund-

¹¹²² Siehe bswe BGE 13 I 446 (1887) zum damals noch stark beschränkten Schutzzumfang der persönlichen Freiheit.

rechtliche Freiheitsinseln geschaffen hatte – gerechtfertigt werden. Schmitt verstand die Grundrechte als «Sphären der Freiheit», also «*vor- und überstaatliche* Rechte»¹¹²³, aus denen sich positivierte Abwehrrechte ergeben. Der Staat erkennt die Grundrechte als vor ihm gegeben an und greift nur in einem «prinzipiell messbaren Umfang und nur in einem geregelten Verfahren»¹¹²⁴ in sie ein. Für Schmitt bedeutete das Verteilungsprinzip der Grundrechte, dass «die Freiheitssphäre des einzelnen prinzipiell *unbegrenzt*, die Befugnisse des Staates prinzipiell *begrenzt* sind»¹¹²⁵. Rudolf Smend setzte sich seinerseits für ein Grundrechtsverständnis ein, das in den Grundrechten «den konstituierenden Gesamtzweck des Verfassungsrechts»¹¹²⁶ erkennt. Smend wies darauf hin, dass die Grundrechte der Verfassung nicht einfach als «eine Summe von Novellen zu zahlreichen Reichs- und Landesgesetzen» zu verstehen sind und die Grundrechte «nicht die technischen Sonderzwecke jener einzelnen Rechtsgebiete» normieren, sondern «den konstituierenden Gesamtzweck des Verfassungsrechts.»¹¹²⁷. Nach dem zweiten Weltkrieg entfaltete sich die Auseinandersetzung über die formelle oder materielle Gewährleistung von Freiheitsrechten in veränderter Form im berühmten Lehrstreit über den sozialen Rechtsstaat¹¹²⁸ und in den Debatten über die Drittwirkung der Grundrechte. Das Bundesverfassungsgericht entschied im *Lüth*-Urteil, dass die Grundrechte «in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat» sind; «in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes verkörpert sich aber auch eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt».¹¹²⁹

Auch im Schweizer Verfassungsrecht hat sich das klassische Grundrechtsverständnis, nach dem Freiheitsrechte lediglich als Garanten einer negativen Freiheitssphäre gelten¹¹³⁰, sukzessive zu einem materiellen Freiheitsbegriff fortentwickelt. Zur Ausweitung des Grundrechtsverständnisses massgeblich beigetragen haben Autoren wie Zaccaria Giacometti, Hans Huber, Peter Saladin und Jörg Paul Müller, die sich wiederholt für die Anerkennung eines implizit in der Rechtsordnung enthaltenes, umfassendes Grundrechtsverständnis einsetzten.¹¹³¹ So interpretierten sie die zivilrechtlichen Persönlichkeitsrechte als Ausdruck des grundrechtlichen Persönlichkeitsschutzes. Eine An-

¹¹²³ SCHMITT, Verfassungslehre, 163.

¹¹²⁴ SCHMITT, Verfassungslehre, 163.

¹¹²⁵ SCHMITT, Verfassungslehre, 158 f. (kursiv im Original).

¹¹²⁶ SMEND, Recht der freien Meinungsäußerung, 45.

¹¹²⁷ SMEND, Recht der freien Meinungsäußerung, 45 f.

¹¹²⁸ FORSTHOFF, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats; ABENDROTH, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaats.

¹¹²⁹ BVerfGE 7, 198 (198, 204 f.) Lüth. Für eine Darstellung der historischen Entwicklung des materiellen Grundrechtsverständnisses im deutschen Kontext (und deren eigenständige Fortentwicklung) siehe CHRISTENSEN/FISCHER-LESCANO, Das Ganze des Rechts.

¹¹³⁰ Zur frühen Grundrechtsdogmatik und deren Entwicklung einfürend MÜLLER, Elemente einer Grundrechtstheorie, 45; WALDMANN, BSK BV 35 N 1; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N 258 f. m.w.H.; SCHEFER, Kerngehalte, 1 f.

¹¹³¹ Grundlegend HUBER, Bedeutung der Grundrechte, 140, 174 f.; SALADIN, Grundrechte im Wandel, 294–296; FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, 244; MÜLLER, Elemente einer Grundrechts-

nahme, die den Dualismus zwischen einer öffentlichen (grundrechtsgebundenen) und einer privaten (den Grundrechten entzogenen) Rechtssphäre grundlegend infrage stellte. Sie betonten vielmehr die Bedeutung der Grundrechte als Grundlage einer verfassungsrechtlichen Ordnung, die am umfassenden Schutz der Persönlichkeit des Menschen orientiert ist. Walther Burckhardt zählte zu den subjektiven Rechten des Einzelnen gegenüber dem Staat

«1) die Freiheit von staatlicher Einwirkung auf gewissen Gebieten, also die Einhaltung gewisser Schranken durch den Staat zugunsten der freien Bewegung des Individuums; 2) Anteil am staatlichen Schutz und an der staatlichen Fürsorge für die Gesellschaft und an den Wohlfahrtseinrichtungen; 3) Teilnahme an der Ausübung des staatlichen Willens»¹¹³².

Die Aufzählung verdeutlicht, dass Burckhardt die Grundrechte nicht alleine als Schranken gegenüber der Staatsgewalt verstand, sondern auch als Teilhaberechte an den politischen und sozialen Einrichtungen des Staates. Nach Giacometti haben die Grundrechte die negative Funktion, die individuelle Freiheit vor staatlicher Gewalt zu schützen, aber zugleich im umfassenden Sinn die positive Funktion, eine freiheitliche Staatsordnung zu gewährleisten.¹¹³³ Peter Saladin formulierte den wegweisenden Gedanken, wonach die Grundrechte als Verfassungsnormen verstanden werden müssen, die «*bis in die feinsten Verästelungen der Rechtsordnung* ausstrahlen»¹¹³⁴. Diese Position entspricht mittlerweile der herrschenden Lehre und Rechtsprechung und hat mit Art. 35 BV Eingang in die Bundesverfassung gefunden. Die Grundrechte gelangen nicht nur punktuell in der Abwehr staatlicher Gewalt zur Anwendung, sondern kommen in der gesamten Rechtsordnung zum Tragen. Sämtliche Handlungen ihrer Adressaten müssen auf die *tatsächliche* Verwirklichung der garantierten Freiheiten ausgerichtet sein.¹¹³⁵

b) Materielles Grundrechtsverständnis

Einen materiellen Verfassungsbegriff zu verwenden, bedeutet, an die Normen der Verfassung bestimmte normative Anforderungen zu stellen. Auch nach der Schweizer Verfassungslehre ist es das Grundanliegen des Staates, durch die Herrschaft des Rechts die Freiheit des Menschen sicherzustellen. Darin enthalten ist zugleich die Vorstellung, dass erst *im* und *durch* Recht die Freiheit des Einzelnen und damit auch die Freiheit für alle möglich wird.¹¹³⁶

theorie, 5 f.; MÜLLER, Soziale Grundrechte, 84; jetzt auch ausführlich MÜLLER, Verwirklichung der Grundrechte, 18 ff., aus dessen Arbeit die Anregung für die Überschrift dieses Abschnitts stammt.

¹¹³² BURCKHARDT, BVK (1914), 22.

¹¹³³ FLEINER/GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 244.

¹¹³⁴ SALADIN, Grundrechte im Wandel, 295 (kursiv im Original).

¹¹³⁵ WALDMANN, BSK BV 35 N 8 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N 265.

¹¹³⁶ In den Grundzügen bereits BURCKHARDT, BVK (1914), 1 ff.; prominent GIACOMETTI, Demokratie als Hüterin der Menschenrechte; KÄGI, Verfassung als rechtliche Grundordnung; aus der zeit-

Das materielle Grundrechtsverständnis ist auch im internationalen Recht verankert. Der Zivilpakt und der Sozialpakt enthalten je eigene Vorgaben über die Umsetzung der Menschenrechte. In beiden Verträgen spiegelt sich die Idee wider, dass die Staaten die tatsächlichen Voraussetzungen schaffen müssen, damit Menschen ihre Freiheiten wahrnehmen können.¹¹³⁷ Die Grundlagen für die Verwirklichungspflicht finden sich bereits in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte. Sie enthält mit Art. 28 AEMR den Anspruch auf eine soziale und internationale Ordnung, in der «die in dieser Erklärung verkündeten Rechte und Freiheiten voll verwirklicht werden können». In Art. 22 AEMR sieht die Erklärung spezifischer den Anspruch jedes Mitglieds der Gesellschaft vor, «durch innerstaatliche Massnahmen und internationale Zusammenarbeit sowie unter Berücksichtigung der Organisation und der Mittel jedes Staates» in den Genuss der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte zu kommen, «die für seine Würde und die freie Entwicklung seiner Persönlichkeit unentbehrlich sind». Und Art. 29 Ziff. 1 AEMR hält fest, dass jede Person Pflichten gegenüber der Gemeinschaft hat, «in der allein die freie und volle Entfaltung seiner Persönlichkeit möglich ist». Im Gegenzug ist jeder «bei der Ausübung seiner Rechte und Freiheiten nur den Beschränkungen unterworfen, die das Gesetz ausschliesslich zu dem Zweck vorsieht, die Anerkennung und Achtung der Rechte und Freiheiten anderer zu sichern und den gerechten Anforderungen der Moral, der öffentlichen Ordnung und des allgemeinen Wohles in einer demokratischen Gesellschaft zu genügen» (Art. 29 Ziff. 2 AEMR) (zu den Schranken der Kunstfreiheit siehe Teil IV).

c) **Kunstförderung als Voraussetzung der Kunstfreiheit**

Über die Rechtfertigung der Kunstförderung als Voraussetzung der Kunstfreiheit findet sich in der Literatur eine eigene Debatte, in der sich von der Forderung nach einer von staatlichen Fördermassnahmen freien Kunst bis hin zu staatlichen Massnahmen, die die Kunst vom freien Markt abschirmen sollen, verschiedenste Positionen finden.¹¹³⁸ Friedrich Dürrenmatt war beispielsweise der Ansicht, dass die Kunst eine Dienstleistung oder Ware ist, die sich auf dem freien Markt realisiert. Er stellte sich gegen staatliche Fördermassnahmen, weil er in diesen die Verbeamtung der Kunst und darin die Aufkündigung der künstlerischen Freiheit sah. Die Kunst muss demnach ihrer Freiheit zuliebe frei von staatlicher Unterstützung sein, weil sie nur so der Gesellschaft gegenüber unverpflichtet und kritisch auftreten kann.

«Nimmt man daher unsere Freiheit ernst, so ist gerade der Schriftsteller der Freiheit zuliebe verpflichtet, der Gesellschaft gegenüber unverpflichtet, kritisch aufzutreten, wäh-

genössischen Lehre anstelle vieler HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N 21, 26 f.

¹¹³⁷ Die Entwicklung ist bsw. übersichtlich dargelegt bei WIMALASENA, Die Durchsetzung sozialer Menschenrechte; vertieft mit einem historischen Ansatz etwa bei MOYN, Not Enough.

¹¹³⁸ Für einen Überblick über die Debatte zur Rechtfertigung der Kunstförderung in der Schweiz in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts siehe DAL MOLIN, Von der schwierigen Kunst, 253 ff.

rend die Gesellschaft, will sie frei sein, zwar verpflichtet ist, die grundsätzlich freie Position des Schriftstellers als dessen Grundbedingung zu respektieren, doch nicht verpflichtet werden kann, die Rentabilität seiner Schriftstellerei als Beruf zu garantieren.»¹¹³⁹

Die Gegenposition findet sich prominent bei Pierre Bourdieu, der stellvertretend für die Forderung nach Anerkennung der Kunst als ein vom Markt autonomes Gut steht. Er kritisiert eine «De-facto-Privatisierung» der Kunst und von Kulturinstitutionen durch den freien Markt und erkennt in der Anpassung der Kunst an die Produktionsbedingungen des Marktes und die Interessen und Bedürfnisse der Käufer eine Erosion der künstlerischen Autonomie. Nach Bourdieu hat der Staat durch staatliche Förderung die Autonomie der Kunst gegenüber dem Markt zu unterstützen.

«Es gibt gewisse Existenzbedingungen für eine kritische Kultur, die nur der Staat gewährleisten kann. Kurz gesagt, wir müssen vom Staat die Mittel fordern, die die Freiheit gegenüber wirtschaftlichen, aber auch politischen Mächten, das heisst gegenüber dem Staat selbst, garantieren.»¹¹⁴⁰

Eine vermittelnde Position zur Kunstförderung findet sich bei John Rawls. Er befasst sich in seiner *Theorie der Gerechtigkeit*¹¹⁴¹ mit der Frage nach der gerechten Zuweisung von Rechten und Pflichten und der richtigen Verteilung gesellschaftlicher Güter. Ausgangspunkt seiner Theorie ist die ursprüngliche Übereinkunft einer Gruppe von Menschen, die darüber entscheiden müssen, was in ihrer Gesellschaft als gerecht und ungerecht gelten soll. Sie wissen, dass diese Gesellschaft heterogen ist und ihre Mitglieder über unterschiedliche Fähigkeiten und Vermögen verfügen. Ihnen ist aber noch nicht bekannt, welche Position sie selbst in dieser Gesellschaft einnehmen werden (*Schleier des Nichtwissens*). Was vernünftige Menschen in dieser theoretischen Situation der Freiheit und Gleichheit treffen *würden*, bestimmt die Grundsätze der Gerechtigkeit.¹¹⁴²

Mit diesem Verfahren gelangt Rawls zu zwei Grundsätzen der Gerechtigkeit. Erstens soll jedermann *gleiche Grundfreiheiten* haben, die mit dem gleichen System für alle anderen verträglich sind. Zu den Grundfreiheiten gehören die politischen Rechte, die Rede- und Versammlungsfreiheit, die Gewissens- und Gedankenfreiheit und die persönliche Freiheit. Zweitens sind soziale und wirtschaftliche *Ungleichheiten* so zu gestalten, dass sie zu jedermanns Vorteil dienen und jeder *gleiche Chancen* auf Positionen und Ämter hat. Der erste Grundsatz geht dem zweiten lexikalisch vor. Die Verletzung von Grundfreiheiten können nicht durch gesellschaftliche oder wirtschaftliche Vorteile gerechtfertigt werden.¹¹⁴³ In einer marktwirtschaftlich organisierten Gesellschaft mit ihren tatsächlichen Ungleichheiten verpflichten die Grundsätze gleicher Freiheit und Chancen einerseits dazu, Menschen mit ähnlichen Fähigkeiten ähnliche Lebenschancen zu ermöglichen. Den freien Märkten soll mittels Einbettung in politische und juris-

¹¹³⁹ DÜRRENMATT, Schriftstellerei als Beruf, in: Ders., Literatur und Kunst, 57–59.

¹¹⁴⁰ BOURDIEU/HAACKE, Freier Austausch.

¹¹⁴¹ RAWLS, Theorie der Gerechtigkeit.

¹¹⁴² RAWLS, Theorie der Gerechtigkeit, 28 f.

¹¹⁴³ RAWLS, Theorie der Gerechtigkeit, 81 f.

tische Institutionen strukturelle Bedingungen auferlegt werden, die Voraussetzung gleicher Chancen sind. Dazu gehört insbesondere die Verhinderung von Vermögenskonzentrationen und der gleiche Zugang zu Bildungsmöglichkeiten. Demokratisch sind diese Bedingungen dann, wenn sie zur Verbesserung der Aussichten der am wenigsten begünstigten Mitglieder der Gesellschaft beitragen (sog. Unterschiedsprinzip). Die demokratische Gerechtigkeit unterscheidet sich damit markant von einer formellen Verfahrensgerechtigkeit ohne materiellen Bezug zu einem bestimmten Ergebnis. Eine gerechte Grundstruktur besteht aus Freiheiten, Chancen und Verfahren, die an den Zielen der demokratischen Gleichheit und somit an der Verbesserung der Stellung der wenigsten Begünstigten ausgerichtet sind.¹¹⁴⁴ Die Unfähigkeit einer Person, wegen ihrer sozialen oder wirtschaftlichen Stellung von ihren Rechten Gebrauch zu machen, mindert für sie den Wert dieser Rechte.¹¹⁴⁵ Fehlt der institutionelle Rahmen, kommt keine Güterverteilung zustande, die den Grundsatz der Chancengleichheit erfüllt. Die Grundstruktur umfasst gleiche Freiheiten, gerechte Entscheidungsverfahren, gleiche Bildungschancen, kulturelle Möglichkeiten, wirtschaftliche Chancengleichheit, die Möglichkeit freier Berufswahl und die Sicherung des Existenzminimums mittels Versicherungen und Einkommenszuschüssen.¹¹⁴⁶

Mit der demokratischen Verteilung von Gütern nicht zu vereinbaren sind etwa meritokratische Verteilungsschemen (Belohnung für Verdienste, Begabungen, Leistungen) ebenso wie die Verteilung nach utilitaristischen oder perfektionistischen Gesichtspunkten.¹¹⁴⁷ Entsprechend begrüsst Rawls die Verwendung öffentlicher Mittel für die Herstellung und den Zugang zu kulturellen Gütern als Ausdruck der Kommunikationsfreiheiten und der Chancengleichheit im Zugang zu Bildung und Kultur. Zugleich verwirft Rawls die Verwendung öffentlicher Mittel für die Perfektionierung oder Maximierung kultureller Errungenschaften an die Kunst und die Wissenschaft. Die Gleichheit der Freiheiten und mit ihr die Gleichheit der Lebensgestaltung und Gemeinschaftsbildung verbietet es demnach, der Kunst und der Wissenschaft einen höheren inneren Wert zuzugestehen und ihnen alleine deshalb mehr öffentliche Güter zuzuwei-

¹¹⁴⁴ RAWLS, *Theorie der Gerechtigkeit*, 93 f., 96, 108.

¹¹⁴⁵ RAWLS, *Theorie der Gerechtigkeit*, 255 f. Als Beispiel nennt Rawls die Rede- und Versammlungsfreiheit. Sie ist Voraussetzung der politischen Freiheit. Der Wert beider Freiheiten sollte in einer demokratischen Gesellschaft für alle Menschen möglichst gross sein, damit sie tatsächlich am öffentlichen Leben und dem politischen Willensbildungsprozess teilnehmen können. Die Freiheiten verlieren an Wert, wenn Einzelne durch die Akkumulation privater Mittel den Verlauf der öffentlichen Diskussionen zu ihrem Vorteil lenken können. Die Anpassung der Grundstrukturen soll für einen Ausgleich sorgen. Eine Reihe von Möglichkeiten ist vorstellbar, so etwa Massnahmen der politischen Ökonomie zur Streuung des Eigentums, öffentliche Mittel zur Förderung der öffentlichen Diskussion oder Gesetze und öffentliche Gelder, die die Unabhängigkeit der politischen Parteien sichern.

¹¹⁴⁶ RAWLS, *Theorie der Gerechtigkeit*, 310 f. Zur Kritik an der Theorie von Rawls siehe MOYN, *Not Enough*, 39 f., mit dem Hinweis, dass die internationalen Menschenrechte mit ihren Minimalgarantien über den Rawl'schen Egalitarismus hinausweisen.

¹¹⁴⁷ RAWLS, *Theorie der Gerechtigkeit*, 344 f.

sen. In einer demokratischen Gesellschaft sucht jeder sein Wohl auf seine eigene Art. Alle Arten, innere Werte und Ziele sind gleichwertig. Die Förderung von Kunst und Wissenschaft lässt sich nach der demokratischen Gerechtigkeit nur dann rechtfertigen, wenn sie unmittelbar oder mittelbar gesellschaftliche Verhältnisse fördern, die den Wert der Freiheit der am wenigsten Begünstigten erhöhen. Die Gerechtigkeitsgrundsätze gestatten keine Subventionierung von Universitäten oder Kunstinstitutionen, weil sie «wertvoll» sind, sondern nur wenn sie der Sicherung gleicher Freiheiten und die Verbesserung der Stellung der am wenigsten Bevorzugten angemessen fördern.¹¹⁴⁸

Die vermittelnde Position in der Theorie John Rawls kommt der den modernen Verfassungen zugrunde liegenden Idee nahe, dass der *Rechtsstaat*¹¹⁴⁹ die Freiheit des Individuums schützt und zugleich die Bedingungen ihrer Freiheit erschafft. Künstförderung ist Ausdruck und Bedingung der Kunstfreiheit. Die staatliche Förderung der Kunst nach einem perfektionistischen Ansatz ist deshalb nur mittels denjenigen Mitteln möglich, die nicht der Verteilungsgerechtigkeit dienen, sondern als freiwillige Zuwendungen von allen Steuerzahlern gutgeheissen werden, weil man zusätzlich zu den aus der demokratischen Gerechtigkeit verpflichteten Stabilisierungs- und Umverteilungszahlungen «freiwillig» staatliche Mittel einsetzen möchte.¹¹⁵⁰

2.3. Zusammenfassung

Das materielle Grundrechtsverständnis leistet im Gegensatz zu formalistischen Auffassungen den entscheidenden Entwicklungsschritt, wonach die Grundrechte die Schaffung von Bedingungen für ihre *tatsächliche* Verwirklichung zum Gegenstand ihres Geltungsbereichs haben. Das materielle Grundrechtsverständnis vermag sich damit zwar der marxistischen Kritik am Rechtsbegriff nicht zu entziehen. Das Postulat der Grundrechtsverwirklichung bleibt von der liberalen Verfassungsordnung eingerahmt. Das Bundesgericht hat entsprechend darauf hingewiesen, dass «Menschen aufgrund ihrer faktischen Ungleichheit (Vermögen, Gesundheit, Begabung) in unterschiedlichem Masse in der Lage sind, von den ihnen rechtlich zustehenden Möglichkeiten und Rechten Gebrauch zu machen» und der Staat «weder aufgrund der Rechtsgleichheit noch aufgrund spezifischer Grundrechte verpflichtet ist, sämtliche faktischen Ungleichheiten zu beheben»¹¹⁵¹. Grundrechte sollen aber nicht nur die Freiheiten derer schützen, die diese Freiheiten aufgrund ihrer Stellung ohne weiteres Zutun in Anspruch nehmen können. Sie sollen auch die Bedingungen herbeiführen, unter denen möglichst alle Menschen in den *tatsächlichen* Genuss dieser Freiheiten kommen können. Die Ge-

¹¹⁴⁸ RAWLS, Theorie der Gerechtigkeit, 360–367, 571, 574.

¹¹⁴⁹ Der Begriff des Rechtsstaats nimmt dabei eine für den deutschsprachigen Raum spezifische Begriffsbedeutung ein, einfürend dazu nach wie vor BÖCKENFÖRDE, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs; zeitgenössische kritische Einordnung des Begriffs bei MAHLMANN, Konkrete Gerechtigkeit, 83–93.

¹¹⁵⁰ RAWLS, Theorie der Gerechtigkeit, 363 f., 366 f.

¹¹⁵¹ BGE 122 I 130 E. 3.c.aa.

währleistung der Kunstfreiheit umfasst dementsprechend die Pflicht, der Kunst im Rahmen der staatlichen Leistungsfähigkeit *Chancen der Freiheit* zu schaffen. Es ist dieses Grundrechtsverständnis, dass sich in der geltenden Bundesverfassung in Art. 35 BV niedergeschlagen hat.

3 Pflicht zur Verwirklichung der Kunstfreiheit (Art. 35 BV)

Kunst ist ein Lebensbereich, der sich unter Marktbedingungen abspielt und sich in engem Austausch mit Kulturinstitutionen wie Kunstakademien, Museen, Sammlungen, Archiven und Galerien ausformt. Der Ausschluss der Frauen aus diesen Institutionen im 19. und 20. Jahrhundert illustriert auf eindruckliche Weise, wie zentral der Zugang zu diesen strukturellen Bedingungen für die künstlerische Entwicklung und Teilnahme am öffentlichen Dialog ist (siehe Teil III Kapitel I.1.1.a). Die Kritik an einem formellen Grundrechtsverständnis aufgreifend, hat sich in den Rechtswissenschaften im Verlauf des 20. Jahrhunderts das Dogma der Pflicht zur materiellen Gewährleistung der Grundrechte herausgebildet. Im Sinne des Nachführungsauftrags hat das materialisierte Grundrechtsverständnis mit Art. 35 BV Eingang in die totalrevidierte Bundesverfassung gefunden.

Die nachfolgenden Abschnitte befassen sich mit der Rechtsdogmatik zur Gewährleistung der Kunstfreiheit im Schweizer Verfassungsrecht. Dabei geht es um folgende zwei Fragen: Erstens, welche Akteure sind zur Gewährleistung der Kunstfreiheit verpflichtet und zweitens, welche Verpflichtungen werden den Adressaten der Kunstfreiheit damit auferlegt.

3.1 Verpflichtete

a) Institutionell

Staat als primärer Grundrechtsadressat

Grundrechte sind als Schutz elementarer Rechte des Individuums primär an den Staat gerichtet. An den Grundrechtsverwirklichungsauftrag gebunden sind die Organe aller föderalen Organisationseinheiten (Bund, Kantone, Gemeinden) und staatlicher Gewalten (Legislative, Exekutive, Judikative). Die Zurechenbarkeit einer Handlung zu einem staatlichen Organ ist das primäre Anknüpfungskriterium zur Bestimmung des grundrechtlichen Adressatenkreises. Entsprechend ist der Staat in allen seinen Handlungen an die Grundrechte gebunden.¹¹⁵² Die Stadt Genf ist bsw. bei der Programmation des städtischen Theaters an die Grundrechte gebunden.¹¹⁵³ Der Bund ist auch in seiner Kulturaussenpolitik an die Kunstfreiheit gebunden. Die öffentlichen Interessen der Aussenpolitik vermögen allenfalls gesondert gerechtfertigte Einschränkungen der

¹¹⁵² Anstelle vieler HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N 205, 272, 277; DUBÉY, Droits fondamentaux, N 280; WALDMANN, BSK BV 35 N 10, 26.

¹¹⁵³ BGer-Urteil 1C_312/2010 (8.12.2010) E. 3.5.

Kunstfreiheit zu stützen, was jedoch im Einzelfall einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich sein muss. Ebenfalls an die Grundrechte gebunden ist der Bundesgesetzgeber. Der Vorbehalt von Art. 190 BV, wonach Bundesgesetze für das Bundesgericht massgebend sind, beschränkt nur die gerichtliche Überprüfung der Bundesgesetze, nicht aber die Grundrechtsbindung der Bundesversammlung als Staatsorgan.¹¹⁵⁴

Institutionelle Grundrechtsbindung bei wirtschaftlichen Tätigkeiten

Der Staat ist auch im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeiten an die Grundrechte gebunden. So ist er beispielsweise auch bei der Verwaltung seines Finanzvermögens zur Verwirklichung der Grundrechte verpflichtet.¹¹⁵⁵ Nach einem Teil der Lehre ist die Intensität der Grundrechtsbindung im Rahmen einer dem Staat in begrenztem Umfang zugestandenen unternehmerischen Freiheit für Tätigkeiten, die ausserhalb der Erfüllung staatlicher Aufgaben liegen, je nach Konstellation weniger stark zu gewichten. Ist der Staat wirtschaftlich tätig und handelt er dabei in einem Monopolbereich oder in einem stark eingeschränkten Markt, können die Vertragspartner nicht einfach auf andere Anbieter ausweichen. Entsprechend höher sind die Anforderungen an das Gleichbehandlungsgebot und die Grundrechtsbindung seitens des Staates bei der Wahl der Vertragspartner. Handelt der Staat hingegen als ein Marktteilnehmer neben einer Vielzahl anderer auf einem vielfältigen und funktionierenden Markt, ist er in der Wahl seiner Vertragspartner freier.¹¹⁵⁶

Die rechtliche Bindung des Staates bei wirtschaftlichen Aktivitäten ist in verschiedener Hinsicht auch für die Kunstfreiheit relevant. So kommt die Grundrechtsbindung beispielsweise dann zum Tragen, wenn sich der Staat als Käufer oder Verkäufer auf dem Kunstmarkt beteiligt. Äusserst sorgfältig zu beachten ist die Grundrechtsbindung beispielsweise, wenn ein staatliches Museum auf dem Kunstmarkt Gemälde einkauft. Die dem Kontext entsprechende Gewichtung der Grundrechtsbindung entlastet den privatwirtschaftlich tätigen Staat nicht von seiner Grundrechtsbindung. Der Staat muss seinen eigentlichen Zweck als Garant des Persönlichkeitsschutzes der Individuen unter allen Umständen einhalten, und zwar unabhängig davon, in welcher Rechtsform er sein Handeln organisiert.¹¹⁵⁷

¹¹⁵⁴ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N 273; WALDMANN, BSK BV 35 N 31.

¹¹⁵⁵ BGer-Urteil 2C_1106/2012 (1.10.2013) E. 2.3; WALDMANN, BSK BV 35 N 26 Fn. 71.

¹¹⁵⁶ BGE 137 I 120 E. 5.5 (Kontrahierungszwang und Grundrechtsbindung bei Versorgermonopol für Strom und Warmwasser); BGE 127 I 84 E. 4.c (Bindungsintensität abhängig von der Offenheit des Werbemarktes, respektive der Abhängigkeit des Interessenten von der Benutzung einer öffentlichen Sache); WALDMANN, BSK BV 35 N 27; BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Grundrechte I, Kap. 5 N 6; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, N 1155–1165; BIAGGINI, BVK 27 N 17a; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 1859.

¹¹⁵⁷ So auch HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 1857.

b) Funktional

In Erfüllung einer staatlichen Aufgabe

An die Grundrechte gebunden sind neben dem Staat als *institutioneller* Grundrechtsadressat auch alle natürlichen und juristischen Personen, die *funktional* staatliche Aufgaben wahrnehmen (Art. 35 Abs. 2 BV). Der Staat kann sich nicht durch «Flucht in das Privatrecht» seiner Bindung an die Grundrechte entziehen.¹¹⁵⁸ Ein Beispiel aus der Rechtsprechung: Die Schweizerische Nationalbank ist auch dort, wo sie privatrechtlich auftritt, an ihren öffentlichen Auftrag im weitesten Sinne gebunden. Sie hat sinngemäss die verfassungsmässigen Grundrechte zu beachten und darf Private nicht rechtsungleich oder willkürlich behandeln.¹¹⁵⁹

Der Begriff der *staatlichen Aufgabe* gemäss Art. 35 Abs. 2 BV umfasst nach herrschender Lehre «alle Tätigkeitsfelder, die durch die Verfassung und die darauf gestützte Gesetzgebung der Erfüllungsverantwortung des Gemeinwesens zugewiesen werden»¹¹⁶⁰. Eine staatliche Aufgabe liegt dort vor, wo eine Rechtsnorm den Staat dazu verpflichtet, eine bestimmte Aufgabe zu erfüllen oder diese aufgrund des staatlichen Gewaltmonopols oder dem Staat inhärenter Kompetenzen eine staatliche Aufgabe ist.¹¹⁶¹ Dazu gehören auch Dienstleistungen, insbesondere die staatlichen Grundversorgungsaufträge (Wasser, Strom, Personenbeförderung, Post- und Fernmeldedienste, Gesundheit, Bildung). Eine staatliche Aufgabe nehmen auch Institutionen wahr, die Sicherheits- und Kontrollfunktionen über private und privatwirtschaftliche Tätigkeiten einnehmen, nicht aber diejenigen Personen, die die kontrollierte Tätigkeit selbst ausüben.¹¹⁶²

An die Kunstfreiheit gebunden ist also auch der als Privatrechtssubjekt auftretende Staat und alle Privaten, die vom Staat übertragene Aufgaben erfüllen.¹¹⁶³ Das BAK hat bswa den Vollzug des Programms Jugend+Musik an das private Unternehmen Res Publica AG übertragen (Art. 17 Abs. 1 Verordnung EDI vom 25. November 2015 [SR 442.131]). Als Privater, der eine öffentliche Aufgabe erfüllt, ist die Res Publica AG nach Art. 35 Abs. 3 BV an die Grundrechte gebunden.¹¹⁶⁴ Der Bund kann Bereiche der Filmförderung an privatrechtliche Organisationen übertragen (Art. 9 FiG). Dabei blei-

¹¹⁵⁸ BGE 109 Ib 146 E. 4; BGE 128 III 250 E. 2; BGE 139 I 306 E. 3.2.2 und 3.2.3; BGE 143 I 37 E. 7.1; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 1850; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, § 25 N 52; siehe auch die Monografien von HÄSLER, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, 117–130; SCHLATTER, Grundrechtsgeltung, 45; des Weiteren HANGARTNER, Staat als Unternehmer, 247–250; Botschaft BV, 193.

¹¹⁵⁹ BGE 109 Ib 146 E. 4.

¹¹⁶⁰ WALDMANN, BSK BV 35 N 20.

¹¹⁶¹ Siehe bswa BGE 140 I 2 E. 10.2.

¹¹⁶² WALDMANN, BSK BV 35 N 20 f.

¹¹⁶³ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N 277; DUBEY, Droits fondamentaux, N 280 f.

¹¹⁶⁴ BVGer-Urteil B-973/2017 (11.7.2017) E. 2.2.

ben diese Organisationen in der Erfüllung ihres staatlichen Förderauftrags an die Kunstfreiheit gebunden.

Die Erfüllung der staatlichen Aufgabe muss vom Staat mittels eines Auftrags an einen Privaten übertragen worden sein. Nicht von Art. 35 Abs. 2 BV erfasst sind Personen, die Tätigkeiten ausüben, an denen zwar ein öffentliches Interesse besteht, für die aber entweder kein staatlicher Auftrag vorliegt oder dieser nicht an sie übertragen wurde.¹¹⁶⁵ So besteht beispielsweise ein öffentliches Interesse an einer autonomen Kunstszene. Private Kunstbetriebe oder Kunstveranstalter sind aber so lange nicht an die Grundrechte gebunden, als sie diese Tätigkeit nicht in Erfüllung eines an sie übertragenen staatlichen Kulturauftrags ausüben. Das gilt auch dann noch, wenn sie staatliche Fördergelder erhalten. Demgegenüber ist ein Museum, das zwar in Form einer privatrechtlichen Stiftung organisiert ist, aber in Erfüllung des staatlichen Kulturauftrags oder mit substantieller und dauerhafter staatlicher Finanzierung einen Kulturauftrag wahrnimmt, an die Kunstfreiheit gebunden.

Private Unternehmen des Staates

Private Unternehmen, die dem Staat organisatorisch zuzurechnen sind, sind grundrechtsgebunden. Das gilt unabhängig davon, ob sie eine staatliche Aufgabe im Sinne von Art. 35 Abs. 2 BV wahrnehmen. Ausschlaggebend ist der bestimmende Einfluss des Staates auf die Willensbildung des Unternehmens. Es ist auf die staatliche Beteiligung am Unternehmenskapital und den Einfluss auf die Bestellung der Mitglieder der obersten Gremien abzustellen.¹¹⁶⁶ Der Kanton Bern ist bswa bis zu 70 Prozent am Aktienkapital der privatrechtlich organisierten BKW beteiligt und wählt Vertreter in den Verwaltungsrat. Die BKW ist im Abstimmungskampf genau wie staatliche Institutionen zu politischer Neutralität verpflichtet.¹¹⁶⁷

Bindung bei Nebenaktivitäten

Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist auch dann an die Grundrechte gebunden, wenn es sich um Nebenaktivitäten handelt, mit denen er sich finanziert. Er ist dabei nicht nur an das Willkürverbot und den Grundsatz der Rechtsgleichheit gebunden, sondern muss generell auch dem besonderen ideellen Gehalt der Freiheitsrechte Rechnung tragen.¹¹⁶⁸ Ein Beispiel: Im redaktionellen Teil des Programms kann die SRG sich

¹¹⁶⁵ WALDMANN, BSK BV 35 N 19.

¹¹⁶⁶ HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 1855; BGE 138 I 274 E. 2.2. und 2.3 Plakate im Bahnhof; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, § 18 N 97 ff.; im Widerspruch dazu BGE 129 III 35 (Post).

¹¹⁶⁷ BGer-Urteil 1P.141/1994 (26.5.1995) E. 3.c und 4; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 1856.

¹¹⁶⁸ BGE 123 II 402 E. 3 Werbung VgT; BGE 138 I 274 E. 2.2.2 Plakate im Bahnhof; BGE 139 I 306 E. 3.2.3 SRG Werbung; EGMR 24699/94 (2001) VgT g. Schweiz, N 44 ff.; WALDMANN, BSK BV 35 N 23 f.

unbeschränkt auf ihre Programmautonomie berufen. Bei der Akquisition und Ausstrahlung der Werbung wird die SRG nicht unmittelbar im Rahmen ihres Programmauftrags tätig. Obwohl der Werbevertrag an sich den privatrechtlichen Regeln unterliegt, ist die SRG in diesem Bereich an die Grundrechte gebunden und hat zu deren Verwirklichung beizutragen. Sie ist als privilegierte Konzessionärin des Bundes im Werbebereich nicht gleich frei wie Private.¹¹⁶⁹

Keine Entlastung von der Grundrechtsträgerschaft

Nicht möglich ist es, Träger staatlicher Aufgaben von der Grundrechtsbindung zu entlasten. Einschränkungen der Grundrechte können aber entsprechend den Anforderungen an ihre Rechtfertigung nach Art. 36 BV (siehe dazu Teil IV Kapitel I.3.b) rechtmässig begründet werden.¹¹⁷⁰

Das gilt auch für Kunstbetriebe wie Museen und Theater, die einen staatlichen Kulturauftrag erfüllen. Sie sind bei der Zulassung und Wahl privater Gönner, Förderer und Werbepartner an die Grundrechte gebunden. Entsprechend heikel wäre es, private Gönnerbeiträge oder Werbegelder anzunehmen und im Gegenzug die kuratorische Freiheit einzuschränken. So müsste im Einzelfall sorgfältig geprüft werden – ähnlich wie bei der Wissenschaftsfreiheit –, ob die Verbindung von Werbegeldern oder Gönnerbeiträgen mit konkreten inhaltlichen Auflagen an das künstlerische Programm mit der Kunstfreiheit zu vereinbaren ist. Ein Werbegeschäft wäre insbesondere dann problematisch, wenn ein Museum, das den staatlichen Auftrag hat, Gegenwartskunst auszustellen und zu fördern, sich im Gegenzug dazu verpflichtet, nur noch solche Kunstwerke auszustellen, die gesellschaftlich und politisch keinen Anstoss erregen oder eine bestimmte politische oder gesellschaftliche Aussage machen. Mit der Kunstfreiheit kaum zu vereinbaren wäre es, wenn ein Werber oder Gönner Kunstwerke, die ihm nicht gefallen oder die er als anstössig empfindet, aus dem Programm entfernen lassen oder gar selbst über das Programm einer Kunstinstitution mit staatlichem Auftrag mitbestimmen könnte. Vielmehr ist die finanzielle Förderung von Kunstinstitutionen mit öffentlichem Auftrag analog zur Förderung der Wissenschaft durch Dritte nur dann mit den Grundrechten zu vereinbaren, wenn die künstlerische und wissenschaftliche Freiheit der Institutionen respektive der in ihr tätigen Künstlerinnen, Wissenschaftlerinnen und den kunstvermittelnden Akteuren gewahrt bleibt.

An Art. 35 BV gebundene Kunstinstitutionen müssen ihre Verträge unter Beachtung des Gleichbehandlungsgebots und des Willkürverbots und in Übereinstimmung mit dem öffentlichen Kulturauftrag und der Kunstfreiheit abschliessen. So ist es ihnen insbesondere nicht erlaubt, durch die notwendigerweise selektive kuratorische Tätigkeit eine inhaltliche Zensur zu üben. Beispielsweise wäre es mit der Kunstfreiheit nicht zu vereinbaren, nur gesellschaftskonforme oder mehrheitsfähige Kunstwerke anzukaufen und auszustellen. Ebenso nicht zulässig wäre es, eine gewisse Künstlerin oder einen

¹¹⁶⁹ BGE 139 I 306 E. 3.2.2 und 3.2.3 SRG Werbung.

¹¹⁷⁰ WALDMANN, BSK BV 35 N 23 f.

Künstler oder eine bestimmte Kunstrichtung kategorisch nicht zu berücksichtigen, obwohl der Handlungsrahmen des staatlichen Auftrags diese mitumfassen würde. Ebenfalls nicht mit der Erfüllung des staatlichen Kulturauftrags zu vereinbaren ist es, wenn eine Institution Kunstwerke aufgrund der Herkunft, des Geschlechts, der Rasse, des Glaubens oder der Behinderung ihrer Hersteller zurückweist.

3.2 Verpflichtungen

Mit der Pflicht zur Verwirklichung der Grundrechte positiviert die totalrevidierte Bundesverfassung in Art. 35 BV ein vielschichtiges und die klassische Dichotomie zwischen negativen und positiven Freiheiten übersteigendes Grundrechtsverständnis, das sich in der Lehre und Rechtsprechung bereits vor Erlass der totalrevidierten Bundesverfassung sukzessive abgezeichnet hatte (siehe dazu Teil III Kapitel I.1.2). Die Pflicht zur Gewährleistung der Kunstfreiheit nach Art. 21 BV ist im Lichte von Art. 35 BV zu lesen. Die Bestimmung enthält die Pflicht, die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung zu bringen (Abs. 1). Mit Art. 35 BV sind Grundrechte einerseits als objektive Grundsatznormen zu erfassen. Andererseits gewährleisten Grundrechte dem Einzelnen justiziable Individualansprüche unterschiedlicher Art.

a) **Objektivrechtlich**

Grundrechte entfalten in ihrer objektivrechtlichen Verpflichtungsebene in der ganzen Rechtsordnung Geltung und binden den Staat in allen seinen Handlungen. Das konstitutive Grundrechtsverständnis trägt dem Umstand Rechnung, dass den Menschen die Wahrnehmung ihrer Rechte erst dann möglich ist, wenn die dafür elementaren Voraussetzungen gegeben sind. Individuellrechtliche Freiheiten können erst dann wirkungsvoll gelebt und geltend gemacht werden, wenn objektiv die Voraussetzungen für ihren tatsächlichen Gebrauch gegeben sind. Dazu gehören neben einem funktionierenden Rechtssystem, Verfahrensgarantien und institutionellen Strukturen auch materielle Bedingungen wie Nahrung, Kleidung und Obdach. Wer tagtäglich mit dem eigenen Überleben beschäftigt ist, kommt überhaupt nicht erst in den Genuss der formell verbrieften Freiheiten. Erst wenn die gesamte Rechtsordnung darauf angelegt ist, die Verwirklichung der Grundrechte zu gewährleisten, können Bedingungen entstehen, unter denen Menschen ihre Grundrechte auch tatsächlich wahrnehmen können. Die in Art. 2 Abs. 3 BV als Staatsziel vorgegebene Chancengleichheit bedeutet auch, dass sich der Staat um die Voraussetzungen bemühen muss, die jedem Menschen im Rahmen seiner Fähigkeiten erlauben, sein Leben so weit wie möglich selbstbestimmt zu gestalten.¹¹⁷¹

¹¹⁷¹ Mittlerweile unbestritten, siehe bswa HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N 263; BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Grundrechte I, N 47 zu Kap. 1; vertiefend anstelle vieler MÜLLER, Verwirklichung der Grundrechte, 158, 160 f.

Die Freiheit der Kunst zu gewährleisten, bedeutet im Schweizer Recht, den Grundrechtsverwirklichungsauftrag sowohl in persönlicher als auch in materieller Hinsicht wahrzunehmen. Der Grundrechtsverwirklichungsauftrag verpflichtet seine Adressaten, die gesamte Rechtsordnung und alle Rechtsanwendungshandlungen an der tatsächlichen Verwirklichung der Kunstfreiheit auszurichten. Das umfasst einerseits die Anerkennung der Kunst als der staatlichen Einwirkung prinzipiell entzogene, freiheitliche Sphäre. Andererseits umfasst die Kunstfreiheit den Auftrag, die rechtlichen und tatsächlichen Bedingungen zu schaffen, auf deren Grundlage die Kunst als freiheitliche Praxis erst möglich ist.¹¹⁷² In ihrer objektivrechtlichen Geltungsebene verpflichtet die Kunstfreiheit ihre Adressaten, die für die Ausübung der Freiheit notwendigen Voraussetzungen zu schaffen. Anders als die Botschaft zur Kunstfreiheit suggeriert, wonach es «wünschbar» ist, dass der Staat für angemessene Rahmenbedingungen zu deren Verwirklichung sorgt¹¹⁷³, handelt es sich beim Verwirklichungsauftrag zur Kunstfreiheit um eine rechtlich verbindliche Verpflichtung aller Staatsorgane auf allen föderalen Ebenen.¹¹⁷⁴

Das deutsche Bundesverfassungsgericht äusserte sich schon früh zur Pflicht, die Rahmenbedingungen für ein freiheitliches Kunstleben zu schaffen:

«Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG erklärt die Kunst neben der Wissenschaft, Forschung und Lehre für frei. Mit dieser Freiheitsverbürgung enthält Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG nach Wortlaut und Sinn zunächst eine objektive, das Verhältnis des Bereiches Kunst zum Staat regelnde wertentscheidende Grundsatznorm. Zugleich gewährleistet die Bestimmung jedem, der in diesem Bereich tätig ist, ein individuelles Freiheitsrecht.»¹¹⁷⁵
«Als objektive Wertentscheidung für die Freiheit der Kunst stellt sie [die Kunstfreiheit] dem modernen Staat, der sich im Sinne einer Staatszielbestimmung auch als Kulturstaat versteht, zugleich die Aufgabe, ein freiheitliches Kunstleben zu erhalten und zu fördern.»¹¹⁷⁶

Der objektiv-rechtliche Gehalt der Kunstfreiheit bedeutet im deutschen Verfassungsrecht, dass die Kunstfreiheit auf die gesamte Rechtsordnung ausstrahlt. Unbestritten

¹¹⁷² Spezifisch zur Kunstfreiheit UHLMANN/RASCHÈR/SCHEIFEL/WILHELM, KKR, Kap. 4 § 3 N 83; BAEGGLI, Kunstfreiheit, 34 ff., 37 f.; grundsätzlich MÜLLER, Soziale Grundrechte, 157.

¹¹⁷³ Botschaft BV, 164.

¹¹⁷⁴ Gl.M. WYTTEBACH, BSK BV 21 N 12; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, Grundrechte, § 25 N 13; GRABER, Kunstbegriff, 102 f. Nach Graber erfüllt die Bundesverfassung das «Ideal einer institutionell verstandenen Kunstfreiheit im Filmsektor weitgehend und im Bereich der Kunstförderung – im Rahmen der ihm durch Art. 69 Abs. 2 BV eingeräumten subsidiären Zuständigkeit – eingeschränkt».

¹¹⁷⁵ BVerfGE 30, 173 (188) Mephisto.

¹¹⁷⁶ BVerfGE 36, 321 (331) Schallplatten. In konstanter Rechtsprechung bestätigt bswe in BVerfGE 67, 213 Anachronistischer Zug (C.II.1.); in der Lehre unbestritten, siehe WITTECK, in: Dreier, GGK 5 III (Kunst) N 69 m.w.H.; HUFEN, Kunstfreiheit, HGR IV, § 101 N 135, kritisch aber zur Kunst als *Institutsgarantie* in N 136. Weiter hingegen HÄBERLE, Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht, 26 Fn. 86, der diese Formulierung als «Kulturstaatsklausel» liest, die normativ über BVerfGE 30, 173 (188) hinausweist.

ist auch, dass die Kunstfreiheit den Staat zum Schutz vor Eingriffen Dritter verpflichtet. Die Förderpflicht des Staates für Kunst ist programmatisch zu verstehen und bedeutet keine Verpflichtung zu konkreten Förderaufträgen.¹¹⁷⁷

Ein entsprechend umfangreiches Verständnis der Gewährleistungspflichten kommt auch in den Kulturbotschaften des Bundes zum Ausdruck. Wenn auch der Bezug zur objektivrechtlichen Verpflichtungsebene der Kunstfreiheit nicht ausdrücklich offengelegt wird, so bestätigen mehrere Passagen, dass der Bund seine Kulturpolitik auf ein materiell-konstitutives Grundrechtsverständnis stützt.

«Staatliche Kulturpolitik beschränkt sich nicht darauf, finanzielle Zuwendungen an Kulturinstitutionen, Kultureinrichtungen und Kulturprojekte zu vergeben. Kulturschaffende brauchen Auftritts- und Ausstellungsmöglichkeiten, ein interessiertes Publikum, Zugang zum Markt und gute Rahmenbedingungen. Kulturpolitik muss deshalb auch in andere Bereiche eindringen: So haben die Steuer- und Finanzpolitik (z.B. durch die Abzugsfähigkeit von Spenden an gemeinnützige Organisationen), das Urheberrecht (z.B. bei der Sicherung einer angemessenen Vergütung der Urheberinnen und Urheber sowie bei der Nutzung von Werken durch Lehre und Forschung), das Wirtschaftsrecht (z.B. bei der Buchpreisbindung), das Sozialversicherungsrecht (z.B. bei der sozialen Sicherheit) oder auch das Stiftungsrecht (Stiftungen als Institutionen für die Kulturförderung) erhebliche Auswirkungen auf das Kulturschaffen und die Kulturschaffenden.»¹¹⁷⁸

Auf internationaler Ebene hat der Sozialausschuss in einem General Comment die Voraussetzungen der künstlerischen Freiheit und kulturellen Teilhabe näher ausgeführt.¹¹⁷⁹ Als wichtige Bedingung für die künstlerische Freiheit sieht er die Verfügbarkeit von kulturellen Gütern und Dienstleistungen, die für alle zugänglich sind. Damit wird auch im internationalen Recht die enge Verbindung zwischen der Achtung und dem Schutz der künstlerischen Freiheit, des kulturellen Erbes und der kulturellen Vielfalt und Teilhabe normativ verankert.¹¹⁸⁰ Der Schutz, die Pflege, die Förderung und die Vermittlung von Kunst und Kultur sind Voraussetzungen dafür, dass sich Menschen mit den Erfahrungen und Ideen anderer Menschen auseinandersetzen und im Dialog mit ihnen ihre eigenen Ideen und Ausdrucksformen ausbilden können. Der Staat hat gemäss Sozialausschuss die Pflicht, mit einer breiten Reihe an positiven Massnahmen die effektive Wahrnehmung des Rechts zu ermöglichen, darin eingeschlossen sind Finanzhilfen.¹¹⁸¹ Der Sozialausschuss nennt rechtliche Rahmenbedingungen und Massnahmen, die den Zugang zur Kunst und Kultur erleichtern, insbesondere durch die Unterstützung von öffentlicher Infrastruktur für kulturelle Veranstaltungen und Medien zur Verbreitung kultureller Erzeugnisse, zur finanziellen Unterstützung für Künstlerinnen und Künstler und private und öffentliche Organisationen im Bereich der Kunst für ihre Tätigkeiten

¹¹⁷⁷ Anstelle vieler zusammenfassend WITTRECK, in: Dreier, GGK 5 III (Kunst) N 75.

¹¹⁷⁸ Kulturbotschaft 2012–2015, BBl 2010 2971, 2981.

¹¹⁷⁹ ICESCR, GC 21, N 16.

¹¹⁸⁰ ICESCR, GC 21, N 50.

¹¹⁸¹ ICESCR, GC 21, N 51–54.

und den internationalen Austausch. Staaten sind weiter verpflichtet, eine kulturelle Bildung auf unterschiedlichen Bildungsstufen zu ermöglichen, darin eingeschlossen die Vermittlung von Geschichte, Literatur und Musik. Weiter betont der Sozialausschuss die staatliche Pflicht, das kulturelle Erbe zu bewahren und den diskriminierungsfreien Zugang aller zu Museen, Bibliotheken, Kinos, Theatern und anderen kulturellen Veranstaltungen zu ermöglichen. Als Kerngehalt der Gewährleistungspflicht nennt der Sozialausschuss die Pflicht, mindestens ein Umfeld zu schaffen und zu fördern, in dem jede Person, alleine oder gemeinsam mit anderen oder einer organisierten Gruppe, kulturelle Tätigkeiten ausüben und an kulturellen Veranstaltungen teilnehmen kann.¹¹⁸²

b) Individualrechtlich

In ihrer individualrechtlichen Verpflichtungsebene gewährleisten die Grundrechte den Grundrechtsträgern gerichtlich durchsetzbare Ansprüche. Im Gegensatz zur objektivrechtlichen Verpflichtungsebene, welche die Grundrechtsgeltung in der gesamten Rechtsordnung erfasst, geht es bei der individualrechtlichen Verpflichtungsebene um konkrete Abwehr-, Schutz- und Leistungsansprüche, die der Einzelne vor Gericht einfordern kann. Die individualrechtliche Verpflichtungsebene der Kunstfreiheit ist im nachfolgenden Abschnitt über die justiziable Dimension des Grundrechts summarisch dargelegt (Teil III Kapitel 3.3).

4 Gewährleistungsdimensionen der Kunstfreiheit

Die Pflicht zur Gewährleistung der Kunstfreiheit entfaltet sich in drei Gewährleistungsdimensionen. Demnach haben Grundrechte eine programmatische, eine flankierende und eine justiziable Gewährleistungsdimension. Diese schematische Einteilung bietet eine Orientierungshilfe in Bezug auf die Ausgestaltung der grundrechtlichen Verpflichtungen, ohne die Offenheit der Grundrechtskonkretisierung im Einzelfall abschliessend vorzubestimmen. Die Gewährleistungspflicht belässt ihren Adressaten je nach Geltungsbereich einen erheblichen Ermessensspielraum.¹¹⁸³

Nachfolgend sollen diese drei Dimensionen für die Kunstfreiheit näher erläutert werden. Die justiziable Dimension der Grundrechte hat in der Lehre und Rechtsprechung bis anhin am meisten Aufmerksamkeit erhalten. Als Grundrechte noch primär als Abwehrrechte galten, konzentrierte sich die Auseinandersetzung mit ihnen auf ihren vor Gericht einforderbaren individualrechtlichen Gehalt. Für die Kunstfreiheit nimmt indessen die programmatische Dimension eine herausragende, wenn auch bis anhin eher wenig thematisierte Tragweite ein. Gerade die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, der Zugang zu Bildung und kulturelle Teilhabemöglichkeiten sind für die Verwirklichung der Kunstfreiheit von grosser Bedeutung.

¹¹⁸² ICESCR, GC 21, N 55.

¹¹⁸³ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 567; MEYER/HAFNER, SGK BV 21 N 7; WYTTENBACH, BSK BV 21 N 12.

4.1 Programmatische Dimension

Das konstitutive Grundrechtsverständnis verdeutlicht, dass die Verwirklichung der Grundrechte durch eine Vielfalt an Mitteln gewährleistet werden kann und muss. Neben ihrer gerichtlichen Durchsetzung stehen gesetzgeberische Möglichkeiten zu ihrer Verwirklichung offen, ebenso wie die Mittel der Leistungsverwaltung. Mit Art. 35 Abs. 1 BV sind die Grundrechtsadressaten bei jeder einzelnen Handlung dazu aufgefordert, deren Implikationen für die Umsetzung der Grundrechte mitzubedenken.¹¹⁸⁴ Wie der historische Überblick über die Entwicklung des Lebensbereichs *Kunst* in der Moderne und das Beispiel der Frauen in der Kunst aufgezeigt hat, sind die rechtlichen und strukturellen Bedingungen der *Kunst* für die tatsächliche Verwirklichung der Kunstfreiheit ausschlaggebend. Die programmatische Gewährleistungsebene rückt damit für die Gewährleistung der Kunstfreiheit ins Zentrum der Aufmerksamkeit.

In ihrer programmatischen Dimension richtet sich die Kunstfreiheit vorerst an die rechtsetzenden Organe. Sie sind verpflichtet, die rechtlichen Grundlagen, Institutionen und Verfahren zu schaffen, die unabdingbare Voraussetzungen für die Ausübung des Grundrechts sind. Wo dies zur Verwirklichung der Kunstfreiheit notwendig ist, beinhaltet die programmatische Schicht auch, dass der Gesetzgeber Massnahmen gegen tatsächliche Hindernisse ergreift.¹¹⁸⁵ Aus Art. 35 BV ergibt sich auch die Pflicht des Staates, Verfahren zur Durchsetzung der Grundrechte zur Verfügung zu stellen.¹¹⁸⁶ Programmatisch an der Kunstfreiheit auszurichten sind alle Regelungsbereiche, die in irgendeiner Form für die Ausübung der Kunstfreiheit relevant sind. Das trifft beispielsweise auf die Ausgestaltung des Zivil- und Strafrechts ebenso zu wie auf die Einrichtung von Fördermassnahmen und Ausbildungsmöglichkeiten, wo dies zur tatsächlichen Verwirklichung der Kunstfreiheit notwendig erscheint.¹¹⁸⁷ So ist die Schweiz beispielsweise nach Art. 15 Abs. 3 UNO-Pakt I verpflichtet, Urheberrechte als Voraussetzung für das freie Wirken der Kultur zu garantieren. Der Bund ist für die Regelung des Urheberrechts zuständig, welches über die wirtschaftliche Verwertbarkeit von Kunst bestimmt. Der Bundesgesetzgeber ist dazu verpflichtet, das Gesetz so auszugestalten, dass es die Freiheit der Kunst achtet und die für ihre Verwirklichung notwendigen Rahmenbedingungen schafft.

Die Kunstfreiheit ist in einer Vielzahl an Rechtsbereichen relevant. Einzelne Rechtsbereiche weisen eine besondere Nähe zur Kunstfreiheit auf, weil sie Teile des Grundrechts anwendungsorientiert konkretisieren, so etwa das Urheberrecht oder das Kulturverwaltungsrecht. Der Gesetzgeber muss aktive Massnahmen zur Verwirklichung der Kunstfreiheit ergreifen, indem er noch fehlende rechtliche Grundlagen er-

¹¹⁸⁴ WALDMANN, BSK BV 35 N 15 und 34.

¹¹⁸⁵ MÜLLER, Elemente einer Grundrechtstheorie, 48.

¹¹⁸⁶ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N 271a.

¹¹⁸⁷ Für eine aus den UNESCO-Empfehlungen über den Status der Kunstschaffenden (Art. III-6 und V-2 UNESCO Recommendation Concerning the Status of the Artist [27.10.1980]) abgeleitete, ähnlich lautende Aufzählung siehe WYTENBACH, BSK BV 21 N 12.

schaft, bestehendes Recht nach Bedarf anpasst und schützende sowie unterstützende Massnahmen vorsieht. Die Kantone sind beispielsweise dafür zuständig, den öffentlichen Raum zu regulieren. Damit bestimmen sie weitgehend, wo, wann und unter welchen Bedingungen Kunst öffentlich aufgeführt werden kann. Dabei müssen sie die Abhängigkeit der Kunst von Aufführungsmöglichkeiten im öffentlichen Raum beachten (weiterführend dazu Teil IV Kapitel III.4.1).

Die Umsetzung der programmatischen Dimension des Verwirklichungsauftrags erfolgt im Schweizer Recht mit einem pragmatischen Ansatz. Pragmatisch will in diesem Zusammenhang heissen, dass die Verwirklichung der Kunstfreiheit nicht nur am normativen Ideal, sondern auch an den zur Verfügung stehenden Möglichkeiten und Mitteln auszurichten ist. Die Grundrechtsadressaten sind aufgefordert, in der jeweiligen Konstellation einer konkreten Rechtsfrage diejenige Lösung zu wählen, die dem Ziel der tatsächlichen Verwirklichung einer selbstbestimmten Lebensgestaltung am effektivsten begegnet. Ein umfassendes Verständnis der Grundrechte bedeutet, dass die Verwirklichung der Kunstfreiheit nicht schematisch, sondern äusserst pragmatisch mit Bezug auf die konkreten Anwendungskonstellationen erfolgt. Angesichts ständig sich verändernder gesellschaftlicher Bedingungen dürften die staatlichen Organe wiederholt dazu aufgefordert sein, für die Verwirklichung der Grundrechte der Situation je angemessene Mittel zu entwickeln und damit eine Praxis des «Zu-Ende-Denkens»¹¹⁸⁸ des Grundrechtsschutzes für eine konkrete Problemkonstellation zu praktizieren. Die Kunstfreiheit gibt für die programmatische Dimension nicht eine bestimmte Lösung vor, sondern bedarf der fortwährenden Konkretisierung in Bezug auf den jeweiligen Kontext. So ist beispielsweise die Finanzverwaltung verpflichtet, die besonderen Arbeits- und Lebensbedingungen künstlerisch tätiger Menschen und die Bedeutung künstlerischer Gestaltungsmöglichkeiten in die Verwaltung von Liegenschaften im Finanzvermögen miteinzubeziehen. Auf welche Weise sie dies tut, ist weitgehend dem Ermessen der Behörden überlassen. Zu denken ist etwa an die Ermöglichung von Zwischennutzungen brachliegender Areale oder die Einplanung von Atelierräumen in Neubauten.

Für die Kunstfreiheit erfüllt der Staat seine programmatische Gewährleistungspflicht insbesondere dadurch, dass er gesetzliche Rahmenbedingungen schafft, die die Herstellung, Verbreitung und wirtschaftliche Verwertung von Kunst unterstützen (Urheberrecht, Steuerrecht, Wettbewerbsrecht, Verwaltungsrecht), ergänzende finanzielle Unterstützung anbietet (Fördergelder, Defizitgarantien, Kunstpreise), materielle Leistungen bereitstellt (Künstlerwohnhäuser, Ateliers), die künstlerische Ausbildung fördert (Leistungen an Frühförderung, Kunstunterricht in der Schule, Vorkurse, Hochschulen, Weiterbildungen) oder Kunstinstitutionen im weiten Sinn unterstützt (Museen, Kunsträume, Kunstarchive, Veranstaltungen).

¹¹⁸⁸ MÜLLER, Verwirklichung der Grundrechte, 59.

4.2 Flankierende Dimension

In ihrer flankierenden Dimension erlangt die Kunstfreiheit Geltung, indem sie von den rechtsanwendenden Behörden in die Auslegung aller Rechtsnormen einbezogen wird.¹¹⁸⁹ Die konkretisierende Anwendung jeder für die Kunstfreiheit relevanten Bestimmung erfolgt unter Einbezug von Zweck und Inhalt des Grundrechts. Besondere Bedeutung hat die flankierende Funktion der Kunstfreiheit in der Anwendung der zivil- und strafrechtlichen Bestimmungen erlangt (siehe dazu Teil I Kapitel II.4.1.c–d). Stehen bsw. Fragen der Persönlichkeitsverletzung durch die Kunst zur Diskussion, sind die rechtsanwendenden Behörden verpflichtet, die Bestimmungen von Art. 28 ff. ZGB grundrechtskonform auszulegen und anzuwenden. Werden Kunstschaffende strafrechtlich verfolgt sind die Gerichte verpflichtet, die Kunstfreiheit angemessen zu berücksichtigen, den Sachverhalt kunstspezifisch zu beurteilen und so künstlerische Handlungsspielräume zu belassen.

Die flankierende Dimension der Kunstfreiheit richtet sich nicht nur an die Justiz, sondern auch an die Verwaltung. Richtet der Staat Fördergelder aus, so muss er deren rechtliche Grundlagen grundrechtskonform auslegen und anwenden.

Ist diese Verpflichtung in einem Kulturförderungsgesetz nicht ausreichend konkretisiert oder erweisen sich die rechtlichen Grundlagen in einem konkreten Fall als unzureichend, liegt es an der mit der Vergabe der Förderung vertrauten Institution, das Instrument grundrechtskonform zur Anwendung zu bringen (siehe Teil III Kapitel IV).¹¹⁹⁰

4.3 Justiziable Dimension

Die justiziable Dimension der Grundrechte ist die in Lehre und Rechtsprechung am stärksten gefestigte Gewährleistungsdimension. An dieser Stelle soll die Justiziabilität der Abwehr-, Schutz und Leistungsgehalte der Kunstfreiheit zusammenfassend dargestellt werden.

a) Abwehransprüche

Justiziable Abwehransprüche der Kunstfreiheit entsprechen der klassischen Grundrechtskonzeption, wonach Grundrechte gerichtlich durchsetzbare Abwehrrechte gegen den Staat gewährleisten.¹¹⁹¹ Beispiele für die Justiziabilität der Abwehransprüche zur Kunstfreiheit sind zahlreich. Zu denken ist etwa an die umfassende Rechtsprechung zur Filmzensur. Das Bundesgericht hat wiederholt administrative Massnahmen der Kantone gegen die Aufführung von Filmen als Verletzung der Handels- und Gewerbe-

¹¹⁸⁹ WYTTEBACH, BSK BV 21 N 12, 15; GRABER, Kunstbegriff, 103; MÜLLER, Elemente einer Grundrechtstheorie, 49; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N 270.

¹¹⁹⁰ Gl.M. KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, Grundrechte, § 25 N 13.

¹¹⁹¹ Anstelle vieler HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N 257.

freiheit beurteilt (siehe Teil I Kapitel II.4.1.a). In ständiger Rechtsprechung hat das Bundesgericht künstlerischen Erzeugnissen Schutz vor strafrechtlichen Bestimmungen gewährleistet, die die künstlerische Freiheit ungerechtfertigt beschränken (siehe Teil I Kapitel II.4.1.c). Das Bundesgericht hat etwa auch die Verhinderung künstlerischer Tätigkeiten in der Untersuchungshaft als Verletzung der persönlichen Freiheit bezeichnet.¹¹⁹²

b) Schutzansprüche

Der Staat ist verpflichtet, Schutzmassnahmen zu ergreifen, um künstlerische Lebensbereiche vor Störungen durch Dritte zu schützen. Das typische Beispiel ist die Störung einer öffentlichen Kunstdarbietung durch Dritte. Die Meinungs- und Versammlungsfreiheit ebenso wie die Kunstfreiheit verpflichten die Behörden dazu, Veranstaltungen Polizeischutz vor Störungen durch Dritte zu gewähren.¹¹⁹³ Die Grundrechte verpflichten die Behörden im Rahmen der staatlichen Leistungsfähigkeit durch geeignete Massnahmen, wie etwa durch Gewährung eines ausreichenden Polizeischutzes, dafür zu sorgen, dass öffentliche Kundgebungen tatsächlich stattfinden können und nicht durch gegnerische Kreise gestört oder verhindert werden.¹¹⁹⁴

c) Leistungsansprüche

Beschränkte justiziable Ansprüche auf staatliche Leistungen

Die Kunstfreiheit gewährleistet nur in beschränktem Ausmass einen justiziablen Anspruch auf staatliche Leistungen.¹¹⁹⁵ Grundsätzlich gilt, dass Gerichte unmittelbar aus Freiheitsrechten abgeleitete Leistungspflichten nur mit Zurückhaltung anerkennen.¹¹⁹⁶ Die richterliche Tätigkeit darf nicht so weit gehen, dass sie das eigentlich dem Gesetzgeber zustehende Ermessen bei der Konkretisierung der objektiv-rechtlichen Dimension der Kunstfreiheit ausschöpft und dadurch den demokratischen Entscheidungsprozess umgeht.¹¹⁹⁷ Dennoch darf sich die Justiz ihrer Verpflichtung zur konstitutiven Grundrechtsverwirklichung durch eine kategorische Ablehnung von Leistungsansprüchen auch nicht entziehen. Das Bundesgericht hat in konstanter Rechtsprechung für klassische Freiheitsrechte justiziable Leistungsansprüche anerkannt, insoweit diese die «Voraussetzung für die tatsächliche Inanspruchnahme und die freie Entfaltung der in

¹¹⁹² BGE 97 I 45.

¹¹⁹³ BGE 127 I 164 E. 3.b WEF; BGE 132 I 256 E. 3 und 4.3 Bündnis buntes Brunnen; BGE 143 I 147 E. 3.2; anstelle vieler HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N 267. Dasselbe gilt auch für religiöse Veranstaltungen unter Anwendung der Glaubens- und Gewissensfreiheit oder der Vereinsfreiheit, BGE 97 I 221 E. 4.d Gestaltung der Bestattung.

¹¹⁹⁴ BGE 132 I 256 E. 3.

¹¹⁹⁵ Botschaft BV, 164; ebenso MEYER/HAFNER, SGK BV 21 N 7; WYTTENBACH, BSK BV 21 N 12; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, § 25 N 12.

¹¹⁹⁶ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N 269.

¹¹⁹⁷ So auch MÜLLER, Elemente einer Grundrechtstheorie, 48, 53.

der Verfassung gewährleisteten Grundrechte sind»¹¹⁹⁸. Das Bundesgericht hat aus der Rechtsgleichheit (Art. 4 aBV) einen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung abgeleitet.¹¹⁹⁹ Aus dem Persönlichkeitsschutz hat es die Pflicht der Behörden abgeleitet, dass jeder Verstorbene schicklich beerdigt wird. Dieser Leistungsanspruch ist Teil der Menschenwürdegarantie (Art. 7 BV).¹²⁰⁰ Demgegenüber hat das Bundesgericht ein «Recht auf Antenne» als Leistungsanspruch aus der Meinungsäusserungsfreiheit abgelehnt. Der Programmauftrag der SRG gewährleiste, dass eine Vielfalt an Meinungen gesendet, das Kulturschaffen angereicht und die kulturelle Entfaltung des Publikums gefördert wird.¹²⁰¹

Als individualrechtlich durchsetzbare Ansprüche kommen für die Kunstfreiheit all diejenigen Teilgehalte in Betracht, die als Voraussetzung für deren Verwirklichung ausreichend gefestigt und im Verfahren einer gerichtlichen Konkretisierung zugänglich sind.¹²⁰²

Bedingter Anspruch auf Nutzung des öffentlichen Grundes und der öffentlichen Infrastruktur

Für einzelne Sachfragen, die auch die Kunstfreiheit betreffen, hat die Rechtsprechung einen justiziablen Leistungsanspruch anerkannt. Das Bundesgericht hat insbesondere aus der Meinungs- und Versammlungsfreiheit in ständiger Rechtsprechung einen bedingten Anspruch auf Benutzung des öffentlichen Grundes abgeleitet.¹²⁰³ Das gilt auch für künstlerische Äusserungen auf öffentlichem Grund.

Bedingte Leistungsansprüche bestehen unter Umständen auch auf die Nutzung vorhandener Infrastruktur im Verwaltungsvermögen.¹²⁰⁴ Es besteht bswa ein bedingter Anspruch auf die Benutzung des Mehrzwecksaals einer Gemeinde für ein Theaterprojekt, wenn dieser Saal auch für andere Veranstaltungen vergleichbarer Art zur Verfügung gestellt wird.

Sofern die gewünschte Nutzung einer Örtlichkeit zur Äusserung einer Meinung nicht über den üblichen Gebrauch der Sache hinausgeht, besteht ein Recht auf Nutzung der Sache. Dieses Recht ist hingegen nicht absolut und kann im öffentlichen Interesse eingeschränkt werden.

¹¹⁹⁸ BGE 103 Ia 381 E. 5 Numerus Clausus; BGE 115 Ia 234 E. 5.a Fortpflanzungsmedizin; MÜLLER, Elemente einer Grundrechtstheorie, 60 f., 64.

¹¹⁹⁹ BGE 57 I 343 E. 2.

¹²⁰⁰ BGE 125 I 300 E. 2.a; siehe auch BGE 97 I 221 E. 4.b.

¹²⁰¹ BGE 123 II 402 E. 2 VgT.

¹²⁰² MÜLLER, Elemente einer Grundrechtstheorie, 47 f., 65.

¹²⁰³ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N 471; MÜLLER, Elemente einer Grundrechtstheorie, 61 f.

¹²⁰⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 2298 ff.

Im Genfer Theaterfall ersuchte eine Theatergruppe mit ihrer Anfrage um Aufnahme in das Programm des Theaters um eine dem üblichen Gebrauch des Theaters entsprechende Nutzungsform, nämlich der Aufführung eines Theaterstücks. Die Zurückweisung dieses Begehrens hat den grundrechtlich geschützten Gehalt der Anfrage zu berücksichtigen. Dabei berücksichtigte das Bundesgericht die genauen Umstände des Einzelfalls. Die Stadt Genf stellt das Grand Théâtre als Mittel zur Kulturförderung und Kulturvermittlung zur Verfügung. Das Theater dient primär der Präsentation von Produktionen des eigenen Hauses. Für auswärtige Programmationen besteht nur eingeschränkter Raum, womit zwangsweise eine Selektion der in das Programm aufgenommenen Werke verbunden ist. Die Auswahl muss willkürfrei, egalitär, ohne Zensur des Inhalts und mit einem neutralen und objektiven Massstab erfolgen. Das Organisationsreglement belässt der Leitung des Theaters aber einen grossen Ermessensspielraum hinsichtlich der künstlerischen Ausrichtung des kulturellen Programms.¹²⁰⁵ Das Bundesgericht berücksichtigte bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit der Einschränkung auch die Tatsache, dass die Gesuchsteller ihr Theater und folglich auch ihre Meinungsäusserung in einem anderen Saal in Genf darbringen konnten. Es beurteilte die Ablehnung aufgrund der auf Eigenproduktionen ausgerichteten Betriebsordnung des Theaters weniger restriktiv als die Zurückweisung der Aufführung des Komikers Dieudonné in einem Saal, der hauptsächlich der Vermietung an Dritte dient.¹²⁰⁶

Mittelbarer Leistungsanspruch aus dem Gleichbehandlungsgebot

Auch wenn in einem bestimmten Rechtsgebiet kein justiziabler Leistungsanspruch besteht, kann sich ein solcher unter Umständen mittelbar aus dem Gleichbehandlungsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV ergeben. Leistungen können gestützt auf die Rechtsgleichheit gerichtlich eingefordert werden, wenn eine Person im Vergleich mit anderen Personen aus sachlich nicht überzeugenden Gründen Leistungen gar nicht oder im Vergleich weniger weitreichend zugesprochen erhält. Ist der Ausschluss von einer Leistung stossend, kommt auch die Berufung auf das Willkürverbot nach Art. 9 BV infrage. Das Bundesgericht anerkannte beispielsweise den mittelbar aus dem Gleichbehandlungsgebot abgeleiteten Anspruch einer politischen Partei, im Vorfeld von Wahlen Zugang zu Fernsehsendungen zu erhalten.¹²⁰⁷ Die staatspolitisch motivierte indirekte Presseförderung über nicht kostendeckende Post-Taxen greift gemäss Bundesgericht nicht in die Meinungsäusserungsfreiheit ein. Das Anknüpfungskriterium für die Förderung muss sachgerecht sein und darf den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten nicht verzerren. Zeitungen mit Abonnenten gegenüber Gratiszeitungen zu begünstigen ist sachlich gerechtfertigt. Die Unterstützung von im Abonnement regel-

¹²⁰⁵ BGer-Urteil 2C_719/2016 (24.8.2016) E. 3.6 und 3.7.

¹²⁰⁶ BGer-Urteil 2C_719/2016 (24.8.2016) E. 3.7.

¹²⁰⁷ BGE 97 I 731 E. 3.

mässig gelesenen Zeitungen und Zeitschriften erleichtert den Fortbestand einer vielfältigen, vom Publikum gewünschten und mitgetragenen Presse.¹²⁰⁸

Die rechtsgleiche Grundrechtsverwirklichung kann den Staat unter Umständen auch zu einer Ausweitung seines staatlichen Leistungsangebots verpflichten.¹²⁰⁹

Anspruch auf künstlerische Bildung aus Art. 19 BV i.V.m. Art. 21 BV

Offen ist, ob sich aus Art. 19 BV in Verbindung mit Art. 21 BV ein Anspruch auf Kunstunterricht in der Grundschule ableiten lässt. Art. 19 BV gewährleistet jedem Kind eine unentgeltliche, seinen Fähigkeiten entsprechende Grundschulbildung während der obligatorischen Elementarschulzeit von mindestens neun Jahren. Der Staat ist verpflichtet, einen «ausreichenden» Grundschulunterricht kostenfrei zur Verfügung zu stellen.¹²¹⁰ Angesichts der Bedeutung der Kunst für die persönliche Entwicklung, die Identitätsbildung und der auch im Berufsleben wichtigen Fähigkeit, kreative Lösungen zu entwickeln erscheint eine Ausbildung im Bereich der Kunst als notwendig, damit die Grundausbildung als «ausreichend» gelten kann.

Für einen Teil der Kunst, nämlich die Musik, ist denn auch bereits ein staatlicher Ausbildungsauftrag in die Verfassung eingegangen (Art. 67a BV) (siehe Teil III Kapitel III.3.2.b). Die Sonderbehandlung der Musik lässt sich aus den politischen Bedingungen der Volksinitiative nachvollziehen. Unter Anwendung der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) und der Gleichwertigkeit aller Künste (Art. 21 BV) ist die privilegierte Behandlung der Musik indes kritisch zu beurteilen. Es ist mit sachlichen Gründen kaum zu rechtfertigen, weshalb die Musik, nicht aber die bildenden Künste, der Film oder das Theater in der Ausbildung von Kindern und Jugendlichen besondere Unterstützung erhalten sollten. Es wäre zu begrüßen, wenn die künstlerische Ausbildung in der Grundschule einer Prüfung hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit der Kunstfreiheit zukäme (siehe dazu auch Teil III Kapitel II.4)

4.4 Anwendung der Kunstfreiheit unter Privaten

Die Frage nach der horizontalen Wirkung oder Drittwirkung der Grundrechte beschäftigte die Lehre in langjährigen Kontroversen. Im Grundsatz war anerkannt, dass die Grundrechte auch das Rechtsverhältnis unter Privaten nicht unberührt lassen. Umstritten war die rechtliche Ausprägung dieser normativen Geltungsebene. Das Bundesgericht anerkannte bereits früh einen gewissen Schutz Privater gegenüber anderen Privaten unter Anwendung von Individualrechten. Das Gericht leitete diesen Schutz in konstanter Rechtsprechung aus den Persönlichkeitsrechten ab.¹²¹¹ Rechtsprechung und Lehre erkannten auch, dass das Privatrecht selbst die Freiheit der Privaten indirekt

¹²⁰⁸ BGE 120 Ib 142 E. 3.

¹²⁰⁹ MÜLLER, Elemente einer Grundrechtstheorie, 63.

¹²¹⁰ BGE 144 I 1 E. 2.

¹²¹¹ BGE 21 I 153 E. 5 (164); zusammenfassend BGE 111 II 245 E. 4.b.

durch zu enge oder formalistische Regelungen beschränken konnte.¹²¹² Gemeinhin blieben die Möglichkeiten, sich unter Privaten direkt oder indirekt auf Grundrechte zu berufen, begrenzt.¹²¹³

Mit der Aufnahme von Art. 35 Abs. 3 BV hat der Verfassungsgeber eine eigenständige verfassungsrechtliche Grundlage für die Anwendung der Grundrechte unter Privaten geschaffen. Demnach sorgen die Behörden dafür, dass die Grundrechte auch unter Privaten wirksam werden. Diese sogenannte *Übertragungspflicht* nach Artikel 35 Abs. 3 BV richtet sich an die Behörden und ist eine Präzisierung des umfassenden Grundrechtsverwirklichungsauftrags von Art. 35 Abs. 1 BV.¹²¹⁴ Eine direkte Anwendbarkeit eines Grundrechts unter Privaten ist mit Art. 35 Abs. 3 BV weder geboten noch ausgeschlossen. Ob Grundrechten eine direkte Drittwirkung zukommt, bestimmt sich erst in der konkretisierenden Anwendung der einzelnen Grundrechtsnormen. Ausschlaggebend ist, ob das Grundrecht entsprechend den Anforderungen von Art. 35 Abs. 3 BV von seiner Zweckausrichtung her den Staat dazu verpflichtet, die Grundrechte auch unter Privaten durchzusetzen.¹²¹⁵

Die Kunstfreiheit eignet sich als Freiheitsrecht in verschiedenen Konstellationen für eine Übertragung auf die Verhältnisse unter Privaten. Wie bereits an mehreren Stellen deutlich wurde, bedarf die Gewährleistung der Kunstfreiheit eines umfassenden Ansatzes, der auch Schutzmassnahmen gegenüber einschränkenden Handlungen durch Dritte einschliesst, beispielsweise den Schutz vor Übergriffen durch Dritte an Kunstveranstaltungen. Die staatlichen Organe sind verpflichtet, aktiv tätig zu werden und schützende sowie fördernde Massnahmen zu ergreifen, wo dies für die Verwirklichung der Grundrechte unter Privaten notwendig ist. So muss beispielsweise die Polizei schützend einschreiten, wo Kunstwerke der Gefahr einer Störung durch Dritte ausgesetzt sind, weil ihr Gehalt etwa eine religiöse Gemeinschaft provoziert oder im Widerspruch zu moralischen Vorstellungen Dritter steht.

Auch die Ausgestaltung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen und privatrechtlichen Verhältnisse ist für die tatsächliche Verwirklichung der Kunstfreiheit entscheidend. Ihrer Pflicht, die Kunstfreiheit unter Dritten wirksam zu machen, können die Behörden in unterschiedlicher Form nachkommen (dazu im Detail Teil III Kapitel II). Der Gesetzgeber ist in der programmatischen Gewährleistungsdimension der Kunstfreiheit dazu aufgerufen, die Rechtsnormen grundrechtskonform auszugestalten. So muss der Bundesgesetzgeber sich beispielsweise darum bemühen, bei Bestimmungen über die Kulturförderung und der Gewährleistung des Staatshaushalts immer

¹²¹² Siehe bswa BURCKHARDT, BVK 1914, 252, m.w.H.

¹²¹³ Zur Diskussion über die Drittwirkung der Grundrechte ausführlich EGLI, Drittwirkung; zusammenfassend WALDMANN, BSK BV 35 N 5 f.; zur Debatte im deutschen und europäischen Kontext zusammenfassend KNEBEL, Drittwirkung der Grundrechte und -freiheiten, 33–103.

¹²¹⁴ Botschaft BV, 192 f.; MÜLLER, Verwirklichung der Grundrechte, 54 f.

¹²¹⁵ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, §4 N 78 ff.; BELSER/WALDMANN/MOLINARI, Grundrechte I, Kap. 6 N 20; WALDMANN, BSK BV 35 N 29, 61.

auch die Kunstfreiheit mitzubedenken. Behörden und Gerichte müssen die bestehenden Rechtsnormen grundrechtskonform auslegen und kantonalem Recht, das in Widerspruch zu Art. 21 BV steht, die Anwendung versagen.

Schwierig ist die Konstellation, wenn ein Privater ein Kunstwerk in Auftrag gibt und es im Anschluss aufgrund einer im Kunstwerk geäußerten Meinung nicht ausstellen will. Illustrativ ist der Fall Bettina Eichins, welche von der Firma Sandoz den Auftrag für eine Skulptur erhielt. Das Kunstwerk sollte der Stadt Basel als öffentliches Denkmal geschenkt werden. Als es mitten in den Arbeiten am Kunstwerk zum Chemieunglück kam, führte dies zu einer grossen Belastung für die Künstlerin. Sie bearbeitete die Katastrophe in ihrem Werk und gestaltete die geplanten Markttische um. Unter anderem fügte sie einem der Markttische das Datum der Katastrophe bei, stellte dem Tisch eine Basler Trommel mit einem Totenkopf zur Seite und gab dem Werk den Titel *Marktplatzbrunnen Basel, z.B. 1. Nov.1986, 00.19h*. Sandoz entzog ihr den Auftrag. Heute ist die Skulptur im Kreuzgang des Münsters der Stadt Basel aufgestellt.¹²¹⁶

Die Verwirklichungspflicht des Staates bedeutet in einer solchen Konstellation mindestens, entsprechende Verfahren zur Streitbeilegung zur Verfügung zu stellen, der Kunst vor Gericht das rechtliche Gehör zu schenken und die Kunstfreiheit bei der Anwendung des Zivil- oder Strafrechts flankierend zu beachten und zu gewichten.

4.5 Anwendung der Kunstfreiheit in besonderen Rechtsverhältnissen

Kunst kann gerade unter Lebensbedingungen, in denen die persönliche Freiheit und die selbstbestimmte Lebensgestaltung besonders stark eingeschränkt sind, für den einzelnen Menschen eine existenzielle Bedeutung annehmen. Das Beispiel Friedrich Glauers zeigt die entsprechenden Auswirkungen der zwangsweisen Beschränkung der freien Lebensgestaltung hinlänglich auf (siehe Teil II Kapitel I.3.2.a). Solche rigiden Einschränkungen des künstlerischen Ausdrucks in besonderen Rechtsverhältnissen sind nicht zwingend. Besondere Rechtsverhältnisse können so ausgestaltet werden, dass sie das Kunstschaffen und künstlerische Lebensformen ermöglichen und fördern. Das Beispiel Adolf Wölfli zeigt auf, wie künstlerische Werdegänge auch in geschlossenen Anstalten möglich sind (siehe dazu Teil II Kapitel I.3.2.b).

a) Geltung der Kunstfreiheit in besonderen Rechtsverhältnissen

In besonderen Gewaltverhältnissen zum Staat – wie beispielsweise die Untersuchungshaft, der Militärdienst, die Anstaltsversorgung oder die Einweisung in eine Strafanstalt – wird die persönliche Freiheit empfindlich beschränkt. Die Gewaltunterworfenen haben

¹²¹⁶ Siehe SIKART-Eintrag zu Bettina Eichin (<http://www.sikart.ch/KuenstlerInnen.aspx?id=4000459&lng=de>, besucht am 2.12.2017); EICHIN, Eichin, 62 ff.; GAMBONI/LAUBSCHER, Marktplatzbrunnenprojekt; STEFANOVIC, Als aus Basel «Tschernobäle wurde»; GRABER, Zwischen Geist und Geld, 143.

die sich aus dem Gewaltverhältnis notwendigerweise ergebenden Eingriffe in ihre persönliche Freiheit hinzunehmen. Der grundrechtliche Persönlichkeitsschutz und seine spezifische Ausprägung in Form der Meinungsfreiheit gewährleisten Inhaftierten, Internierten und Militärdienstleistenden ein Mindestmass an Kommunikation mit der Aussenwelt.¹²¹⁷ Gefangene dürfen nach bisheriger Rechtspraxis persönliche Gegenstände und Dinge mit hohem Affektionswert in die Zelle mitnehmen, so auch Malutensilien¹²¹⁸, Schreibzeug, Schreibmaschine oder Computer¹²¹⁹, Bilder oder Bücher¹²²⁰. Bedingung ist, dass die Gegenstände den Haftzweck und die Zellenordnung nicht infrage stellen.¹²²¹

Einschränkungen des Rechts auf freie Beschäftigung dürfen auch in besonderen Rechtsverhältnissen in jedem Fall nicht weiter gehen, als dies zur Verfolgung des öffentlichen Interesses, auf dem das besondere Gewaltverhältnis gründet, unbedingt notwendig ist.¹²²² So darf Gefangenen als Kerngehalt ihres höchstpersönlichen Bereichs die Möglichkeit, sich mit den Gedanken anderer zu befassen und eigene Gedanken und Eindrücke zum Ausdruck zu bringen, nicht unterbunden werden. Aufgrund der eingeschränkten Möglichkeiten, sich die dafür notwendigen Materialien selbst zu beschaffen, sind Institutionen dazu angehalten, diese im Rahmen der verfügbaren Mittel zur Verfügung zu stellen.¹²²³ Dienen Gegenstände der künstlerischen Betätigung oder der Beschäftigung mit Kunst, sind sie unter Anwendung der Kunstfreiheit als besonders schützenswert zu betrachten. Die Möglichkeit, auch im Gefängnis Kunst zu schaffen und Kunst betrachten zu können, sichert den Gefangenen nicht nur die Gelegenheit, sich in Verbindung mit den Arbeiten anderer, mit ihren Lebensbedingungen und Erfahrungen zu befassen, sondern eigene Erfahrungen auch selbst künstlerisch zum Ausdruck zu bringen. Die von Gefangenen geschaffene Kunst vermittelt auch Aussenstehenden einen Begriff der Menschlichkeit und Würde der von der Gesellschaft ausgeschlossenen Internierten. Kunst leistet einen Beitrag dazu, dass Gefangene nicht enthumanisiert, sondern trotz der ihnen angelasteten Taten und der mit einer institutionellen Unterbringung verbundenen Stigmatisierung als gleichwertige Menschen wahrgenommen werden.¹²²⁴

¹²¹⁷ Zum Ganzen MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 125–131.

¹²¹⁸ BGE 97 I 45 E. 5.

¹²¹⁹ BGE 118 Ia 64 E. 3.b/bb.

¹²²⁰ BGE 102 Ia 279 E. 3.

¹²²¹ BGE 97 I 45 E. 5; BGE 102 Ia 279 E. 3; BGE 106 Ia 277 E. 5; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 120.

¹²²² BGE 97 I 45 E. 4.

¹²²³ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 127 m.w.H.

¹²²⁴ Mit diesem Ansatz zeigte die Ausstellung *Ode to the sea: Art from Guantánamo*, Kunstwerke von Guantánamo-Häftlingen, ERIN L. THOMPSON, Art Censorship at Guantánamo-Bay, 27. November 2017, New York Times.

In diese Richtung deutet auch eine Untersuchung zu einem Theaterprojekt mit Gefangenen in der Strafanstalt Lenzburg.¹²²⁵ Für die Inhaftierten war das Theaterprojekt «eine Abwechslung» und eine Gelegenheit für ungewöhnliche Gespräche und intellektuelle Auseinandersetzungen.¹²²⁶ Viele erlebten das Theater als Möglichkeit, als Mensch mit Fähigkeiten und Gefühlen wahrgenommen zu werden und nicht einfach nur als Straffälliger. Einige betonten auch, dass sie im Theaterspiel Momente der selbstbestimmten Gestaltung und des offenen zwischenmenschlichen Austauschs erlebt haben: «Einfach Mal. Im Kopf drinnen. Frei sein.»¹²²⁷; «einmal nicht die Tat im Vordergrund [...] Sondern der Mensch»¹²²⁸; «dass du halt als Mensch wahrgenommen wirst» lauteten die Rückmeldungen der Beteiligten.¹²²⁹

Der Umfang der Freiheit für künstlerische Betätigung oder die Beschäftigung mit Kunst ist im Einzelfall hinsichtlich des je eigenen Zwecks des besonderen Rechtsverhältnisses zu beurteilen. Die *Untersuchungshaft* bezweckt die ordnungsgemässe Durchführung einer Strafuntersuchung. Für resozialisierende Massnahmen bleibt in der Untersuchungshaft kein Raum. Die Untersuchungshäftlinge haben ein Recht auf freie Beschäftigung. Untersuchungshäftlingen darf die künstlerische Betätigung nicht untersagt werden, soweit sie die Ordnung der Untersuchungshaft nicht stört.¹²³⁰ Die Arbeitspflicht gilt ebenfalls nicht für Personen in Sicherheitshaft (Art. 226 und 229 StPO¹²³¹), ebenso wenig für Personen in Vorbereitungs-, Ausschaffungs- und Durchsetzungshaft (Art. 75–78 AIG¹²³²).¹²³³

b) Die Kunstfreiheit im Strafvollzug

Der *Strafvollzug* bezweckt die Bestrafung und Resozialisierung der Straftäter. Es ist zulässig, Inhaftierte zur Arbeit zu verpflichten (Art. 81 StGB).¹²³⁴ Diese Form der Zwangsarbeit ist auch nach Art. 4 Abs. 3 Bst. a EMRK erlaubt. Die Arbeit muss aber so weit wie möglich den körperlichen und geistigen Fähigkeiten der Inhaftierten entsprechen.¹²³⁵ Primäres Ziel der Arbeitspflicht ist nicht die Generierung eines wirtschaftlichen Mehrwerts und auch nicht ihre repressive Wirkung, sondern die Resozialisierung

¹²²⁵ WEGEL et al., Tell vor Gericht. In einem weiteren Kunstprojekt in Lenzburg bemalte eine Gruppe von Streetartists die Gefängnismauern, MALIK/LUETHI, 4661 m²: Art in Prison.

¹²²⁶ Interviews mit Gefangenen zit. aus WEGEL et al., Tell vor Gericht, 14.

¹²²⁷ Interviews mit Gefangenen zit. aus WEGEL et al., Tell vor Gericht, 19.

¹²²⁸ Interviews mit Gefangenen zit. aus WEGEL et al., Tell vor Gericht, 20.

¹²²⁹ Interviews mit Gefangenen zit. aus WEGEL et al., Tell vor Gericht, 20.

¹²³⁰ BGE 97 I 45 E. 4 und 5; diese Haltung ist weitgehend unbestritten in der Lehre siehe MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 122 f.

¹²³¹ Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0).

¹²³² Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG) vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20).

¹²³³ BRÄGGER, BSK StGB I, Art. 81 N 8.

¹²³⁴ BGE 106 Ia 277 E. 6.a; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 123.

¹²³⁵ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 123.

der Straftäter. Die Arbeit soll, wenn möglich, so ausgerichtet sein, dass sie dem Insassen nach dem Vollzug die Wiedereingliederung erleichtert.¹²³⁶ Die Gefängnisverwaltung ist entsprechend verpflichtet, künstlerische Tätigkeiten der Inhaftierten bei der Arbeitszuweisung angemessen zu berücksichtigen. Gerade in Hinblick auf die Wiedereingliederung in das Erwerbsleben nach der Entlassung ist der Wunsch nach einer auf künstlerische Tätigkeiten ausgerichteten Lebensgestaltung eines Inhaftierten angemessen zu beachten. Das ist auch dann zutreffend, wenn ein Mensch vor der Haft noch keine künstlerische Praxis vorweisen kann und diese oder den Wunsch danach erst im Vollzug entwickelt. Schikanöse und sachlich nicht begründete Beschränkungen der persönlichen Freiheit, damit auch künstlerische Tätigkeiten, sind unzulässig.¹²³⁷

Im Rahmen des Strafgesetzbuches findet die Kunstvermittlung im Gefängnis in Art. 75 StGB, Art. 82 und Art. 84 StGB rechtliche Anknüpfungspunkte. Art. 75 StGB stellt die Resozialisierung der Insassen in den Vordergrund des Strafvollzugs. Der Strafvollzug hat das soziale Verhalten der Gefangenen zu fördern und so die Verbrechensverhütung als sogenannte Spezialprävention zu unterstützen. Das Ziel der Wiedereingliederung verpflichtet die Vollzugsbehörden dazu, die Resozialisierungsmassnahmen den individuellen Voraussetzungen und Fähigkeiten der einzelnen Insassen anzupassen.¹²³⁸ Nach dem Normalisierungsgrundsatz ist den Inhaftierten möglichst viel Eigenverantwortung und Selbstbestimmung zu gewährleisten. Sozialkontakte zur Aussenwelt sollen möglich sein. Die Arbeit und die Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten sollen, so weit wie möglich, denjenigen der Aussenwelt angegliedert sein. Die Diskrepanz zwischen den allgemeinen Lebensverhältnissen und dem Vollzug soll so gering wie möglich sein. Das bedeutet aber keinen Rechtsanspruch auf Gleichstellung, denn nach dem Entgegenwirkungsprinzip ist das Leben in Haft trotz versuchter Normalisierung überwiegend durch den Entzug der persönlichen Freiheit bestimmt.¹²³⁹

c) **Besondere Anforderungen aus der Fürsorgepflicht**

Aufgrund dieser Einschränkung kommt dem Staat im Gegenzug eine besondere Fürsorgepflicht zu (sog. Betreuungsprinzip). In den Kernbereichen der menschlichen Existenz, in denen den Insassen aufgrund des Freiheitsentzugs die Fähigkeit genommen wird, selbst Dispositionen zu treffen, kommt dem Staat eine besondere Leistungspflicht

¹²³⁶ BRÄGGER, BSK StGB I, Art. 81 N 3 ff.

¹²³⁷ BGE 102 Ia 279 E. 2.a; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 114. Seine Rechtsprechung zu den Haftbedingungen hat das Bundesgericht hauptsächlich entwickelt in BGE 99 Ia 262; BGE 102 Ia 279; BGE 118 Ia 64. Weiter hat es den verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz für spezifische Aspekte im besonderen Rechtsverhältnis konkretisiert, zur Meinungsfreiheit in BGE 118 Ia 64 E. 3.1; zum Familienleben in BGer-Urteil 1P.382/2002 (13.8.2002); zum Briefgeheimnis in BGE 107 Ia 148; zum Post- und Fernmeldegeheimnis in BGE 125 I 96; zur Glaubens- und Gewissensfreiheit in BGE 113 Ia 304; BGE 129 I 74 ff.; zur Eigentumsgarantie in BGE 118 Ia 64 E. 3.a. Zum Ganzen auch MÜLLER, Besonderes Rechtsverhältnis.

¹²³⁸ BRÄGGER/KOLLER, BSK StGB I, Art. 75 N 1–3.

¹²³⁹ BRÄGGER/KOLLER, BSK StGB I, Art. 75 N 6 f. und 9.

zu. Was diese Pflichten umfassen, bestimmt sich entsprechend aus den grundrechtlich geschützten, besonders persönlichkeitsnahen Kerngehalten der Grundrechte. Dazu gehören neben Ernährung, Obdach, Hygiene und Gesundheitsversorgung auch soziale, religiöse und wirtschaftliche Bedingungen.¹²⁴⁰ Insbesondere in Verbindung mit staatlichen Eingriffen oder Sonderstatusverhältnissen kann sich aus Freiheitsrechten ein justiziabler Anspruch auf staatliche Leistungen ergeben. Aus dem aus der persönlichen Freiheit abgeleiteten Recht des Gefangenen auf menschenwürdige Strafbedingungen ergibt sich ein Anspruch auf ausreichende Bewegung, gesunde Ernährung, Beschaffung gewünschter Bücher oder medizinische Versorgung.¹²⁴¹ Aus der Glaubensfreiheit abgeleitet wurde der bedingte Anspruch auf die Veranstaltung von Seelsorge oder Kultushandlungen im Strafvollzug.¹²⁴² Aus der Glaubens- und Gewissensfreiheit ergibt sich das Recht von Inhaftierten, an Kultushandlungen teilzunehmen und aus religiösen Gründen besondere Kleidungsstücke oder einen Bart zu tragen. Soweit Zweck und Sicherheit des Strafvollzugs es zulassen, haben Angehörige einer Religion Anspruch darauf, dass ihnen regelmässig eine gemeinsame Kultusfeier ermöglicht wird.¹²⁴³ Im Anschluss an diese Rechtsprechung ist der Staat im Strafvollzug dazu verpflichtet, den Zugang zu Kunst, Literatur, Film, Tanz und Theater durch eine Bibliothek oder ein minimales Angebot an Kunstveranstaltungen ebenso wie die Beschäftigung mit und die Herstellung von Kunst zu ermöglichen.

5 Zusammenfassung

Mit der Verbürgerlichung der Gesellschaft und der Demokratisierung der Herrschaftsstrukturen entwickelte sich nicht nur der Begriff der Öffentlichkeit und die Nutzung des öffentlichen Raums. Mit diesen Entwicklungen veränderte sich auch die Kunst, ihre Stellung in der Gesellschaft, das künstlerische Selbstverständnis und die Praktiken der Herstellung, Vermittlung und Betrachtung von Kunst. Die Liberalisierung und Verbürgerlichung des Marktes veränderten die Arbeitsbedingungen der Künstlerinnen und Künstler grundlegend. Urheberrechte schufen neue Voraussetzungen für den Handel mit Kunst und öffneten den Kunstschaffenden und ihren Händlern neue Einkommensquellen. Kunstschaffende organisierten sich in Vereinen und Verbänden, die für den Zugang zu Ausstellungs- und Fördermöglichkeiten zentral waren. Die künstlerische Ausbildung wurde stärker institutionalisiert. In allen diesen Entwicklungen nahm der moderne Verfassungsstaat eine zentrale Funktion ein. Staatliche Entscheidungsträger gründeten und förderten viele der seit dem späten 18. Jahrhundert etablierten Kulturinstitutionen wie Bibliotheken, Museen, Archive, Theater oder Kunstakademien. Parallel dazu etablierte sich mit dem modernen Staat das Paradigma der Schulbildung

¹²⁴⁰ BRÄGGER/KOLLER, BSK StGB I, Art. 75 N 10.

¹²⁴¹ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N 268; MÜLLER, Elemente einer Grundrechtstheorie, 64 m.H.a. die Rechtsprechung des Bundesgerichts.

¹²⁴² MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 122.

¹²⁴³ BGE 129 I 74 E. 4; BGE 113 Ia 304; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 122.

als unabdingbare Voraussetzung für die Persönlichkeitsentwicklung und die Bildung von kompetenten Bürgerinnen und Bürgern in einer Demokratie. Erst jetzt entstanden öffentliche Schulen und die Idee eines Schulobligatoriums. Die Fähigkeit, lesen und schreiben zu können, wurde zur Bedingung für ein erfolgreiches Leben und dem demokratischen Staat wurde die Pflicht zugeschrieben, diese Fähigkeit jedem Menschen zu vermitteln. In den liberal-republikanischen Theorien zur Demokratie ist Bildung integraler Bestandteil einer an der Gleichheit aller Menschen ausgerichteten Rechtsordnung und der Chancengleichheit aller ihrer Bürgerinnen und Bürger.

Die Entwicklung der Kunstfreiheit ist in diese gesamtgesellschaftliche Entwicklung und die damit verbundenen Paradigmenwechsel im Bereich der Bildung und Kultur eingebettet. Deutlich wird damit, dass die mit der Kunstfreiheit gewürdigte Autonomie und Vielfalt der Kunst nicht von ihren staatlichen Rahmenbedingungen zu trennen ist. Die negativen und positiven Gehalte der Kunstfreiheit sind miteinander verschränkt. Inklusion und Zugang zu Markt, Bildung und Förderung sind für die Herstellung, Vermittlung und Teilhabe an Kunst entscheidend. Wie inklusiv und egalitär diese Strukturen ausgestaltet sind, hängt ganz entscheidend von ihrer rechtlichen Regulierung und der Ausgestaltung staatlicher Bildungs- und Förderprogramme ab.

In der Lehre und Rechtsprechung zu den Grundrechten hat sich in der Folge der Auseinandersetzungen über die Bedingungen von individueller Freiheit in einer rechtlich verfassten Gesellschaft das Grundrechtsverständnis grundlegend verändert. Die Bundesverfassung verankert dieses materialisierte Grundrechtsverständnis in Art. 35 BV, wonach die Grundrechte in der gesamten Rechtsordnung zu verwirklichen sind. Das bedeutet für die Kunstfreiheit, dass ihre rechtliche Geltung nicht auf die individualrechtliche Abwehr und den Schutz vor Eingriffen in die künstlerische Freiheit beschränkt ist. Neben ihrer gerichtlich durchsetzbaren, individualrechtlichen Dimension enthält die Kunstfreiheit auch eine programmatische und eine flankierende Dimension. Die programmatische Dimension verpflichtet den Staat dazu, die rechtlichen Rahmenbedingungen zu schaffen und alle notwendigen Massnahmen zu ergreifen, die Voraussetzung der künstlerischen Freiheit sind. Dazu gehören insbesondere faire und soziale wirtschaftliche Rahmenbedingungen, Ausbildungsmöglichkeiten sowie die Förderung der kulturellen Vielfalt und Teilhabe. Die flankierende Dimension der Kunstfreiheit bedeutet, dass der Staat die Kunstfreiheit in der Anwendung aller Rechtsnormen und in allen seinen Handlungen berücksichtigen muss. Die nachfolgenden Kapitel vertiefen, was diese Verpflichtungen im Rahmen der Kunstfreiheit konkret bedeuten.

II Freiheitsfördernde Massnahmen

Mit einem materiellen Grundrechtsverständnis zur Kunstfreiheit beschreiten moderne Verfassungsordnungen einen Mittelweg zwischen einer auf dem freien Markt sich selbst überlassenen Kunst und einer vor dem Markt abzuschirmenden Kunst. Die Freiheit der Kunst gewährleistet die Autonomie der Kunst, wie sie sich in der bürgerlichen Gesellschaft und unter marktwirtschaftlichen Bedingungen ausdifferenziert hat. Kunst soll, so weit wie möglich, ohne staatliche Eingriffe und staatliche Förderung ihren eigenen Weg

gehen. Mit der Kunstfreiheit erkennt der Staat zugleich an, dass sich die Autonomie der Kunst nicht in einem Leerraum, sondern in Abhängigkeit von staatlichen Institutionen, Regulierungen und Fördermassnahmen ausbildet. Die Autonomie der Kunst, die Kunstfreiheit sowie staatliche Regulierung und Förderung sind seit Beginn des modernen Verfassungsstaates miteinander verschränkt. Unter den gegebenen Bedingungen steht zur Frage, wie Regulierung und Förderung auszugestalten sein sollten, dass sie zur tatsächlichen Verwirklichung der Kunstfreiheit im Sinne von Art. 35 BV beitragen.

Mit dieser Frage nach der Ausgestaltung der Kunstförderung *im weiten Sinne* – verstanden als Massnahmen, die die tatsächliche Freiheit der Kunst im Rahmen einer sozialen Marktwirtschaft fördern – befasst sich das vorliegende Kapitel. Die beiden darauffolgenden Kapitel vertiefen im Anschluss daran die Kunstförderung *im engen Sinn*, wie sie in der Bundesverfassung und den Kantonsverfassungen dem Staat als Aufgabe aufgetragen ist.

1 Vielfalt der Kunstförderung i.w.S.

Für die Kunstförderung steht eine breite Palette an indirekten und direkten Förderinstrumenten in unterschiedlichsten Rechtsgebieten zur Auswahl. Wie und in welcher Form diese Instrumente ausgestaltet werden, bleibt in weiten Bereichen dem Ermessen des Gesetzgebers überlassen.¹²⁴⁴ Einzelne Instrumente der Kunstförderung sind rechtlich vorgegeben. So ist die Schweiz durch Art. 15 (c) Sozialpakt dazu verpflichtet, Künstlerinnen und Künstlern Urheberrechte an ihren Werken einzuräumen (dazu vorne Teil I Kapitel II.2.5.c und nachfolgend Teil III Kapitel III.3.1.d).

Kunstförderung i.w.S.

Die *Kunstförderung i.w.S.* umfasst sämtliche Gesetze und Massnahmen aller Rechtsbereiche, die sich auf die Bedingungen der künstlerischen Freiheit auswirken, namentlich das Finanzmarktrecht, das Urheberrecht, das Steuerrecht und das Sozialversicherungsrecht. Diese Rechtsbereiche bilden die rechtlichen Rahmenbedingungen des Lebenssachbereichs Kunst und damit die Voraussetzungen der tatsächlich gelebten künstlerischen Freiheit. Massnahmen zur Förderung der Kunst in Form von wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, die Ausgestaltung der Urheberrechte, steuerliche Begünstigungen für Kunstschaftende oder Kunststiftungen oder die Unterstützung von Sozialhilfeleistungen für Kunstschaftende gelten als Formen der *indirekten Kunstförderung*.

Kunstförderung i.e.S.

Die *Kunstförderung i.e.S.* bezieht sich auf diejenigen Gesetze und Massnahmen der *direkten Kunstförderung*. Dazu gehören namentlich die Organisation von Ausstellungen

¹²⁴⁴ WYTTENBACH, BSK BV 21 N 12; BÄGGLI, Kunstfreiheit, 39. Für eine Einführung in die ab den 1970er-Jahren verwendeten Förderstrategien und Instrumente siehe DAL MOLIN, Von der schwierigen Kunst, 107 ff.

und Auftrittsmöglichkeiten, die Verwendung von Verwaltungsvermögen für die Kunst, Finanzhilfen an Kunstschaffende und Kunstinstitutionen und die Verleihung von Preisen und Auszeichnungen. Bund und Kantone verwirklichen ihren Gewährleistungsauftrag im Bereich der Kunstförderung i.e.S. auf der Basis der entsprechenden Kompetenzbestimmungen. Auf Bundesebene sind dies Art. 69 BV und die bereichsspezifischen Kompetenznormen (siehe Teil III Kapitel III.3).

Förderung der Entstehung, Erhaltung und Vermittlung von Kunst

Instrumente der Kunstförderung lassen sich systematisch auch unterteilen in Massnahmen, die der *Entstehung*, der *Erhaltung* oder der *Vermittlung* von Kunst dienen. Instrumente, die die *Entstehung* von Kunst fördern, sind etwa Finanzhilfen an Kunstschaffende oder Bildungsangebote. Die *Erhaltung* von Kunstwerken ist Gegenstand des Kulturgüterschutzrechts und der verschiedenen Massnahmen zur Archivierung und Aufbewahrung von Kunst. Die *Vermittlung* von Kunst erfolgt durch Unterstützung von Auftritts- und Bildungsangeboten oder etwa die Subventionierung von Eintrittskarten für Kinder und Jugendliche. Allen drei Instrumenten kommt eine freiheitssichernde Funktion zu. Sie sind aufeinander angewiesen und bezogen. Sämtliche der sie tangierenden Rechtsgebiete sind im Dialog mit der Kunstfreiheit auszugestalten.¹²⁴⁵

2 Komplementarität staatlicher Massnahmen

Föderaler Aufbau der Kunstförderung

Die staatliche Kulturförderung untersteht einer doppelten Subsidiarität. Die Subsidiarität ergibt sich zunächst aus dem föderalen Staatsaufbau. Der Bund fördert Kunst nur dort, wo die Initiativen der Gemeinden und Kantone nicht ausreichen oder der Koordination bedürfen. Die bundesstaatliche Kulturförderung ist subsidiär zu derjenigen der Kantone (zur Kompetenzaufteilung siehe Teil III Kapitel III.2 und 3).¹²⁴⁶

Subsidiarität staatlicher Kunstförderung gegenüber Privaten

Des Weiteren fördert der Staat die Kunst subsidiär und komplementär zu privatwirtschaftlichen Erwerbsmöglichkeiten und privaten Förderstrukturen. Der Staat tritt dort fördernd auf, wo die marktwirtschaftlichen Erwerbsmöglichkeiten beschränkt sind, private Initiativen nicht ausreichen oder Private als Träger der Kunstförderung nicht geeignet sind. Die Komplementarität staatlicher Kunstförderung entspricht dem ver-

¹²⁴⁵ LENSKI, Öffentliches Kulturrecht, 209 ff., verwendet die Kategorien *Kulturentstehungsschutz* (insbes. Finanzhilfen), *Kulturerhaltungsschutz* (insbes. Kulturgüterschutz), *Kulturnutzungsschutz* (insbes. Vermittlung, Digitalisierung und Medienförderung) und *Kulturumgebungsschutz* (insbes. Gestaltung des öffentlichen Raums).

¹²⁴⁶ SCHWEIZER, SGK BV 69 N 15.

fassungsrechtlichen Grundsatz der Subsidiarität bei der Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben. Kultur ist vorab Sache der einzelnen Menschen. Der Staat soll nur finanziell fördern, was Finanzen benötigt und von privater Seite nicht bereits gefördert wird.¹²⁴⁷ Die private Finanzierung von Kultur erfolgt durch Privathaushalte¹²⁴⁸ und die Marktwirtschaft¹²⁴⁹. Im Bereich der privaten Kulturförderung besteht in der Schweiz eine umfassende Kulturförderung durch gemeinnützige Stiftungen. Viele von ihnen fördern Kunst, ohne eine direkte Gegenleistung zu fordern.¹²⁵⁰ Bund und Kantone müssen sich bei der Ausgestaltung ihres Kulturauftrags an der bestehenden privaten Förderung durch Stiftungen, Vereine, Genossenschaften und Unternehmen orientieren. Der Staat wird dort tätig, wo sich private Förderer nicht ausreichend beteiligen oder für die Form der Förderung nicht geeignet sind.¹²⁵¹

Staatliche Institutionen leisten in der Schweiz die grössten Fördervolumen.¹²⁵² Die staatliche Kunstförderung bleibt dennoch stets subsidiär und komplementär zu privaten Tätigkeiten im Bereich der Kunst. Der staatliche Kulturauftrag umfasst sowohl die Aufgabe, der Kunst förderliche Rahmenbedingungen zu schaffen als auch private Initiativen wo nötig zu ergänzen, um ein freiheitliches Kunstschaffen zu ermöglichen. Bund und Kantone kommt entsprechend die Aufgabe zu, die «kulturelle Grundversorgung»¹²⁵³

¹²⁴⁷ Clottu-Bericht, 397; BVGer B-4572/2012 (17.3.2015) E. 5.4.1 und 8.

¹²⁴⁸ Die Kulturausgaben eines Privathaushalts betragen im Jahr 2015 in der Schweiz 356 Schweizerfranken pro Monat, was 6,7% der Gesamtausgaben entspricht, BUNDESAMT FÜR KULTUR, Taschenstatistik Kultur in der Schweiz 2018, 14.

¹²⁴⁹ Gemäss BUNDESAMT FÜR KULTUR, Taschenstatistik Kultur 2018, 70 f., waren in der Kultur- und Kreativwirtschaft der Schweiz im Jahr 2013 über 275 000 Personen in rund 71 000 Betrieben beschäftigt. Dies entspricht 10,9 Prozent aller Betriebe und 5,5 Prozent aller Beschäftigten der Schweiz. Die Kultur- und Kreativwirtschaft erwirtschaftete im Jahr 2013 eine Bruttowertschöpfung von rund 22 Milliarden Franken und einen Gesamtumsatz von knapp 69 Milliarden Franken. Der Anteil an der Bruttowertschöpfung der Schweiz beträgt 3,9 Prozent. Die grössten Teilmärkte sind der Architekturmarkt, die Designwirtschaft, die Musikwirtschaft sowie die Software- und Games-Industrie.

¹²⁵⁰ Kulturbotschaft 2012–2015, 2985; VON SCHNURBEIN, Der Schweizer Stiftungssektor im Überblick 2009, 35 f. Gemäss BUNDESAMT FÜR KULTUR, Taschenstatistik Kultur 2018, 16, bestehen in der Schweiz 13 129 Stiftungen, die Kultur fördern. Das Vermögen und die Ausschüttungen der Stiftungen lassen sich nur schätzen. Das geschätzte Gesamtvermögen der Stiftungen beträgt 70 Milliarden. Der Verband der Schweizer Förderstiftungen, SwissFoundations, repräsentiert geschätzt über 25% des ausgeschütteten Fördervolumens. Im Jahr 2016 betrug dieses 500 Millionen Franken für gemeinnützige Projekte und Initiativen. Im Bereich Kunst und Kultur investierten die Mitglieder von SwissFoundations in diesem Zeitraum 58 Millionen, was 12% der Ausschüttungen entspricht.

¹²⁵¹ Kulturbotschaft 2012–2015, BBl 2010 2971, 2985.

¹²⁵² Die Kulturbotschaft 2016–2020, BBl 2014 497, 509, nennt die Zahlen von 2011. Demnach betrug die staatliche Kulturförderung 2,59 Milliarden Franken, wovon 51% die Gemeinden, 38% die Kantone und 10% der Bund trugen. Die vom Bundesamt für Kultur veröffentlichte Taschenstatistik Kultur in der Schweiz 2018 nennt die Zahlen von 2015. Demnach (8) betrug die staatliche Kulturförderung 2,88 Milliarden Franken, wovon 47.9% die Gemeinden, 41.6% die Kantone und 10.5% der Bund trugen.

¹²⁵³ Kulturbotschaft 2012–2015, BBl 2010 2971, 2985.

des Landes zu sichern, um die Kontinuität eines vielfältigen Kulturschaffens zu ermöglichen.

Der Wirtschaft kommt die Funktion zu, die arbeitsteilig organisierte Produktion und Verteilung von Gütern und Dienstleistungen unter Bedingungen knapper Mittel sicherzustellen. Staatliche Massnahmen sollen ergänzend zu Koordinationsmechanismen des Marktes und privaten Vereinbarungen das Funktionieren des Marktes sicherstellen und das Angebot dort ergänzen, wo der Markt wichtige Bedürfnisse nicht oder nicht in der von der Öffentlichkeit gewünschten Form abzudecken vermag.¹²⁵⁴ Unter den freiheitsfördernden Massnahmen zur Gewährleistung der Kunstfreiheit ist die Schaffung geeigneter Marktbedingungen gewissermassen das Fundament der komplementär zum Markt und zu privaten Initiativen ausgerichteten Fördermassnahmen.

3 Schaffung geeigneter Marktbedingungen

Den wirtschaftlichen Rahmenbedingungen kommt für die tatsächliche Wahrnehmung künstlerischer Freiheiten wichtige Bedeutung zu. Wie im ersten Teil über die historische Entwicklung der Kunstfreiheit und deren Verrechtlichung im Schweizer Verfassungsrecht aufgezeigt hat (siehe Teil I Kapitel I und II.4.1), standen die Ausbildung eines Verlags-, Medien- und Filmmarkts und des Urheberrechts am Ursprung rechtlich gewährleisteter Freiheiten für die Kunst. Der erste Aspekt des künstlerischen Schaffens, der im Schweizer Verfassungsrecht grundrechtlich geschützt wurde, war die persönliche Freiheit in wirtschaftlichen Belangen als existenzieller Bereich der Lebensgestaltung und Ausdruck von Selbstbestimmung. Im Resultat erwies sich diese marktwirtschaftliche Schutzdimension auch als effektivster Schutz gegen die staatliche Kontrolle über Kunst und ästhetische Stilfragen. Einschränkungen des wirtschaftlichen Vertriebs von Kunst mussten nun begründet werden. Diese Begründung hielt dort den rechtlichen Anforderungen nicht stand, wo sie ausschliesslich aus Ablehnung einer Kunstform erfolgte (siehe dazu Teil I Kapitel II.4.1.a).

3.1 Kunstmarkt als heterogenes Feld

Der Kunstmarkt ist ein heterogenes soziales Feld. Die wirtschaftlichen Strukturen sind je nach Kunstgebiet unterschiedlich.¹²⁵⁵ Während auf der einen Seite mit dem Verkauf von Kunstwerken Millionenpreise erzeugt werden, kämpfen viele Kunstschaffende um das wirtschaftliche Überleben. Künstlerinnen und Künstler sind als Freischaffende in-

¹²⁵⁴ Anstelle vieler VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 1 N 1 ff.

¹²⁵⁵ In der Schweiz war der Clottu-Bericht der erste Versuch, die wirtschaftliche Situation der Kunstschaffenden in der Schweiz systematisch zu erfassen. Die vom Bundesamt für Kultur publizierte Taschenstatistik Kultur macht zur wirtschaftlichen Situation der Kunstschaffenden in dieser Hinsicht keine ausreichend detaillierten Angaben. Der deutsche Kulturrat hat mehrere Studien zum Kulturmarkt publiziert, siehe SCHULZ/ZIMMERMANN/HUFNAGEL, Arbeitsmarkt Kultur; ZIMMERMANN/GEISSLER, Arbeitsmarkt Kultur: Vom Nischenmarkt zur Boombranche; ZIMMERMANN/GEISSLER, Künstlerleben zwischen Hype und Havarie.

stabilen Arbeitsbedingungen unterworfen, die ihnen eine ständige Anpassbarkeit unter oftmals prekären finanziellen Verhältnissen abverlangen. Die aufsehenerregenden Rekordverkaufszahlen auf dem Kunstmarkt und der grosse Wohlstand, den einige Künstlerinnen und Künstler mit ihrer Kunst erreichen, lassen vergessen, dass die überwiegende Mehrheit der Kunstschaffenden in prekären wirtschaftlichen Verhältnissen lebt.

a) Markt für bildende Kunst

Der Markt für *bildende Kunst* ist einer der liberalsten Märkte überhaupt.¹²⁵⁶ Das Verkaufsumfeld ist stark von Zwischenhändlern bestimmt. Sowohl die Künstlerinnen und Künstler als auch die Käufer agieren über und in Abhängigkeit der Vermittlung und Einschätzung von Galeristen, Auktionshäusern, Kuratoren und Kunstexperten. Diese wiederum sind nicht unbedeutend am Erfolg einer Künstlerin oder eines Künstlers und damit am Marktpreis der Kunst beteiligt. Es ist wenig bekannt über die tatsächlich im Kunstmarkt umgesetzten Gelder. Das enge Beziehungsgeflecht der Akteure und die rigide Selbstbeschränkung des Kunstmarktes über Verfügbarkeit, Preise und Zulassung zu Messen machen den Kunstmarkt zu einem Markt *sui generis*. Einige Händler und Käufer haben eine emotionale und intellektuelle Beziehung zur gehandelten Kunst. Für andere ist ein Kunstwerk eine andere Form von Geld. Börsenhändler haben den Kunstmarkt längst als Investitionsfeld entdeckt. Spekulation gehört zum Handel mit der bildenden Kunst, die auch eine Form der Kapitalanlage ist. Involviert in den Kunstmarkt sind auch die staatlichen Museen und Sammlungen. Kauft ein renommiertes Museum das Werk eines Künstlers oder einer Künstlerin an, steigt deren Marktwert. Teuer gehandelte Kunstwerke sind ihrerseits mit den im Vergleich zu privaten Investoren bescheidenen öffentlichen Mitteln für staatliche Ankäufe kaum noch erschwinglich.¹²⁵⁷

b) Filmmarkt

Einen eigenen Markt mit ihm eigenen Vermittlungs- und Verkaufsstrukturen bildet seit jeher die Filmwirtschaft. Auch sie ist gekennzeichnet durch äusserst unterschiedliche wirtschaftliche Bedingungen. Hollywood-Blockbuster und erfolgreiche Serien verschlingen nicht nur Unsummen in der Produktion. Sie spielen diese Kosten oftmals um ein Vielfaches wieder ein. Demgegenüber ist die lokale und regionale Filmproduktion mit ihren hohen Produktionskosten bei gleichzeitig geringen Besucherzahlen und beschränktem Verbreitungsgrad kaum je wirtschaftlich erträglich. Die lokale Filmproduktion ist in der Schweiz von staatlichen Subventionen abhängig. Zugleich ist der Filmmarkt historisch bedingt einer der am rigidesten regulierten Bereiche der Kreativ-

¹²⁵⁶ Eine gute Einführung in den internationalen Kunstmarkt vermittelt THORNTON, *Sieben Tage im Kunstmarkt*; für eine Kritik am Kunstmarkt siehe bswe RAUTERBERG, *Und das ist Kunst?*, 38, 43; zum Schweizer Kunstmarkt siehe einführend JACCARD/GUËX, *Le marché de l'art en Suisse*.

¹²⁵⁷ RAUTERBERG, *Und das ist Kunst?*, 51.

und Kulturwirtschaft. Lange Zeit galt der Film als Gefahr für die Gesundheit der Zuschauer und die staatliche Ordnung (siehe dazu Teil I Kapitel II.4.1.a).

c) Teilmärkte weiterer Kunstsparten

Neben dem klassischen Kunsthandel und dem Filmmarkt bestehen zahlreiche weitere Teilmärkte für einzelne Kunstsparten. Theater, Oper und Tanz haben ihre eigenen Produktions-, Vermittlungs- und Zirkulationsstrukturen. Sie sind wie der Film oft mit hohen Produktionskosten belastet und auf Fördergelder und kontinuierliche Schaffens- und Aufführungsphasen angewiesen. Es kommt hinzu, dass grössere Theater- und Opernproduktionen eine aufwendige Infrastruktur für die Vorführung ihrer Werke benötigen. Grössere Gebäude für Theater und Oper, ebenso wie öffentliche Räume für Grossaufführungen, sind in der Schweiz in der Regel in staatlicher Hand oder nur mit staatlicher Unterstützung zugänglich.

3.2 Einbettung der Kunst in die freie Marktwirtschaft

Die Bundesverfassung gewährt mit Art. 27 BV die Wirtschaftsfreiheit als Grundrecht und mit Art. 94 BV den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit in institutioneller Hinsicht. Diese beiden komplementären Pfeiler der Wirtschaftsordnung sind für die freiheitsfördernden wirtschaftlichen Rahmenbedingungen der Kunst von besonderer Relevanz. Sie sollen an dieser Stelle in ihren Bezügen zur Kunstfreiheit betrachtet werden. Darauf folgt ein Überblick über weitere Bereiche der Wirtschaftsordnung, die für die Kunstfreiheit von Bedeutung sind. Dazu gehört neben dem bereits mehrfach erwähnten Urheberrecht auch das Kartellrecht, die Finanzmarktkontrolle, das Kulturgütertransferrecht, das Steuerrecht und das Sozialversicherungsrecht.

a) Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)

Schutzbereich und Träger der Wirtschaftsfreiheit

Die *Wirtschaftsfreiheit* (Art. 27 BV) schützt die Persönlichkeitsentfaltung im Bereich ihrer wirtschaftlichen Existenz und beruflichen Lebensgestaltung. In sachlicher Hinsicht schützt die Wirtschaftsfreiheit alle erdenklichen Leistungen, die Gegenstand eines wirtschaftlichen Austauschs sein können; dazu gehört auch die Kunst (zum Schutz der Kunst unter der Handels- und Gewerbefreiheit, respektive Wirtschaftsfreiheit siehe vorne Teil I Kapitel 2.4.1.a). Geschützt sind vorbereitende und ausführende Handlungen, ebenso wie organisatorische Vorkehrungen. Auch die Aufführung oder Darbietung einer Ware oder Leistung gegen freiwilliges Entgelt (beispielsweise Strassenmusik) ist von der Wirtschaftsfreiheit geschützt. In ihrer abwehrrechtlichen Dimension schützt die Wirtschaftsfreiheit vor staatlichen Interventionen.¹²⁵⁸

¹²⁵⁸ Anstelle vieler UHLMANN, BSK BV 27 N 3–8; VALLENDER, SGK BV 27 N 9.

Die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet die persönliche Entfaltung auch mittelbar im Verhältnis unter Privaten. Sie wirkt mittels Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 27 ZGB indirekt in das freie Vertragsverhältnis. In Verträgen muss Raum für die wirtschaftliche Entfaltung der Persönlichkeit bestehen bleiben. Entsprechend enthält das Vertragsrecht Sozialklauseln und gewährleistet Schutz vor übermässiger Bindung.¹²⁵⁹ Das ist für die Kunst insbesondere bei Ausführungsverträgen für Kunstwerke, schauspielerische Engagements und andere höchstpersönliche Formen von Dienstleistungen relevant. Sie dürfen in ihrer Bindung nicht übermässig sein und müssen den persönlichkeitsrelevanten Aspekt der Dienstleistung berücksichtigen.

Vom Schutzbereich ausgenommen ist gemäss Rechtsprechung der blosse *Konsum von Gütern und Dienstleistungen* auf dem Markt. Die Einschränkung wird mit Bedenken über eine Entgrenzung des Schutzbereichs begründet.¹²⁶⁰ Sie ist in der Lehre umstritten, weil sie es Konsumenten verunmöglicht, sich gegen Eingriffe in den Markt zu wehren, beispielsweise gegen staatlich verursachte Preiserhöhungen.¹²⁶¹

Vom Schutzbereich ausgeschlossen sind *staatliche Tätigkeiten*, wobei der Begriff in der Anwendung einer Nuancierung in Bezug auf den Einzelfall bedarf (zum Staat als Grundrechtsträger siehe Teil II Kapitel II.4.3).¹²⁶² Der Staat ist immer dann nicht Grundrechtsträger, wenn er in Ausübung einer öffentlichen Aufgabe wirtschaftlich tätig ist. Er ist dann vielmehr der Adressat der Wirtschaftsfreiheit. Umstritten ist die Grundrechtsträgerschaft, wenn der Staat wie ein Privater auf dem Markt auftritt.¹²⁶³ Das Bundesgericht hat die Frage offengelassen, in der Tendenz aber positiv beantwortet, insoweit der Staat «wie jede andere privatwirtschaftlich tätige Person»¹²⁶⁴ sich auf dem Markt beteiligt. Das würde in der Konsequenz bedeuten, dass sich öffentliche Unternehmen gegen Regulierungen und Anweisungen ihrer Eigner unter Berufung auf die Wirtschaftsfreiheit zur Wehr setzen könnten.

Rechtfertigung von Einschränkungen

Die Wirtschaftsfreiheit kann mit polizeilichen und sozialpolitischen Motiven und zur Schaffung von Transparenz und Rechtssicherheit auf dem Markt beschränkt werden. Kulturpolitische Interessen sind ebenfalls als zulässige öffentliche Interessen für die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit anerkannt.¹²⁶⁵ Wirtschaftspolitische Interessen sind grundsätzlich nicht zulässig. Die Einschränkung muss den Anforderungen von

¹²⁵⁹ Anstelle vieler UHLMANN, BSK BV 27 N 14; BIAGGINI, BVK 27 N 9; VALLENDER, SGK BV 27 N 7.

¹²⁶⁰ BGE 102 Ia 104 E. 7; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N 638; AUBERT/MAHON, 27 N 8.

¹²⁶¹ UHLMANN, BSK BV 27 N 17 m.H.a. die Kritik in der Lehre; BIAGGINI, BVK 27 N 8; VALLENDER, SGK BV 27 N 8.

¹²⁶² UHLMANN, BSK BV 27 N 18–26; BIAGGINI, BVK 27 N 12 f.; VALLENDER, SGK BV 27 N 54.

¹²⁶³ UHLMANN, BSK BV 27 N 31 m.H.a. die Debatte in der Lehre.

¹²⁶⁴ BGE 138 I 289 E. 2.4 und 2.8 (Switch).

¹²⁶⁵ BGE 125 I 431 E. 4.b.aa; RICHLI, Grundriss des Wirtschaftsverfassungsrechts, N 298.

Art. 36 BV standhalten und darf sich nicht gegen den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 BV) als System richten (zum Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit siehe nachfolgender Abschnitt). Systemrelevante Abweichungen bedürfen einer verfassungsrechtlichen Grundlage.¹²⁶⁶

Wettbewerbsneutralität

Der Staat darf den Wettbewerb nicht verfälschen und hat sich grundsätzlich *wettbewerbsneutral* zu verhalten. Nicht relevant sind demgegenüber wirtschaftliche Tätigkeiten des Staates, bei denen er wie ein Privater im Wettbewerb auftritt.¹²⁶⁷

Gleichbehandlung im Wettbewerb

Die *Ungleichbehandlung direkter Konkurrenten* ist qualifiziert zu rechtfertigen. Ausschlaggebend ist die Enge des Konkurrenzverhältnisses. Direkte Konkurrenten sind Angehörige «der gleichen Branche, die sich mit dem gleichen Angebot an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen»¹²⁶⁸. In der Kunst sind die Teilnehmerinnen und Teilnehmer in gleichen Kunstsparten, die auf demselben Teilbereich des Kunstmarktes auftreten, direkte Konkurrenten. Das Bundesgericht hat demgegenüber das direkte Konkurrenzverhältnis zwischen Kinos und Theatern¹²⁶⁹ und zwischen dem Zirkus Knie und einem Jugendzirkus¹²⁷⁰ verneint. Der Anspruch auf Gleichbehandlung unter Konkurrenten greift auch im Bereich der Leistungsverwaltung und also bei der Erteilung von Subventionen, etwa im Bereich der direkten Kulturförderung.¹²⁷¹

Das qualifizierte Gleichbehandlungsgebot ist für die Kunst auch in Teilbereichen des Kunstmarktes einschlägig, in denen der Staat von Verfassung wegen grundsätzlich tätig werden darf (insbes. Art. 71 BV Film).¹²⁷² Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Wettbewerb gilt aber nicht absolut. Zulässig sind Differenzierungen etwa aus umwelt- oder kulturpolitischen Gründen. Abweichungen vom Gebot der Gleichbehandlung müssen verhältnismässig sein und dürfen das Gleichbehandlungsgebot nicht seiner Substanz entleeren. Spürbare Wettbewerbsverzerrungen sind zu vermeiden. Der Entscheidungsträger ist gehalten, das Interesse an einem freien Markt und der

¹²⁶⁶ UHLMANN, BSK BV 27 N 35 f.; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 66 f.; Eine Volksinitiative, die ein rechtliches Monopol für die Elektrizitätsversorgung vorsieht und damit die Versorgungssicherheit und Nachhaltigkeit der Stromversorgung sicherstellen will, ist gültig. BGE 132 I 282 E. 3; Das Verbot von Reklame auf privatem Grund zum Schutz des Ortsbildes entspricht einem zulässigen polizeilichen Interesse; BGer-Urteil 2P.247/2006 (21. 3. 2007) E. 4.

¹²⁶⁷ UHLMANN, BSK BV 27 N 65; BIAGGINI, BVK 27 N 17a; VALLENDER, SGK BV 27 N 54.

¹²⁶⁸ BGE 142 I 162 E. 3.7.2; BGE 125 I 431 E. 4.b.aa.

¹²⁶⁹ BGE 93 I 305 E. 2.a.

¹²⁷⁰ BGE 121 I 279 E. 5.a.

¹²⁷¹ BGer-Urteil 2C_804/2010 (17. 5. 2011) E. 4.1; BUNDI, Subventionen und Beihilfen, 118 m.w.H.

¹²⁷² Entsprechend UHLMANN, BSK BV 27 N 63; BIAGGINI, BVK 27 N 16; VALLENDER, SGK BV 27 N 69.

Gleichbehandlung der Konkurrenten mit dem öffentlichen Interesse an der Abweichung abzuwägen.¹²⁷³

Bedingter Anspruch auf Nutzung des öffentlichen Grundes

Aus der Wirtschaftsfreiheit können *keine positiven staatlichen Leistungen* abgeleitet werden.¹²⁷⁴ Ausnahme ist der bedingte Anspruch auf gesteigerte Nutzung des öffentlichen Grundes¹²⁷⁵, wobei dem Staat bei wirtschaftlichen Tätigkeiten anders als der Meinungsäusserungsfreiheit die Möglichkeit offen steht, sich am auf öffentlichem Grund erwirtschafteten Gewinn mittels Gebühren zu beteiligen.¹²⁷⁶

Künstlerische Tätigkeiten, die auf öffentlichem Grund stattfinden, sind unter Umständen mit wirtschaftlichen Interessen verbunden. Strassenkunst ist ortsgebunden und generiert allenfalls einen Erwerb. Beide Aspekte der Kunst lassen sich nicht trennen und bilden die Voraussetzung für die künstlerische Freiheit im Bereich der Strassenkunst als eigenes Genre der Kunst mit langer Tradition und Geschichte. Eine staatliche Beteiligung am Gewinn ist angesichts der geringen Intensität der Ortsnutzung von gewöhnlicher Strassenkunst und den meist beschränkten Einnahmen nicht angezeigt.

Bei künstlerischen Grossveranstaltungen auf öffentlichem Grund wie beispielsweise Theaterfestivals, Openairkonzerten oder Sommerkinos ist der Verkauf von Eintrittsen oder die Zusammenarbeit mit Werbeträgern die Voraussetzung dafür, dass diese Kunstveranstaltungen überhaupt stattfinden können. Teilweise erwirtschaften die Betreiber dabei einen Gewinn. Das Gemeinwesen sollte sich je nach Veranstaltungsart, Finanzierungsmodell und Intensität der Ortsnutzung am erwirtschafteten Gewinn mittels Gebühren beteiligen können. Das gilt auch bei kulturellen Grossveranstaltungen, wie etwa Open Airs.

Bei der Zuteilung des öffentlichen Grundes darf das Gemeinwesen politische und kulturelle Veranstaltungen gegenüber rein kommerziellen Nutzungen bevorzugen.¹²⁷⁷

¹²⁷³ BGE 125 I 431 E. 4.b.aa; RICHLI, Grundriss des Wirtschaftsverfassungsrecht, N 298.

¹²⁷⁴ BGE 130 I 26 E. 4.1; BIAGGINI, BVK 27 N 17.

¹²⁷⁵ BGE 137 I 167 (Prostitution); BGE 128 I 136 E. 4.1 (Zirkus); BGE 121 I 279 E. 2.a (Circus Gasser I); BGE 119 Ia 445 E. 1a/bb (Circus Gasser II); BGE 126 I 133 E. 4.d (Verteilung von Werbematerial); BGE 138 I 274 E. 4.b (Plakatierung im Bahnhof).

¹²⁷⁶ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 1062.

¹²⁷⁷ BGE 126 I 133 E. 4.d: «Als öffentliches Interesse steht die Gewährleistung des möglichst ungestörten Gemeingebrauchs durch die Allgemeinheit im Vordergrund, bei den privaten Interessen ist zwischen ideellen und anderen, namentlich kommerziellen Interessen zu unterscheiden. Bei der Ausübung ideeller Grundrechte ist eine Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs oder anderer öffentlicher Interessen eher in Kauf zu nehmen als bei sonstigen Aktivitäten. Bei nicht ideellen Motiven für die Beanspruchung von öffentlichem Grund darf das öffentliche Interesse am ungestörten Gemeingebrauch stärker veranschlagt werden, und es widerspricht unter anderem nicht der Handels- und Gewerbefreiheit, wenn rein kommerzielle weniger stark gewichtet werden als ideelle Interessen.»; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, N 498; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 2398.

Bei der Zuteilung des beschränkten Gutes muss der Staat auch im Bereich der Kultur die *Wettbewerbsneutralität* wahren und die Gleichbehandlung durch eine klare gesetzliche Grundlage und transparente Verfahren sicherstellen.¹²⁷⁸ Umstritten ist, ob das Gemeinwesen bei der Vergabe von Nutzungsrechten am öffentlichen Grund auch Qualitätskriterien und eigene Präferenzen berücksichtigen darf. Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass das Gemeinwesen auch ein Eigeninteresse an einer attraktiven Nutzung des öffentlichen Grundes hat und bis zu einem gewissen Grad mit dieser identifiziert wird.¹²⁷⁹ Aus Sicht der Kunstfreiheit ist das Abstellen auf *Qualitätskriterien* für die Zuteilung von Nutzungsrechten am öffentlichen Grund kritisch zu beurteilen. Erstens steht die Annahme einer Identifikation zwischen Staat und der auf öffentlichem Grund stattfindenden Kunst im Widerspruch zur Rechtsdogmatik der Kommunikationsgrundrechte. Diese schliessen eine Identifikation des Staates bei der Erteilung von Bewilligungen oder Fördermassnahmen in Form von direkten oder indirekten Massnahmen aus. Entsprechend bewilligt der Staat politische Demonstrationen und bietet ihnen polizeilichen Schutz unabhängig von ihrem Inhalt und ohne die Befürchtung, dass die Demonstration mit dem Staat assoziiert würde. Dasselbe muss für die Bewilligung von Kunstveranstaltungen gelten, auch wenn sie mehrere Tage andauern und eine intensive Nutzung des öffentlichen Grundes in Anspruch nehmen sollten.

Zweitens sind qualitative Beurteilungskriterien aufgrund der grundrechtlich gewährleisteten Gleichwertigkeit der Kunst als Eingriff in die Kunstfreiheit zu behandeln. Sie bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, eines überwiegenden öffentlichen Interesses und müssen verhältnismässig sein (siehe Teil IV Kapitel 1). Aufgrund des Anspruchs auf Gleichbehandlung der Kunst müssen inhaltliche Auswahlkriterien auf jeden Fall sachlich begründet sein und gegen Wettbewerbsverzerrungen abgewogen werden. Inhaltsneutrale Zuteilungskriterien wie ein Rotationssystem, Versteigerungen oder Zuteilung durch Los sind wo möglich zu bevorzugen.¹²⁸⁰

Programmatische Pflicht zur Institutionalisierung von sozialen Rahmenbedingungen

In ihrer programmatischen Dimension umfasst die Wirtschaftsfreiheit die Pflicht zur Institutionalisierung von Rahmenbedingungen, die wirtschaftliche und soziale Hindernisse für die wirtschaftliche Entfaltung des Einzelnen beseitigen. Die Wirtschaftsordnung ist an einem materiellen Freiheitsbegriff ausgerichtet. Sie ist weder dem ultraliberalen Laisser-faire noch dem Nachwächtermodell verpflichtet, sondern einer Wirtschaft, die gleiche «Chancen der Entfaltung in vernünftig angezeigtem Masse»¹²⁸¹ bietet.

¹²⁷⁸ UHLMANN, BSK BV 27 N 74; BIAGGINI, BVK 27 N 16; VALLENDER, SGK BV 27 N 39.

¹²⁷⁹ Befürwortend UHLMANN, BSK BV 27 N 75; BIAGGINI, BVK 27 N 27; VALLENDER, SGK BV 27 N 38.

¹²⁸⁰ G.L.M. UHLMANN, BSK BV 27 N 74 f.

¹²⁸¹ GYGI, Wirtschaftsverfassung, 353; MÜLLER, Soziale Grundrechte, 235 f.

Diese moderate Auffassung der Wirtschaftsordnung setzte sich schon früh durch.¹²⁸² Walther Burckhardt betonte, dass die Handels- und Gewerbefreiheit nicht dahingehend interpretiert werden dürfe, dass sie staatliche Wohlfahrtseinrichtungen und staatliche Anstalten oder die Verstaatlichung eines Gewerbes gänzlich verunmöglichlicht. Vielmehr müsse sich das gesellschaftliche Gebilde des Staates den *tatsächlichen* Verhältnissen gemäss entwickeln.¹²⁸³ Der Staat hat für adäquate Rahmenbedingungen zu sorgen, welche die freie wirtschaftliche Entfaltung ermöglichen. Dazu gehören neben Regulierung des Marktes auch das Bildungssystem, Verkehrs- und Kommunikationsstrukturen und ein Steuersystem für deren Finanzierung.¹²⁸⁴

Diese Annahmen treffen auch auf die Kunstfreiheit zu. Der Staat hat gestützt auf die Wirtschaftsfreiheit und die Kunstfreiheit die Rahmenbedingungen zu schaffen, welche die freie künstlerische Entfaltung unter marktwirtschaftlichen Bedingungen unterstützen. Die Regulierung des Kunstmarktes, die Gewährleistung von Urheberrechten, eine kunstgerechte Regulierung des öffentlichen Raumes, Öffnung der Infrastruktur für die Kunst, ein kunstadäquates Steuersystem und sozialversicherungsrechtliche Sicherheiten für Kunstschaffende gehören mithin zu diesen Anforderungen.

b) Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 BV)

Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit

Der *Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit* gewährleistet die freie Marktwirtschaft als System. In der totalrevidierten Bundesverfassung ist diese konstitutiv-institutionelle Dimension der Wirtschaftsfreiheit in Art. 94 BV gewährleistet.¹²⁸⁵ Die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und der Grundsatz des Wettbewerbs (Art. 94 BV) sind, wie das Bundesgericht ausgeführt hat, eng aufeinander bezogen.¹²⁸⁶ Die Bestimmung ist nicht alleine, sondern im Kontext der verschiedenen Regulierungs-, Koordinations- und sozialen Umverteilungsmechanismen der Bundesverfassung zu lesen. Aus Art. 94 BV können keine Kompetenzen abgeleitet werden. Es handelt sich um eine Grundsatzbestimmung.¹²⁸⁷ Umstritten ist, ob Art. 94 BV die Staatsfreiheit der Wirtschaft garantiert.¹²⁸⁸ Das Bundesgericht hat sich grundsätzlich für eine staatsfreie Wirtschaftsord-

¹²⁸² Siehe FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, 283; im Grundsatz bereits BURCKHARDT, BVK (1905), 274/BVK (1914), 259.

¹²⁸³ BURCKHARDT, BVK (1905), 277/BVK (1914), 254 f., ergänzend 256.

¹²⁸⁴ HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 5.

¹²⁸⁵ Zum Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit ausführlich REICH, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit.

¹²⁸⁶ BGE 138 I 378 E. 6.1 Glarnersach: «Art. 27 BV schützt [...] den individualrechtlichen Gehalt, Art. 94 BV als grundlegendes Ordnungsprinzip einer auf marktwirtschaftlichen Prinzipien beruhenden Wirtschaftsordnung die systembezogene oder institutionelle Dimension der Wirtschaftsfreiheit, wobei diese beiden Aspekte freilich eng aufeinander bezogen sind und nicht isoliert betrachtet werden können.»

¹²⁸⁷ Anstelle vieler UHLMANN, BSK BV 27 N 1 f.

¹²⁸⁸ UHLMANN, BSK BV 27 N 11 m.H.a. die Diskussion in der Lehre.

nung ausgesprochen. Eine *unternehmerische* Tätigkeit des Staates entspricht hingegen einer gelebten Verfassungspraxis und ist kein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit. Die Grenze liegt gemäss Bundesgericht dort, wo die staatliche Tätigkeit das private Angebot ersetzt oder verdrängt.¹²⁸⁹

Grundsatzwidrige Massnahmen

Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit schützt die Marktteilnehmerinnen und -teilnehmer vor grundsatzwidrigen Massnahmen des Staates auf dem Markt. *Grundsatzwidrig* sind Massnahmen, die das Wirtschaftsleben planmässig lenken, den Markt verzerren oder einzelne Wirtschaftszweige vom Markt ausschliessen oder begünstigen. Ausschlaggebend sind sowohl die Absichten einer Massnahme, als auch ihre tatsächlichen Auswirkungen auf den Markt.¹²⁹⁰ Infrage kommen sowohl staatliche Massnahmen, die direkt in den Wettbewerb eingreifen, als auch solche, die sich nicht gegen den Markt richten, aber verzerrend auf ihn auswirken. Die Kategorisierung als grundsatzwidrige Massnahme ist schwierig, da gewisse Massnahmen (beispielsweise das Kartellrecht oder das Vertragsrecht) zwar absichtlich und effektiv den Wettbewerb einschränken, zugleich aber auch Voraussetzung eines freien Marktes sind.¹²⁹¹ Grundsatzkonform ist etwa die Bewilligungspflicht für die Veräusserung von Wohnungen, wenn sie sozialpolitisch motiviert ist und eine Massnahme zur Erhaltung von bezahlbarem Wohnraum ist. Besteht kein Wohnungsmangel, ist die Verweigerung der Bewilligungspflicht grundsatzwidrig.¹²⁹² Grundsatzwidrig ist bsw. eine Abgabe, welche die Höhe der Abgabe für die Benützung des öffentlichen Grundes durch Taxis von deren Ausstattung mit einem Funkanschluss abhängig macht. Die Organisation des Taxibetriebs liegt in der unternehmerischen Freiheit des Einzelnen. Die Ausgestaltung der Abgabe hat wirtschaftspolitische Auswirkungen.¹²⁹³

Grundsatzwidrige Eingriffe in die Steuerung des Marktes durch Wettbewerb, also die staatliche Koordination des entgeltlichen Austauschs von Gütern und Dienstleistungen unter Privaten, bedürfen einer verfassungsrechtlichen Grundlage.

Eine solche Ausnahme besteht im Bereich der Wirtschaftsstrukturpolitik. Der Bund ist in paralleler Kompetenz¹²⁹⁴ zu einer Wirtschaftsstrukturpolitik ermächtigt. *Strukturpolitik* bezweckt, die Zusammensetzung und Entwicklung der Volkswirtschaft

¹²⁸⁹ BGE 138 I 378 E. 6.2.2, 6.3.3 Glarnersach.

¹²⁹⁰ BGer 2C_940/2010 (17.5.2011) E. 3.2; UHLMANN, BSK BV 27 N 44, 46; BIAGGINI, BVK 27 N 32; VALLENDER, SGK BV 27 N 60; BUNDI, Subventionen und Beihilfen, 116 f.

¹²⁹¹ UHLMANN, BSK BV 27 N 7 f.; BIAGGINI, BVK 27 N 32; VALLENDER, SGK BV 27 N 66.

¹²⁹² BGE 113 Ia 126 E. 8.

¹²⁹³ BGE 121 I 129 E. 4.b.

¹²⁹⁴ RICHLI, in: Ders., Wirtschaftsstrukturrecht, N 71; OESCH/MAYORAZ, BSK BV 103 N 10; BIAGGINI, BVK 103 N 3; HETTICH, SGK BV 103 N 6. Im Gegensatz zum Bund ist es den Kantonen nicht erlaubt, in ihrer Strukturpolitik vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abzuweichen. Zu prüfen ist des Weiteren, ob der Bund in seinem Kompetenzbereich abschliessende Regelungen erlassen hat.

mitzugestalten, um in sozial und wirtschaftlich belasteteren Regionen oder Branchen günstigere Wirtschaftsbedingungen zu schaffen und Anpassungen an veränderte Marktbedingungen zu erleichtern oder zu fördern.¹²⁹⁵ Nach Art. 103 BV kann der Bund wirtschaftlich bedrohte Landesgegenden unterstützen sowie Wirtschaftszweige und Berufe fördern, wenn zumutbare Selbsthilfemassnahmen zur Sicherung ihrer Existenz nicht ausreichen. Die totalrevidierte Bundesverfassung bestätigt damit die bereits in Art. 31^{bis} aBV bestehende Kompetenz.¹²⁹⁶ Der Bund ist bei der Ausgestaltung der Strukturpolitik an die Wirtschaftsfreiheit gebunden. Zugleich ist er befugt, vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abzuweichen (Art. 103 Abs. 2 BV).¹²⁹⁷ Die Strukturpolitik überträgt der Exekutive gemeinhin ein umfangreiches Ermessen in der Ausgestaltung der Voraussetzungen und der Anwendung von Fördermassnahmen. Oftmals ist die gerichtliche Überprüfung der administrativen Ermessensausübung entweder formell beschränkt oder aber die Gerichte üben ihre Kognition mit Zurückhaltung aus. Das ist sowohl in demokratischer als auch in rechtsstaatlicher Hinsicht kritisch zu beurteilen.¹²⁹⁸

Ausnahme vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit für den Filmmarkt

Für den Filmmarkt enthielt die Bundesverfassung von 1874 mit Art. 27^{ter} Abs. 2 Bst. b aBV eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Ausnahme vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Der Bundesgesetzgeber hatte mit dem Filmgesetz Gebrauch von dieser Ausnahme gemacht. Die geltende Bundesverfassung enthält diesen Vorbehalt nicht mehr. Die Lehre geht davon aus, dass der Vorbehalt mit dem Nachführungsauftrag *implizit* in Art. 71 Abs. 2 BV enthalten bleibt.¹²⁹⁹ Gemäss Botschaft zur neuen Bundesverfassung und der Botschaft zum Filmgesetz ist bei Art. 71 BV von einer stillschweigenden Ausnahme vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit im Filmgewerbe auszugehen.

«Der Bund soll für die Filmeinfuhr, den Filmverleih und die Eröffnung und Umwandlung von Kinos nach wie vor Bestimmungen erlassen können, die vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen; er soll dies weiterhin nur nötigenfalls und nur zur Wahrung von staats- und kulturpolitischen Interessen tun dürfen. Diese Ermächtigung ist nun aber (wie in anderen Bestimmungen ausserhalb des Abschnitts «Wirtschaft») im Filmartikel nicht mehr ausdrücklich, sondern nur noch implizit enthalten.»¹³⁰⁰

¹²⁹⁵ RICHLI, in: Ders., Wirtschaftsstrukturrecht, N 33–36, 39 f., 43; OESCH/MAYORAZ, BSK BV 103 N 3; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 2 N 5.

¹²⁹⁶ OESCH/MAYORAZ, BSK BV 103 N 1; BIAGGINI, BVK 103 N 1; HETTICH, SGK BV 103 N 1.

¹²⁹⁷ OESCH/MAYORAZ, BSK BV 103 N 9; BIAGGINI, BVK 103 N 1; HETTICH, SGK BV 103 N 1.

¹²⁹⁸ Ebenso RICHLI, in: Ders., Wirtschaftsstrukturrecht, N 103.

¹²⁹⁹ RICHLI, in: Ders., Wirtschaftsstrukturrecht, N 70; REICH, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, N 924; STÖCKLI, BSK BV 71 N 16; BIAGGINI, BVK 71 N 2; AUBERT/MAHON, 71 N 10 f.; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 31 N 77 f.

¹³⁰⁰ Botschaft BV, 275; ebenso Botschaft zum Bundesgesetz über die Filmproduktion und Filmkultur vom 18. September 2000 (Botschaft FiG), BBl 2000 5429, 5465.

Der Zweck staatlicher Massnahmen im Bereich des Films ist sowohl wirtschaftlicher als auch kultureller Natur. Zum einen soll die Filmförderung die Unabhängigkeit des Filmgewerbes sichern, zum anderen den ungenügenden Inlandmarkt mit Fördermassnahmen kompensieren. Kulturelle und wirtschaftliche Interessen sind in der Regulierung und Förderung des Films verschränkt.¹³⁰¹ Der Filmmarkt ist mit Umsätzen in dreistelliger Millionenhöhe ein beträchtlicher Wirtschaftszweig, der zu einem grossen Teil auf privaten und öffentlichen Fördergeldern beruht. Der Marktanteil des Schweizer Films ist bereits im Inland gering und im Ausland vernachlässigbar. Es ist zu vermuten, dass der Schweizer Filmmarkt mangels Nachfrage auf einem beschränkten Inlandmarkt und aufgrund des bedingten Exporterfolgs nicht aus eigener Kraft bestehen könnte.¹³⁰² Die Förderung des Filmmarktes als Wirtschaftszweig ist hauptsächlich kulturpolitisch motiviert. Staatspolitische Motive, die zu Beginn der Filmförderung um die Zeit des Zweiten Weltkrieges und des Kalten Krieges im Vordergrund standen, haben ihre Relevanz verloren.¹³⁰³ Der Film erfährt staatliche Förderung, weil Filme wirtschaftliche Güter sind, denen als Kunstwerke ein besonderer gesellschaftlicher Wert zugestanden wird. Die Filmförderung soll sicherstellen, dass der Schweizer Filmmarkt trotz struktureller Existenzschwierigkeiten weiterhin Schweizer Filme produziert und dem Publikum ein vielfältiges Angebot an Schweizer Filmen und filmkulturellen Ereignissen vorliegt.¹³⁰⁴ Die Strukturpolitik auf dem Filmmarkt hat eine den Wirtschaftszweig erhaltende Funktion. Damit unterscheidet sich der Filmmarkt von anderen Kunstzweigen, wie beispielsweise der bildenden Kunst, in denen die Herstellungskosten bedeutend geringer sind und Werke auch ohne staatliche Gelder eher realisierbar sind, wenn auch unter prekäreren wirtschaftlichen Umständen.

Trotz Ausnahmeklausel bleibt das künstlerische Schaffen in der Filmbranche dem Schutz der Grundrechte unterstellt. Förderung und Regulierung des Films müssen kunstfreiheitskonform ausgestaltet sein. Die Förderung des Films, die Regulierung von Einfuhr und Verbreitung und die Kontrolle der Kinobetriebe müssen den Anforderungen an die Rechtfertigung von Grundrechtseinschränkungen standhalten. Grundrechtlich heikel sind insbesondere inhaltliche Kontrollen. Sie finden sowohl in Form von Qualitätskriterien in der Filmförderung als auch in Form der inhaltlichen Kontrolle von eingeführten Filmen statt (zu selektiven Förderkriterien siehe Teil III Kapitel IV, zu inhaltlichen Einschränkungen des Films bei Einfuhr, Verkauf oder Vorführung als Eingriff in die Kunstfreiheit siehe Teil IV Kapitel I.3.a).

¹³⁰¹ Botschaft BV, 274.

¹³⁰² GRABER, in: Richli, Wirtschaftsstrukturrecht, N 966–973.

¹³⁰³ Ebenso GRABER, in: Richli, Wirtschaftsstrukturrecht, N 977 f.; BGE 113 Ib 97 E. 5.a.

¹³⁰⁴ Botschaft FiG, BBl 2000 V 5429 ff.; GRABER, in: Richli, Wirtschaftsstrukturrecht, N 980 f.; GEISER/GRABER, SGK BV 71 N 5.

Geltung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit für den restlichen Kunstmarkt

Was den restlichen Kunstmarkt betrifft, lassen sich weder in den Materialien noch in der Rechtsprechung oder Lehre Hinweise finden, wonach Art. 69 BV eine implizite Verfassungsgrundlage für vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichende Regulierungen bildet. Die Botschaft zur neuen Bundesverfassung enthält lediglich den Vermerk, wonach sich die vorhergehend stillschweigende und nun ausdrücklich in Art. 69 BV nachgeführte Kulturkompetenz des Bundes «auf den Bereich der Leistungsverwaltung»¹³⁰⁵ beschränkt.

Geltung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit bei Subventionen an die Kunst

Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit greift auch dort, wo der Wettbewerb in einem Wirtschaftszweig tatsächlich beschränkt ist, unter strengen staatlichen Vorgaben stattfindet oder einzelne Akteure von staatlichen Subventionen profitieren.¹³⁰⁶ Zu denken ist etwa an die Grundversicherung der Krankenkassen oder die Landwirtschaft. In der Kunst sind verschiedene Branchen wie etwa das Theater stark subventioniert und auf staatliche Infrastruktur angewiesen. Dennoch handelt es sich auch dort um Bereiche der freien Wirtschaft, die unter dem Schutz von Art. 94 BV steht.

Der Grundsatz des Wettbewerbs verlangt, dass der Staat bei der Verteilung von beschränkten staatlichen Gütern und Dienstleistungen zuerst prüft, ob die Steuerung durch Wettbewerb ein geeignetes Koordinations-, Steuerungs- und Zuteilungsmittel ist.¹³⁰⁷ Fördernde Massnahmen stehen zudem in einem Spannungsverhältnis zwischen dem Ziel, der Wirtschaft günstige Rahmenbedingungen zu schaffen und der Pflicht der Wettbewerbsneutralität. Selektiv gewährte Finanzhilfen verschaffen den Geförderten einen Wettbewerbsvorteil und benachteiligen die Nicht-Geförderten. Sie sind für die nicht-geförderten Antragsteller unter dem Blickwinkel der Rechtsgleichheit und der Wirtschaftsfreiheit als rechtfertigungsbedürftige Eingriffe zu handhaben.¹³⁰⁸ Bei Finanzhilfen an die Kunst verschärft sich die Frage der Wettbewerbsverzerrung, denn öffentliche Fördergelder sind in diesem Wirtschaftszweig mit einem erheblichen Reputationsgewinn für die Geförderten verbunden.

Subventionen im Bereich der Kunst sind grundsätzlich als mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu vereinbarende Massnahmen zu behandeln. Zu prüfen bleibt im Einzelfall, ob Fördermassnahmen an die Kunst die Wirtschaftsfreiheit beschränken

¹³⁰⁵ Botschaft BV, 285.

¹³⁰⁶ UHLMANN, BSK BV 27 N 9.

¹³⁰⁷ UHLMANN, BSK BV 27 N 9; BIAGGINI, BVK 27 N 32; VALLENDER, SGK BV 27 N 75, 79.

¹³⁰⁸ RICHLI, in: Ders., Wirtschaftsstrukturrecht, N 79; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 31 N 69 f. Zum Spannungsverhältnis bei der Gewährung von Subventionen zwischen der Wirtschaftsfreiheit, dem Grundsatz der staatlichen Wettbewerbsneutralität, der Verpflichtung zu sozial- und umweltverträglichem Staatshandeln und der zunehmenden Bedeutung staatsvertraglicher Beihilfeverbote siehe auch OESCH, Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen.

oder grundsatzwidrig sind. Diese Beurteilung erweist sich als anspruchsvoll. Zu unterscheiden ist zwischen einer (grundsatzkonformen) wettbewerbsneutralen und einer (grundsatzwidrigen) wirtschaftslenkenden Förderung. Grundsätzlich gibt es keine vollständig wettbewerbsneutralen Subventionen, die sich nicht in irgendeiner Form auf den Wettbewerb auswirken. Ausschlaggebend ist, ob mit der Förderung nicht lediglich ein gefährdeter Wirtschaftszweig unterstützt, sondern vor dem Wettbewerb geschützt werden soll. Zu berücksichtigen sind sowohl die wettbewerbsverzerrende Wirkung der Massnahme als auch allfällige protektionistische Absichten.¹³⁰⁹

Eine Subvention ist dann wirtschaftslenkend, wenn sie protektionistische Zwecke verfolgt oder wettbewerbsverzerrende Effekte erzielt. Wirtschaftslenkende Subventionen bedürfen einer verfassungsrechtlichen Grundlage. Dasselbe gilt für Abgaben oder allgemeine Organisationsbestimmungen über die Rahmenbedingungen der Wirtschaft in Form der Geld- und Währungspolitik sowie Finanz-, Konsum- und Wettbewerbspolitik. Vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichende Mittel der Wirtschaftsstrukturpolitik sind die Kapazitäts-, Produktions- und Güterlenkung und wirtschaftspolitische Bewilligungen.¹³¹⁰ Zur Beurteilung, ob Subventionen in der Kulturförderung grundsatzkonform oder grundsatzwidrig sind, bedarf es im Einzelfall der Abwägung des kulturpolitischen Interesses an der Förderung mit den wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen. Am heikelsten zu beurteilen sind selektive Fördermassnahmen, weil das Mass der Bevorzugung der Geförderten unter Umständen erheblich sein kann. Die Auswirkungen können durch die Dauer der Förderung und die Ausgestaltung der Selektionskriterien abgeschwächt werden.¹³¹¹

Eine sektorielle, vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichende Strukturpolitik betreibt der Bund im Bereich der *Filmwirtschaft*. Diese basiert auf einer impliziten Ausnahme vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit in Art. 71 BV (dazu bereits im vorhergehenden Abschnitt). In Anbetracht der herausragenden Bedeutung, die Subventionen in einzelnen Sparten der Kunst, namentlich für den Film und gewisse Bereiche der Literatur, prozentual haben, kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass hier nicht auch eine vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichende Strukturpolitik betrieben wird. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der Kunstförderung um die Sicherstellung der *kulturellen Grundversorgung* handelt. Die staatliche Kunstförderung lässt sich entsprechend in die Rechtsdogmatik über die öffentlichen Güter einordnen. Das Leistungsangebot des öffentlichen Sektors besteht aus den *öffentlichen Gütern (i. w. S.)*. Diese lassen sich wiederum unterteilen in öffentliche Güter i. e. S. und meritorische Güter. *Öffentliche Güter i. e. S.* sind solche, die die Privatwirtschaft nicht produziert oder für die ein Ausschluss vom Konsum tatsächlich nicht mög-

¹³⁰⁹ BIAGGINI/LIENHARD/SCHOTT/UHLMANN, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 248; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, *Wirtschaftsrecht*, § 16 N 62 f.; GRABER, in: Richli, *Wirtschaftsstrukturrecht*, N 1001; BUNDI, *Subventionen und Beihilfen*, 126 f.; MÖLLER, *Rechtsschutz bei Subventionen*, 105.

¹³¹⁰ BIAGGINI/LIENHARD/SCHOTT/UHLMANN, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 26–31.

¹³¹¹ BUNDI, *Subventionen und Beihilfen*, 131.

lich oder sinnvoll ist (z.B. öffentliche Gewässer), oder solche, die aufgrund der Verfassungsordnung dem Staat zwingend zufallen (z.B. innere und äussere Sicherheit als Ausdruck des staatlichen Gewaltmonopols). *Meritorische Güter* sind Güter, die von der Privatwirtschaft nicht in von den Bürgerinnen und Bürgern gewünschten Mass oder nicht in der gewünschten Qualität produziert werden (z.B. Bildung, Kunst und Kultur, Gesundheitsversorgung). Die Gesellschaft hat sich in einem demokratischen Verfahren darauf geeinigt, diese Güter mit staatlichen Mitteln zur Verfügung zu stellen oder das bestehende Angebot des Marktes mit staatlich subventionierten Gütern zu unterstützen oder zu ergänzen.¹³¹² In einer demokratischen Verfassungsordnung obliegt es grundsätzlich der Selbstbestimmung der Bürgerinnen und Bürger darüber zu entscheiden, welche Güter und Leistungen vom Staat selbst bereitgestellt werden. Die im demokratischen Verfahren gewonnenen Entscheide bestimmen die Leistungskataloge des Gemeinwesens.¹³¹³

Marktversagen besteht dort, wo eine Marktstruktur nicht funktioniert oder ein funktionierender Markt ein notwendiges oder gewünschtes Gut nicht in der gewünschten Menge herstellt. Wann der defizitäre Markt mit staatlichen Mitteln ergänzt wird, ist letztlich ein politischer Entscheid. *Marktsubstitution* ist dort sinnvoll, wo Güter lebensnotwendig sind (z.B. Nahrung, Wohnen, Gesundheitsversorgung), eine grundlegende Voraussetzung für den Markt sind (z.B. Bildung, Infrastruktur) oder als besonders werthaft für die Persönlichkeitsentfaltung gelten (z.B. Kunst und Kultur). Abgesehen von den lebensnotwendigen Gütern verfügen die Stimmberechtigten über weitreichende Selbstbestimmung über die Art und Weise, wie sie die Leistungskataloge der öffentlichen Güter ausgestalten wollen.¹³¹⁴ Das gilt auch für den Bereich der Kunst.

Pflicht zur Schaffung günstiger Rahmenbedingen

Artikel 94 Abs. 2 BV bestätigt die Bindung der freien Marktwirtschaft an ihre Vereinbarkeit mit den gesellschaftlichen Bedingungen. Die Wohlfahrtsklausel entspricht der programmatischen Gewährleistungsebene der Wirtschaftsfreiheit. Inhaltlich greift unter anderem die Präambel, wonach «die Stärke des Volkes sich misst am Wohl der Schwachen», und die Staatszielbestimmung von Art. 2 Abs. 2 BV auf, welche die Eidgenossenschaft auf die Förderung der gemeinsamen Wohlfahrt verpflichtet.¹³¹⁵

Artikel 94 Abs. 3 BV verpflichtet Bund und Kantone, der Wirtschaft günstige Rahmenbedingungen zu schaffen. Auch diese Bestimmung ist im Kontext einer Wirtschaftsordnung zu lesen, die sich an einem materiellen Begriff von Freiheit orientiert. «Günstig» sind die Rahmenbedingungen dann, wenn sie den freien Wettbewerb unter

¹³¹² VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 1 N 27.

¹³¹³ VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 1 N 25.

¹³¹⁴ VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 10 N 6, 9 f., die bei meritorischen Gütern nicht von einem Marktversagen ausgehen, sondern von einem positiven Entscheid der Gesellschaft, diese Güter mit staatlichen Mitteln herzustellen.

¹³¹⁵ UHLMANN, BSK BV 27 N 14–16; BIAGGINI, BVK 27 N 9.

für alle Personen tatsächlich fairen Bedingungen und gleichen Chancen ermöglichen. Dazu gehört neben der Regulierung der Wirtschaft auch die Umverteilung mittels Steuern sowie der Aufbau von und Zugang zu staatlichen Leistungen wie Infrastruktur, rechtsstaatliche Verfahren oder Bildung, die Voraussetzungen für eine sozial eingebundene freie Wirtschaft sind.¹³¹⁶

Für die Kunstfreiheit bedeutet das, dass die wirtschaftliche Subsistenz der Kunst nicht einfach dem *Laisser-faire* eines freien Marktes überlassen werden darf. Eine solche Auffassung des freien Marktes würde im Widerspruch zu den Grundsätzen der sozialmarktwirtschaftlich ausgerichteten Verfassungsordnung stehen. Notwendig sind faire rechtliche Rahmenbedingungen, die Rechtssicherheit, Transparenz und den tatsächlichen und gleichberechtigten Zugang zum Markt für alle sicherstellen. Der Staat ist verpflichtet, sich um die Beibehaltung eines Gleichgewichts im Kunstmarkt zu bemühen und Absprachen oder andere Formen der Machtakkumulation auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundsätzen eines fairen Wettbewerbs zu überprüfen. Wirtschaftliche Freiheit im Bereich der Kunst bedeutet zugleich auch die Pflicht zu Fördermassnahmen, mit denen die Ausbildung im Bereich der Kunst und der Kunstvermittlung als Zugangstor zur Erwirtschaftung einer Existenz mittels des eigenen künstlerischen Schaffens gewährleistet ist. Zugleich sind Künstlerinnen und Künstler beim Eintritt in den Markt darauf angewiesen, dass sie dort die urheberrechtlichen Rahmenbedingungen vorfinden, die ihnen eine faire Partizipation am wirtschaftlichen Ertrag ihrer Erzeugnisse sicherstellen. Ergänzend sind staatliche Massnahmen dort gefordert, wo die Kunstvermittlung durch den Markt ungeeignet ist, etwa bei experimenteller und avantgardistischer Kunst ebenso wie bei nichtkommerzialisierbaren Kunstarten.

c) Wirtschaftsförderung und internationale Abkommen

Zahlreiche internationale Abkommen wirken sich auf die Ausgestaltung der Wirtschaftsförderung aus.¹³¹⁷ Während die Wirtschaftsförderung über lange Zeit mit der Wirtschaftsfreiheit als vereinbar galt¹³¹⁸, kennt die EU ein weitgehendes Verbot von Finanzhilfen (Art. 107 AEUV). Die bilateralen Abkommen der Schweiz mit der EU enthalten in Art. 23 FHA ein Beihilfeverbot, das materiell weitestgehend mit demjenigen des EU-Rechts übereinstimmt.¹³¹⁹ Im Bereich der Kulturpolitik kommt der EU die Kompetenz zur «Unterstützung, Koordinierung oder Ergänzung» von kulturellen Massnahmen der Mitgliedstaaten zu (Art. 6, 197, 167, 207 EUV). Nach Art. 167

¹³¹⁶ UHLMANN, BSK BV 27 N 18; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 5.

¹³¹⁷ OESCH/MAYORAZ, BSK BV 103 N 5–7; BIAGGINI, BVK 103 N 6; HETTICH, SGK BV 103 N 5; ausführlich VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 3. Siehe insbes. das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (General Agreement on Tariffs and Trade, GATT); Abkommen über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen (Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, SCM). Das Allgemeine Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (General Agreement on Trade in Services, GATS) enthält keine Bestimmungen zum Subventionsrecht.

¹³¹⁸ Siehe etwa SCHÜRMAN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 125.

¹³¹⁹ OESCH/MAYORAZ, BSK BV 103 N 7; RICHLI, in: Ders., Wirtschaftsstrukturrecht, N 75, 79.

Abs. 2 EUV fördert die Union «künstlerisches und literarisches Schaffen, einschliesslich im audiovisuellen Bereich». Noch ist unklar, in welcher Form und wie intensiv die EU eine Kulturpolitik gestalten wird.¹³²⁰

Kulturfördermassnahmen der Mitgliedstaaten hat die Europäische Kommission bis anhin als verhältnismässige Beihilfe und somit zulässige Ausnahme vom unionsrechtlichen Beihilfeverbot (Art. 107 III lit. d EUV) beurteilt.¹³²¹ Die Kommission hat der Ausnahmeklausel durch Entscheidungen im Bereich der Filmförderung, des Rundfunks und dem Buchmarkt Konturen verliehen. Sie prüft Kulturbeihilfen grundsätzlich wohlwollend.¹³²²

In der *Kunst- und Kulturpolitik* liegt mit der UNESCO-Kulturförderungskonvention ebenfalls ein ausdrücklicher Vorbehalt zugunsten einer staatlichen Kulturförderung vor. Es war gerade Zweck des Abkommens, einen rechtlichen Ausgleich zwischen dem liberalisierten Kulturmarkt und dem öffentlichen Interesse an einer staatlich geförderten Kulturpolitik zur Erhaltung des kulturellen Erbes und der Förderung der kulturellen Entwicklung, Vielfalt und Teilhabe zu finden (zur UNESCO-Kulturförderungskonvention siehe Teil I Kapitel II.2.2).

d) Urheberrecht als Voraussetzung für die Teilnahme am Markt

Urheberrecht als Teil eines umfassenden Persönlichkeitsschutzes

Das Urheberrecht schützt sowohl die persönliche Beziehung des Schöpfers zu seinem Werk als auch die wirtschaftliche Verwertung geistiger Schöpfungen. Rechtshistorisch betrachtet differenzierte sich im Urheberrecht ein wichtiger Teilgehalt der Kunstfreiheit aus (siehe Teil I Kapitel I.2). Aus grundrechtsdogmatischer Sicht konkretisiert das Urheberrecht einen Aspekt der Kunstfreiheit, indem es für die Freiheit der Kunst in einer marktwirtschaftlichen Verfassungsordnung rechtliche Rahmenbedingungen für ihre Verwertung schafft. Das Urheberrecht ist Voraussetzung dafür, dass Künstlerinnen und Künstler ihre Erzeugnisse wirtschaftlich verwerten und folglich ihre künstlerische Existenz sichern können. Das Urheberrecht trägt so massgebend zur Verwirklichung der Kunstfreiheit bei und ist damit Voraussetzung und Ausdruck rechtlich geschützter künstlerischer Freiheit.¹³²³

¹³²⁰ WITTRICK, in: Dreier, GGK 5 III (Kunst) N 23.

¹³²¹ WITTRICK, in: Dreier, GGK 5 III (Kunst) N 23; BUNDI, Subventionen und Beihilfen, 197.

¹³²² Zum Ganzen BUNDI, Subventionen und Beihilfen, 197, m.H.a. die Entscheidungspraxis der Kommission; KOENIG/KÜHLING, Kulturförderung und Beihilfekontrolle, 201; DIES., EG-Beihilfenrecht, 220–224.

¹³²³ DI FABIO, Urheberrecht und Kunstfreiheit, 17–20; RIDDER, Freiheit der Kunst, 15 f., bezeichnet das Urheberrecht als «Kernstück einer grundrechtlichen Freiheit der Kunst». Zum Urheberrecht als Ursprung und Teilgehalt der Kunstfreiheit DAHM, Schutz des Urhebers, 140–162; DEUTSCH, Kunst und Urheberrecht, 1–14; FECHNER, Geistiges Eigentum und Verfassung, 288–325; WITTRICK, in: Dreier, GGK 5 III N 8.

Das Urheberrecht schützt die künstlerisch *und* ökonomisch tätige Person. Geschützt ist das Werk als Ergebnis einer kreativen Tätigkeit und Ausdruck der Persönlichkeit. Der *monistisch* verstandene Persönlichkeitsschutz stellt sich einer dualistischen Aufteilung in eine Garantie der Vermögenswerte auf der einen und dem Recht der Persönlichkeit auf der anderen Seite entgegen.¹³²⁴ Der in diesem Sinne ganzheitlich ausgestaltete Persönlichkeitsschutz umfasst sowohl die persönlichkeitsrechtlichen als auch die wirtschaftlichen und vermögenswerten Beziehungen des Menschen zu einem Kunstwerk. Nach heutiger Lehre ist das Urheberrecht entsprechend weder ein reines Persönlichkeitsrecht noch ein reines Vermögensrecht. Es gewährleistet einerseits die Persönlichkeitsrechte des Urhebers, trägt andererseits aber dem Umstand Rechnung, dass sich das Werk trotz individuellen Ursprungs mit zunehmender Distanz von der Schöpferpersönlichkeit löst und ein selbstständiges Gut wird. Das Urheberrecht reguliert neben dem Schutz der Persönlichkeitsrechte des Urhebers auch die von ihm mehr oder weniger abgelöste Verkehrsfähigkeit und Nutzbarkeit des Werkes. Das Urheberrecht trägt damit den Bedürfnissen einer freien Marktwirtschaft Rechnung, die mit Immaterialgütern Handel betreibt.¹³²⁵

Urheberrechtsgesetz

Im Schweizer Recht reguliert das *Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*¹³²⁶ die Urheberrechte für Werke der Kunst und Literatur. Die Schweiz ist des Weiteren in ein dichtes internationalrechtliches Vertragsnetz über den Schutz der Urheber eingebunden.

Das Urheberrecht regelt die Verwendungsrechte an künstlerischen und literarischen Werken. Es setzt die Grenze zwischen Informationen und Gegenständen fest, die der Allgemeinheit zur freien Verwendung zustehen, und solchen, die der Verfügung ihres Urhebers vorbehalten sind. Nach geltendem Urheberrecht sind nach Art. 2 Abs. 1 URG Werke geschützt, die geistige Schöpfungen der Kunst oder Literatur sind und indivi-

¹³²⁴ MÜLLER, Grundrechte der Verfassung und Persönlichkeitsschutz, 57. Das deutsche Urheberrecht ist nach wie vor von einem Dualismus gezeichnet. Das Bundesverfassungsgericht unterscheidet entsprechend «persönlichkeitsrechtliche» Teile des Urheberrechts, die es dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) zuordnet, das «Verwertungsrecht» hingegen der Eigentumsgarantie (Art. 14 GG), BVerfGE 31, 229 (238) Schulbuchprivileg; DAHM, Schutz des Urhebers, 1. Kritisch zur Aufteilung DAHM, Schutz des Urhebers, 152–154, m.H.a. die entsprechende Debatte in der Lehre. Zum historischen Ursprung der Aufteilung MÜLLER, Grundrechte der Verfassung und Persönlichkeitsschutz, 33, 36 f.; REHBINDER/PEUKERT, Urheberrecht, § 4 N 154. Kritisch zum Urheberrecht als reines Persönlichkeitsrecht und relativierend hinsichtlich seiner Rückführung auf die Aufklärung HILTY, Urheberrecht, N 28, 52.

¹³²⁵ REHBINDER/PEUKERT, Urheberrecht, § 4 N 151 ff.

¹³²⁶ Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (URG) vom 9. Oktober 1992 (SR 231.1). Siehe auch die dazugehörige Verordnung über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (URV) vom 26. April 1993 (SR 231.11). Zur (mittlerweile abgeschlossenen) Revision des URG, siehe etwa MOSIMANN, Das revidierte Urheberrecht; MOSIMANN/HOSTETTLER, Zur Revision des Urheberrechtsgesetzes; SYKORA, Aktuelle Entwicklung des Schweizer Urheberrechts.

duellen Charakter haben. Wert und Zweck des Werkes sind urheberrechtlich nicht relevant. Das Erfordernis der Zugehörigkeit zum Bereich der Literatur oder Kunst ist im weiten Sinn zu verstehen. Den rechtsanwendenden Behörden kommt ein erheblicher Ermessensspielraum in der Einzelfallbeurteilung zu. Nach der nicht abschliessenden Liste von Art. 2 Abs. 2–4 URG gehören zu den Werken der Kunst und der Literatur namentlich literarische, wissenschaftliche und andere Sprachwerke, Werke der Musik, der bildenden und angewandten Kunst der Baukunst, fotografische, filmische und choreografische Werke oder Werke mit wissenschaftlichem oder technischem Inhalt wie Zeichnungen, Pläne, Karten oder plastische Darstellungen und Computerprogramme.¹³²⁷

Die Zugehörigkeit zur Kunst oder Literatur ist in der Praxis des Urheberrechts kaum je umstritten, kann im Einzelfall jedoch schwierig einzuschätzen sein. Als wesentliches Abgrenzungskriterium gilt die Individualität des Werkes.¹³²⁸ Urheberrechtlich muss ein Werk auf menschlichem Willen beruhen und Ausdruck einer Gedankenäusserung sein, um geschützt zu sein. Ausschlaggebend ist nicht mehr wie nach alter Rechtsprechung, ob dem Produkt Originalität im Sinne einer persönlichen Prägung durch den Urheber zukommt (Urheber-Individualität). Massgebend ist vielmehr die Werk-Individualität, die in der statistischen Einmaligkeit des Werkes erfasst wird. Die Individualität eines Werkes ist in Abhängigkeit von den im Einzelfall überhaupt bestehenden Gestaltungsfreiheiten zu beurteilen.¹³²⁹

Bei der Fotografie als mechanisch erzeugtem Werk war gemäss Rechtsprechung nicht die Originalität der Fotografie entscheidend, sondern die mittels Nutzung bestehender Gestaltungsmöglichkeiten herbeigeführte statistische Einmaligkeit der Bildgestaltung. Die Werkqualität ist unabhängig von der Entstehungsgeschichte des Bildes alleine aus den im Bild selbst erkennbaren Merkmalen zu beurteilen. Entscheidend ist die Einmaligkeit der Bildgestaltung und nicht die Einmaligkeit des abgebildeten Ereignisses.¹³³⁰ Mit der Revision des Schweizer Urheberrechts ist jede Fotografie geschützt, auch wenn sie keinen individuellen Charakter hat.¹³³¹

¹³²⁷ Zum Ganzen DE WERRA/BENHAMOU, KKR, Kap. 7 § 1 N 6–21.

¹³²⁸ DE WERRA/BENHAMOU, KKR, Kap. 7 § 1 N 6 f.

¹³²⁹ BGE 130 III 168 E. 4.4; den Begriff der statistischen Einmaligkeit in die Lehre eingeführt hatte MAX KUMMER in seiner 1968 erschienen Monografie *Das urheberrechtlich schützbares Werk*. Zum Gestaltungsfreiraum bei technischeren Werken BGE 125 III 328 E. 4.b. Bei Texten eines Arzneimittelkompendiums ist der gestalterische Spielraum in graphischer und sprachlicher Hinsicht derart gering, dass die minimalen Anforderungen an die Individualität eines urheberrechtlich geschützten Werks nicht erfüllt sind, BGE 134 III 166 E. 2.5.

¹³³⁰ BGE 130 III 168 E. 4.5 Bob Marley; BGE 130 III 714 E. 2.2, 2.3 Wachmann Meili (hebt sich eine Fotografie nicht «vom allgemein Üblichen» ab, ist sie urheberrechtlich nicht geschützt); Handelsgericht Aargau, Urteil (HOR.2011.22) vom 29. August 2012 (Hayek). Die Rechtsprechung ist umstritten, dazu SCHUETZ, Totgeburt; HUG, Werkschutz der Fotografie.

¹³³¹ SYKORA, «Lichtbildschutz reloaded»; DE WERRA/BENHAMOU, KKR, Kap. 7 § 1 N 12–14.

Bemerkungen zum Folgerecht

Einer der umstrittensten Aspekte des Urheberrechts ist das Folgerecht für Werke der bildenden Kunst. Das Folgerecht sichert dem Urheber die finanzielle Beteiligung an der Wertsteigerung seiner Werke auch nach deren Veräusserung. Besteht kein Folgerecht, haben die bildenden Künstlerinnen und Künstler keinen Anteil an deren Wertsteigerung. Demgegenüber bleiben Schriftstellerinnen und Schriftsteller ebenso wie Musikerinnen und Musiker an der Wertschöpfung ihrer Werke dauerhaft beteiligt. Wird das Folgerecht für die bildende Kunst anerkannt, so ist der Verkauf von Eigentum für Kunstwerke ungleich mit dem Verkauf eines jeden anderen Gegenstandes. Vereinzelt wurde in Deutschland darum das Folgerecht als Verstoß gegen Art. 3 GG bezeichnet, was der Bundesgerichtshof zurückgewiesen hat.¹³³²

Die *Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst* enthält in Art. 14^{ter} ein optionales Folgerecht. Die Aufnahme der Bestimmung war umstritten und ist deshalb den Staaten freigestellt. Die Berner Übereinkunft beschränkt das Folgerecht auf die Weiterveräusserung von Originalen der bildenden Kunst und von Originalhandschriften. Beim Verkauf von Originalen der bildenden Kunst und bei Originalhandschriften der Schriftsteller und Komponisten genießt der Urheber – oder nach seinem Tod die von den innerstaatlichen Rechtsvorschriften dazu berufenen Personen oder Institutionen – ein unveräusserliches Recht auf Beteiligung am Erlös aus Verkäufen eines solchen Originalwerkes nach der ersten Veräusserung durch den Urheber.

Die EU hat das Folgerecht eingeführt.¹³³³ Die Schweiz und die Vereinigten Staaten von Amerika kennen kein Folgerecht. In der Schweiz gab es verschiedene (erfolglose) politische Vorstöße zur Einführung eines Folgerechts. In der Totalrevision des Urheberrechts von 1992 wurde von einer Einführung des Folgerechts abgesehen. Der Bundesrat hat in einem Bericht das Folgerecht mangels Breite und Effektivität der zu erwartenden Wirksamkeit für die Verbesserung der Stellung der Kunstschaffenden zurückgewiesen.¹³³⁴ Aus der Kunstfreiheit lässt sich zum Folgerecht keine eindeutige

¹³³² BGH, GRUR 1982, 308, 311 (Kunsthändler); HOEREN/HOLZNAGEL/ERNSTSCHNEIDER, Kunst und Recht, 98.

¹³³³ Richtlinie 2001/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks (27.9.2007).

¹³³⁴ Bericht zum Folgerecht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 13.4083 Luginbühl vom 5.3.2013 «Erlös für Schweizer Künstlerinnen und Künstler», 7 f.: «Das Folgerecht wird oftmals mit der Verbesserung der materiellen Situation der Kunstschaffenden durch eine konkrete Beteiligung am Weiterverkaufspreis (Ziel 1) propagiert. Folgerichtig müssten Auszahlungen aus einem Sozial- und Kulturfonds auch nach Bedürftigkeitskriterien erfolgen. Die Ausrichtung stünde damit in einem gewissen Spannungsverhältnis zum vorrangigen Ziel der Qualitätsförderung. Die Zahlen aus der EU zeigen, dass nur sehr wenige Personen (wirtschaftlich erfolgreiche Künstler und deren Erben) von einer solchen Regelung profitieren. Mit einer vollständigen oder zu-mindest teilweisen Zuweisung der Vergütung in Kultur- und Sozialfonds könnte ein breiterer Kreis an Künstler unterstützt werden und so dem Ziel 2, der generellen Unterstützung der Kunstschaffenden, Rechnung getragen werden. Soweit die gestützt auf groben Annahmen geschätzten Einnahmen aus dem Folgerecht von 2 Millionen Franken überhaupt in der Schweiz verbleiben, stellen diese allerdings nur

Position ableiten. Das Folgerecht verstärkt die rechtliche Bindung des Urhebers zu seinem Werk. Urheberinnen und Urheber verlieren auch mit dem Primärverkauf ihre urheberpersönlichkeitsrechtliche Bindung zu einem Kunstwerk jedoch nicht. Die persönliche Beziehung zwischen einem Werk und seinem Urheber bleibt auch nach dem Verkauf bestehen. Mit dem Primärverkauf willigen bildende Künstlerinnen und Künstler aber in eine wirtschaftliche Transaktion ein, mit der sie auch ihre Verfügungsrechte über den Gegenstand weitestgehend aufgeben. Ob die Einführung des Folgerechts ein geeignetes Instrument der Förderung der künstlerischen Freiheit ist, bleibt damit dem Ermessen des Gesetzgebers überlassen.

3.3 Regulierung des Kunstmarktes

a) Kartellrechtliche Massnahmen

Zulässigkeit der Wettbewerbspolitik

Während Art. 94 BV den Grundsatz des Wettbewerbs gewährleistet, enthält die Bundesverfassung mit Art. 96 Abs. 1 BV (sog. Kartellartikel) eine Kompetenzgrundlage für Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von privaten Abreden zwischen Marktteilnehmern. Der Kartellartikel ist die Grundlage für eine auf das Gemeinwohl ausgerichtete staatliche Regulierung des Wettbewerbs. Eine ausgeglichene Wettbewerbspolitik ist nicht eine Abweichung von der Wirtschaftsfreiheit, sondern deren Voraussetzung.¹³³⁵ Ein wirksamer Wettbewerb stellt sich nicht notwendigerweise von alleine ein, sondern muss geschaffen und gesteuert werden. Die Teilnehmer des Marktes sind auf staatliche Massnahmen angewiesen, wollen sie mit gleichen Chancen am Wettbewerb teilnehmen. Der Staat greift dort ein, wo die Wettbewerbsteilnehmer gestützt auf ihre Privatautonomie dieselbige für andere Marktteilnehmer in einem Ausmass beschränken, dass der freie Markt substanziell beeinträchtigt ist. Das Kartellrecht greift bei Wettbewerbsabreden, dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und Unternehmenszusammenschlüssen, die sich erheblich auf den Wettbewerb auswirken. Voraussetzung ist, dass die von kartellrechtlichen Einschränkungen betroffenen Unternehmen einen gesteigerten Markteinfluss haben.¹³³⁶ Im Kunstmarkt trifft das insbesondere auf die grossen Auktionshäuser, auf Medienunternehmen, den Tickethandel und auf Grossveranstalter zu.

einen Bruchteil der Gesamtkulturförderung in der Schweiz von rund 2,7 Milliarden Franken dar und sind zu tief um sich spürbar positiv auszuwirken. Unklarheit besteht zudem darüber, wie sich das Folgerecht auf die Wettbewerbsfähigkeit eines Kunsthandelsplatzes auswirkt und in welchem Umfang es zu Verlagerungen an Orte ohne Folgerecht mit den entsprechenden negativen Auswirkungen unter anderem auf die Beschäftigung kommt. Die Erfahrungen in der EU lassen keine definitiven Schlüsse zu.»

¹³³⁵ Botschaft BV, 301 f.; BIAGGINI, BVK 96 N 1; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 112.

¹³³⁶ HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 154.

Für Radio und Fernsehen kommen Fernmelderecht und Wettbewerbsrecht parallel zur Anwendung. Das Kartellgesetz soll auch im Bereich der Medien Missbräuche von Marktmacht bekämpfen, etwa in Fällen vertikaler Konzentration, wo ein Kabelnetzbetreiber zugleich als Rundfunkveranstalter auftritt und Konkurrenzangebote von seinem Kabelnetz fernzuhalten versucht.¹³³⁷

Die Cinetrade AG ist im Bereich Pay-TV, Kinos und Verwertung von Filmrechten tätig. Ihre Übernahme durch die Swisscom ist kartellrechtlich relevant, weil es sich um einen Zusammenschluss mit einem hochkonzentrierten benachbarten Markt handelt.¹³³⁸ Das Unternehmen Ticketcorner AG verfügt über einen hohen Marktanteil am Markt für kulturelle Veranstaltungen und nimmt für Ticketvertriebssysteme eine marktbeherrschende Stellung ein. Exklusivverträge mit Veranstaltern sind nicht gerechtfertigte Beschränkungen des Marktes.¹³³⁹ Das Musikunternehmen Musik Hug ist beim Flügel- und Klavierbetrieb an das Wettbewerbsrecht gebunden. Preisabsprache zwischen den Anbietern La Bottega del Pianoforte SA, Steinway & Sons sowie der Musik Hug AG sind nicht zulässig.¹³⁴⁰

Ausnahmen vom Wettbewerb bei überwiegenden öffentlichen Interessen

Eine Reihe von öffentlich-rechtlichen Vorschriften beeinträchtigt den freien Wettbewerb in Bereichen, in denen der Markt versagt. Es handelt sich um Zweige der Wirtschaft, in denen der Markt als Regelsystem der Wirtschaftsbeziehungen seine Funktionen nicht oder nicht ausreichend zu erfüllen vermag. Der Staat greift wirtschaftspolitisch legitimiert in den Markt ein, wo dieser der Gesellschaft grundlegende Güter nicht oder nicht in ausreichender Menge bereitzustellen vermag oder nicht in der Lage ist, höherstehenden Interessen, insbesondere der Verteilungsgerechtigkeit, Rechnung zu tragen. Nach Art. 3 Abs. 1 KG bleiben Vorschriften vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten. Ebenfalls nicht unter das Kartellgesetz fallen Wettbewerbsbeschränkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG).¹³⁴¹

Eine Ausnahme vom Wettbewerb kann sich auch aus der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe ergeben. Ausschlaggebend ist, ob die Anwendung des Kartellrechts der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe entgegensteht, die gesetzlich an ein Unternehmen

¹³³⁷ BGer-Urteil 2A.142/2003 (5.9.2003) E. 4.1.3.

¹³³⁸ WEKO, Stellungnahme vom 7.3.2005 betreffend Swisscom/Cinetrade, RPW 2005, 363–380, N 27 ff.; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 384.

¹³³⁹ BGer-Urteil 2C_113/2017 (12.2.2020); BGE 139 II 328; ROTH, Entscheidbesprechung von BGer-Urteil 2C_113/2017; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 322.

¹³⁴⁰ BVGer-Urteil B-823/2016 (2.4.2020).

¹³⁴¹ HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 161–164.

übertragen wurde.¹³⁴² Im Bereich der Bildung und im Bereich der Kunst besteht kein staatliches Monopol. Die Finanzierung von öffentlichen Schulen und Universitäten mittels Steuern ist aber gestützt auf den öffentlichen Bildungsauftrag zulässig, auch wenn damit die Ausbildung kostenlos oder zu günstigeren Preisen angeboten wird und die privaten Schulen und Universitäten auf dem Bildungsmarkt benachteiligt sind. Das gilt sowohl für die grundrechtlich gewährleistete Grundausbildung als auch für den höheren Bildungssektor. Auch die Finanzierung von Kunstschulen fällt unter den öffentlichen Bildungsauftrag. Dieselbe Überlegung trifft auf den Gesundheitssektor und die öffentlichen Spitäler zu, deren staatliche Finanzierung der Erfüllung eines öffentlichen Auftrags dient.¹³⁴³ Analog ergibt sich auch für die Finanzierung von Theatern, Opernhäusern oder Kunstmuseen in Erfüllung des staatlichen Kulturauftrags eine durch kulturpolitische Interessen gerechtfertigte Ausnahme vom Wettbewerb.

Bewilligung von Ausnahmen durch den Bundesrat

Wettbewerbsabreden und weitere, normalerweise unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen können ausnahmsweise vom Bundesrat zugelassen werden, wenn sie notwendig sind, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen (Art. 8 und 11 KG). Die Rechtfertigung stützt sich auf die Beobachtung, dass der Wettbewerb ausnahmsweise auch zu negativen Ergebnissen führen kann, beispielsweise wenn der freie Markt unerwünschte Auswirkungen auf die Umwelt-, Gesundheits- oder Kulturpolitik hat und an und für sich unerlaubte Wettbewerbsabreden diese Folgen abzumildern vermögen. Infrage kommen nur öffentliche Interessen mit einem hohen Stellenwert wie etwa Versorgungssicherheit, Arbeitnehmerschutz oder kulturpolitische Anliegen. Es geht um eine Abwägung zwischen den Interessen an einem freien Markt und anderen gesamtgesellschaftlichen Interessen. Bei der Zulässigkeit von Wettbewerbsabreden handelt es sich um einen vorwiegend politischen Entscheid, weshalb die Kompetenz beim Bundesrat liegt.¹³⁴⁴

Dem Bundesrat lagen bis anhin zwei kartellrechtliche Ausnahmegesuche aus dem Kunstmarkt vor. Beide betrafen die privatrechtlich vereinbarte Preisbindung im Buch- und Musikhandel. Der Bundesrat lehnte beide Ausnahmen ab.¹³⁴⁵ Die Befürworter der Buchpreisbindung beriefen sich darauf, dass die Bindung der Buchpreise die Vielfalt des Angebots und die Dichte des Vertriebs des Kulturguts fördert. Der Bundesrat verwies darauf, dass sich «eine Kausalität zwischen Buchpreisbindung einerseits und Titelvielfalt, Sortimentsbreite und Buchhandelsdichte andererseits nicht nachweisen» lässt,

¹³⁴² BGE 129 II 497 E. 5.4.9.

¹³⁴³ BGE 129 II 497 E. 5.4.9.

¹³⁴⁴ HÄNNI/STÖCKLI, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, N 415–417; BGE 129 II 18 E. 1.2.

¹³⁴⁵ BUNDESRAT, *Entscheid vom 2. 5. 2007 betreffend Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband und Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.*, RPW 2007, 341–347; BUNDESRAT, *Entscheid betreffend Schweizer Verband der Musikhändler- und Verleger*, RPW 1998, 478–485; dazu auch MEINHARDT/PRÜMMER, *BSK KG 8 N 7*; HÄNNI/STÖCKLI, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, N 419.

«so dass sich damit weder das Argument der wirtschaftlichen Effizienz noch das der kulturpolitischen Leistung begründen lässt.»¹³⁴⁶ Die Preisabsprache behindert gemäss Bundesrat das Entstehen neuer Vertriebskanäle. Die kultur- und bildungspolitischen Interessen liessen sich auch mit anderen Mitteln verwirklichen, so wie das beispielsweise bereits durch finanzielle Werkbeiträge von Bund und Kantonen an das literarische Schaffen und die Veröffentlichung von Werken der Literatur geschieht.¹³⁴⁷ Im Frühling 2012 lehnte das Stimmvolk das von der Bundesversammlung verabschiedete Bundesgesetz über die Buchpreisbindung (BuPG)¹³⁴⁸ in einer Referendumsabstimmung ab. Das Gesetz wollte die Preise von ungebrauchten Büchern regeln, um dadurch die «Vielfalt und Qualität des Kulturgutes Buch» zu fördern und «möglichst vielen Leserinnen und Lesern den Zugang zu Büchern zu den bestmöglichen Bedingungen» zu gewährleisten (Art. 1 BuPG).

b) Finanzmarktkontrolle

Kunstmarkt als Teil des Finanzmarkts

Kunstwerke sind auch Investitionsobjekte und dienen als Spekulations- und Kapitalanlagen. Der Kunstmarkt ist in dieser Hinsicht auch Teil des Finanzmarktes. Der Handel mit Werken der bildenden Kunst ist einer der kapitalstärksten und liberalsten, das heisst am wenigsten regulierten, Wirtschaftszweige der Schweiz. Jährlich werden auf dem Kunstmarkt Milliarden umgesetzt. Der Handel mit Kunst ist eng mit dem Finanzmarkt verwoben.

Finanzmarktkontrolle

Die staatliche Regulierung und Aufsicht über den Finanzmarkt soll die Funktionsfähigkeit, Stabilität und Transparenz der Finanzmärkte sicherstellen. Die Finanzmarktkontrolle dient einerseits dem *Individualschutz* der Gläubiger vor unlauteren Geschäftsbedingungen. Andererseits soll der *Funktionsschutz* den Finanzmarkt als Institution von gesamtgesellschaftlicher Bedeutung schützen und die Voraussetzungen für einen funktionierenden und effizienten Markt gewährleisten. Dazu gehören auch der Vertrauensschutz und die Stabilität des Finanzsystems (Systemschutz).¹³⁴⁹ Nach Art. 5 FINMAG bezweckt die Finanzmarktaufsicht den Schutz der Gäubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger, der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte. Sie trägt damit zur Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbs-

¹³⁴⁶ BUNDESRAT, Entscheidung vom 2.5.2007 betreffend Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband und Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V., RPW 2007, 341–347 E. 18.

¹³⁴⁷ BUNDESRAT, Entscheidung vom 2.5.2007 betreffend Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband und Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V., RPW 2007, 341–347 E. 18 ff.

¹³⁴⁸ Bundesgesetz über die Buchpreisbindung (BuPG) vom 18. März 2011 (im Referendum 2012 abgewiesen).

¹³⁴⁹ HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 928–933.

fähigkeit des Finanzplatzes Schweiz bei. Zu den Finanzmarktgesetzen zählen das Pfandbriefgesetz¹³⁵⁰, das Versicherungsvertragsgesetz¹³⁵¹, das Kollektivanlagengesetz¹³⁵², das Bankengesetz¹³⁵³, das Börsengesetz¹³⁵⁴, das Geldwäschereigesetz¹³⁵⁵, das Versicherungsaufsichtsgesetz¹³⁵⁶ und das Finanzmarktinfrastrukturgesetz¹³⁵⁷. Der Finanzmarktauf-sicht unterstehen Personen, die nach den Finanzmarktgesetzen eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung der Finanzmarktaufsichtsbehörde benötigen, und die kollektiven Kapitalanlagen (Art. 3 FINMAG). Diese rechtlichen Vorgaben finden auch auf den Kunstmarkt Anwendung.

Bekämpfung der Geldwäscherei

Ein wichtiger Bestandteil der Finanzmarktregulierung ist die Bekämpfung der Geldwäscherei. Dieser regulatorische Aspekt ist auch für den Kunstmarkt und dort insbesondere den Markt für bildende Kunst einschlägig. Das Geldwäschereigesetz bezweckt die Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung und die Sorgfalt bei Finanzgeschäften. Es gilt für *Finanzintermediäre* (Art. 2 Abs. 1 GwG). Dazu gehören einerseits die der finanzmarktrechtlichen Aufsicht unterstellten Banken, Fonds usw. (Art. 2 Abs. 2 GwG). Andererseits aber auch alle Personen, die berufsmässig fremde Vermögenswerte annehmen oder aufbewahren oder helfen, sie anzulegen oder zu übertragen (Art. 2 Abs. 3 GwG). Finanzintermediäre müssen gewisse *Sorgfaltspflichten* erfüllen (Art. 3 ff. GwG) und sind bei Verdacht auf Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung zur Meldung an das Bundesamt für Polizei verpflichtet (Art. 23 GwG).¹³⁵⁸ Auktionatoren und Galeristen gehören in der Regel nicht zum erfassten Personenkreis, es sei denn, sie qualifizieren ausnahmsweise als Finanzintermediäre.¹³⁵⁹

Über das Ausmass der Geldwäscherei im Kunstmarkt besteht mangels empirischer Untersuchungen und instruktiver Praxisbeispiele wenig Klarheit.¹³⁶⁰ Der Kunstmarkt

¹³⁵⁰ Pfandbriefgesetz vom 25. Juni 1930 (SR 211.423.4).

¹³⁵¹ Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (Versicherungsvertragsgesetz, VVG) (SR 221.229.1).

¹³⁵² Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen vom 23. Juni 2006 (Kapitalanlagengesetz, KAG) (SR 951.31).

¹³⁵³ Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz, BankG) (SR 952.0).

¹³⁵⁴ Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (Börsengesetz, BEHG) (SR 954.1).

¹³⁵⁵ Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung vom 10. Oktober 1997 (Geldwäschereigesetz, GwG) (SR 955.0).

¹³⁵⁶ Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen vom 17. Dezember 2004 (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG) (SR 961.01).

¹³⁵⁷ Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel vom 19. Juni 2015 (Finanzmarktinfrstrukturgesetz, FinfraG) (SR 958.1).

¹³⁵⁸ HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 1124–1127.

¹³⁵⁹ Siehe im Detail RYSER, Kunst und Geldwäscherei, 590.

¹³⁶⁰ RYSER, Kunst und Geldwäscherei, 607.

ist grundsätzlich, wie andere Wirtschaftszweige, vor Geldwäscherei mit spezifischen regulatorischen und pönalisierenden Massnahmen zu schützen. Diese Pflicht ergibt sich auch aus der programmatischen Gewährleistungsdimension der Kunstfreiheit. Als Schutzpflicht kann die Verpflichtung zum Schutz vor Geldwäscherei unter Umständen als Individualrecht justiziabel sein. Es muss an dieser Stelle offenbleiben, wie gut die Umsetzung der bestehenden regulativen Vorgaben auf dem auf eigene Art organisierten Kunstmarkt funktioniert. Die Lehre ist in ihrer Einschätzung geteilt. Während die einen den Kunstmarkt in höchstem Masse von der Geldwäscherei gefährdet sehen und mehr Regulierung fordern, gehen andere davon aus, dass der bestehende rechtliche Rahmen im Kunsthandel als genügend zu erachten ist.¹³⁶¹

c) Kulturgüterschutz

Kulturgüterschutzrecht

Wie bereits erwähnt (siehe Teil I Kapitel II.2.1) ist der Kulturgüterschutz eine Voraussetzung für die künstlerische Freiheit und die kulturelle Teilhabe. Der Zugang zu und die Auseinandersetzung mit den kulturellen Erzeugnissen anderer Menschen ist ein wichtiger Bestandteil künstlerischer Praktiken, und zwar sowohl für die Herstellung als auch für die Rezeption von Kunst. Viele Kunstwerke entstehen in Auseinandersetzung mit den Werken anderer Künstlerinnen und Künstlern. Praktiken der Kunstrezeption knüpfen an die Kenntnis von klassischen Werken verschiedener Epochen an. Das Wissen über die Kunstwerke vorhergehender Generationen ist oftmals eine Voraussetzung für das Verständnis von Werken der Gegenwartskunst. Aus diesem Grund zählt auch der Kulturgüterschutz zur Kulturförderung im Sinne von Art. 69 Abs. 2 BV. Der Bund stützt sich für die Regulierung der Kulturgüter zudem auf seine Kompetenz zur Regulierung privatwirtschaftlicher Tätigkeiten nach Art. 95 Abs. 1 BV. Das Kulturgüterrecht bezweckt, das kulturelle Erbe der Menschheit zu erhalten und Kulturgüter vor Diebstahl, Plünderung und illegaler Ein- und Ausfuhr zu schützen. Der besondere rechtliche Schutz unterstellt Kulturgüter engeren Kontrollen und beschränkt ihren Handel.¹³⁶²

Als Kulturgut gelten Güter, die aus religiösen oder weltlichen Gründen für Archäologie, Vorgeschichte, Geschichte, Literatur, Kunst oder Wissenschaft bedeutungsvoll sind und einer Kategorie der in der UNESCO-Konvention von 1970 enthaltenen Liste von Gütern, die als Kulturgut infrage kommen, aufgelistet sind (Art. 2 Abs. 1 KGTG). Dazu gehören unter anderem auch *künstlerische Denkmäler* (Art. 1 Bst. d

¹³⁶¹ Kritisch insbes. ROTH, Kunstmarkt, 199–202; stark relativierend RYSER, Kunst und Geldwäscherei, 598 ff. Zur Stärkung der Verantwortung im Kunstmarkt siehe auch die 2015 gegründete *Responsible Art Market Initiative* und deren *Guidelines on Combatting Money Laundering and Terrorist Financing* (<http://responsibleartmarket.org>).

¹³⁶² Zum Kulturgüterrecht einführend RENOLD, *Le droit de l'art et des biens culturels*; ODENDAHL, *Kulturgüterschutz*; DIES., *Kulturgüterrecht. Zu Fragen der Restitution von Kulturgut* einführend SCHÖNENBERGER, *Restitution von Kulturgut*.

UNESCO-K) und *Güter von künstlerischem Interesse* wie beispielsweise Bilder, Gemälde, Zeichnungen, Bildhauerkunst und Skulpturen, Gravuren, Drucke und Lithografien sowie künstlerische Zusammenstellungen in irgendeinem Material (Art. 1 Bst. g UNESCO-K). Zu den Kulturgütern gehört auch die Kunst.

Die Schweiz hat die *UNESCO-Kulturgüterschutzkonvention*¹³⁶³ ratifiziert. Neben der UNESCO-Kulturgüterschutzkonvention regelt eine Reihe weiterer internationaler Übereinkommen Einzelheiten des Kulturgüterschutzes (siehe Teil I Kapitel II.2.1 und 2.2).¹³⁶⁴ Der Bund ist seiner Verpflichtung zur gesetzlichen Umsetzung seiner internationalrechtlichen Verpflichtungen im *Kulturgütertransfergesetz*¹³⁶⁵ nachgekommen. Es regelt die Einfuhr von Kulturgut in die Schweiz, seine Durch- und Ausfuhr sowie seine Rückführung aus der Schweiz (Art. 1 KGTG).

Marktregulierung und Kulturgüterschutz

Umstritten ist, wie weit mit dem Kulturgüterschutz in den freien Markt eingegriffen werden darf.¹³⁶⁶ Das öffentliche Interesse an einer Regulierung des freien Marktes zum Schutz von Kulturgütern, darin sind historische Bauten eingeschlossen, ist sowohl im Völkerrecht als auch im Verfassungsrecht im Grundsatz anerkannt. Der EGMR hat im Urteil *Beyeler v Italy* das öffentliche Interesse am Schutz des kulturellen und künstlerischen Erbes bestätigt:

«the control by the State of the market in works of art is a legitimate aim for the purpose of protecting the country's cultural and artistic heritage.»¹³⁶⁷

Staaten haben gemäss EGMR einen gewissen Ermessensspielraum, um zu beurteilen, was als Kulturgüterschutz im öffentlichen Interesse liegt.¹³⁶⁸ Sie müssen eine faire Balance zwischen den öffentlichen Interessen am Schutz und dem Zugang zu Kulturgütern und den Rechten Dritter, insbesondere dem grundrechtlichen Schutz von Eigentümerinnen und Eigentümern anstreben. Das bedingt, dass die verschiedenen Interessen und die zur Verfügung stehenden Massnahmen gegeneinander abgewogen werden.¹³⁶⁹

Eine heikle Konsequenz dieser Rechtsprechung ist die Tatsache, dass der Kulturgüterschutz unter Umständen dazu führt, dass Personen, die ihr Land verlassen, ihre Kunstsammlung nicht mitnehmen dürfen. Das tangiert die persönliche Freiheit empfindlich. Art. 2 Ziff. 2 des 4. Zusatzprotokolls zur EMRK¹³⁷⁰ schützt das Recht jeder

¹³⁶³ UNESCO-Konvention 1970.

¹³⁶⁴ Eine Übersicht findet sich bei RASCHÈR, KKR, Kap. 6 § 1 N 32 ff.

¹³⁶⁵ Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer vom 20. Juni 2003 (Kulturgütertransfergesetz, KGTG) (SR 444.1).

¹³⁶⁶ Zum Ganzen MERRYMAN/ELSEN/URICE, Law, Ethics and the Visual Arts, 121 ff.

¹³⁶⁷ EGMR Nr. 33202/96 (2000) *Beyeler v Italy*, N 112.

¹³⁶⁸ EGMR Nr. 33202/96 (2000) *Beyeler v Italy*, N 112.

¹³⁶⁹ EGMR Nr. 33202/96 (2000) *Beyeler v Italy*, N 114.

¹³⁷⁰ Protokoll Nr. 4 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 16. September 1963 (EMRK 4. Zusatzprotokoll), von der Schweiz nicht ratifiziert.

Person, jederzeit ein Land zu verlassen, darin eingeschlossen das eigene. Diese Norm hat ihren historischen Ursprung unter anderem in den Erfahrungen des Zweiten Weltkrieges. Juden durften unter Hitlers Regime nicht ausreisen, ausser sie übertrugen dem Staat ihr Eigentum, darunter auch Kunstwerke. Die Kulturgüterkonvention ermächtigt die Staaten dazu, die Ausfuhr eines Gemäldes auch dann zu untersagen, wenn die Ausfuhr nicht in Zusammenhang mit dem Verkauf des Gemäldes erfolgt, sondern wenn das Gemälde mit dem Eigentümer an einen neuen Wohnort mitreist. Eine dermassen empfindliche Einschränkung der persönlichen Freiheit bedarf einer besonders sorgfältigen Rechtfertigungsprüfung.¹³⁷¹

3.4 Regulierung und Förderung der Medien

a) Regulierung von Radio und Fernsehen

Radio und Fernsehen sind für verschiedene Kunstsparten die bedeutendsten Verbreitungskanäle. Der Fernsehmarkt ist für den Filmmarkt ein wichtiges Glied in der Produktions- und Verwertungskette. Viele Filme werden in Zusammenarbeit mit dem Fernsehen hergestellt und ausgewertet. Dasselbe gilt für die Produktion und Verbreitung von Musik und literarischen Hörspielen.¹³⁷² Die Bundesverfassung enthält mit Art. 93 BV zum Radio und Fernsehen eine Bestimmung über die Regulierung des Medienmarktes.

Die Gesetzgebung über Radio und Fernsehen sowie über andere Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen ist Sache des Bundes (Art. 93 Abs. 1 BV). Ob die Bundeskompetenz umfassend oder konkurrierend ist, ist in der Lehre umstritten.¹³⁷³ Der Bund hat mit dem *Bundesgesetz über Radio und Fernsehen* (RTVG)¹³⁷⁴ von seiner Rechtsetzungskompetenz Gebrauch gemacht.

b) Leistungsauftrag von Radio und Fernsehen

Artikel 93 Abs. 2 BV formuliert für Radio und Fernsehen einen *Leistungsauftrag*, definiert deren Ziele und formuliert Anforderungen an den Sendeinhalt. Adressat der Bestimmung ist der Staat respektive die mit ihrer Umsetzung betrauten Organe, nicht die einzelnen Anbieter. Art. 93 Abs. 3 BV garantiert die *Autonomie* von Radio und

¹³⁷¹ Kritisch MERRYMAN/ELSEN/URICE, Law, Ethics and the Visual Arts, 140. Weiterführend SIEHR, Freizügigkeit und Kulturgüterschutz; SCHNELLE, Der Abwanderungsschutz von Kulturgütern; MERRYMAN, The Retention of Cultural Property; GRABER, Keine Mobilität für alte Meister?. Zur spezifischen Frage von Ausfuhrverboten für NS-Raubkunst MOLL, Ausfuhrverbote für NS-Raubkunst.

¹³⁷² Siehe dazu GRABER, in: Richli, Wirtschaftsstrukturrecht, N 933 f.; GRABER, Handel und Kultur im Audiovisionsrecht der WTO, 63, 224–226.

¹³⁷³ Umfassend: GRABER/STEINER, SGK BV 93 N 2; konkurrierend: BIAGGINI, BVK 93 N 3; TSCHANEN, Staatsrecht, N 33 zu § 20.

¹³⁷⁴ Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 24. März 2006 (RTVG) (SR 784.40).

Fernsehen. Art. 6 RTVG konkretisiert die Ausgestaltung dieser Autonomie inhaltlich. Die Programmveranstalter sind demnach, soweit das Bundesrecht nichts anderes bestimmt, nicht an Weisungen von Behörden gebunden (Abs. 1). Sie sind in der Gestaltung des Inhalts und der Darstellung ihrer redaktionellen Publikationen sowie der Werbung frei, tragen dafür aber auch die Verantwortung (Abs. 2). Niemand kann von einem Programmveranstalter die Verbreitung bestimmter Darbietungen und Informationen verlangen (Art. 3).

Artikel 93 Abs. 2 BV enthält einen *Leistungsauftrag* an Radio und Fernsehen. Die Bundesverfassung konkretisiert damit den Kulturauftrag des Bundes (Art. 2 Abs. 2 und Art. 41 Abs. 1 Bst. g BV) spezifisch für den Bereich Radio und Fernsehen. Ziele des Leistungsauftrags sind Bildung (sog. Bildungsauftrag), kulturelle Entfaltung (sog. Kulturauftrag), freie Meinungsbildung und Unterhaltung (Art. 93 Abs. 2 Satz 1 BV). Gerade Kommunikationsmedien wie Radio und Fernsehen leisten einen wichtigen Beitrag zur kulturellen Vielfalt, der freien Meinungsbildung sowie der Unterhaltung und Freizeitgestaltung.¹³⁷⁵ Radio und Fernsehen sind dazu verpflichtet, die Besonderheiten des Landes und die Bedürfnisse der Kantone zu berücksichtigen (Art. 93 Abs. 2 Satz 2 BV). Qualitativ sind sie einerseits zu einer sachgerechten Darstellung der Ereignisse (*Sachgerechtigkeitsgebot*) verpflichtet. Andererseits müssen sie die Vielfalt der Ansichten angemessen zum Ausdruck bringen (*Vielfaltsgebot*) (Art. 93 Abs. 2 Satz 3 BV).¹³⁷⁶ Mit der Formulierung qualitativer Anforderungen verleiht der Verfassungsgeber den Kommunikationsgrundrechten Wirksamkeit, so auch der Kunstfreiheit.

Die Rechtmässigkeit des Leistungsauftrags ist als Einschränkung der Medienfreiheit der Radio- und Fernsehbetreiber an den Rechtfertigungsbedingungen nach Art. 36 BV und Art. 10 EMRK zu messen.¹³⁷⁷ Die Vorgabe von Zielen und qualitativen Anforderungen an die Programme von Radio und Fernsehen rechtfertigt sich durch die ausgeprägte gesellschaftliche Reichweite dieser Medien und das Gewicht ihrer Beiträge für die Vielfalt des Informationsangebots und der entsprechenden Bedeutung der Programme für eine funktionierende Demokratie.¹³⁷⁸ Aus denselben Gründen gelten Radio und Fernsehen als *kulturelle Klammer* eines Landes, das sich durch seine kulturelle Vielfalt auszeichnet. Das Radio- und Fernsehsystem soll sowohl zur nationalen Kohäsion des Bundesstaates beitragen, als auch die regionale Vielfalt abbilden und die kulturelle Entfaltung seiner Bewohner und Bewohnerinnen in ihrer ganzen Vielfalt fördern (siehe Teil II Kapitel I.4.3).¹³⁷⁹ Die Verpflichtung zu Sachgerechtigkeit und Vielfalt bezweckt den Schutz des Publikums vor Manipulationen. Die Programme sollen das Publikum in die Lage versetzen, inhaltlich verlässlich die

¹³⁷⁵ Siehe entsprechend Botschaft BV, 273.

¹³⁷⁶ GRABER/STEINER, SGK BV 93 N 7 f.; BIAGGINI, BVK 93 N 9 f.

¹³⁷⁷ GRABER/STEINER, SGK BV 93 N 1; ZELLER/DUMERMUTH, BSK BV 93 N 17.

¹³⁷⁸ GRABER/STEINER, SGK BV 93 N 16 f.; ZELLER/DUMERMUTH, BSK BV 93 N 43; BIAGGINI, BVK 93 N 9.

¹³⁷⁹ GRABER/STEINER, SGK BV 93 N 18; ZELLER/DUMERMUTH, BSK BV 93 N 24; BIAGGINI, BVK 93 N 10.

effektive Vielfalt an Ansichten und Meinungen zu erfahren, um sich daraus eine eigene Meinung zu bilden.¹³⁸⁰ Das Schweizer Stimmvolk hat die Gebührenpflicht und damit indirekt auch den Leistungsauftrag mit der Zurückweisung der «No Billag»-Initiative im März 2018 mit grosser Mehrheit (71,6%) bestätigt. Die Initiative forderte die Abschaffung der Radio- und Fernsehgebühren.

c) Konkretisierung des Leistungsauftrags im RTVG

Die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) ist eine privatrechtliche Gesellschaft und keine staatliche Anstalt. Radio und Fernsehen sind vom Staat unabhängig (Art. 3a RTVG), so auch die SRG. Der SRG kommt von Gesetzes wegen aber eine privilegierte Stellung gegenüber anderen Anbietern von Radio und Fernsehen zu, indem sie zur Erbringung eines Dienstes für die Allgemeinheit ohne Gewinnabsicht verpflichtet ist (Art. 23 RTVG) und ergänzend zum Leistungsauftrag einen konkreten Programmauftrag erhält (Art. 24 RTVG).

Der Bundesgesetzgeber hat seinen Auftrag in den ausführenden Bestimmungen, insbesondere in Art. 4 und 5 RTVG, konkretisiert.¹³⁸¹ Nach Art. 4 Abs. 1 RTVG müssen alle Sendungen eines Radio- oder Fernsehprogramms die Grundrechte, insbesondere die Menschenwürde, achten und dürfen weder «diskriminierend sein noch zu Rassenhass beitragen noch die öffentliche Sittlichkeit gefährden noch Gewalt verherrlichen oder verharmlosen». Art. 4 Abs. 2 RTVG präzisiert die Anforderung der Sachgerechtigkeit. Der nachfolgende Absatz enthält die konkretisierende Vorschrift, wonach Sendungen «die innere oder äussere Sicherheit des Bundes oder der Kantone, ihre verfassungsmässige Ordnung oder die Wahrnehmung völkerrechtlicher Verpflichtungen der Schweiz» nicht gefährden dürfen. Absatz 4 wiederholt das Vielfaltsgebot, wobei eine Ausnahme für diejenigen Gebiete vorgesehen ist, in denen die Versorgung durch eine Vielzahl an Programmen ohnehin ausreichend divers ausfällt. Art. 5 RTVG spezifiziert die Anforderungen an den Kulturauftrag für Kinder und Jugendliche. Programmveranstalter müssen durch die Wahl der Sendezeit oder sonstige Massnahmen dafür sorgen, «dass Minderjährige nicht mit Sendungen konfrontiert werden, welche ihre körperliche, geistig-seelische, sittliche oder soziale Entwicklung gefährden». Diese Bestimmung ist eine Einschränkung der Kunstfreiheit, die nach Art. 36 BV zu rechtfertigen ist (siehe dazu Teil IV).

¹³⁸⁰ GRABER/STEINER, SGK BV 93 N 20 f.; ZELLER/DUMERMUTH, BSK BV 93 N 19; BIAGGINI, BVK 93 N 10.

¹³⁸¹ BIAGGINI, BVK 93 N 10; nach dem Bundesgericht (BGE 133 II 136 E. 5.1) handelt es sich auch beim Sittlichkeits- und Jugendschutz (mittlerweile Art. 5 RTVG) um «vom Gesetzgeber verselbständigte Elemente des kulturellen Mandats».

d) **Kulturauftrag und Kulturförderung**

Der Kulturauftrag von Radio und Fernsehen verleiht der programmatischen Geltungsebene der Kunstfreiheit Ausdruck. In seiner Umsetzung kommt der Kulturauftrag besonders auch dem Schweizer Filmschaffen zugute. Art. 7 Abs. 2 RTVG verpflichtet Fernsehveranstalter, die in ihrem Programm Filme ausstrahlen, mindestens 4% der Bruttoeinnahmen für den Ankauf oder die Produktion von Schweizer Filmen aufzuwenden oder eine entsprechende Förderabgabe zu leisten. Zusätzlich müssen die Veranstalter einen massgeblichen Anteil ihrer Sendezeit schweizerischen und europäischen Werken vorbehalten. Die Vorgaben unterstützen massgeblich die unabhängige Filmproduktion durch ein direktes finanzielles Engagement für Ankauf und Produktion.¹³⁸² Umso bedeutender ist, dass die Anforderungen an die SRG verfassungskonform zur Anwendung gelangen und der Kulturauftrag in Übereinstimmung mit der Kunstfreiheit ausgeübt wird.

Art. 24 Abs. 4 Bst. b RTVG konkretisiert den Kulturauftrag der SRG. Die SRG ist demnach zur «kulturellen Entfaltung und zur Stärkung der kulturellen Werte des Landes sowie zur Förderung der schweizerischen Kultur unter besonderer Berücksichtigung der Schweizer Literatur sowie des Schweizer Musik- und Filmschaffens» verpflichtet. Bei der Umsetzung dieser Bestimmung ist insbesondere der offene Kulturbegriff und der offene Kunstbegriff der Bundesverfassung zu berücksichtigen, mit welchem kulturalistische Verengungen in der Kunstförderung ausgeschlossen sind. Ihrem Auftrag kommt die SRG «durch die Ausstrahlung von Schweizer Produktionen und eigenproduzierten Sendungen» nach. Für die Umsetzung ihres Auftrags erhält die SRG den Grossteil des Ertrages aus den als Kausalabgabe erhobenen Radio- und Fernsehgebühren.¹³⁸³ In der Konzession verpflichtet der Bund die SRG zu einer engen Zusammenarbeit mit der Schweizer Filmwirtschaft. Neben dem Bund ist die SRG einer der wichtigsten Förderer des Schweizer Filmschaffens.¹³⁸⁴ Die SRG bleibt dabei grundrechtsgebunden und muss die Anforderungen aus der Kunstfreiheit an die Selektion von geförderter Kunst erfüllen (siehe unten Teil III Kapitel IV.3).

e) **Überprüfung durch die UBI**

Die *Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI)* überprüft den Leistungsauftrag von Radio und Fernsehen im Einzelfall (Art. 93 Abs. 5 BV). Die UBI hat den Auftrag, einen Ausgleich zwischen der verfassungsrechtlich gewährleisteten Unabhängigkeit und Autonomie der Programmgestaltung (Art. 93 Abs. 3 BV) sowie Rücksichtnahme auf die besondere Stellung und Aufgabe der Medien (Art. 93 Abs. 4 BV) auf der einen Seite und der Einhaltung des Leistungsauftrags zur Verwirklichung der Kommunikationsgrundrechte des Publikums (Art. 93 Abs. 2 BV) auf der anderen Seite zu schaffen. Dabei hat sie auch die Einhaltung der Kunstfreiheit zu überwachen.

¹³⁸² UHLIG, KKR, Kap. 12 § 2 N 186 ff.

¹³⁸³ BIAGGINI, BVK 93 N 7 f., m.H.a. abweichende Meinungen zur Rechtsnatur der Abgabe.

¹³⁸⁴ UHLIG, KKR, Kap. 12 § 2 N 186 ff.

Die UBI handelt nur auf Beschwerde hin. Sie wird nicht von sich aus tätig. Der UBI ist die Ombudsstelle des Programmverantwortlichen vorgeschaltet. Die UBI überprüft im Rahmen eines als *Popularbeschwerde* ausgestalteten Verfahrens die Umsetzung des Leistungsauftrags. Individualbeschwerden sind nicht zulässig. So kann vor der UBI die Verletzung von Persönlichkeitsrechten oder strafrechtlichen Normen nicht gerügt werden. Künstlerinnen und Künstler, die sich gegen einen Entscheid der SRG über die (Nicht-)Ausstrahlung ihres Werkes beschweren möchten, müssen also den gewöhnlichen Rechtsweg bestreiten. Eine präventive Kontrolle der Beiträge durch die UBI ist aufgrund des Zensurverbots gemäss Art. 17 Abs. 2 BV nicht zulässig.¹³⁸⁵

3.5 Steuerrechtliche Instrumente

Die Akteure des Kunstmarktes, darin eingeschlossen die Künstlerinnen und Künstler, sind wie alle natürlichen und juristischen Personen steuerpflichtig. Das Bundesgericht hat beispielsweise in einem älteren Urteil Werke, die der Bildhauer oder der Kunstmaler aus Rohmaterial (Steinen usw.) schafft, als das Produkt einer «künstlerischen, geistigen Gestaltung» bezeichnet und gemäss damaligem Recht dem Warenumsatzsteuerrecht unterstellt. Eine Ordnung, welche die künstlerischen Werke allgemein von der Umsatzsteuer ausnimmt, wäre gemäss Bundesgericht auch praktisch kaum durchführbar, da die Unterscheidung zwischen Kunstwerken und anderen Erzeugnissen unsicher sei und die ständige Mitwirkung von Sachverständigen erfordern würde.¹³⁸⁶ Das revidierte Mehrwertsteuerrecht sieht demgegenüber eine Reihe von Ausnahmen für Leistungen aus den Bereichen Gesundheit, Bildung und Kultur vor. Gemäss Art. 21 Abs. 2 Ziff. 21 MWStG¹³⁸⁷ sind «[k]ulturelle Dienstleistungen, die Lieferung von Werken kultureller Natur durch deren Urheber und Urheberinnen wie Schriftsteller und Schriftstellerinnen, Komponisten und Komponistinnen, Filmschaffende, Kunstmaler und Kunstmalerinnen, Bildhauer und Bildhauerinnen sowie Dienstleistungen, die von den Verlegern und Verlegerinnen und den Verwertungsgesellschaften zur Verbreitung dieser Werke erbracht werden» von der Mehrwertsteuerpflicht ausgenommen.

Das Steuerrecht kennt weitere Massnahmen zur Entlastung von Kunstschaffenden und kunstvermittelnden oder kunstfördernden Institutionen.¹³⁸⁸ Sie können an dieser Stelle nicht im Detail abgehandelt werden. Kunstwerke können unter Umständen von Zöllen entlastet sein. Die UNESCO-Konvention¹³⁸⁹ verbietet in Art. 1 die Erhebung eines Einfuhrzolls für Kunstwerke. Künstler und Künstlerinnen sind bei der Einfuhr ihrer

¹³⁸⁵ GRABER/STEINER, SGK BV 93 N 28 f.

¹³⁸⁶ BGE 98 Ib 21 E. 2 Steuerpflicht eines Bildhauers.

¹³⁸⁷ Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer (Mehrwertsteuergesetz, MWSTG) vom 12. Juni 2009 (SR 641.20).

¹³⁸⁸ Siehe einfühend JOLLES/SIMONEK/WALDBURGER, Kunst und Steuern; SCHMIDT-GABAIN, Die Behandlung von Kunstwerken im schweizerischen Vermögensteuerrecht.

¹³⁸⁹ Vereinbarung über die Einfuhr von Gegenständen erzieherischen, wissenschaftlichen und kulturellen Charakters (RS 0.631.145.141).

Kunst von der Mehrwertsteuer entlastet. Drittpersonen, so auch die Erben einer Künstlerin oder eines Künstlers, sind bei der Einführung von Kunstwerken anderer mehrwertsteuerpflichtig.¹³⁹⁰ Kulturunternehmen profitieren unter Umständen von einem tieferen Mehrwertsteuersatz.¹³⁹¹ Anschaffungen für Kunstsammlungen können gegebenenfalls von den Steuern abgezogen werden. Sind Gemälde der Kunstsammlung eines Unternehmens am Hauptsitz einem breiten Publikum zugänglich, was der Imagepflege dienlich ist und ähnlich wie das Sponsoring ein gutes Licht auf die Gruppe werfen kann, ist ihre Anschaffung als unternehmerische oder geschäftsmässige Tätigkeit zu qualifizieren. Dies berechtigt Steuerpflichtige zur Vornahme des Vorsteuerabzugs (Art. 28 Abs. 1 MWSTG) bzw. der Einlagesteuerung (Art. 32 Abs. 1 MWSTG). Dienen Gemälde hauptsächlich den persönlichen Bedürfnissen der Entscheidungsträger zur Ausstattung ihrer Büroräumlichkeiten, sind sie von diesem Abzug nicht begünstigt.¹³⁹² Wichtig bei der Beurteilung von steuerlichen Begünstigungen ist, dass alle Kunst gleich behandelt wird und die Abgrenzung zwischen steuerbegünstigter Kunst und Nicht-Kunst unter Einbezug des grundrechtlichen Kunstbegriffs mit einem offenen Definitionsansatz erfolgt.

Bei der Besteuerung von Künstlerinnen und Künstlern ist darauf zu achten, dass ihre kunstspezifischen Lebensumstände und Arbeitsweise, ebenso wie die von ihnen hergestellten Kunstwerke angemessen berücksichtigt werden. Dazu gehört insbesondere die hohe Mobilität der Kunstschaffenden in einem globalen Kunstmarkt, ebenso wie die freischaffende Arbeitsweise. Gesetzgeber und Steuerbehörden sollten zudem auch ein Bewusstsein dafür haben, dass steuerliche Begünstigungen ein interessantes Instrument der Kunstförderung sein können. Werden Kunstschaffende steuerlich begünstigt, so ist wiederum darauf zu achten, dass dies unter Einhaltung der Kunstfreiheit geschieht und verschiedene Kunstsparten oder künstlerische Arbeits- und Lebensformen nicht ohne sachliche Rechtfertigung unterschiedlich behandelt werden.

3.6 Sozialversicherungsrechtliche Instrumente

a) Sozialversicherungsrecht und Kultur

Künstlerinnen und Künstler, die mit ihrer Kunst nicht ausreichend verdienen, traf früher dasselbe Schicksal wie andere Mittellose. Der Staat begegnete wirtschaftlich erfolglosen Künstlerinnen und Künstlern mit repressiven Massnahmen. Die berufsbedingten Besonderheiten ihrer Lebensumstände fanden kaum Beachtung. Der Staat griff in ihre persönliche Lebensgestaltung ein, behandelte sie als arbeitsscheu und entzog ihnen die Freiheit. In der frühen Rechtsprechung des Bundesgerichts findet sich ein für die damaligen Verhältnisse repräsentatives Urteil von 1887. Der Künstler Johann Kaspar Dürler von St. Gallen, wurde mangels eigener Mittel und aufgrund seines «arbeitsscheuen» Lebenswandels in einer Anstalt zwangsversorgt. Er bat das Bundesgericht um Entlassung

¹³⁹⁰ BGer-Urteil 2C_721/2016 (3.8.2018) E. 6 Giacomettis Erben.

¹³⁹¹ Zur Mehrwertsteuerpflicht für Kulturunternehmen ausführlich BGE 141 II 199 E. 4 f.

¹³⁹² BGE 142 II 488 E. 3.8.3.

aus dem Bürgerspital, um seine Kunst «ganz ungehindert leben zu können». Das Bundesgericht konnte in Dürlers Unterbringung im Bürgerspital keine Verletzung der persönlichen Freiheit erkennen. Nach damaligem Recht war es den Armenbehörden überlassen, unterstützungsbedürftige Personen zu versorgen.¹³⁹³

In der Bundesverfassung finden sich verschiedene Bestimmungen, die die Verpflichtung zu einer sozialen Marktwirtschaft zum Ausdruck bringen. Dazu gehört neben der Präambel («dass die Stärke des Volkes ...»), der Staatszielbestimmung (Art. 2 BV) und den Sozialzielen (Art. 41 BV) auch der Schutz der Menschenwürde (Art. 7 BV), die sozialen Grundrechte (Art. 12 und 19 BV) und die Kompetenznormen zur Sozialpolitik und zum Sozialversicherungssystem (Art. 59, 66, 108, 110–114, 116 f. BV). Die ergänzende soziale Verpflichtung des Staates gründet unter anderem auf der Einsicht, dass die Wirtschaftsfreiheit «die ihr ursprünglich zugedachte Funktion, soziale Sicherheit zu gewährleisten, nicht allein erfüllen»¹³⁹⁴ kann. Soziale Massnahmen sind eine *Ergänzung* zur freien Marktwirtschaft und nicht ein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit. Sie stehen in Übereinstimmung mit dem verfassungsrechtlichen Bekenntnis zu einer freien Marktwirtschaft.¹³⁹⁵

Zu einer sozial ausgerichteten Wirtschaft gehört auch, dass die Befriedigung elementarer menschlicher Bedürfnisse wie nach Nahrung, Kleidung, Obdach und medizinischer Grundversorgung gesichert ist, sofern sich eine Person die dazu notwendigen Mittel nicht selbst erwirtschaften kann.¹³⁹⁶ Die Bestimmung des Existenzminimums hat vom Einzelnen als sozial eingebundenes soziales Wesen auszugehen und muss die ihm eigenen, individuellen Bedürfnisse berücksichtigen. Das *soziale Existenzminimum* umfasst neben den für das Überleben notwendigen Gütern auch diejenigen Mittel, die es einem Menschen ermöglichen, am sozialen, wirtschaftlichen, politischen und *kulturellen Leben* der Gesellschaft teilzunehmen.

b) Berücksichtigung kunstspezifischer Bedingungen bei Leistungen der Sozialhilfe und der Sozialversicherungen

Auch Personen, die Sozialhilfe oder Leistungen der Sozialversicherungen beziehen, sind von der Wirtschaftsfreiheit geschützt. Einschränkungen der freien Berufswahl und der wirtschaftlichen Tätigkeit müssen durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein. Die Sozialbehörden müssen dabei unter Anwendung der Kunstfreiheit die kunstspezifischen Umstände von Kunstschaffenden ausreichend berücksichtigen. Sie dürfen Künstlerinnen und Künstler aufgrund der schwierigen wirtschaftlichen Umstände des Sektors nicht vorschnell zu einem Berufswechsel drängen, sondern haben vielmehr der besonderen Persönlichkeitsnähe des künstlerischen Ausdrucks in seinen

¹³⁹³ BGE 13 I 446.

¹³⁹⁴ HANGARTNER, Sozialpolitische Schranken der Handels- und Gewerbefreiheit, 265.

¹³⁹⁵ Zum Ganzen VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 34 N 1 ff.; MÜLLER, Soziale Grundrechte, 234–236.

¹³⁹⁶ BGE 134 I 65 E. 2.

beruflichen Zusammenhängen Rechnung zu tragen. Kunst ist oftmals nicht einfach ein Beruf, der abgelegt und gegen einen anderen ausgetauscht werden kann. Es handelt sich vielmehr für viele Kunschtchaffende um ein existenzielles Bedürfnis, sich künstlerisch ausdrücken zu können. Die Kunstfreiheit gewährleistet, dass diese Dimension der Kunst auch in sozialversicherungsrechtlichen Zusammenhängen Würdigung findet. Zu Berücksichtigen ist auch das spezifische Arbeitsumfeld der Kunschtchaffenden und ihre oftmals berufsbedingt hohe Mobilität.

c) Spezifische sozialpolitische Massnahmen für Kunschtchaffende

Zuweilen finden sich punktuell Initiativen zur Verbesserung der sozialen Sicherheit von Kunschtchaffenden. Weit vor dem in der Schweiz erst 1994 eingeführten Krankenkassenobligatorium (Art. 3 Abs. 1 KVG¹³⁹⁷) gründete die Unterstützungskasse für schweizerische bildende Künstler unter finanzieller Mitwirkung des Schweizerischen Kunstvereins (SKV) und der Gesellschaft Schweizerischer Maler, Bildhauer und Architekten (GSMBA) bereits 1944 eine Krankenkasse für bildende Künstler.¹³⁹⁸ Neben der Pflicht zur Berücksichtigung der kunstspezifischen Eigenheiten von Künstlerinnen und Künstlern unter Anwendung des Sozialhilfe- und Sozialversicherungsrechts hat der Bund in den vergangenen Jahren eine Reihe von spezifischen Anpassungen in Bezug auf die soziale Sicherheit von Kunschtchaffenden eingeleitet. Art. 9 KFG verpflichtet bei Finanzhilfen wie Preisen oder Werkbeiträgen 12 Prozent des Betrags an die Pensionskasse oder an die Säule 3a der begünstigten Person zu überweisen. Der Anteil von 12 Prozent wird dabei je zur Hälfte durch die Kulturschaffenden und durch das Bundesamt für Kultur respektive Pro Helvetia finanziert. Der Bund hat die Einführung eines Folgerechts als weitere Massnahme zur Verbesserung der sozialen Sicherheit der Kulturschaffenden in Betracht gezogen, mangels zu erwartender Effektivität jedoch verworfen (siehe dazu bereits Teil III Kapitel II.3.1.d).¹³⁹⁹ Ob diese Massnahmen die programmatischen Anforderungen der Kunstfreiheit an die Ausgestaltung des Sozialversicherungs- und Sozialhilferechts erfüllen, muss an dieser Stelle offen bleiben. Auf jeden Fall verpflichtet die Kunstfreiheit den Gesetzgeber und die Behörden zur Berücksichtigung kunstspezifischer Eigenheiten im Umgang mit Kunschtchaffenden im Rahmen des Sozialhilfe- und des Sozialversicherungsrechts.

4 Förderung der künstlerischen Ausbildung

4.1 Künstlerische Bildung als Teil eines ausreichenden Grundschulunterrichts

Bund und Kantone kommt der Auftrag zu, die «kulturelle Grundversorgung»¹⁴⁰⁰ des Landes zu sichern, um die Kontinuität eines vielfältigen Kulturschaffens zu ermög-

¹³⁹⁷ Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (KVG) (SR 832.10).

¹³⁹⁸ Siehe dazu die Information in der Zeitschrift Schweizer Kunst 10 (1944) 78.

¹³⁹⁹ Bericht zum Folgerecht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 13.4083 Luginbühl vom 5. 3. 2013 «Erlös für Schweizer Künstlerinnen und Künstler», N 7 f.

¹⁴⁰⁰ Kulturbotschaft 2012–2015, BBl 2010 2971, 2985.

lichen. Dazu gehört neben der Regulierung des Marktes und der direkten Kunstförderung auch die künstlerische Ausbildung.¹⁴⁰¹

Wie bereits thematisiert (siehe Teil III Kapitel I.3.3.c), bleibt in Rechtsprechung und Lehre die Frage offen, ob sich aus Art. 19 BV in Verbindung mit Art. 21 BV ein Anspruch auf eine künstlerische Bildung in der Grundschule ableiten lässt. Art. 19 BV gewährleistet jedem Kind eine unentgeltliche, seinen Fähigkeiten entsprechende Grundschulbildung in der Grundschule. Der Staat ist verpflichtet, einen *ausreichenden* Grundschulunterricht kostenfrei zur Verfügung zu stellen. *Ausreichend* ist der staatlich gewährleistete Anspruch auf Grundschulunterricht nach Art. 19 BV dann, wenn er die persönliche Entfaltung der Kinder fördert und sie auf ihre berufliche Zukunft im Rahmen des marktwirtschaftlichen Wettbewerbs vorbereitet.¹⁴⁰²

Als Bestandteil eines *ausreichenden* Grundschulunterrichts im Sinne von Art. 19 BV drängt sich im Lichte der Kunstfreiheit eine künstlerische Grundausbildung auf. Für einen Teil der Kunst, nämlich die Musik, ist denn auch bereits ein staatlicher Ausbildungsauftrag in die Verfassung eingegangen (Art. 67a BV) (siehe Teil III Kapitel III.3.2.b). Die Kunstfreiheit und die Kompetenzbestimmung zur Musik würdigen die Bedeutung der Kunst für die Persönlichkeitsentfaltung und Identitätsbildung eines Menschen. Die Geschichte der Kunst zeigt auf, dass die vielfältigen Ausdrucksformen der Kunst und das künstlerische Schaffen in der gegenwärtigen Gesellschaft in Anwendung von eingeübten Praktiken des Sehens, Lesens und Hörens erfolgen, die zuerst erlernt werden müssen. Kenntnisse ästhetischer Praktiken sind Bestandteil einer ästhetischen Literarizität, die den Kindern erst den Zugang zur Kunst in ihrer gesellschaftlich praktizierten Vielfalt eröffnet. Indem Kinder tradierte Techniken des künstlerischen Schaffens erlernen und im Ausdruck ihres ganz eigenen künstlerischen Ausdrucks gefördert werden, erhalten sie eine *ausreichende* Grundausbildung, die die Entfaltung unterschiedlicher Facetten ihrer Persönlichkeit fördert und sie auf ein Leben in einer Gesellschaft vorbereitet, in der Kunst, Kultur und Kreativität einen hohen Stellenwert haben. Die Förderung kreativer Fähigkeiten mittels Kunst ist im digitalisierten Zeitalter, in dem mechanische und repetitive Arbeiten ausgelagert werden, zudem eine wichtige Vorbereitung auf die Anforderungen eines Wettbewerbs, der von seinen Teilnehmerinnen und Teilnehmern die Fähigkeit zu kreativem Denken verlangt.

4.2 Instrumente zur Förderung der künstlerischen Bildung

Die gegenwärtige Kunstförderpolitik kennt unterschiedliche Massnahmen, mit denen die künstlerische Ausbildung auf verschiedenen Stufen gefördert wird. Künstlerische Bildung ist in der Grundschule integraler Bestandteil des Unterrichts. Dazu gehört zunächst einmal Singen, Tanzen, Spielen, Malen und Basteln in den unteren Stufen der Ausbildung, sukzessive ergänzt durch die Förderung der Lese- und Schreibfähigkeiten. Sie sind das Tor zum verschriftlichten Wissen und zu den Erzählungen vorhergehender

¹⁴⁰¹ Kulturbotschaft 2012–2015, BBl 2010 2971, 2985.

¹⁴⁰² BGE 129 I 12 E. 4.2; zum Ganzen bereits SCHEFER/RÜEGGER, Sprachenunterricht, 232 f.

Generationen. Die Fähigkeit, lesen und schreiben zu können, ist Voraussetzung dafür, dass Kinder ihre eigenen Geschichten in schriftlicher Form und in eigenen Worten erzählen und damit auf ihre je eigene Weise zur Fortentwicklung der Kultur beitragen können.

Der Sprachenunterricht und alle Fächer, die historische und gesellschaftliche Themen vermitteln, fördern die kulturellen Kompetenzen der Kinder und bilden das Fundament für die Orientierung, den persönlichen Ausdruck und die Entwicklung einer eigenen künstlerischen Praxis. Im Sprachunterricht werden die Kinder mit Werken der Literatur vertraut und lernen, Texte zu schreiben und ihre Gedanken zu Papier zu bringen. Im Kunstunterricht entdecken die Kinder traditionelle Techniken und Materialien der Gestaltung und lernen, diese auf ihre eigene Weise zu verwenden. Der Grundschulunterricht muss neben der Überlieferung bestehender Kunstwerke und künstlerischer Techniken auch Raum für die Entfaltung einer eigenen künstlerischen Sprache lassen, sei es in Form von Worten, Texten, Musik, Tanz, Malen, Zeichnen oder Gesang. Der künstlerische Ausdruck der Schülerinnen und Schüler ist wertneutral zu würdigen und keiner Bewertung zugänglich. Im gegenwärtigen Schulunterricht scheint eine Bewertung künstlerischer Arbeiten demgegenüber nach wie vor gängige Praxis zu sein. Sie ist aus Sicht der Kunstfreiheit kritisch zu würdigen.

Neben der Integration der Kunst in die geisteswissenschaftlichen Fächer der Grund- und Kantonsschule fördern Gemeinden, Kantone und der Bund die Kunst mit verschiedenen komplementären Massnahmen. In vielen Kantonen ist der Musikunterricht subventioniert. Schulen bieten finanziell zugängliche Freizeitkurse im Bereich Theater, Film, Tanz, Musik oder bildender Kunst an. Einzelne Kantonsschulen führen spezialisierte Kunst- und Musikklassen oder unterstützen künstlerisch tätige Schülerinnen und Schüler mit Fördermassnahmen. Kantone und Gemeinden sind Träger von künstlerischen Vorkursen und Kunstschulen. Alle drei staatlichen Ebenen unterstützen den Zugang zu den Kunstschulen mittels Stipendien und Förderbeiträgen. Bund, Kantone und Gemeinden vergeben Studienabgängerinnen und -abgängern Förderpreise und -stipendien, um den Berufseinstieg zu erleichtern. Sie fördern zudem Weiterbildungen für in der Kunst tätige Personen, beispielsweise in der Filmbranche (Art. 6 FiG).

4.3 Kunstfreiheit und Zulassungsschranken an Kunstschulen

Viele Kunstschulen kennen eine Zugangsbeschränkung, die mittels einer Aufnahmeprüfung umgesetzt wird. Die angewandten Kriterien betreffen meist das Alter, die bisherige Ausbildung und die künstlerische Eignung der Kandidatinnen und Kandidaten. Im Bereich der Bildung sind Zugangsbeschränkungen nicht ausgeschlossen. Weder die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) noch der Anspruch auf Grundschulunterricht (Art. 19 BV) gewährleisten ein Recht auf Bildung oder einen Anspruch auf Zugang zu staatlichen Bildungseinrichtungen.¹⁴⁰³ Die staatlichen Leistungsmittel sind beschränkt und

¹⁴⁰³ BGE 103 Ia 369 E. 4.a.

grundsätzlich besteht nach Abschluss der Grundschulbildung kein Anspruch auf Bildung (siehe Teil III Kapitel I.3.3.c). Im Bildungsbereich ist der Zugang zu staatlichen Leistungen aber oftmals eine Voraussetzung für die tatsächliche Ausübung verfassungsmässiger Rechte, namentlich der Wirtschaftsfreiheit. Das gilt insbesondere dort, wo dem Staat, wie im Universitätswesen, eine faktische Monopolstellung zukommt.¹⁴⁰⁴ Zugangsbeschränkungen müssen, wie alles staatliche Handeln, in Übereinstimmung mit der Rechtsordnung erfolgen. Das Bundesgericht hat sich mehrfach zur Rechtmässigkeit der Zugangsbeschränkung zum Medizinstudium ausgesprochen. Demnach muss die Einschränkung des Zugangs auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sein, auf sachlichen Kriterien beruhen und rechtsgleich ausgestaltet sein. Der Entscheid muss gerichtlich überprüfbar sein.¹⁴⁰⁵ Diese Kriterien sind auch für die Zulassung zu Kunstschulen gültig.

Die Selektion für Ausbildungen an Kunstschulen aus Sicht der Kunstfreiheit eine weitere Frage auf: Ist die Exklusivität des Zugangs zu einer höheren künstlerischen Bildung in einzelnen Studienbereichen nicht stärker historisch begründet als eine sich aus der wirtschaftlichen Leistungskapazität staatlicher Bildungsinstitutionen ergebende Notwendigkeit? Die Frage muss an dieser Stelle offenbleiben. Auf jeden Fall sollte der Zugang zur künstlerischen Bildung inklusiv und breit ausgestaltet sein und so wenigen Hindernissen unterliegen wie möglich. Qualitative Wertungen im Aufnahmeverfahren, gerade auch in Bezug auf die künstlerische Eignung, sind aus Sicht der Kunstfreiheit als besonders heikel einzustufen. Die Rechtfertigung qualitativer Aufnahmekriterien lässt sich mit den auf die Kunstförderung anwendbaren Kriterien auf ihre Vereinbarkeit mit der Kunstfreiheit überprüfen (siehe unten Teil III Kapitel IV.3).

5 Kunstförderung i.e.S.

Neben den als indirekt bezeichneten Formen der Kunstförderung im Bereich des Wirtschaftsrechts und der Ausbildung fördert der Staat die Kunst mit direkten Formen der Unterstützung. Diese direkteren Formen der Kunstförderung werden auch als *Kunstförderung i.e.S.* bezeichnet. Oftmals besteht ihr Förderzweck darin, ergänzend zum Kunstmarkt und privaten Förderangeboten die Kunst zu unterstützen und dadurch die künstlerische Vielfalt und den Zugang zur Kunst zu fördern. Dabei bedienen sich Bund, Kantone und Gemeinden einer breiten Palette an direkten Fördermassnahmen, die sie mit indirekten Förderinstrumenten kombinieren. Die Vielschichtigkeit der Förderinstrumente in den jeweiligen Kunstsparten lässt sich an der Filmförderung illustrieren. Zweck der Filmförderung ist es, die Vielfalt und Qualität des Filmangebots zu unterstützen. Wichtigstes Mittel der Filmförderung sind Subventionen für das schweizerische Filmschaffen (Art. 3 FiG) und die Weiterbildung der in der Filmindustrie beschäftigten Personen (Art. 6 FiG). Ergänzend erlegt das Filmgesetz der Filmindustrie

¹⁴⁰⁴ BGE 103 Ia 369 E. 6.e.

¹⁴⁰⁵ BGE 104 Ia 305 E. 2; BGE 103 Ia 394 E. 1–3; BGE 103 Ia 369 E. 2 f.; BGE 121 I 22 E. 2; BGE 125 I 173.

eine Pflicht zur Selbstregulation auf. Kinobetriebe müssen sich registrieren und regelmässig Rechenschaft über ihr Filmprogramm ablegen. Als indirektes Förderinstrument besteht die Pflicht der SRG, Schweizer Filme im Programm zu berücksichtigen (dazu oben Teil III Kapitel II.3.3).

Die Kunstförderung i.e.S. bildet mit den spezifischen Kulturförderkompetenzen von Bund und Kantonen und dem gestützt darauf erlassenen eidgenössischen und kantonalen Kulturverwaltungsrecht einen eigenen Rechtsbereich. Die rechtlichen Grundlagen der direkten Kunstförderung sind vielschichtig. Ihre grundrechtskonforme Ausgestaltung wirft insbesondere im Bereich selektiver Fördermassnahmen schwierige Fragen auf. Die nachfolgenden beiden Kapitel vermitteln einen Überblick über die rechtlichen Grundlagen der Kunstförderung i.e.S. und die grundrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung der selektiven Kunstförderung.

6 Zusammenfassung

Nach einem materiellen Grundrechtsverständnis ist der Staat dazu verpflichtet, Bedingungen zu schaffen, die es Menschen ermöglichen, tatsächlich von ihren Freiheiten Gebrauch zu machen. Für die Kunst bedeutet das, dass der Staat Massnahmen ergreifen muss, die der Kunst den Zugang zum Markt eröffnen und für faire und transparente Rahmenbedingungen auf dem Kunstmarkt sorgen. Die Kunstfreiheit zu gewährleisten, bedeutet des Weiteren, dass der Staat jedem Kind und jungen Erwachsenen die gleichen Chancen eröffnet, Lesen und Schreiben als Grundkompetenzen zu lernen, sich die gesellschaftlich gepflegte ästhetische Literarizität aneignen zu können und die eigenen künstlerischen Fertigkeiten auszubilden. Ergänzend fördert der Staat die Kunst mit weiteren Massnahmen, wo private Initiativen nicht ausreichen, es der Koordination bedarf, marktwirtschaftliche Erwerbsmöglichkeiten beschränkt sind oder Private als Träger der Kunstförderung nicht geeignet sind. Die Ausrichtung an einem fairen Markt bedeutet unter Umständen auch, dass der Staat nicht nur regulierend und bildend auftritt, sondern, wo notwendig, mit finanziellen Unterstützungsmassnahmen den Eintritt in den Markt erleichtert und gewisse Defizite des Marktes ausgleicht.

Die Instrumente der Kunstförderung sind vielfältig. Die *Kunstförderung im weiten Sinn* besteht aus der Regulierung der freien Marktwirtschaft, der Gewährleistung von ausgeglichenen Urheberrechten, der Kontrolle des Kunstmarktes durch die Finanzmarktaufsicht, der Einschränkung kartellrechtlicher Vereinbarungen, Massnahmen gegen die Geldwäscherei und der Schaffung kunstfreundlicher Rahmenbedingungen im Stiftungsrecht und im Steuerrecht. Kunstförderung besteht auch dort, wo das Sozialversicherungsrecht die Besonderheiten der Kunst als Berufszweig beachtet und, wo notwendig, auf die Kunst angepasste Instrumente der sozialen Sicherheit schafft. Das soziale Existenzminimum beinhaltet einen Unterstützungsbeitrag für die Teilnahme an kulturellen Aktivitäten. Die Subventionierung von Eintritten für kulturelle Veranstaltungen und Kunstinstitutionen und Vergünstigungen für Kinder, Studierende und Seniorinnen und Senioren sind weitere Instrumente, um die Voraussetzungen künstlerischen Schaffens zu sichern und den Zugang zur Kunst zu fördern.

Die direkte Kunstförderung, oder *Kunstförderung im engen Sinn*, bietet ihrerseits eine Vielzahl von unterschiedlichen Instrumenten. Direkte Kunstförderung kann darin bestehen, dass der Staat einem Theater die Nutzung einer Bühne in seinem Verwaltungsvermögen oder die Durchführung eines mehrtätigen Theaterfestivals auf einer öffentlichen Wiese bewilligt, ohne im Gegenzug Gebühren zu verlangen. Direkte Kunstförderung besteht weiter dort, wo der Staat Kunstwerke für seine staatlichen Sammlungen ankauft, Kunstwerke in staatlichen Sammlungen ausstellt, Kunstausstellungen oder -veranstaltungen organisiert oder mit Fördergeldern unterstützt. Auch die Pflicht zur Berücksichtigung von Kunstwerken bei der Ausstattung öffentlicher Bauten (Kunst am Bau) oder Aufträge für Denkmäler sind Formen staatlicher Kunstförderung. Ein beliebtes Instrument direkter Kunstförderung sind Subventionen, synonym auch Finanzhilfen genannt. Im Gegensatz zu regulativen Instrumenten, die allen Kunstwerken unabhängig von ihrer inhaltlichen Qualität die gleichen Bedingungen sichern, unterscheidet die selektive Kunstförderung anhand der künstlerischen Qualität der Werke. Die selektive Kunstförderung wirft aus grundrechtlicher Sicht anspruchsvolle Fragen auf. Sie werden im nachfolgenden Kapitel thematisiert.

III Kunstförderung i.e.S.: rechtliche Grundlagen

Die Kunstförderung *im engen Sinne* unterstützt das Kunstschaffen mit direkten Fördermassnahmen. Die Kunstförderung i.e.S. beruht auf einer eigenen Kompetenzgrundlage in der Bundesverfassung und in den Kantonsverfassungen. Sie ist in ein dichtes Geflecht aus verschiedenen rechtlichen Vorgaben unterschiedlicher Normstufen eingebunden. Die Kunstförderung i.e.S. (nachfolgend in diesem Kapitel der Einfachheit halber als *Kunstförderung* bezeichnet) liegt primär in der Souveränität der Kantone. Kantone und Gemeinden sind die Träger der Kulturförderung in der Schweiz und bestimmen im Rahmen bundesverfassungsrechtlicher Vorgaben selbst über die Ausrichtung und Organisation ihrer Kulturpolitik. Auf lokaler und regionaler Ebene findet sich in Ergänzung zu privaten Initiativen von Kunststiftungen und Mäzenen ein vielfältiges Angebot an unterstützenden Massnahmen.

Auf eidgenössischer Ebene hat der Bund im Verlaufe seines Bestehens immer mehr Kulturförderkompetenzen akkumuliert. Die totalrevidierte Bundesverfassung bringt dies in einer Reihe von Kompetenzbestimmungen zur Kulturförderung zum Ausdruck. Die eidgenössische Kunstförderung weist zudem die Besonderheit auf, dass ihre rechtliche Konkretisierung heterogen ausfällt und in Erlassen unterschiedlichster Normstufen erfolgt.

1 Internationales Recht

1.1 UNO-Pakte und UNESCO-Kulturförderungskonvention

Wie vorne (Teil I Kapitel II.2) ausgeführt, enthalten sowohl die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte als auch der Zivilpakt, der Sozialpakt und weitere Menschenrechtsverträge einschlägige Bestimmungen über die Förderung und Erhaltung der Kul-

tur. Ergänzend dazu hat sich die Schweiz mit der Ratifikation der *UNESCO-Kulturförderungskonvention*¹⁴⁰⁶ dazu verpflichtet, die kulturelle Vielfalt zu schützen und zu fördern (siehe Teil I Kapitel II.2.2). Die *UNESCO-Kulturförderungskonvention* ist auf die Politik und alle Massnahmen anwendbar, «die die Vertragsparteien im Zusammenhang mit dem Schutz und der Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen beschliessen» (Art. 3). Die Schweiz erstattet alle vier Jahre Bericht über die Lage der kulturellen Vielfalt an die UNESCO.¹⁴⁰⁷

1.2 Inhaltliche Ausrichtung der UNESCO-Kulturförderungskonvention

Wie bereits die *UN-Charta* und die *UNESCO-Kulturgüterschutzkonventionen* betont auch die *UNESCO-Kulturförderungskonvention* die Bedeutung der kulturellen Vielfalt für die Entwicklung der Menschheit und der einzelnen Menschen sowie den Frieden und die Verständigung zwischen den Völkern. Kulturelle Vielfalt ist demnach eine Voraussetzung für die «volle Verwirklichung der in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und in anderen allgemein anerkannten Übereinkünften verkündeten Menschenrechte und Grundfreiheiten» (Präambel). Die Konvention betont zugleich, dass Massnahmen zur Förderung und Erhaltung der kulturellen Vielfalt nur dann möglich sind,

«wenn die Menschenrechte und Grundfreiheiten, wie die freie Meinungsäusserung, die Informations- und die Kommunikationsfreiheit sowie die Möglichkeit der Einzelpersonen, ihre kulturellen Ausdrucksformen zu wählen, garantiert sind» (Art. 2 Ziff. 1).

Die Konvention erkennt die gleiche Würde und Achtung aller Kulturen an, auch derjenigen von Minderheiten (Art. 2 Ziff. 3), und die Bedeutung eines gleichberechtigten Zugangs zu einem reichen und vielfältigen Spektrum kultureller Ausdrucksformen aus der ganzen Welt (Art. 2 Ziff. 7). Des Weiteren betont die Konvention die Bedeutung von Kultur in der nationalen und internationalen Entwicklungspolitik und -zusammenarbeit und die Beseitigung von Armut. Die Konvention bekräftigt in ihrer Präambel, «dass kulturelle Aktivitäten, Güter und Dienstleistungen sowohl eine wirtschaftliche als auch eine kulturelle Natur haben, da sie Träger von Identitäten, Werten und Sinn sind, und daher nicht so behandelt werden dürfen, als hätten sie nur einen kommerziellen Wert». Diese Formulierung ist vor dem Entstehungshintergrund der Konvention zu lesen. Die Konvention soll eine völkerrechtlich verbindliche Grundlage für das Recht aller Staaten auf eine eigenständige Kulturpolitik schaffen. Sie will damit kulturelle Erzeugnisse und staatliche Massnahmen der Kulturförderung bis zu einem gewissen Grad trotz fortschreitender Liberalisierung des Handels mit Kulturgütern und Kunstwerken gewährleisten. Die ideelle und die wirtschaftliche Komponente der Kultur sollen regulatorisch in einem Gleichgewicht bleiben. Eine nationale und internatio-

¹⁴⁰⁶ UNESCO-Kulturförderungskonvention. Zum Übereinkommen von SCHORLEMER/STOLL, UNESCO Convention.

¹⁴⁰⁷ Bislang hat die Schweiz zwei Staatenberichte (2008–2012 und 2012–2016) vorgelegt.

nale Kulturförderung soll gemeinsam mit den internationalen Handelsabkommen fortbestehen, und die Deregulierung der Kulturgüter soll mit dem Prinzip der staatlichen Souveränität in Fragen der Kulturpolitik in einem ausgeglichenen Verhältnis stehen.¹⁴⁰⁸

1.3 Kulturpolitische Massnahmen

Die Konvention zählt eine nicht abschliessende Reihe von kulturpolitischen Massnahmen auf, die die Vertragsstaaten «unter Berücksichtigung ihrer eigenen besonderen Gegebenheiten und Bedürfnisse» ergreifen dürfen (Art. 6):

- «a) Regelungen, die darauf abzielen, die Vielfalt kultureller Ausdrucksformen zu schützen und zu fördern;
- b) Massnahmen, durch die in geeigneter Weise für innerstaatliche kulturelle Aktivitäten, Güter und Dienstleistungen im Rahmen der insgesamt im Hoheitsgebiet des betreffenden Staates verfügbaren kulturellen Aktivitäten, Güter und Dienstleistungen Möglichkeiten hinsichtlich ihrer Schaffung, ihrer Herstellung, ihrer Verbreitung, ihres Vertriebs und ihres Genusses geschaffen werden, einschliesslich Bestimmungen bezüglich der bei diesen Aktivitäten, Gütern und Dienstleistungen verwendeten Sprache;
- c) Massnahmen, die darauf abzielen, der unabhängigen innerstaatlichen Kulturwirtschaft und kulturellen Aktivitäten des informellen Sektors einen wirksamen Zugang zu den Herstellungs-, Verbreitungs- und Vertriebsmitteln für kulturelle Aktivitäten, Güter und Dienstleistungen zu verschaffen;
- d) Massnahmen, die darauf abzielen, öffentliche Finanzhilfen zur Verfügung zu stellen;
- e) Massnahmen, die darauf abzielen, nicht auf Gewinn ausgerichtete Organisationen sowie öffentliche und private Einrichtungen, Künstler und Kulturschaffende darin zu bestärken, den freien Austausch und Fluss von Ideen, kulturellen Ausdrucksformen und kulturellen Aktivitäten, Gütern und Dienstleistungen zu entwickeln und zu fördern, und die sowohl den kreativen als auch den unternehmerischen Geist in deren Aktivitäten anregen;
- f) Massnahmen, die darauf abzielen, öffentliche Einrichtungen auf geeignete Weise zu errichten und zu unterstützen;
- g) Massnahmen, die darauf abzielen, Künstler und andere Personen, die an der Schaffung kultureller Ausdrucksformen beteiligt sind, zu fördern und zu unterstützen;
- h) Massnahmen, die darauf abzielen, die Medienvielfalt zu erhöhen, und zwar auch durch den öffentlichen Rundfunk.»

Des Weiteren nennt die Konvention in Art. 7 zulässige Massnahmen zur Förderung kultureller Ausdrucksformen. Demnach müssen sich die Vertragsparteien bemühen, in ihrem Hoheitsgebiet ein Umfeld zu schaffen, in dem Einzelpersonen und gesellschaftliche Gruppen darin bestärkt werden (Ziff. 1),

- «a) ihre eigenen kulturellen Ausdrucksformen zu schaffen, herzustellen, zu verbreiten, zu vertreiben und Zugang zu ihnen zu haben, wobei die besonderen Bedingungen und Be-

¹⁴⁰⁸ Botschaft zum Übereinkommen über den Schutz und die Förderung der Vielfalt der kulturellen Ausdrucksformen vom 21. September 2007, BBl 2007 7297–7326, 7302 f.

dürfnisse von Frauen sowie von verschiedenen gesellschaftlichen Gruppen, einschliesslich der Personen, die Minderheiten oder indigenen Völkern angehören, gebührend berücksichtigt werden;

b) Zugang zu den vielfältigen kulturellen Ausdrucksformen aus ihrem Hoheitsgebiet und aus anderen Ländern der Welt zu haben.»

Die Vertragsparteien bemühen sich ferner, den wichtigen Beitrag, den Künstler und Künstlerinnen, andere am kreativen Prozess Beteiligte sowie kulturelle Gemeinschaften und Organisationen leisten, anzuerkennen, ebenso wie deren zentrale Rolle für die Vielfalt kultureller Ausdrucksformen (Art. 7 Ziff. 2). Art. 8 der UNESCO-Kulturförderungskonvention räumt den Vertragsparteien das Recht ein, in ihrem Hoheitsgebiet dringende Sicherheitsmassnahmen zum Schutz von kulturellen Ausdrucksformen zu ergreifen, die von Auslöschung bedroht oder ernsthaft gefährdet sind oder aus anderen Gründen dringender Sicherungsmassnahmen bedürfen.

2 Kantonales Recht

Der föderale Staatsaufbau prägt die Aufteilung der Zuständigkeiten im Bereich der Kultur. Bund und Kantone sind einerseits dazu verpflichtet, die kulturelle Vielfalt zu fördern und zu achten, andererseits aber auch die Einheit und Kohärenz des Bundesstaates zu wahren.

2.1 Souveränität der Kantone im Bereich der Kulturförderung

Die Kompetenz¹⁴⁰⁹ zu Schutz und zur Förderung der Kunst liegt bei den Kantonen. Das ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen der Kompetenzaufteilung von Bund und Kantonen. Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung eingeschränkt ist (Art. 3 i.V.m. Art. 42 BV). Der unechte Vorbehalt in Art. 69 Abs. 1 BV ist rein deklaratorisch und bestätigt die originäre Kompetenz der Kantone im Bereich der Kultur.¹⁴¹⁰ Die Aufnahme der Bestimmung in die neue Bundesverfassung bestätigt, dass der föderalen Kompetenzverteilung im Bereich der Kultur auch weiterhin grosse Bedeutung zukommen soll.¹⁴¹¹ Die Kantone bestimmen selbst, welche Staatsaufgaben sie im Rahmen ihrer Zuständigkeiten wahrnehmen (Art. 43 BV).¹⁴¹²

¹⁴⁰⁹ Die Begriffe *Zuständigkeit* und *Kompetenz* sind synonym verwendet zur Bezeichnung der Befugnis, eine bestimmte Regelung zu erlassen oder Massnahmen zu treffen, BIAGGINI, BVK N 6 Vorbem. zu Art. 42–135. Eine Zuständigkeit ermächtigt zu einem Handeln. Aus der Zuweisung einer Zuständigkeit ergibt sich aber nicht bereits eine Handlungsverpflichtung (Aufgabe). Die Verpflichtung zu einer Handlung (Aufgabe) beinhaltet indessen die dafür notwendige Zuständigkeit.

¹⁴¹⁰ SCHWEIZER, SGK BV, Vorb. zur Kulturverfassung N 10; SCHMIDT-GABAIN, BSK BV 69 N 6.

¹⁴¹¹ Entsprechend auch die kantonalen Stellungnahmen im Vernehmlassungsverfahren und die Voten in den Räten vor Verabschiedung der neuen Bundesverfassung, angedeutet in Botschaft BV, 285; zum Ganzen SCHWEIZER, SGK BV 69 N 13.

¹⁴¹² Anstelle vieler RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, N 706, 710.

2.2 Ausgestaltung des Kulturauftrags in den Kantonsverfassungen

Die Kantone betreiben eine nach je eigenen Kriterien aufgestellte Kunstförderung. Der so institutionalisierte Kulturföderalismus spiegelt die sprachliche und kulturelle Vielfalt der Schweiz wider, deren Hauptträger die Kantone sind. Wo immer möglich, sind kulturelle Kompetenzen auf der untersten politischen Organisationsstufe, also primär in den Gemeinden und erst subsidiär bei den Kantonen und dem Bund, zu verorten.¹⁴¹³

Die Mehrheit der Kantonsverfassungen enthält einen staatlichen Auftrag zur Kulturförderung.¹⁴¹⁴ In vielen Kantonen umfasst der Kulturauftrag neben der Förderung von Kunst und Kultur auch den Schutz und die Erhaltung der Kulturgüter. Einzelne Kantone machen sich auch die Erhaltung des Brauchtums oder der Volkskultur zur Aufgabe.¹⁴¹⁵ Typisch ist die Formulierung in der Verfassung des Kantons Graubünden, wonach Kanton und Gemeinden «das künstlerische, kulturelle und wissenschaftliche Schaffen sowie den kulturellen Austausch» fördern (Art. 90 KV GR). Lediglich einen Verweis auf das Gesetz im Bereich der Kulturförderung enthält die Verfassung des Kantons Luzern. Kanton und Gemeinden nehmen demnach diejenigen Aufgaben im Bereich der Kultur wahr, «die ihnen durch die Gesetzgebung übertragen sind» (§ 11 lit. i KV LU).¹⁴¹⁶ Im Kanton St. Gallen ist die Kulturförderung als Staatsziel und nicht als Staatsaufgabe formuliert (Art. 11 KV SG).

Keine Bestimmung über die Kulturförderung enthält die (sich in Revision befindende) Verfassung des Kantons Wallis. Der Kanton betreibt seine Förderung gestützt auf das vom Grossen Rat aus seiner verfassungsrechtlichen Gesetzgebungskompetenz erlassene Kulturförderungsgesetz.¹⁴¹⁷ Kanton und Gemeinden betreiben dem Wortlaut dieses Gesetzes nach Kulturförderung «im schöpferischen Bereich, in der kulturellen Animation, durch Kulturvermittlung und Bildung» (Art. 1 Abs. 1 KFG VS). Das Gesetz bezweckt zudem, «Kulturgüter zu schützen und zur Geltung zu bringen» (Art. 1 Abs. 1 KFG VS). Das Gesetz verpflichtet Kanton und Gemeinde, Kultur zu fördern, «ohne die künstlerische Gestaltungs- und Ausdrucksfreiheit einzuschränken» (Art. 2 KFG VS).

¹⁴¹³ Dazu insbes. auch Clottu-Bericht, 397.

¹⁴¹⁴ § 101 KV BL, § 36 KV AG, Art. 49 Abs. 1 KV AR, § 35 KV BS, Art. 48 Abs. 1 KV BE, Art. 79 KV FR, Art. 216 KV GE, Art. 40 Abs. 1 KV GL, Art. 90 KV GR, Art. 5 Abs. 1 lit. n KV NE, Art. 23 Abs. 1 KV ND, Art. 30 Abs. 1 KV OB, Art. 91 lit. a KV SH, § 17 KV SW, Art. 14 Abs. 2 KV TI, § 75 Abs. 1 KV TG, Art. 42 KV UR, Art. 120 KV ZH, Art. 53 Abs. 1 KV VD.

¹⁴¹⁵ So die Kantone Ob- und Nidwalden.

¹⁴¹⁶ Was aber gemäss Kommentar zur Kantonsverfassung im Sinne von Art. 69 BV zu verstehen ist, RICHLI, Kommentar KV LU § 11 lit. i N 55.

¹⁴¹⁷ Kulturförderungsgesetz des Kantons Wallis vom 15. November 1996 (SR 440.1); Reglement zur Kulturförderung des Kantons Wallis vom 10. November 2010 (SR 440.100).

2.3 Konkretisierung des Kulturauftrags in den kantonalen Kulturfördergesetzen

Wie umfassend die Kantone ihre Zuständigkeiten im Bereich der Kultur verstehen, ergibt sich in der Regel aus den Bestimmungen der Kulturfördergesetze. Die in den ausführenden Gesetzen vorgefundenen Auflistungen vermeiden es, den Kulturbegriff zu definieren. Der Kanton Basel-Stadt umschreibt in für das Rechtsgebiet typischer Weise seine Zuständigkeiten im Bereich der Kultur in der Kantonsverfassung¹⁴¹⁸ (§ 35) dahingehend, dass der Staat das kulturelle Schaffen, die kulturelle Vermittlung und den kulturellen Austausch fördert. Ebenso sorgt er für die Erhaltung der Ortsbilder, Denkmäler und seiner eigenen oder der ihm anvertrauten Kulturgüter. In dem diese Zuständigkeiten ausführenden Kulturfördergesetz¹⁴¹⁹ konkretisiert der Kanton die Ausübung seiner Zuständigkeit dahingehend, dass er Förderinstrumente und Förderbereiche definiert, respektive für die Organisation einzelner Tätigkeiten im Bereich der Kultur auf Spezialgesetze über die Museen, das Archivwesen, das Universitätsgut, den Denkmalschutz und den Film verweist. Als Fördermittel erwähnt der Kanton in einer nicht abschliessenden Aufzählung (§ 4 KFG BS) Finanzhilfen, Verträge, Massnahmen im Bereich der Infrastruktur und der Vermittlung, Beratung und Auszeichnungen besonderer Verdienste. Als Förderbereiche nennt das Gesetz (§ 5–7 KFG BS) das Kulturschaffen in den verschiedenen Sparten, kulturelle Anlässe, Kulturvermittlung und den Zugang zu Kultur, Bildung, Kulturaustausch sowie die spezifische Förderung junger Menschen.¹⁴²⁰

Letztlich bleiben die kantonalrechtlichen Grundlagen meist offen formuliert. Das ermöglicht einerseits gerade die in diesem sensiblen Bereich notwendige Offenheit und Beweglichkeit gegenüber verschiedensten Erscheinungsformen der Kultur. Andererseits ist diese Offenheit aus rechtsstaatlicher Sicht unter Anwendung des Legalitätsprinzips problematisch, da es meist erst die konkreten Kulturprogramme und Ausschreibungen der Fördermittel sind, die das staatliche Kulturverständnis formen (siehe dazu Teil III Kapitel IV.3.1).

2.4 Organisationsstrukturen der kantonalen Kulturförderung

Viele Kantone haben für die Umsetzung ihres Kulturförderungsauftrags eigene administrative Abteilungen geschaffen. So hat der Kanton Zürich beispielsweise zur Umsetzung seines Auftrags nach Art. 120 KV ZH eine kantonale *Fachstelle Kultur* in der Direktion der Justiz und des Innern geschaffen. Sie besteht aus Vertreterinnen und Vertretern staatlicher Gremien, der Kulturschaffenden und der Öffentlichkeit.¹⁴²¹ Zudem wurde eine unabhängige *Kulturförderungskommission* eingesetzt und mit der *Zürcher*

¹⁴¹⁸ Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 23. Mai 2005.

¹⁴¹⁹ Kulturfördergesetz Kanton Basel-Stadt vom 21. Oktober 2009 (SR 494.300).

¹⁴²⁰ Übersicht zum Kulturartikel des Kantons Basel-Stadt bei SCHOTT, *Bildung und Kultur*, in: Buser, *Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt*, 1069 f.

¹⁴²¹ VOGEL, *Kommentar KV ZH 120 N 9*; JAAG/RÜSSLI, *Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich*, N 4107a.

Filmstiftung eine eigene Institution für die Filmförderung geschaffen.¹⁴²² Die Kulturförderungskommission und die Fachstelle Kultur haben gemeinsam ein Kulturförderungsleitbild erarbeitet. Es dient einerseits als Positionspapier für die Arbeit der Institutionen. Andererseits steckt das Leitbild den Rahmen ab, in dem der Regierungsrat des Kantons Zürich seine kulturpolitischen Entscheidungen trifft.¹⁴²³

Die interkantonale Zusammenarbeit im Bereich der Kultur erfolgt seit 1986 durch die Konferenz der *Kulturbeauftragten der Kantone* (KBK).¹⁴²⁴ Einzelne Kantone und Gemeinden haben untereinander Vereinbarungen zur gegenseitigen Unterstützung von Kultureinrichtungen abgeschlossen. Die Kantone Zürich, Luzern, Schwyz und Zug haben sich gegenseitig verpflichtet, Abgeltungen für die Nutzung von überregionalen Kultureinrichtungen durch ihre Bevölkerung zu zahlen. Im Kanton Zürich besteht mit der Genossenschaft *Theater für den Kanton Zürich* eine besondere Form der Unterstützung, der zwei Drittel der Zürcher Gemeinden und Hunderte von Privatpersonen angehören.¹⁴²⁵

Des Weiteren verpflichtet das Lotteriegesetz¹⁴²⁶ die Kantone, die Reingewinne aus Lotterien und Sportwetten vollumfänglich für gemeinnützige Zwecke namentlich in den Bereichen Kultur, Soziales und Sport zu verwenden (Art. 125 Abs. 1 BSG). Die Kantone erhalten so jährlich Gelder von über 500 Millionen Franken, die sie unter anderem zur Förderung der Kultur verwenden. Das Verfahren für die Zuwendung der Lotteriegelder ist je nach Kanton unterschiedlich ausgestaltet.¹⁴²⁷

3 Bundesrecht

Die Kompetenzen des Bundes im Bereich von Kunst und Kultur sind je nach Sachgebiet unterschiedlich ausgeprägt. Die Bundesverfassung weist dem Bund mit Art. 69 BV eine subsidiäre Förderungskompetenz für die Kultur zu. Der Bund kann Massnahmen treffen, die die Initiativen der Kantone, Gemeinden und der Privaten ergänzen. In einzelnen Kunstsparten verfügt der Bund über eine umfassendere Kompetenzgrundlage. Die nachfolgenden Abschnitte vermitteln einen Überblick über die Kompetenzgrundlagen auf Bundesebene und die gestützt darauf vom Bund erlassenen Rechtsgrundlagen im Bereich der Kunstförderung i.e.S.

¹⁴²² VOGEL, Kommentar KV ZH 120 N 10 f.; JAAG/RÜSSLI, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, N 4108.

¹⁴²³ VOGEL, Kommentar KV ZH 120 N 13.

¹⁴²⁴ VOGEL, Kommentar KV ZH 120 N 12 m.w.H.

¹⁴²⁵ JAAG/RÜSSLI, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, N 4106 f.

¹⁴²⁶ Bundesgesetz über Geldspiele vom 17. November 2017 (Geldspielgesetz, BGS) (SR 935.51).

¹⁴²⁷ Kulturbotschaft 2016–2020, BBl 2014 497, 510; kritisch zum breiten Verwendungsspektrum der Lotteriegelder SCHINDLER, Keine Lotteriegelder für Reptilien; ebenso bereits MÜLLER, Aktuelle Rechtsfragen des Lotteriewesens.

3.1 Der Kulturauftrag des Bundes (Art. 69 BV)

a) Unterstützung kultureller Bestrebungen im gesamtschweizerischen Interesse

Geltungsbereich von Art. 69 Abs. 2 BV

Nach Art. 69 Abs. 2 BV kann der Bund «kulturelle Bestrebungen von gesamtschweizerischem Interesse unterstützen sowie Kunst und Musik, insbesondere im Bereich der Ausbildung, fördern». Der Geltungsbereich von Art. 69 Abs. 2 BV umfasst die *Kultur im engen Sinn*. Dazu zählen gemeinhin das Kunstschaffen, die Vermittlung von Kunstwerken und die Führung oder Förderung von Kulturinstitutionen wie Museen, Archiven oder Bibliotheken. Die Kompetenzen anderer kultureller Bereiche im weiteren Sinn, wie beispielsweise Bildung, Wissenschaft und Sprache, sind in besonderen Verfassungsartikeln festgeschrieben. Die enge Auslegung des Kulturbegriffs in Art. 69 Abs. 2 BV verhindert, dass der Kulturartikel zu einem Auffangtatbestand für alle möglichen, von einem weiten Kulturbegriff erfassten Bereiche wird.¹⁴²⁸

Parallele oder subsidiäre Kompetenz?

Ob es sich bei den Kulturkompetenzen des Bundes in Art. 69 Abs. 2 BV um eine *parallele* oder um eine *subsidiäre* Kompetenz handelt, ist umstritten. Einigkeit besteht darüber, dass die Kompetenzen des Bundes weniger umfassend ausgestaltet sind als die originäre Kulturförderungskompetenz der Kantone. Das zeigt sich zum einen in der Formulierung, wonach der Bund kulturelle Bestrebungen von gesamtschweizerischem Interesse *unterstützt*. Damit wird angezeigt, dass der Bund Kultur subsidiär in Anknüpfung an die Tätigkeit Dritter fördert. Der Begriff gibt dem Bund eine gewisse Zurückhaltung bei der Kulturförderung vor. Gerade in denjenigen Bereichen, in denen der Bund seit Jahrzehnten eine eigenständige Förderpolitik betreibt, besteht *de facto* jedoch auch eine eigenständige Kulturförderkompetenz des Bundes.¹⁴²⁹

Eine weitere Einschränkung ist die Vorgabe, wonach der Bund kulturelle Bestrebungen *von gesamtschweizerischem Interesse* unterstützen kann. Angesichts der bedeutenden Vorbehalte der Kantone zur Aufnahme dieser Bestimmung in die revidierte Bundesverfassung ist der Begriff grundsätzlich eng auszulegen.¹⁴³⁰ Für den Begriff des *gesamtschweizerischen Interesses* liegt mit Art. 6 Abs. 2 KFG eine Legaldefinition vor. Ein *gesamtschweizerisches Interesse* liegt demnach insbesondere dann vor, wenn

- «a) ein Kulturgut für die Schweiz oder für die verschiedenen Sprach- und Kulturgemeinschaften der Schweiz von wesentlicher Bedeutung ist;

¹⁴²⁸ Gl.M. SCHWEIZER, Der neue Kulturartikel der Bundesverfassung, 196; SCHMIDT-GABAIN, BSK BV 69 N 11.

¹⁴²⁹ BIAGGINI, BVK 69 N 6.

¹⁴³⁰ Botschaft BV, 286; gl.M. RASCHÈR/CHRISTEN/TRIBOLET, Kulturförderung des Bundes, 1045; BIAGGINI, BVK 69 N 6; PFÄNDLER-OLING, Kulturförderung, 181–183; a.M. SCHMIDT-GABAIN, BSK BV 69 N 11.

- b) ein Projekt überregionale Auswirkungen, insbesondere in mehreren Sprachregionen hat;
- c) das künstlerische Talent einer Person im Hinblick auf eine nationale oder internationale Kunstkarriere herausragend ist;
- d) eine Organisation einen wesentlichen Beitrag zur Vernetzung von Kulturschaffenden oder kulturell tätigen Laien aus verschiedenen Sprachregionen oder Gegenden der Schweiz leistet;
- e) ein Projekt wesentlich zur Innovation des Kunstschaffens oder der Kulturvermittlung beiträgt;
- f) ein kultureller Anlass einzigartig ist und nationale oder internationale Ausstrahlung aufweist; oder
- g) ein Projekt wesentlich zum nationalen oder internationalen Kulturaustausch beiträgt.»

Trotz dieser ausführlichen Beschreibung bleibt den Behörden ein beträchtlicher Ermessensspielraum, denn beispielsweise auch die Förderung der Vielfalt ebenso wie lokaler oder regionaler Kultur kann unter Umständen im gesamtschweizerischen Interesse liegen.¹⁴³¹

In der Kulturbotschaft 2016–2020 findet sich denn auch eine ausgesprochen weite Auffassung der Bestimmung, wonach die Totalrevision der Bundesverfassung «eine wichtige Wegmarke» für die Kulturpolitik des Bundes darstellt. Sie fördert die Entwicklung einer «Nationalen Kulturpolitik»¹⁴³², um die Herausforderungen zu meistern, denen die Kultur gegenwärtig begegnet. Weil die Herausforderungen in der Kulturpolitik immer öfter von überregionaler Bedeutung sind, sollten gemäss der Kulturbotschaft auch die «Anknüpfungspunkte für Massnahmen des Bundes gestützt auf Art. 69 BV»¹⁴³³ wachsen. Die eidgenössische Kulturförderung nähert sich in einer solchen, an der Realpolitik orientierten Auslegung der Kulturförderungskompetenzen des Bundes im Resultat zusehends einer parallelen Bundeskompetenzen an, wie sie etwa im Bereich der Sprachen (Art. 70 BV), des Films (Art. 71 BV) und des Natur- und Heimatschutzes (Art. 78 BV) vorliegen.¹⁴³⁴

b) Förderung der Kunst und Musik

Für die *Kunsthförderung* besteht mit Art. 69 Abs. 3 BV eine eigenständige Förderkompetenz und mithin also eine eigentliche parallele Kompetenz für den Bereich der Kunst. Die Zuständigkeit des Bundes im Bereich der *Kunst* ist damit umfassender als diejenige im Bereich der *Kultur i.e.S.* Der ausdrücklichen Erwähnung der Musik kommt keine eigenständige Bedeutung zu. Die Musik ist als traditionelle Sparte der Kunst im Kunstbegriff ebenso enthalten wie andere traditionelle und neue Kunstformen. Das ergibt

¹⁴³¹ PFÄNDLER-OLING, Kulturförderung, 182; BIAGGINI, BVK 69 N 6.

¹⁴³² Kulturbotschaft 2016–2020, BBl 2014 497, 522 f.

¹⁴³³ Kulturbotschaft 2016–2020, BBl 2014 497, 510.

¹⁴³⁴ Kulturbotschaft 2016–2020, BBl 2014 497, 510.

sich nicht zuletzt aus einer grundrechtskonformen Auslegung des Kunstbegriffs von Art. 69 Abs. 2 BV im Lichte von Art. 21 BV.¹⁴³⁵

3.2 Spezifische Förderkompetenzen des Bundes

a) Film (Art. 71 BV)

Lange lag die Regulierung des Films in ausschliesslicher Zuständigkeit der Kantone. Im Versuch, die nationalsozialistische Filmoffensive abzuwehren, schuf der Bund 1938 die Schweizerische Filmkammer und beschränkte die Filmeinfuhr per Gesetz. Eine ausdrückliche Kompetenzübertragung für den Film folgte 1958 (Art. 27^{ter} aBV) und zwar unter dem kulturpolitischen Druck des Kalten Krieges. Erst die Totalrevision der Bundesverfassung öffnete die Formulierung des Filmartikels und stellte ihn systematisch zu den Kulturkompetenzen des Bundes.¹⁴³⁶

Dem Bund kommt eine parallele Förderungskompetenz zu. Art. 71 BV ist *lex specialis* zu Art. 69 BV.¹⁴³⁷ Die eidgenössische Filmförderung unterliegt dem Subsidiaritätsprinzip. Der Bund fördert nur ergänzend zu kantonalen und privaten Massnahmen (Art. 71 Abs. 1 BV).¹⁴³⁸ Dem Bund kommt eine umfassende Gesetzgebungskompetenz für die Regulierung des Filmmarktes zu (Art. 71 Abs. 2 BV). Gestützt auf seine Kompetenzen hat der Bund das Filmgesetz¹⁴³⁹ erlassen.

Die Bundesverfassung von 1874 enthielt eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Grundlage für vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichende Regulierungen des Filmmarktes (Art. 71 Abs. 1 Bst. b aBV). Nach der vormaligen Bestimmung in der alten Bundesverfassung konnte der Bund «nötigenfalls von der Handels- und Gewerbefreiheit abweichen, wenn allgemeine kultur- oder staatspolitische Interessen dies rechtfertigen». Die totalrevidierte Bundesverfassung enthält diesen ausdrücklichen Vorbehalt nicht mehr. Der Vorbehalt besteht stillschweigend fort (dazu vorne Teil III Kapitel II.3.1.b).¹⁴⁴⁰ Der Bund ist auch bei der Filmförderung und der Regulierung des Filmmarktes verpflichtet, die Kunstfreiheit zu gewährleisten.

b) Musikalische Bildung (Art. 67a BV)

Das Schulwesen liegt in der Kompetenz der Kantone (Art. 3 i.V.m. Art. 42 BV, bestätigt in Art. 62 Abs. 1 BV). Ende 2008 verlangte die Volksinitiative «Jugend + Musik», die mu-

¹⁴³⁵ Siehe auch BIAGGINI, BVK 69 N 8, wonach aus dem Wortlaut von Art. 69 BV umgekehrt nicht gefolgert werden darf, dass Art. 21 BV nur die Kunst, nicht aber die Musik schützt.

¹⁴³⁶ GEISER/GRABER, SGK BV 71 N 1 f.; BIAGGINI, BVK 71 N 1.

¹⁴³⁷ GEISER/GRABER, SGK BV 71 BV N 2.

¹⁴³⁸ BIAGGINI, BVK 71 BV N 4.

¹⁴³⁹ Bundesgesetz über Filmproduktion und Filmförderung vom 14. Dezember 2001 (Filmgesetz, FiG) (SR 443.1).

¹⁴⁴⁰ GEISER/GRABER, SGK BV 71 N 7 f.; GEISER, in: Richli, Wirtschaftsstrukturrecht, N 989; BIAGGINI, BVK 79 N 2; UHLMANN, BSK BV 27 N 24; zum Vorbehalt unter altem Recht BGE 99 Ib 452; BGE 113 Ib 97.

sikalische Bildung zu stärken. Gemäss Initiative sollte der Bund den Kantonen Vorschriften über den Musikunterricht an den Schulen machen. Der Bundesrat und die Bundesversammlung unterstützten das Anliegen grundsätzlich, legten aber einen indirekten Gegenentwurf vor, der die Kompetenzverteilung im Bereich der Grundschule unberührt liess. Er wurde von Volk und Ständen am 23. September 2012 angenommen.

Artikel 67a BV ergänzt sowohl die Bildungsartikel als auch die Kulturartikel der Bundesverfassung. Er erteilt dem Bund eine Förderkompetenz im Bereich der musikalischen Bildung, insbesondere für Kinder und Jugendliche (Art. 67a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BV). Die Kantone verpflichtet er, die musikalische Bildung zu fördern und sich für einen hochwertigen Musikunterricht an Schulen einzusetzen (Art. 67a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BV). Ziel ist es, die musikalische Bildung von Kindern und Jugendlichen zu stärken.

Der Bund erhält – analog zur entsprechenden Kompetenz in Art. 62 Abs. 4 BV¹⁴⁴¹ – eine mit Auflagen belegte subsidiäre Gesetzgebungskompetenz. Erreichen die Kantone auf dem Koordinationsweg keine Harmonisierung der Ziele des Musikunterrichts an Schulen, erlässt der Bund die notwendigen Vorschriften (Art. 67a Abs. 2 Satz 2 BV). Letztlich überträgt der Artikel dem Bund eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz: Der Bund soll unter Mitwirkung der Kantone Grundsätze über den Zugang Jugendlicher zur Musik und die Förderung musikalisch Begabter festlegen (Art. 67a Abs. 3 BV).¹⁴⁴²

Artikel 67a BV ist sowohl der Bildung als auch der Kulturförderung zuzuordnen. Als *lex specialis* zu Art. 69 Abs. 2 BV weist die Bestimmung dem Bund im Bereich der Musik weiterreichende Förderungskompetenzen zu: Artikel 67a BV verpflichtet den Bund, Musik zu fördern, auch im Bereich der Schule, während Art. 69 Abs. 2 BV nur eine Kann-Vorschrift enthält und den grundsätzlich in kantonaler Kompetenz stehenden Bereich der Bildung auslässt.¹⁴⁴³ Der Artikel wurde bis anhin über Anpassungen im KFG und durch die Einführung des Programms «jugend+musik» (Art. 12 KFG und dazugehörige Verordnung des EDI¹⁴⁴⁴) umgesetzt.¹⁴⁴⁵ Die eidgenössische Kulturbotschaft 2021–2024¹⁴⁴⁶ sieht in Zusammenarbeit von Bund und Kantonen die Ein-

¹⁴⁴¹ F.w.H. siehe SCHEFER/RÜEGGER, Sprachenunterricht, 229 f.

¹⁴⁴² Zum Ganzen SCHWEIZER/BERNET, SGK BV 67a N 14 ff.

¹⁴⁴³ SCHWEIZER/BERNET, SGK BV 67a N 44.

¹⁴⁴⁴ Verordnung des EDI über das Förderungskonzept 2016–2020 zum Programm «jugend+musik» vom 25. November 2015 (SR 442.131).

¹⁴⁴⁵ Zu den bisherigen Anpassungen siehe SCHWEIZER/BERNET, SGK BV 67a N 45–49 m.w.H. Die Präsidentin des Schweizer Musikrats, Nationalrätin Rosmarie Quadranti, hat den Bundesrat in einem Postulat (Postulat 19.3725 Quadranti vom 20.6.2019) darum gebeten aufzuzeigen, «mit welchen Massnahmen Aufgaben, welche sowohl in der Kultur als auch in der Bildung anzusiedeln sind, gemeinsam durch das Bundesamt für Kultur BAK sowie das Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation SBFI gelöst werden können». Damit spricht sie unter anderem auch die Umsetzung von Art. 67a BV an, welcher sowohl die Kulturförderung als auch die Bildung betrifft.

¹⁴⁴⁶ Botschaft zur Förderung der Kultur in den Jahren 2021–2024, Erläuternder Bericht für das Vernehmlassungsverfahren vom 29. Mai 2019 (Kulturbotschaft 2021–2024), 2, 12.

führung einer musikalischen Talentförderung vor (zur Kulturbotschaft 2021–2024 siehe nachfolgend Teil III Kapitel III.3.4.c).

3.3 Kulturförderungsgesetz (KFG) und Verordnung (VKFG)

a) Kulturförderungsgesetz (KFG)

Das 2009 verabschiedete *Bundesgesetz über die Kulturförderung* (KFG)¹⁴⁴⁷ konkretisiert die Kulturförderungskompetenzen des Bundes. Die im Anschluss an die totalrevidierte Bundesverfassung erlassenen Grundlagen der Kulturförderung sind darauf ausgerichtet, die Kultur «als eigenen Politikbereich zu etablieren» und «in eine Gesamtschau mit anderen Politikfeldern einzubeziehen»¹⁴⁴⁸.

Das Kulturförderungsgesetz (KFG) bildet die rechtliche Grundlage für die eidgenössische Kulturförderung. Das Kulturförderungsgesetz regelt die Kulturförderung des Bundes in den Bereichen Bewahrung des kulturellen Erbes, Kunst- und Kulturschaffen einschliesslich Nachwuchsförderung, Vermittlung von Kunst und Kultur, Austausch zwischen den kulturellen und sprachlichen Gemeinschaften in der Schweiz, Kulturaustausch mit dem Ausland und die Organisation der Stiftung *Pro Helvetia* (Art. 1 KFG). Vorbehalten bleibt eine beträchtliche Anzahl von Spezialgesetzen, die spezifische Bereiche der eidgenössischen Kulturförderung regeln. Besondere Relevanz für die Kunstfreiheit haben die Erlasse über die Nationalbibliothek¹⁴⁴⁹, die Museen und Sammlungen des Bundes¹⁴⁵⁰, den Film¹⁴⁵¹, den Natur- und Heimatschutz¹⁴⁵² und den Kulturgütertransfer¹⁴⁵³.

b) Ziele der Kulturförderung gemäss KFG

Der Bund fördert die Kultur nach dem Subsidiaritätsprinzip (Art. 4 KFG) und arbeitet, soweit erforderlich, mit den Kantonen, Städten, Gemeinden und Privaten zusammen (Art. 5 KFG). Ziel der Kulturförderung ist die Stärkung des Zusammenhalts und der kulturellen Vielfalt, die Förderung eines vielfältigen und qualitativ hochstehenden Kulturangebots, die Schaffung günstiger Rahmenbedingungen für Kulturschaffende und kulturelle Institutionen, die Erleichterung des Zugangs zu Kultur für die Bevölkerung und die Bekanntmachung der schweizerischen Kulturschaffenden im Ausland (Art. 1 KFG).

¹⁴⁴⁷ Bundesgesetz über die Kulturförderung vom 11. Dezember 2009 (Kulturförderungsgesetz, KFG) (SR 442.1).

¹⁴⁴⁸ Kulturbotschaft 2012–2015, BBl 2011 2971, 2990.

¹⁴⁴⁹ Bundesgesetz über die Schweizerische Nationalbibliothek vom 18. Dezember 1992 (Nationalbibliotheksgesetz, NBibG) (SR 432.21).

¹⁴⁵⁰ Bundesgesetz über die Museen und Sammlungen des Bundes vom 12. Juni 2009 (Museums- und Sammlungsgesetz, MSG) (SR 432.30).

¹⁴⁵¹ FiG.

¹⁴⁵² Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (NHG) (SR 451).

¹⁴⁵³ KGTG.

c) **Bereiche der Kulturförderung gemäss KFG**

Als Bereiche, in denen der Bund Kulturförderung betreibt, spezifiziert das Kulturförderungsgesetz die Bewahrung des kulturellen Erbes, Kunst- und Kulturschaffen einschliesslich Nachwuchsförderung, Vermittlung von Kunst und Kultur, Austausch zwischen den kulturellen und sprachlichen Gemeinschaften in der Schweiz, Kulturaustausch mit dem Ausland (Art. 1 Bst. a KFG). Zusätzlich zu diesen Bereichen fördert der Bund auch so diverse kulturelle Aktivitäten wie beispielsweise kulturelle Projekte im Rahmen der Entwicklungs- und Ostzusammenarbeit, Landeswerbung oder Unterstützung von Schweizer Schulen im Ausland.¹⁴⁵⁴ Das Gesetz definiert die Aufgaben des Bundes in der Förderung des künstlerischen Schaffens (Art. 20 KFG), des Nachwuchses (Art. 11 KFG), des Kulturaustauschs im Inland (Art. 21 KFG), der Kulturvermittlung (Art. 19 KFG), der Verbreitung des Schweizer Kunstschaffens im Ausland und des Kulturaustauschs mit dem Ausland (Art. 21 KFG), der Verleihung von Preisen (Art. 13 KFG und Art. 7 FiG) und der Unterstützung von Organisationen der Kulturschaffenden (Art. 14 KFG).

d) **Ausführende Verordnungen**

Das Kulturförderungsgesetz überweist eine Vielzahl von wichtigen Entscheidungen über die Ausgestaltung der Kunstförderung den Behörden. Die Förderungskonzepte für die Bewahrung des kulturellen Erbes, die Förderung der musikalischen Bildung, Preise, Auszeichnungen und Ankäufe und die Unterstützung kultureller Organisationen erlässt das Eidgenössische Departement des Innern (Art. 28 Abs. 1 und 2 KFG). Gestützt auf Art. 28 Abs. 1 KFG hat das EDI beispielsweise die Verordnung über das Förderungskonzept 2016–2020 zur Verlagsförderung¹⁴⁵⁵ erlassen.

Die strategischen Ziele von *Pro Helvetia* legt der Bundesrat fest (Art. 45 KFG). Den Entscheid über die Ausrichtung von Fördergeldern überträgt das Gesetz an Fachkommissionen, ohne eine inhaltliche Zweckausrichtung vorzugeben. Die Anforderungen an Funktion, Stellung und Kompetenzen der Fachgremien sind in der Botschaft nicht weiterführend kommentiert.

3.4 **Kulturbotschaften**

Die eigentliche Schwerpunktsetzung der Kulturförderung erfolgt auf Bundesebene im Rahmen der vom Bundesamt für Kultur verfassten und von Bundesrat und Bundesversammlung bewilligten *Kulturbotschaft*, die die Finanzierung der Kulturförderung für den Bund für jeweils vier Jahre festlegt (Art. 27 KFG).¹⁴⁵⁶

¹⁴⁵⁴ Botschaft KFG, 4840.

¹⁴⁵⁵ Verordnung des EDI über die das Förderungskonzept 2016–2020 zur Verlagsförderung vom 25. November 2010 (SR 442.129).

¹⁴⁵⁶ Botschaft KFG, BBl 2007 4819, 4826.

a) Kulturbotschaft 2012–2015

Die erste Kulturbotschaft¹⁴⁵⁷ kann – gemeinsam mit der zweiten Kulturbotschaft (siehe nachfolgender Abschnitt) – als eigentliche Botschaft zur Kulturförderung gelesen werden. Als Leitlinien und Kernziele der Bundeskulturpolitik deklariert die erste Kulturbotschaft die Pflege der kulturellen Vielfalt, die Verbesserung des aktiven und passiven Zugangs zur Kultur als wichtiges Element der sozialen Integration und Voraussetzung für gesellschaftliche Teilhabe, die Förderung des Kulturaustauschs im Inland sowie mit dem Ausland, die Stärkung der Zusammenarbeit von Bund, Kantonen, Städten, Gemeinden und Privaten und die Schaffung guter Rahmenbedingungen, um das Potenzial der Kultur- und Kreativwirtschaft besser zu erschliessen. Des Weiteren soll sich der Bund für die Verbesserung der sozialen Sicherheit der Kulturschaffenden einsetzen.¹⁴⁵⁸

Die Botschaft unterscheidet Massnahmen zur Bewahrung des Kulturerbes und zur Förderung des zeitgenössischen Kulturschaffens von der Basisförderung. Heimatschutz und Denkmalpflege bezwecken die Erhaltung der kulturellen Identität und der Vielfalt des Landes im öffentlichen Interesse; mittelbar ist die Förderung auch auf den Tourismus und dessen volkswirtschaftliche Bedeutung ausgerichtet.¹⁴⁵⁹ Bei der Förderung des Kulturschaffens unterscheidet die Botschaft zwischen der Filmförderung, Preisen und Ankäufen, kulturellen Organisationen und kulturellen Anlässen. Die Filmförderung erfolgt mit dem Ziel, «das Filmschaffen, sowie die Vielfalt und Qualität des Filmangebots zu fördern und die Schweizer Filmkultur als Teil der nationalen Kultur und Identität zu stärken»¹⁴⁶⁰. Die Förderung ist auf ein vielfältiges Angebot von hoher künstlerischer Qualität unter Einbezug filmwirtschaftlicher Aspekte aufgebaut.¹⁴⁶¹ Preise und Ankäufe leistet der Bund als «Teil einer nationalen Leistungsschau», die «nicht nur eine offizielle, sondern auch eine kommerzielle und mediale Anerkennung»¹⁴⁶² darstellen soll. Kulturelle Organisationen, die gesamtschweizerisch tätig sind, unterstützt der Bund als «Akteure und Träger der kulturellen Vielfalt»¹⁴⁶³. Mit der Unterstützung kultureller Anlässe will das BAK «kulturpolitische Debatten anstossen, spartenübergreifende und gesellschaftlich relevante Anliegen vertieft angehen sowie Reflexionen über die kulturelle Entwicklung anregen»¹⁴⁶⁴.

Die Basisförderung ist auf die Förderung grundlegender Fähigkeiten wie Sprechen, Lesen und Schreiben ausgerichtet.¹⁴⁶⁵ Der Bund fördert die Mehrsprachigkeit

¹⁴⁵⁷ Kulturbotschaft 2012–2015, BBl 2011 2971.

¹⁴⁵⁸ Kulturbotschaft 2012–2015, BBl 2011 2971, 2993–2999.

¹⁴⁵⁹ Kulturbotschaft 2012–2015, BBl 2011 2971, 3000.

¹⁴⁶⁰ Kulturbotschaft 2012–2015, BBl 2011 2971, 3014.

¹⁴⁶¹ Kulturbotschaft 2012–2015, BBl 2011 2971, 3014.

¹⁴⁶² Kulturbotschaft 2012–2015, BBl 2011 2971, 3019.

¹⁴⁶³ Kulturbotschaft 2012–2015, BBl 2011 2971, 3023.

¹⁴⁶⁴ Kulturbotschaft 2012–2015, BBl 2011 2971, 3025.

¹⁴⁶⁵ Kulturbotschaft 2012–2015, BBl 2011 2971, 3032.

(Art. 4, 18 und 70 BV und SpG), die musikalische Bildung (Art. 67a BV und Art. 12 KFG) und ergreift Massnahmen zur Bekämpfung des Illettrismus.¹⁴⁶⁶ Die Kulturbotschaft erkennt den Wert der Kunst darin, «dass sie dem Menschen ermöglicht, sich und sein Umfeld zu verstehen»¹⁴⁶⁷, weshalb staatliche Kulturförderung zur «demokratischen Entwicklung des Gemeinwesens»¹⁴⁶⁸ beiträgt.¹⁴⁶⁹ Gerade der Kunst weist sie dabei besondere Bedeutung zu.¹⁴⁷⁰

b) Kulturbotschaft 2016–2020

Die zweite Kulturbotschaft¹⁴⁷¹ setzt in einzelnen Förderbereichen neue Förderakzente, führt abgesehen davon aber die Kulturpolitik der ersten Kulturbotschaft fort. Die zweite Kulturbotschaft ergänzt die Kernziele der ersten Botschaft, indem sie diese auf drei Handlungsachsen ausrichtet, die in der Kulturpolitik des Bundes langfristig einen besonderen Stellenwert erhalten. Die drei Handlungsachsen sind die kulturelle Teilhabe, der gesellschaftliche Zusammenhalt sowie Kreation und Innovation. Die Kulturbotschaft 2016–2020 will die Zusammenarbeit zwischen Bund, Kantonen, Städten und Gemeinden in der Kulturpolitik intensivieren und «bereits vorhandene Ansätze zu einer «Nationalen Kulturpolitik»¹⁴⁷² weiterentwickeln. Zu diesem Zweck hat der Bund 2011 den «Nationalen Kulturdialog» initiiert, um die nationale Kulturpolitik inhaltlich weiterzuentwickeln.¹⁴⁷³

c) Kulturbotschaft 2021–2024

Die kulturpolitische Stossrichtung der Kulturbotschaft 2021–2024¹⁴⁷⁴ folgt der Kulturbotschaft 2016–2020. Die drei bestehenden strategischen Handlungsachsen «Kulturelle Teilhabe», «Gesellschaftlicher Zusammenhalt» sowie «Kreation und Innovation» werden gemäss Kulturbotschaft beibehalten. Das vorgeschlagene Budget wurde im Vergleich zur vorhergehenden Finanzierungsperiode leicht aufgestockt. Die bestehenden Fördermassnahmen werden fortgesetzt und punktuell weiterentwickelt. Dazu gehört

¹⁴⁶⁶ Kulturbotschaft 2012–2015, BBl 2011 2971, 3027–3038.

¹⁴⁶⁷ Kulturbotschaft 2012–2015, BBl 2011 2971, 2981.

¹⁴⁶⁸ Kulturbotschaft 2012–2015, BBl 2011 2971, 2981.

¹⁴⁶⁹ Kulturbotschaft 2012–2015, BBl 2011 2971, 2981: «Sie ermöglicht den Bürgerinnen und Bürgern eine kulturelle Orientierung, die für die Wahrnehmung bürgerlicher Rechte und Pflichten unerlässlich ist.»

¹⁴⁷⁰ Kulturbotschaft 2012–2015, BBl 2011 2971, 2981: «Wie nichts sonst vermögen Kunstwerke die Menschen zu berühren, zu bewegen und anzuregen. Künste schärfen die Wahrnehmung und entwickeln das Bewusstsein. Es gibt keine bessere Schule des Betrachtens, der Aufmerksamkeit, des Differenzierens als Kunst.»

¹⁴⁷¹ Kulturbotschaft 2016–2020, BBl 2014 497.

¹⁴⁷² Kulturbotschaft 2016–2020, BBl 2014 497, 499.

¹⁴⁷³ Kulturbotschaft 2016–2020, BBl 2014 497, 511.

¹⁴⁷⁴ Kulturbotschaft 2021–2024, Erläuternder Bericht für das Vernehmlassungsverfahren vom 29. Mai 2019.

in Zusammenarbeit von Bund, Kantonen und Musikorganisationen die Einführung einer musikalischen Talentförderung. Damit erachtet der Bundesrat den Verfassungsartikel zur musikalischen Bildung (Art. 67a BV) auf Bundesebene als vollumfänglich umgesetzt (zur Umsetzung von Art. 67a BV siehe auch oben Teil III Kapitel III.3.2.b).¹⁴⁷⁵ Weiter möchte der Bund die schulischen Austauschaktivitäten zwischen den verschiedenen Sprachregionen verstärken, durch geeignete Massnahmen im Bereich Baukultur zu einer höheren Qualität der gebauten Umwelt beitragen und das Programm «Kultur & Wirtschaft» mit den Förderschwerpunkten Design und Interaktive Medien (Games) weiterentwickeln. Das Schweizerische Nationalmuseum soll mehr Mittel für seinen durch den Neubau vergrösserten Betrieb erhalten.¹⁴⁷⁶

3.5 Träger der eidgenössischen Kulturpolitik

Für die Umsetzung seiner Kulturkompetenzen verfügt der Bund über vier Kulturinstitutionen als Hauptträger seiner Kulturpolitik: Das *Bundesamt für Kultur* (BAK), die Stiftung *Pro Helvetia*, die *Schweizerische Nationalbibliothek* und das *Schweizerische Nationalmuseum*. Das Kulturfördergesetz definiert die Tätigkeitsbereiche der einzelnen Institutionen. Die jeweilige Kulturbotschaft konkretisiert ihre Förderschwerpunkte.

a) **Bundesamt für Kultur (BAK) und Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA)**

Nach Art. 29 KFG ist das *Bundesamt für Kultur* (BAK) die kulturpolitische Fachbehörde des Bundes. Als strategisches Organ des Bundes ist das BAK zuständig für die Ausarbeitung und Umsetzung der Kulturpolitik des Bundes. Es nimmt diejenigen Aufgaben wahr, die die Ausübung hoheitlicher Gewalt im engen Sinn erfordern. Dazu gehören die Ausarbeitung von Erlassen zur Kulturpolitik, die Koordination mit anderen Bereichen staatlicher Tätigkeit, die Überwachung und Verbesserung der institutionellen Rahmenbedingungen der Kulturpolitik und in Zusammenarbeit mit dem *Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten* (EDA) die Aushandlung von internationalen Abkommen im Bereich der Kultur, die Vertretung der Schweiz in internationalen Organisationen und die Pflege internationaler Kulturbeziehungen. Förderung betreibt das BAK in den fünf Bereichen Film, Kulturschaffen, Museen und Sammlungen, Heimatschutz und Denkmalpflege sowie Kultur und Gesellschaft (kulturelle Teilhabe).¹⁴⁷⁷

¹⁴⁷⁵ Kulturbotschaft 2021–2024, Erläuternder Bericht für das Vernehmlassungsverfahren, 2.

¹⁴⁷⁶ Kulturbotschaft 2021–2024, Erläuternder Bericht für das Vernehmlassungsverfahren, 2, 12.

¹⁴⁷⁷ Kulturbotschaft 2016–2020, BBl 2014 497, 513.

b) Pro Helvetia

Die öffentlich-rechtliche Stiftung *Pro Helvetia* hat den Auftrag, das künstlerische Schaffen und die Kunstvermittlung zu fördern und den Austausch im In- und Ausland zu unterstützen.¹⁴⁷⁸ Sie ergänzt die Fördertätigkeit der Kantone und Gemeinden in allen künstlerischen Disziplinen, mit Ausnahme des Films. Sie unterstützt nur Projekte, die nationale oder internationale Ausstrahlung haben.¹⁴⁷⁹

Sowohl das BAK als auch das EDA und *Pro Helvetia* sind in der Kulturaussenpolitik und der internationalen Kulturförderung tätig. Die verschiedenen Akteure der Kulturaussenpolitik handeln autonom entsprechend ihren unterschiedlichen Zuständigkeiten und Zielsetzungen.¹⁴⁸⁰ Das BAK ist in Koordination mit dem EDA zuständig für die internationalen Verträge und die Vertretung in internationalen Organisationen. Ein Schwerpunkt liegt auf der Schweizer Beteiligung im Rahmen der UNESCO und des Europarates. Die Schweiz beteiligt sich auch an der EU-Filmförderung. Das EDA organisiert seinerseits selbstständig und in Koordination mit den Kulturakteuren des Bundes kulturelle Tätigkeiten.¹⁴⁸¹

Die Aussenpolitik im Bereich der Kultur ist an den Werten und Zielen der Schweizer Aussenpolitik ausgerichtet. Die Kulturaussenpolitik ist Bestandteil der Schweizer Aussenpolitik. Sie dient der Landeskommunikation und kommt im Rahmen der Entwicklungszusammenarbeit zur Förderung der nachhaltigen Entwicklung zum Tragen.¹⁴⁸² Die Kulturaussenpolitik hat demnach «nur am Rande mit den Zielen einer Kulturförderungspolitik zu tun», vielmehr dient sie «der Interessenwahrung und der Entwicklungspolitik»¹⁴⁸³. *Pro Helvetia* ist ihrerseits für den Kulturaustausch zwischen dem In- und Ausland zuständig. Eine ihrer zentralen Aufgaben ist die Förderung des internationalen Kulturaustauschs.¹⁴⁸⁴

c) Schweizerische Nationalbibliothek (NB)

Die *Schweizerische Nationalbibliothek* (NB) erfüllt seit 1895 die Aufgabe, Informationen, die einen Bezug zur Schweiz haben, zu sammeln, zu erschliessen, zu erhalten und zu vermitteln. Grundlage der Tätigkeiten der NB ist das Nationalbibliotheksgesetz vom 18. Dezember 1992. Sie gehört als Organisationseinheit zum BAK und wird mittels Leistungsauftrag und Globalbudget als FLAG-Teilamt geführt.¹⁴⁸⁵

¹⁴⁷⁸ Kulturbotschaft 2012–2015, BBl 2011 2971, 2984.

¹⁴⁷⁹ Kulturbotschaft 2016–2020, BBl 2014 497, 514 f.

¹⁴⁸⁰ Kulturbotschaft 2012–2015, BBl 2011 2971, 2986.

¹⁴⁸¹ Kulturbotschaft 2012–2015, BBl 2011 2971, 2985 f.

¹⁴⁸² Kulturbotschaft 2012–2015, BBl 2011 2971, 2985.

¹⁴⁸³ Kulturbotschaft 2012–2015, BBl 2011 2971, 2990.

¹⁴⁸⁴ Kulturbotschaft 2012–2015, BBl 2011 2971, 2985.

¹⁴⁸⁵ Kulturbotschaft 2016–2020, BBl 2014 497, 516.

c) Schweizerisches Nationalmuseum (SNM)

Das *Schweizerische Nationalmuseum* (SNM) hat den Auftrag, die Geschichte der Schweiz darzustellen, sich mit der vielfältigen Identität der Schweiz auseinanderzusetzen und ein Kompetenzzentrum für die Konservierung sowie Sammlungs- und Depotslogistik zu sein. Das SNM ist eine eigenständige öffentlich-rechtliche Anstalt, die dem Eidgenössischen Departement des Innern unterstellt ist. Seine Tätigkeiten erfolgen gestützt auf das *Museums- und Sammlungsgesetz* (MSG)¹⁴⁸⁶. Das Schweizerische Nationalmuseum leitet die drei Museen Landesmuseum Zürich, Château de Prangins, das Forum Schweizer Geschichte Schwyz und das Sammlungszentrum in Affoltern am Albis.¹⁴⁸⁷

4 Zusammenfassung

Die staatliche Kunstförderung basiert auf einer breiten rechtlichen Grundlage. Das internationale Recht verpflichtet die Schweiz, regulatorische und andere Massnahmen zu ergreifen, um die kulturelle Vielfalt zu schützen und zu fördern und den gleichen Zugang aller zu kulturellen Erzeugnissen sicherzustellen.

In der föderal organisierten Schweiz sind die Gemeinden und Kantone die Träger der Kulturpolitik. Die Kantone haben je eigene rechtliche Grundlagen, Organisationsstrukturen, Zielsetzungen und Instrumente für ihre Kunstpolitik. Meist ist die Förderung von Kunst an den Wohnsitz der Antragsteller gebunden oder von einem inhaltlichen oder organisatorischen Bezug zum Kanton abhängig. Der Lotteriefonds ist eine wichtige Finanzierungsquelle für die kantonale Kultur- und Kunstpolitik.

Neben den Kantonen und Gemeinden nimmt auch der Bund seinen verfassungsrechtlich vorgegebenen Kulturförderungsauftrag wahr. Der Bund fördert verschiedene Sparten der Kultur und betreibt sowohl Spitzen- als auch Breitenförderung. Wie die Kantone unterstützt auch der Bund die Grundausbildung im Bereich der Kultur und die spartenspezifische Fachausbildung in den Künsten. Eine wichtige Förderkompetenz kommt dem Bund im Bereich des Films und der musikalischen Ausbildung von Kindern und Jugendlichen zu.

Die Förderung der Kultur erfolgt eingebettet in ein kompliziertes Geflecht von ausführenden Gesetzen und Verordnungen. Die eidgenössische Kulturförderung weist zudem die Besonderheit auf, dass ihre Ausgestaltung mittels in Vierjahreszyklen verabschiedeten Kulturbotschaften erfolgt, was aus rechtsstaatlicher Sicht einer kritischen Beurteilung bedarf (siehe nachfolgend Teil III Kapitel IV.3.1).

Auf internationaler Ebene verdeutlicht die *UNESCO-Kulturförderungskonvention*, wie eng staatliche Kulturförderung mit Fragen über die Regulierung des Kulturmarktes

¹⁴⁸⁶ Bundesgesetz über die Museen und Sammlungen des Bundes (Museums- und Sammlungsgesetz, MSG) vom 12. Juni 2009 (SR 432.20).

¹⁴⁸⁷ Kulturbotschaft 2012–2015, BBl 2011 2971, 2984; Kulturbotschaft 2016–2020, BBl 2014 497, 518.

und dessen Liberalisierung verbunden ist. Unter dem Druck sich öffnender Märkte steht die staatliche Souveränität im Bereich der Kulturpolitik gegenüber einer vollständigen Liberalisierung des Kunst- und Kulturmarktes unter zunehmendem Rechtfertigungsdruck. Ziel der UNESCO-Kulturförderungskonvention ist es, den ideellen und den wirtschaftlichen Wert kultureller Güter rechtlich in ein ausgeglichenes Verhältnis zu bringen.

Der nachfolgende Abschnitt wendet sich der Frage zu, welche Anforderungen die Kunstfreiheit an die Ausgestaltung der Kunstförderung i.e.S. stellt. Aus der Vielfalt der Förderinstrumente rückt die Untersuchung das in der Kunstförderung häufig verwendete Instrument der direkten und selektiven Kunstförderung in den Fokus. Mit der selektiven Kunstförderung trifft der Staat eine inhaltliche Auswahl darüber, welche Kunst mit staatlichen Mitteln gefördert wird. Das macht die selektive Kunstförderung besonders grundrechtssensibel. Das nachfolgende Kapitel zeigt auf, wie selektive Kunstförderungsinstrumente auf ihre Vereinbarkeit mit der Kunstfreiheit überprüft werden können.

IV Kunstförderung i.e.S.: selektive Förderinstrumente

Die staatlichen Mittel sind begrenzt und reichen offensichtlich nicht aus, um alle künstlerischen Tätigkeiten, Museen, Archive, Theater und Bibliotheken zu finanzieren. Formen der direkten Kunstförderung sind mit einem Zwang zur Auswahl verbunden. Die Kunstförderung i.e.S. besteht mehrheitlich aus selektiven Förderinstrumenten, die die Förderung von Kunst auf inhaltliche Kriterien wie beispielsweise die künstlerische Qualität eines Werkes abstützen. Indirekte Fördermassnahmen der Kunstförderung i.w.S. haben demgegenüber den Vorteil, dass sie mehrheitlich regulative Rahmenbedingungen setzen, ohne auf den konkreten Inhalt einzelner Werke und deren künstlerische Qualität Bezug zu nehmen. Auch indirekten Fördermassnahmen liegt ein selektiver Entscheid zu Grunde, auf welche Weise die Kunst unterstützt und gefördert wird. Aber in ihrer Anwendung sind die Behörden nicht gezwungen, eine inhaltliche Auswahl der einzelnen Kunstwerke zu treffen.

Das vorliegende Kapitel thematisiert in einem ersten Schritt das Dilemma selektiver direkter Kunstförderung, welche sowohl freiheitsfördernd als auch freiheitsbeschränkend wirkt. Im Anschluss geht es darum aufzuzeigen, unter welchen Bedingungen die selektive direkte Kunstförderung grundrechtskonform ausgestaltet werden kann. Die grundrechtskonforme Ausgestaltung der Kunstförderung ist vielleicht die schwierigste und heikelste Frage zur Kunstfreiheit. Die Arbeit beschränkt sich angesichts des Umfangs des mit der Frage tangierten Kultur- und Leistungsverwaltungsrechts darauf, die Problematik und die grundrechtlichen Leitgedanken aufzuzeigen. Die selektive direkte Kunstförderung ist in die Rechtsdogmatik des Kultur- und Leistungsverwaltungsrechts eingebunden und erfolgt in der Regel als Finanzhilfe, weshalb das Subventionsrecht als verwaltungsrechtliche Vorgabe anwendbar ist. Des Weiteren muss die selektive direkte Kunstförderung mit der Kunstfreiheit, mit den rechtsstaatlichen Prinzipien und den materiellen und prozeduralen Anforderungen des Grund-

rechtskatalogs der Bundesverfassung übereinstimmen. Daraus ergeben sich eine Reihe an rechtlichen Vorgaben, die den Ermessensspielraum der Behörden in der Vergabe von Förderbeiträgen bedeutend einschränken.

1 Das Dilemma selektiver direkter Kunstförderung

1.1 Kunstförderung als Freiheit und als Eingriff in die Freiheit

Kunstfreiheit und Kunstförderung stehen in einem unauflösbaren Spannungsverhältnis. Die Förderung der Kunst ist einerseits eine Voraussetzung für die tatsächliche Wahrnehmung künstlerischer Freiheiten (Freiheit *durch* den Staat). Andererseits übt die Kunstförderung bestimmenden Einfluss auf die Möglichkeiten künstlerischen Schaffens aus und tangiert damit immer auch die Freiheit der Kunst (Freiheit *vom* Staat). Die selektive Kunstförderung bewegt sich in diesem unauflösbaren Spannungsverhältnis zwischen der Freiheit *vom* Staat und der Freiheit *durch* den Staat. Das ist *das Dilemma selektiver Förderinstrumente*, mit dem sich jeder Entscheid einer selektiven Kunstförderung konfrontiert sieht. Erachtet man die direkte staatliche Kunstförderung als gerechtfertigte staatliche Aufgabe zur Förderung der künstlerischen Freiheit, stellt sich die Frage, wie das Dilemma zwischen der *Freiheit durch Förderung* und der *Förderung als Eingriff in die Freiheit* zu einem grundrechtlich akzeptablen Ausgleich kommt.

Die staatliche *Förderung* und der grundrechtliche *Schutz* der künstlerischen Freiheit haben sich zeitlich parallel entwickelt. Kunstförderung und Kunstfreiheit standen über weite Strecken nicht miteinander im Dialog. Erst die Debatte über die Demokratisierung der Kunstförderung ab den 1970er-Jahren brachte eine zögerliche Annäherung der beiden Rechtsbereiche. Zentral waren dabei die Thesen des Clottu-Berichts, der im Sinne einer demokratischen Kulturpolitik die Eigengesetzlichkeit der Kunst und das Gebot einer an der Freiheit der Kunst ausgerichteten Kunstförderung betonte (siehe dazu Teil II Kapitel I.4.2). Blickt man in die Materialien der jüngsten Reform des Kunstförderungsrechts in der Schweiz (dazu Teil III Kapitel III.3.3 und 3.4) und die Rechtsprechung zur Anwendung des Kulturförderungsgesetzes und der dazugehörigen Verordnung, fällt auf, dass der Dialog zwischen der Kunstförderung und der Kunstfreiheit seit der Veröffentlichung des Clottu-Berichts zwar nicht abgebrochen ist, in der Praxis aber nur punktuell an rechtlicher Schärfe gewonnen hat. Indessen lassen sich aus dem Subventionsrecht, dem Leistungsverwaltungsrecht und den rechtsstaatlichen Grundsätzen, auf denen das Verwaltungsrecht beruht, ebenso wie aus der Kunstfreiheit und den weiteren Bestimmungen des Grundrechtskatalogs wichtige rechtliche Vorgaben für die Ausgestaltung der selektiven Kunstförderung gewinnen.

1.2 Warum Kunstförderung nicht *per se* Zensur ist

Der Staat ist sowohl Förderer der Kunst als auch der Wächter über die Grenzen der künstlerischen Freiheit. In beiden Funktionen ist er an die Kunstfreiheit gebunden. Die Entscheidungen und das Verfahren, in dem sie erfolgen, müssen grundrechtskonform ausgestaltet sein. Der Entscheid, eine gewisse Kunstsparte oder einen Kunstschaf-

fenden nicht zu fördern, kann sich genauso einschränkend auswirken wie Zensurmassnahmen gegenüber bereits geschaffener Kunst.¹⁴⁸⁸ Gegen die selektive Kunstförderung wird deshalb der Einwand vorgebracht, dass die Ausrichtung staatlicher Fördergelder einer mittelbaren Vorzensur gleichkommt. Die Vergabe von Fördergeldern hat nach dieser Kritik zur Folge, dass nur bestimmte Kunst unterstützt und der Öffentlichkeit einfacher zugänglich gemacht wird. Zugleich würden Fördermassnahmen Anreize schaffen, nur noch eine bestimmte Art von Kunst zu schaffen, nämlich diejenige, die als besonders förderungswürdig gilt. Beides komme *de facto* einer Zensur der Kunst gleich.¹⁴⁸⁹

Der Einwand erfasst die grundrechtlich heikle Konstellation selektiver Förderinstrumente, wonach jede Massnahme zur Förderung zugleich eine freiheitsbeschränkende Komponente aufweist. Zugleich ist der Begriff der (mittelbaren) Zensur im Bereich staatlicher Leistungen mit grosser Zurückhaltung zu verwenden. Zwar trifft es zu, dass sich die Selektion von förderungswürdiger Kunst positiv auf die Geförderten und negativ auf die Nicht-Geförderten auswirkt. Wie das Beispiel der Frauen in der Kunst aufgezeigt hat, kommt der Ausschluss von institutioneller Förderung unter Umständen einer erheblichen Einschränkung der tatsächlichen Chancen der Freiheit gleich. Dennoch sind Entscheide über die selektive Förderung der Kunst nicht dasselbe, wie das Verbot, eine gewisse Kunst herzustellen oder zu verbreiten. Förderentscheide im Bereich der *Leistungsverwaltung* sind nicht mit inhaltlichen Einschränkungen im Bereich der *Eingriffsverwaltung* gleichzusetzen. Mit selektiven Förderkriterien trifft der Staat eine Auswahl, welche Kunst er mit staatlichen Leistungen unterstützt. Das hat zwar bedeutende Auswirkungen auf die Kunstschaffenden. Der Förderentscheid ist aber – zumindest in einer pluralen und heterogenen Förderlandschaft wie der Schweiz – kein Verbot dieser Kunst. Die Kunstschaffenden werden grundsätzlich nicht in ihrem künstlerischen Ausdruck behindert. Aus diesem Grund sind selektive Förderentscheide nicht *per se* als Zensurmassnahmen zu qualifizieren. Das schliesst nicht aus, dass grundrechtswidrig ausgestaltete Fördermassnahmen oder einzelne rechtswidrig erfolgte Förderentscheide einer Zensur gleichkommen können. Das trifft etwa dann zu, wenn beispielsweise ein Filmgenre konsequent von der Förderung ausgeschlossen oder nicht

¹⁴⁸⁸ Ebenso MERRYMAN/ELSEN/URICE, *Law, Ethics and the Visual Arts*, 767, 788.

¹⁴⁸⁹ So sinngemäss SCHMIDT-GABAIN, BSK BV 69 N 17, welcher als Alternative zum bisherigen auf inhaltlichen Selektionskriterien basierten Vergabemodell das Los vorschlägt (N 18). Der Autor unterlässt es, auf die Nachteile dieses Systems hinzuweisen. Die Rechtsgleichheit gebietet nicht nur Gleiches gleich zu behandeln, sondern auch Ungleiches ungleich. Bei Vergabeentscheiden nach dem Los ohne jegliche Vorselektion (denn eine solche müsste ja notwendigerweise wiederum nach bestimmten Kriterien durch ein bestimmtes Gremium erfolgen) wäre es nicht möglich, die von der Rechtsgleichheit gebotene Differenzierung zu gewährleisten, was im jeweiligen Einzelfall im Widerspruch zu rechtsstaatlichen Grundsätzen steht. Dass Losverfahren nicht *per se* undemokratisch oder gegen den Rechtsstaat verstossen, sondern die Vor- und Nachteile von Entscheidungen per Los sorgfältig analysiert werden müssen, hat die Lehre im Bereich von Personenwahlen wiederholt diskutiert, siehe BIAGGINI, «[...] so entscheidet das Los»; GLASER, *Die Justiz-Initiative*; SCHINDLER, *Losverfahren*.

berücksichtigt wird und zugleich Schweizer Filme ohne Fördergelder *de facto* kaum realisierbar sind.

1.3 Rechtliche Anforderungen an die selektive Kunstförderung

Jedes Förderinstrument hat sowohl eine die Freiheit fördernde als auch eine die Freiheit beschränkende Komponente. *Freiheitsfördernd* ist die Kunstförderung, insofern als sie den Begünstigten in unterschiedlicher Form künstlerische Freiräume eröffnet, sei es über finanzielle Unterstützung, die Nutzung von Räumlichkeiten oder über Verwertungsrechte. *Freiheitsbeschränkend* ist die Kunstförderung in zweierlei Hinsicht: Zum einen trifft der Staat damit einen Entscheid, was als Kunst respektive welche Kunstwerke als förderungswürdig gelten und damit in den Genuss staatlicher Förderung kommen. Bei direkten Förderinstrumenten ist die staatliche Unterstützung zudem nicht nur finanzieller, sondern auch symbolischer Art. Staatliche Förderleistungen verschaffen ihren Empfängern einen bedeutenden Reputationsgewinn.¹⁴⁹⁰ Zum anderen nehmen selektive Förderinstrumente eine inhaltliche Beurteilung der geförderten Kunst vor. Damit überschreiten sie sowohl die grundrechtliche Vorgabe der Gleichwertigkeit aller Kunst als auch das kommunikationsgrundrechtliche Gebot, dass sich der Staat gegenüber Ideen und Meinungen neutral zu verhalten hat. Das öffentliche Interesse an einer selektiven Kunstförderung zur Förderung der künstlerischen Freiheit, der künstlerischen Vielfalt und des Zugangs zur Kunst muss in der Abwägung gegenüber dem Eingriff in die Kunstfreiheit überwiegen.

Die Eingriffsintensität eines Förderinstrumentes in die Kunstfreiheit ist je nach dessen Ausgestaltung unterschiedlich. Die Beurteilung der Rechtmässigkeit selektiver Kunstförderung ist nicht für alle Förderinstrumente einheitlich vorzunehmen, sondern in Bezug auf das konkret infrage stehende Förderinstrument. Die Beurteilung der Rechtmässigkeit eines selektiven Förderinstrumentes ist entsprechend in ein dynamisches Koordinatensystem eingebettet. Generell gilt: Je stärker der Qualitätsbezug und je individueller die Beurteilung eines Förderinstrumentes ist, umso stärker wirkt die Kunstförderung nicht nur fördernd für die berücksichtigten Gesuchsteller, sondern auch beschränkend auf die künstlerische Freiheit der abgewiesenen Bewerberinnen und Bewerber.

Der Eingriff betrifft im Übrigen nicht nur die Abgewiesenen sondern auch die geförderten Gesuchsteller: Auch sie müssen sich eine inhaltliche Beurteilung ihrer Werke durch staatliche Behörden und Fachstellen gefallen lassen, wenn sie in den Genuss staatlicher Förderleistungen kommen wollen. Erhalten sie Fördergelder, so ermöglicht ihnen das einen künstlerischen Freiraum. Dieser Freiraum muss jedoch in einem angemessenen Verhältnis zum in jedem Fall durch die inhaltliche Beurteilung erlittenen Eingriff stehen und gerechtfertigt sein. Je stärker eine inhaltliche Qualitätsbeurteilung

¹⁴⁹⁰ Entsprechend auch die Kritik an der Kunstförderung bei KLEY, Kultur, Kunst und Bundesverfassung, 25.

vorgenommen wird und je individueller das Entscheidungsverfahren ausfällt, umso höher sind die materiellen und prozeduralen Anforderungen an das Entscheidungsverfahren.¹⁴⁹¹

Die selektive Kunstförderung lässt den staatlichen Behörden in der Regel einen weiten Ermessensspielraum. Die Kriterien sind meist offen formuliert, bedürfen der Auslegung und sind nur beschränkt objektiv überprüfbar. Dennoch ist es nicht so, dass es sich bei der selektiven Kunstförderung um rein politische Entscheide handelt.¹⁴⁹² Rechtliche Anforderungen an die Rechtfertigung und Ausgestaltung selektiver Instrumente der direkten Kunstförderung ergeben sich aus den rechtsstaatlichen Prinzipien der Staatsorganisation, den Anforderungen an die Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen und deren Konkretisierung im Leistungsverwaltungsrecht und aus verfahrensrechtlichen Anforderungen.¹⁴⁹³ Besonders bedeutsam ist die rechtsgleiche Ausgestaltung der Förderung, die Definition ausgewogener Förderkriterien, die Zusammensetzung des entscheidfallenden Gremiums, die transparente Begründung von Förderentscheiden und der Rechtsschutz.¹⁴⁹⁴ Die nachfolgenden Abschnitte befassen sich mit den materiellen und verfahrensrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung der selektiven Kunstförderung.

2 Kunstförderung und Subventionsrecht

Kunstförderungen in Form von finanziellen Beiträgen sind in der Systematik des Verwaltungsrechts *Finanzhilfen*. Als solche sind sie Teil der Leistungsverwaltung. *Finanzhilfen*, synonym als *Subventionen* bezeichnet, sind geldwerte Vorteile, die Empfängern ausserhalb der Bundesverwaltung gewährt werden, um die Erfüllung einer vom Empfänger gewählten Aufgabe zu fördern oder zu erhalten (Art. 3 Abs. 1 SuG). Der Staat leistet eine Unterstützung, ohne dass der Subventionsempfänger zu einer Verhaltensweise verpflichtet ist. Fördergelder an Kunstschaffende sind Finanzhilfen, die nur in wenigen Fällen einen Rechtsanspruch begründen. Ein Anspruch auf einen Förderbeitrag besteht dort, wo die rechtliche Grundlage die zu erfüllenden Bedingungen umschreibt, ohne der anwendenden Behörde ein Ermessen einzuräumen. Es handelt sich dabei um sogenannte *Anspruchssubventionen*.¹⁴⁹⁵ Enthalten die Förderkriterien *keine inhaltlichen Vorgaben*, so muss die Behörde von einer Gewichtung des Inhalts absehen.

Die Förderungsverordnung über das Verlagswesen verlangt beispielsweise eine «kulturelle Orientierung» des Verlags (Art. 4 Abs. 1 Bst. b Förderungsverordnung Verlage 2016–2020). Das Bundesamt für Kultur darf ein Unterstützungsgesuch nicht mit der Begründung abweisen, die inhaltliche Ausrichtung sei nicht kulturell, weil sich die

¹⁴⁹¹ G.L.M. LENSKI, Öffentliches Kulturrecht, 285 ff., 348.

¹⁴⁹² A.M. bswe O'KEEFE, Cultural Life: «In modern – indeed, post-modern – societies characterized by radical cultural pluralism, governmental decisions as to the allocation of limited resources to cultural ends implicate an almost bewildering array of competing interests, and necessarily involve trade-offs and compromise. They are, in short, the stuff of political judgment, not legal adjudication.»

¹⁴⁹³ UHLMANN/BOGNUMA, Zehn Thesen zur Kunstfreiheit, 378.

¹⁴⁹⁴ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 401 f.

¹⁴⁹⁵ BVGer B-4572/2012 (17.3.2015) E. 3.3; SCHAERER, Subventionen, 173–178; MÖLLER, Rechtsschutz bei Subventionen, 43–45; BGE 138 II 191 E. 4.2.4; BGE 118 V 16 E. 3.a.

Publikation hauptsächlich mit Rauschmitteln befasst. Offen bleibt, inwiefern die Ziele der Kulturförderung gemäss Art. 1 und 3 KFG und allfällige gesundheits- und drogenpolitische Interessen Berücksichtigung finden können.¹⁴⁹⁶

Ermessenssubventionen räumen den Behörden einen Beurteilungsspielraum ein und begründen bei Erfüllen der Kriterien keinen Anspruch auf Subventionen.¹⁴⁹⁷ Ermessenssubventionen sind im Bereich der direkten Kunstförderung die Regel.

Von den Finanzhilfen abzugrenzen sind *Abgeltungen*. Als Teil der *Eingriffsverwaltung* sind Abgeltungen ein Ausgleich für einseitig vorgenommene Eingriffe in die Freiheitsrechte der Bürgerinnen und Bürger. Entschädigungen für die Enteignung von Eigentum sind beispielsweise Abgeltungen, auf die ein Rechtsanspruch besteht (Art. 26 Abs. 2 BV).¹⁴⁹⁸

Sofern es sich um Bundesbeiträge handelt, unterstehen sie Finanzhilfen als Subventionen dem Subventionsgesetz des Bundes¹⁴⁹⁹. Das eidgenössische Subventionsgesetz gilt für alle Subventionen nach Bundesrecht (Art. 2 Abs. 1 SuG). Die Kantone haben eigene Subventionsgesetze für kantonale Finanzhilfen.¹⁵⁰⁰ Ziel des Subventionsrechts ist es, die Subventionen nach einheitlichen rechtlichen Grundsätzen auszurichten. Finanzhilfen müssen ihren Zweck auf wirtschaftliche und wirkungsvolle Art erreichen (Art. 1 Abs. 1 Bst. b SuG). Bei Subventionen des Marktes gilt es zu beachten, dass der Markt die Allokation von Gütern auf dynamische Art vornimmt und sich ständig verändert. Finanzhilfen dürfen dem Wettbewerb seine Beweglichkeit und Veränderlichkeit nicht entziehen. Das gilt auch für die direkte Kunstförderung.

3 Materielle Anforderungen

Die selektive Kunstförderung muss – wie alles staatliche Handeln – verfassungskonform sein.¹⁵⁰¹ An dieser Stelle sollen vier verfassungsrechtliche Anforderungen an die selektive Kunstförderung aufgegriffen werden: Erstens, die Verpflichtung, die selektive Kunstförderung auf eine ausreichende rechtliche Grundlage zu stützen. Zweitens, die grundrechtliche Pflicht zur Ausrichtung der Kunstförderung am Zweck der Kunstfrei-

¹⁴⁹⁶ BVGer B-2759/2017 (13.3.2018) E. 4.3.

¹⁴⁹⁷ BVGer B-4572/2012 (17.3.2015) E. 3.3; SCHAERER, Subventionen, 201–203; MÖLLER, Rechtsschutz bei Subventionen, 43–45; BGE 138 II 191 E. 4.2.4; BGE 118 V 16 E. 3.a.

¹⁴⁹⁸ BVGer B-4572/2012 (17.3.2015) E. 3.1. Zum Subventionsrecht einführend SCHAERER, Subventionen, 33–70; MÖLLER, Rechtsschutz bei Subventionen, 20–58; RHINOW, Wesen und Begriff der Subvention; RICHLI, Rechtsformen für die Gewährung von Finanzhilfen; STENGEL, Zur Problematik der rechtlichen Ordnung der Subventionen; MÄCHLER, Subventionsrecht.

¹⁴⁹⁹ Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz, SuG) vom 5. Oktober 1990 (SR 616.1); Botschaft zu einem Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 15. Dezember 1986, BBl 1987 I 369.

¹⁵⁰⁰ Bsw Staatsbeitragsgesetz des Kantons Bern vom 16.9.1992 (SR BE 641.1); Staatsbeitragsgesetz des Kantons Luzern vom 17. September 1996 (SR LU 601).

¹⁵⁰¹ Gl.M. etwa bereits BOIS, Droit administratif et création artistique, 295; MARTEL, Grundlagen staatlicher Kulturpolitik, 107.

heit. Drittens, die Definition sachgerechter Förderungsvoraussetzungen und -kriterien, die mit dem Gebot der Rechtsgleichheit und dem Diskriminierungsverbot vereinbar sind. Und viertens, die Gewährleistung von Freiheit und Autonomie der geförderten Personen und Institutionen in Übereinstimmung mit der Kunstfreiheit.

3.1 Rechtliche Grundlage

a) Legalitätsprinzip

Das Recht ist die Grundlage und Schranke alles staatlichen Handelns (sog. Legalitätsprinzip). Die Bindung des Staates an das gesetzte Recht soll die staatliche Gewalt demokratisch legitimieren sowie rechtlich beschränken und kontrollieren. Die Rechtsförmigkeit staatlichen Handelns soll auch die Gleichstellung und Gleichbehandlung aller Bürgerinnen und Bürger gewährleisten. Das gilt auch für die Leistungsverwaltung.¹⁵⁰² In der Bundesverfassung ist das Legalitätsprinzip in Art. 5 Abs. 1 BV für alle staatlichen Gewalten verbindlich festgeschrieben. Demnach muss jedes staatliche Handeln auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen. Der generell-abstrakte Rechtssatz muss genügend bestimmt sein und auf einer dem Norminhalt angemessenen Normstufe beruhen.¹⁵⁰³ Das gilt auch für die Kunstförderung. Die Ziele, Mittel, Voraussetzungen und Kriterien der Kunstförderung müssen in einer generell-abstrakten und ausreichend bestimmten Rechtsbestimmung und auf einer dem Norminhalt angemessenen Norm-

¹⁵⁰² BGE 103 Ia 369 E. 5: «Es ist zuzugeben, dass die Beschränkung des Gesetzesvorbehaltes auf das Gebiet der sogenannten «Eingriffsverwaltung» nach den Begriffen der aus dem 19. Jahrhundert stammenden deutschen Lehre den heutigen Bedürfnissen und Auffassungen nicht mehr gerecht wird. Die Übernahme dieser Lehre erscheint im Lichte der schweizerischen demokratischen Staatsauffassung fragwürdig und ist in der Schweiz. Literatur seit jeher auf Kritik gestossen. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat dazu auch gerade mit Rücksicht auf die Verankerung einer demokratisch-parlamentarischen Staatsauffassung im Grundgesetz diese Theorie neuestens verlassen (BVerGE Bd. 40 (1976), Nr. 22, 248 ff. E. 2a). A fortiori gilt dieses Argument im Hinblick auf die kantonale und die eidgenössische Referendumsdemokratie. Ferner hat die leistungsgewährende Verwaltung seit Jahrzehnten an Umfang und Intensität zugenommen, und Eingriffe und Leistungen stehen in einem solchen Korrelationsverhältnis, dass das Konzept des Eingriffes, je mehr sich die Intervention der öffentlichen Gewalt in allen Gebieten des täglichen Lebens aufdrängt, kein taugliches Unterscheidungsmerkmal mehr darstellt. Schliesslich bilden Massnahmen der leistungsgewährenden Verwaltung je länger je mehr die Voraussetzung für die tatsächliche Inanspruchnahme und die freie Entfaltung der in der Verfassung gewährleisteten Grundrechte». Bestätigt und präzisiert in BGE 104 Ia 440 E. 4.c. Zusammenfassung der Rechtsprechung zum Subventionsrecht in BGer-Urteil 2A-95/2004 (18.2.2004) E. 2.1. Aus der Schweizer Lehre COTTIER, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage; HERTACH, Das Legalitätsprinzip in der Leistungsverwaltung; RICHLI, Legalitätsprinzip und Finanzhilfen; SCHAEERER, Subventionen, 81; STÖRI, Verhaltenssteuerung durch Subventionen, 76 f., 84; BUNDI, Subventionen und Beihilfen, 91 f., 94–96; MÜLLER, Inhalt und Formen der Rechtssetzung, 187 ff. Grundsätzlich zum Legalitätsprinzip nach wie vor HELLER, Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, 101 f.

¹⁵⁰³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 379 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 19 N 2.

stufe festgelegt sein. In der Praxis ist es indessen so, dass ein Grossteil der Bestimmungen zur Kunstförderung auf Ebene von Verordnungen oder in der Kulturbotschaft – einer Art Botschaft *sui generis* – festgelegt sind. Dabei stellt sich die Frage, ob damit die Anforderungen an die Delegation von Rechtsetzungskompetenzen erfüllt sind.

b) Delegation von Rechtsetzungskompetenzen an die Exekutive

Grundsätzlich liegt es in der Kompetenz der Legislative, die rechtlichen Grundlagen für staatliches Handeln zu schaffen, so auch im Bereich der Kunstförderung. Die Delegation von Rechtsetzungskompetenzen von der Legislative an die Exekutive ist zulässig, wenn sie nicht durch die Verfassung ausgeschlossen ist, in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten ist, sich auf ein bestimmtes, genau umschriebenes Sachgebiet beschränkt und die Grundzüge der delegierten Materie, das heisst die wichtigen Regelungen, im delegierenden Gesetz selbst enthalten sind.¹⁵⁰⁴ Wie konkret und detailliert von Verfassung wegen der Inhalt der Delegationsnorm umschrieben sein muss, lässt sich nicht allgemeingültig festlegen, sondern hängt von der Natur der Materie ab, die Gegenstand der Delegation bildet. Dabei sind sowohl die verfassungsmässigen Grundsätze zu beachten als auch praktische Überlegungen wie das Funktionieren der staatlichen Institutionen und den Bedarf nach Anpassungsspielraum bei veränderten Verhältnissen. Es liegt im Ermessen des Gesetzgebers, diese Wertung vorzunehmen. Auf jeden Fall müssen die Grundlagen zur Gewährleistung einer Subvention im Gesetz geregelt sein.¹⁵⁰⁵ Entsprechend dem Grundsatz der Gewaltenteilung und dem Legalitätsprinzip sind Vollziehungsverordnungen materiell auf den Gegenstand des Gesetzes beschränkt, sie müssen der Zielsetzung des Gesetzes folgen und dürfen dessen Inhalt nicht abändern. Vollziehende Verordnungen dürfen keine neuen, bereits im Gesetz vorgesehenen Pflichten auferlegen oder im Gesetz bestehende Ansprüche beseitigen. Ihr Umfang muss sich darauf beschränken, die in grundsätzlicher Weise im Gesetz enthaltenen Vorschriften näher auszuführen. Gerichte können vollziehende Verordnungen vorfrageweise auf ihre Gesetzes- und Verfassungsmässigkeit überprüfen (sog. konkrete Normenkontrolle).¹⁵⁰⁶

Das Kulturförderungsgesetz überweist eine Vielzahl von wichtigen Entscheidungen über die Ausgestaltung der Kunstförderung den Behörden und Fachgremien. Die eigentliche Schwerpunktsetzung der Kunstförderung erfolgt auf Bundesebene im Rahmen einer vom Bundesamt für Kultur verfassten und von Bundesrat und Bundesversammlung bewilligten Kulturbotschaft, die die Finanzierung der Kunstförderung für den Bund für jeweils vier Jahre festlegt (Art. 27 KFG).¹⁵⁰⁷ Die Förderungskonzepte für

¹⁵⁰⁴ BGE 141 II 169 E. 3; BGE 134 I 322 E. 2.6.3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 368.

¹⁵⁰⁵ BGE 103 Ia 369 E. 6; SCHAEERER, Subventionen, 82, 118, 146 f., 158 f.; STÖRI, Verhaltenssteuerung durch Subventionen, 87–98; BUNDI, Subventionen und Beihilfen, 97 f.

¹⁵⁰⁶ BVGer B-4572/2012 (17.3.2015) E. 4.3.

¹⁵⁰⁷ Botschaft KFG, BBl 2007 4819, 4826.

die Bewahrung des kulturellen Erbes, die Förderung der musikalischen Bildung, Preise, Auszeichnungen und Ankäufe und die Unterstützung kultureller Organisationen erlässt das Eidgenössische Departement des Innern (Art. 28 Abs. 1 und 2 KFG). Die eigentlichen Inhalte der Kulturförderung in diesen wichtigen Bereichen werden durch die Exekutive festgelegt. Ob die weitreichende Delegation inhaltlicher Kompetenzen von der Legislative an die Exekutive im Bereich der Kunstförderung damit die rechtsstaatlichen Anforderungen erfüllt, muss im Einzelfall anhand der Anforderungen an die Delegation von Rechtsetzungskompetenzen geprüft werden. Generell erscheint die Delegation von der Legislative an die Exekutive im Bereich der Kunstförderung indessen ungewöhnlich weit auszufallen, was aus rechtsstaatlicher Sicht kritisch zu beurteilen ist. In diesem Sinn hat sich das Bundesgericht etwa auch über die Einführung von Zulassungsbeschränkungen für Bildungsinstitutionen geäußert. Der Grundentscheid über die Verteilung staatlicher Mittel und den Zugang zu staatlichen Leistungen darf der demokratischen Diskussion nicht entzogen werden.¹⁵⁰⁸ Dies ist mit den Kulturbotschaften nicht unbedingt gewährleistet.

c) Ermessenssubventionen und Legalitätsprinzip

Das Subventionsrecht, insbesondere die Finanzhilfen an die Kunst, zeichnet sich generell dadurch aus, dass es der Exekutive grosse Ermessensspielräume gewährt. In der Verordnung zum Kulturfördergesetz delegiert der Bund dem Stiftungsrat der *Pro Helvetia* beispielsweise einen grossen Ermessensspielraum beim Erlass der Geschäftsordnung und der Beitragsverordnung der Stiftung. *Pro Helvetia* kann die Voraussetzungen und Kriterien für Förderbeiträge mit grossem Ermessen gestalten.¹⁵⁰⁹ Dieser Ermessensspielraum entspricht der ihr gesetzlich gewährleisteten Autonomie. In seiner Botschaft zum Subventionsgesetz erachtete der Bundesrat Ausnahmen vom Legalitätsprinzip im Subventionsrecht aufgrund der Besonderheiten der Leistungsverwaltung unter Umständen als gerechtfertigt.¹⁵¹⁰ Dennoch hat die Lehre zu Recht darauf hingewiesen, dass der Verteilung von staatlichen Leistungen ein demokratischer Grundsatzentscheid vorangehen muss und gerade die Verteilung staatlicher Mittel in besonderem Masse der demokratischen Legitimation bedarf. Auch das Gebot der Rechtsgleichheit und der Rechtssicherheit verlangt eine entsprechende Regelbindung der Behörden.¹⁵¹¹ Aus diesem Grund bedürfen auch Subventionen an die Kunst einer konkretisierenden rechtlichen Grundlage auf einer dem Sachgehalt angemessenen Normstufe.¹⁵¹²

Im Vernehmlassungsverfahren haben die kulturellen Organisationen das Kulturförderungsgesetz als «reines Kulturverwaltungsgesetz» kritisiert, das sich auf die Regelung von Kompetenzen und die Koordination von Verwaltungsabläufen beschränkt,

¹⁵⁰⁸ BGE 121 I 22 E. 4.b.aa.

¹⁵⁰⁹ BVGer B-3939/2013 (10.12.2014) E. 4.2.1.

¹⁵¹⁰ Botschaft SuG, 407.

¹⁵¹¹ Zusammenfassend VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 11 N 105–110 m.w.H.

¹⁵¹² Ebenso HEMPEL, Freiheit der Kunst, 78.

ohne kulturpolitische Entscheide vorzugeben.¹⁵¹³ Die knappe Ausgestaltung des KFG mag unter anderem dem Umstand geschuldet sein, dass in den Räten erneut die Debatte entflammte, wonach die Befürworter der Kulturförderung durch den Bund darin ein wichtiges Mittel der kollektiven Identitätsbildung erkennen, während die Gegner die Einführung einer Staatskultur durch die Hintertüre befürchten. Mit dem technokratischen Grundgerüst des Kulturförderungsgesetzes glaubte man die als «Gefahr» empfundene «Politisierung» der Kulturförderung umgehen zu können.¹⁵¹⁴ Die Kulturpolitik hätte indessen gerade dieser politischen Debatte bedurft. Durch ihr Unterbleiben sind die unausweichlich politischen Grundsatzentscheide damit an andere Institutionen delegiert worden, ohne zu prüfen, ob damit die demokratisch-rechtsstaatlichen Anforderungen an die Delegation erfüllt sind.

Entsprechende Kritik an den rechtlichen Grundlagen der Kunstförderung findet sich in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. So hat es beispielsweise eine Verordnungsbestimmung als rechtswidrig erklärt, die den gesetzlichen Vorgaben widerspricht und ein Förderinstrument enger zur Anwendung bringt, als vom Gesetzgeber vorgesehen. Der Bund kann gemäss Art. 14 KFG Organisationen von Kulturschaffenden unterstützen. Eine Verordnungsbestimmung, die die Ausrichtung von Finanzhilfen auf Organisationen mit Mitgliedern in der Form von natürlichen Personen beschränkt, widerspricht dem Willen des Gesetzgebers.¹⁵¹⁵

Ein weiteres Beispiel für die fehlende gesetzliche Dichte in der Ausgestaltung der direkten Kunstförderung ist die Umsetzung der Bundeskompetenz im *Bereich der Musikförderung für Kinder und Jugendliche* (Art. 67a BV). Die Einzelheiten über die Jugend+Musik-Leiterausstellung sind in einem Handbuch ausgeführt. Das Handbuch hält fest, wer nach welcher Priorität zur staatlich subventionierten Ausbildung zugelassen ist. Das Bundesverwaltungsgericht hat zu Recht festgehalten, dass eine ausreichende Rechtsgrundlage für die Ausgestaltung dieser staatlichen Leistung fehlt. Dem Handbuch zur Jugend+Musik-Leiterausstellung kommt keine Rechtssatzqualität zu. Es ist keine ausreichende gesetzliche Grundlage, um Personen im AHV-Alter von der Leiterausbildung auszuschliessen, die als staatliche Leistung Teil der Leistungsverwaltung ist.¹⁵¹⁶

d) Anforderungen an die rechtlichen Grundlagen

Für die Kunstförderung gefordert ist eine je nach Materie und Förderinstrument abgestufte Bestimmtheit der Rechtsgrundlage und des behördlichen Ermessens. Auf jeden Fall sollten der Förderzweck, das Fördermittel und der geförderte Sektor (d.h. die Förder Voraussetzungen) in Gesetzesform erfolgen. Auch die Förderkriterien sollten bereits im

¹⁵¹³ Botschaft KFG, 4824.

¹⁵¹⁴ Zur Debatte TÖNDURY, Kultur, 222 f.

¹⁵¹⁵ BVGer B-4572/2012 (17.3.2015) E. 5.4, 6.

¹⁵¹⁶ BVGer B-974/2017 (11.7.2017) E. 3.4.

Gesetz umrissen und spätestens auf Verordnungsstufe inhaltlich detailliert aufgestellt sein. Der Grundsatzentscheid über die Förderung, die Art und den Umfang der Förderung und deren Bedingungen müssen bei der Verteilung von staatlichen Mitteln durch die Leistungsverwaltung im diskursiven Prozess demokratisch erarbeitet werden. Ausnahmen sind nur dort möglich, wo wichtige sachliche Gründe gegen eine Regulierung auf Gesetzesstufe sprechen. Die Festlegung von Zweck, Mitteln, Voraussetzungen und Förderkriterien der selektiven Kunstförderung dient auch der Rechtssicherheit. Sie verhindert, dass sich die Parameter der Kunstförderung ständig verändern und damit für die Kunstschaffenden unberechenbar sind. Die heterogene und oft auf geringer Normstufe konkretisierte Ausgestaltung der Kunstförderung und ihre ständige Veränderung im gegenwärtigen Kulturverwaltungsrecht ist entsprechend kritisch zu beurteilen.

Die Fördervoraussetzungen und -kriterien müssen so ausgestaltet sein, dass sie den beantragenden Parteien ermöglichen, sämtliche entscheiderelevanten Aspekte abzuhandeln. Das dient nicht nur der Rechtsgleichheit, sondern auch der Wahrung des rechtlichen Gehörs. Bei Fördergesuchen sind es die Gesuchsteller selbst, die das Verfahren einleiten. Es liegt in ihrer Verantwortung, den Behörden alle entscheiderelevanten Sachverhaltselemente genügend darzulegen. Mit der Eingabe des Fördergesuchs nehmen Antragssteller zugleich ihren Anspruch auf rechtliches Gehör wahr (zum rechtlichen Gehör nachfolgend Teil III Kapitel IV.4.1.c und ausführlich auch Teil IV Kapitel II.2.b). Im Gegenzug liegt es am Gesetzgeber und der Verwaltung, sämtliche Voraussetzungen für die Zulassung zu Finanzhilfen und die Kriterien der Priorisierung der Gesuche rechtsverbindlich und mit ausreichender Klarheit vorzugeben.

3.2 Ausrichtung am Schutzzweck der Kunstfreiheit

a) Verschränkung von Grundrechtsschutz und Leistungsverwaltung

Die Kunstförderung ist wie alles staatliche Handeln grundrechtsgebunden. Die Kunstfreiheit schützt die Kunst vor einer Instrumentalisierung für staatliche Zwecke (siehe Teil II Kapitel I.3). Aus diesem Grund entspricht der Zweck der Kunstförderung immer auch dem Schutzzweck der Kunstfreiheit. Anfangs- und Endpunkt jeder staatlichen Massnahme im Rahmen der Leistungsverwaltung muss der Mensch und die Unterstützung seiner individuellen, gleichwertigen künstlerischen Anliegen sein. Jedes Förderinstrument muss sich am Zweck der Kunstfreiheit orientieren. Zaccaria Giacometti erklärte diese Verschränkung von staatlichen Leistungen und Freiheitsrechten damit, dass ihr beider Sinn

«im Schutze und in der Förderung der Persönlichkeit des Einzelnen in der Staatsgemeinschaft liegt. Freiheitsrechte und positive Leistungen des Staates stehen solange im Einklang miteinander, als die öffentlichen Interessen, die mit diesen Leistungen verfolgt werden, auch nach freiheitlicher Auffassung schutzwürdig erscheinen»¹⁵¹⁷.

¹⁵¹⁷ GIACOMETTI, *Freiheitskataloge*, in: Ders., *Ausgewählte Schriften*, 25; entsprechend zur Kulturpolitik ebenfalls MARTEL, *Grundlagen staatlicher Kulturpolitik*, 102 (kursiv im Original): «Ausgangspunkt jeglicher staatlicher Kulturpolitik hat die Feststellung zu sein, das Subjekt des Kultur-

Die Kunstfreiheit ist in ihrer individuellen Dimension auf den Schutz der Würde und des Eigenwerts des Einzelnen ausgerichtet. Sie will die Entfaltung des Einzelnen in der staatlich verfassten Gemeinschaft sicherstellen. In ihrer gemeinschaftlichen Dimension ist die Kunstfreiheit darauf ausgerichtet, einerseits diejenigen gesellschaftlichen Bedingungen zu schaffen, die die Persönlichkeitsentfaltung jedes Einzelnen fördern, und andererseits relative Grenzen im Fall von Konflikten zwischen den Freiheiten der einen mit denjenigen anderer festzulegen (siehe Teil II Kapitel I.3–4 und Teil IV Kapitel I). Die Kunstförderung muss entsprechend die Förderung der künstlerischen Persönlichkeitsentfaltung und der künstlerischen Vielfalt zum Förderzweck haben.

Weder die Botschaft zum Kulturförderartikel noch die Botschaft zum Kulturförderungsgesetz enthalten eine weiterführende inhaltliche Auseinandersetzung mit den Zielen und Mitteln der staatlichen Kulturpolitik (siehe Teil III Kapitel III.3.3 und 3.4). Die Ausführungen der Botschaft zum Zielartikel des Kulturfördergesetzes beschränken sich auf den Hinweis, dass das Gesetz auf dem weiten Kulturbegriff der UNESCO basiert und der Begriff der Kultur auch die Künste umfasst.¹⁵¹⁸ Hinweise auf das Verhältnis von Kunstförderung und Kunstfreiheit fehlen weitestgehend. Der einzige Verweis auf die Kunstfreiheit enthält die Bestimmung, wonach der Bundesrat die operative und künstlerische Freiheit von *Pro Helvetia* achten muss (Art. 45 Abs. 1 Satz 3 KFG).¹⁵¹⁹ Es wäre zu begrüßen, wenn diese Anforderung in den einschlägigen Erlassen zur Kunstförderung ausdrücklich Erwähnung finden würde. Aus der Kunstfreiheit nach Art. 21 BV ergibt sich die Pflicht, die künstlerische Freiheit aller geförderter Personen und Institutionen zu wahren.

b) Instrumentalisierungsverbot

Zuweilen wird die Kunstförderung mit anderen, nicht in Zusammenhang mit der Kunstfreiheit stehenden Interessen gefördert. Prominent ist die Förderung der Kultur im Interesse der staatlichen Aussenpolitik, als Mittel der Diplomatie und zur Pflege des Erscheinungsbildes der Gemeinde, Kantone und der Schweiz im Landesinnern und im Ausland. Des Weiteren wird Kunstförderung auch als Instrument der Wirtschafts- und Innovationsförderung betrieben.¹⁵²⁰

Sowohl die Förderung der Kunst aus innen- oder aussenpolitischen Interessen als auch die Kunstförderung aus wirtschaftlichen Interessen instrumentalisieren die Kunst für kunstfremde Zwecke. Utilitaristische Ansätze widersprechen dem Grundsatz des Verfassungsstaates, wonach der Mensch niemals Mittel für staatliche Zwecke ist, son-

schaffens der Mensch ist. [...] Jedes kulturelle Schaffen vollzieht sich im staatlichen Rahmen, aber es soll sich in einer Sphäre der Freiheit entwickeln können, die der Staat mit seinen Mitteln zu schützen hat [...]. Freiheit der Kultur heisst nicht nur Freiheit *vom Staat*, sondern zugleich Freiheit *durch den Staat*.»

¹⁵¹⁸ Botschaft KFG, 4833.

¹⁵¹⁹ Botschaft KFG, 4840.

¹⁵²⁰ Kulturbotschaft 2016–2020, BBl 2014 497, 524–526, 530.

dern der Staat seine Mittel für die Förderung der Menschen einzusetzen hat. So darf beispielsweise bei der Auswahl eines Kunstwerks für den Schweizer Pavillon an der Biennale in Venedig nicht ausschlaggebend sein, ob die Künstlerin oder der Künstler das Erscheinungsbild der Schweiz im Ausland pflegt. Es geht vielmehr darum, eine Künstlerin oder einen Künstler in ihrem künstlerischen Ausdruck und unter Wahrung ihrer künstlerischen Freiheit mit einem Auftritt an einer internationalen Kunstveranstaltung zu fördern. Ebenso darf die Förderung des Films nicht darauf ausgerichtet sein, ob eine Filmproduktion den Wirtschaftsstandort der Schweiz, eines Kantons oder einer Gemeinde verbessert. Die Förderung muss am Ziel orientiert sein, ein Filmprojekt zu ermöglichen und dabei künstlerische Freiräume zu schaffen. Dass sich die Filmförderung mittelbar auf den Wirtschaftsstandort auswirkt, ist zwar ein wünschenswerter Nebeneffekt der Förderung. Die Förderung der Kunst muss indessen konsequent am Schutzzweck der Kunstfreiheit ausgerichtet sein.

Selbstverständlich lässt sich das Argument anbringen, dass Wirtschaftsförderung, diplomatische Dienste und Marketing indirekt auch die Situation des Einzelnen fördern. Ebenso ist nichts gegen Massnahmen einzuwenden, die sich mittelbar positiv auf die Kunst auswirken. Nicht mit der Kunstfreiheit zu vereinbaren ist es jedoch, die Kunst in den Dienst für staatliche Interessen wie beispielsweise den Reputationsgewinn für die Schweiz, die Kantone und die Gemeinden oder die Förderung des Wirtschaftsstandorts oder der Kreativindustrie zu stellen. Die Kunst zur Erreichung eines kunstfremden öffentlichen Interesses zu fördern, lässt sich nicht mit der Kunstfreiheit und dem zwangsläufig am Grundrecht ausgerichteten öffentlichen Interesse der Kunstförderung rechtfertigen. Die Kunstfreiheit stellt sich gegen utilitaristische Aneignungen der Kunst für kunstfremde Zwecke. Die Kunstförderung kann auch nicht die Förderung einer wie auch immer gearteten Nationalkultur, Leitkultur oder demokratischen Kultur zum Zweck haben. Eine als objektive Grundsatznorm verstandene Kulturförderpolitik ist auf die Entfaltung der künstlerischen Persönlichkeit und kulturellen Vielfalt ausgerichtet. Sie stärkt allenfalls – aber eben nur als Nebenerscheinung, nicht als Förderzweck – mittelbar auch die staatlichen Institutionen, den Wirtschaftsstandort oder die kulturelle Integration.

3.3 Sachgerechte Priorisierung der Finanzierungsgesuche

a) Fördervoraussetzungen und Förderkriterien

Selektive Fördermassnahmen treffen eine Auswahl, welche Kunst staatlich unterstützt wird. Selektive Kunstförderung definiert *Fördervoraussetzungen* und *Förderkriterien*, mit welchen eine Auswahl der geförderten Kunst getroffen wird.

Fördervoraussetzungen sind formeller Natur und betreffen den Personenkreis, der überhaupt für ein gewisses Förderinstrument zugelassen ist. So können Förderinstrumente den Bewerberinnen und Bewerbern eine Altersbeschränkung auferlegen oder die Förderung auf gewisse Kunstgattungen wie den Film, die Literatur oder den Tanz beschränken. Die Verordnung über das Förderungskonzept 2016–2020 zur Verlagsförderung unterscheidet bsw zwischen Fördervoraussetzungen (Art. 3) und Förderkri-

terien (Art. 4). Ein Verlag, der die *Fördervoraussetzung* für einen Teil seines Verlagsprogrammes erfüllt, ist förderbar.

Förderkriterien sind inhaltliche Kriterien für die Priorisierung derjenigen Gesuche, die die Fördervoraussetzungen erfüllen. Mit den Förderkriterien wird in der Regel eine inhaltliche Beurteilung der Fördergesuche vorgenommen. Auf Grund des Vorrangprinzips hat bswe ein Verlag, der die Fördervoraussetzungen erfüllt, unter Umständen das Nachsehen gegenüber anderen Verlagen unter Anwendung der für die Priorisierung ausschlaggebenden *Förderkriterien*.¹⁵²¹

Übersteigen die eingereichten oder zu erwartenden Gesuche die verfügbaren Mittel, muss das zuständige Departement gemäss Subventionsgesetz eine Prioritätenordnung für die Beurteilung der Gesuche erstellen (Art. 13 Abs. 2 Satz 1 SuG).¹⁵²² In der Kunstförderung ist dies regelmässig der Fall. Entsprechend enthalten die rechtlichen Grundlagen zu Fördermassnahmen in der Regel neben den *Fördervoraussetzungen* für die Zulassung zur Förderung zusätzlich auch *Förderkriterien*. Neben der Berücksichtigung absoluter Kriterien hat die Behörde anhand von relativen Kriterien eine Prioritätenordnung unter den Gesuchen aufzustellen. Relative Kriterien dienen der Priorisierung der Gesuche. Qualitative Förderkriterien finden sich in vielen der direkten Fördermassnahmen für die Kunst. Kriterien für die Gewährung von Finanzhilfen der selektiven Filmförderung sind beispielsweise neben dem Willen, mit dem Projekt ein Publikum «zielgerichtet und wirksam» anzusprechen, die «künstlerische Qualität des Projekts», die «kreative Eigenständigkeit des oder der Filmschaffenden», die professionelle Durchführung des Projekts, der wirtschaftliche Effekt für das unabhängige schweizerische Filmschaffen und der Beitrag an die kulturpolitischen Ziele von Vielfalt, Kontinuität, Austausch und Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 2 FiFV).

b) Rechtliche Anforderungen an die Definition von Förderkriterien

Die Definition von Förderkriterien ist aus grundrechtlicher Sicht der heikelste Aspekt der selektiven Kunstförderung, weil hier von staatlicher Seite inhaltliche Vorgaben gemacht werden und eine inhaltliche Bewertung der Kunst vorgenommen wird. Eine inhaltliche Bewertung ist im Bereich der Leistungsverwaltung von der Kunstfreiheit nicht ausgeschlossen. Sie bedarf aber der besonderen Sorgfalt und muss mit den Anforderungen der Kunstfreiheit, den offenen Kunstbegriff, der persönlichkeitsrelevanten Dimension der Kunst, ihrer grundsätzlichen Gleichwertigkeit und den rechtsstaatlichen Grundsätzen zu vereinbaren sein. Aus dem Gebot der Rechtsgleichheit und ihrer Konkretisierung im Subventionsrecht ergibt sich des Weiteren die Anforderung, dass Fördervoraussetzungen und -kriterien eine gewisse Stabilität aufweisen müssen und die Priorisierung der Fördergesuche nach sachgerechten Kriterien erfolgen muss. Aus der

¹⁵²¹ BVerG B-2759/2017 (13.3.2018) E. 3.2.

¹⁵²² VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, § 11 N 79; BVerG B-4572/2012 (17.3.2015) E. 3.1.

Kunstfreiheit ergibt sich die Anforderung, die Förderkriterien so auszugestalten, dass sie entsprechend dem offenen Kunstbegriff (siehe Teil II Kapitel II.2.2) die ständige Veränderung der Kunst und ihre Subjektivität ebenso wie die Einbindung der Kunst in gesellschaftliche Praktiken und Institutionen berücksichtigen. Die qualitative Priorisierung der Kunst in der Kunstförderung bewegt sich entsprechend in einem Spannungsverhältnis zwischen Stabilität und Offenheit, Objektivität und Subjektivität der Bewertung.

Die *relativen Kriterien* müssen so ausgestaltet sein, dass sie der Behörde erlauben, die Anzahl der an sich subventionierbaren Gesuche nach dem Grad ihrer Subventionswürdigkeit sachgerecht zu priorisieren.¹⁵²³ Behörden müssen in der Ausübung ihres Auswahlmessens die zweckmässigste Lösung treffen und sind dabei an die Verfassung gebunden. Der Staat ist bei der Ausgestaltung des staatlichen Leistungsangebots an das Legalitätsprinzip, das Willkürverbot, das Gebot der Rechtsgleichheit und das Verhältnismässigkeitsprinzip gebunden. Die relativen Kriterien sind so auszugestalten, dass sie eine einheitliche, rechtsgleiche und willkürfreie Behandlung der Gesuche gewährleisten.¹⁵²⁴ Der Supreme Court wies im Urteil *Finley v Nea* zu Recht darauf hin, dass im Bereich individueller Förderung die Kriterien notwendigerweise relativ offen formuliert sind.¹⁵²⁵ Dennoch müssen die Kriterien so klar wie möglich in rechtlicher Form festgelegt werden. Der Supreme Court unterschied dabei zwischen kompetitiven und nicht-kompetitiven Fördergeldern.¹⁵²⁶ *Nicht-kompetitive Fördergelder* stehen grundsätzlich allen Personen zu, die gewisse Voraussetzungen erfüllen, beispielsweise Angehörige einer Schule, Gemeinde oder Universität sind und etwa Zugang zu einer Turnhalle oder einem Auditorium haben. Solche Leistungen müssen grundsätzlich ohne Berücksichtigung des Inhalts ausschliesslich anhand der Kapazitätsgrenze verteilt werden. So ist etwa die Weigerung einer Schule, eine christliche Schülerzeitung zu unterstützen, obwohl diese Unterstützung grundsätzlich allen Schülern, die eine Zeitung veröffentlichen, offensteht, nach dem First Amendment nicht zulässig. Die Schule würde damit eine inhaltliche Zensur ausüben.¹⁵²⁷

Kompetitive Fördergelder, die nur unter Erfüllung bestimmter qualitativer Vorgaben gesprochen werden, sind notwendigerweise mit inhaltlichen Vorgaben verbunden. Das trifft beispielsweise auf die meisten Kategorien in der Kunstförderung und auf die Wissenschaftsförderung zu. In beiden Bereichen erfolgt die staatliche Förderung unter anderem nach dem Kriterium der *Exzellenz*. Wenn diese Kriterien unmittelbar oder

¹⁵²³ BVGer B-4572/2012 (17.3.2015) E. 3.4 und 8; BVGer C-4504/2008 (24.8.2009) E. 2.3.3; BVGer B-3548/2008 (26.3.2009) E. 4.

¹⁵²⁴ BVGer B-4572/2012 (17.3.2015) E. 3.4 und 8; BVGer C-4504/2008 (24.8.2009) E. 2.3.3; BVGer B-3548/2008 (26.3.2009) E. 4; BGE 114 Ia 216 E. 5.a Numerus Clausus.

¹⁵²⁵ National Endowment for the Arts v Finley, 524 U.S. 569 (1998); McMURPHY/STAPLETON, in: Kaufman, Art Law Handbook, 213.

¹⁵²⁶ National Endowment for the Arts v Finley, 524 U.S. 569 (1998); MERRYMAN/ELSEN/URICE, Law, Ethics and the Visual Arts, 805.

¹⁵²⁷ Rosenberger v Rector and Visitors of Univ. of Va., 515 U.S. 819 (1995).

mittelbar verhindern, dass eine gewisse Art von Kunst aus Ablehnung ihrer Form oder ihres Inhalts gefördert wird, ist die Kunstfreiheit tangiert.¹⁵²⁸

c) **Praktiken der Kunstbewertung**

Für die qualitative Beurteilung der Kunst stehen weder objektive noch dauerhafte Kriterien zur Verfügung. Dennoch ist das Urteil über die Qualität von Kunst in einer Gesellschaft, die soziale Praktiken des Urteilens kennt, auch nicht einfach der subjektiven Willkür überlassen. Insofern verhält es sich mit der Definition von wertenden Förderkriterien ähnlich wie mit dem grundrechtlichen Kunstbegriff (siehe dazu Teil II Kapitel II.2.2). Sie kommen nicht ohne Bezug zu den gesellschaftlichen Kunstpraktiken und ihren stabilisierenden Bewertungsmodalitäten aus und müssen zugleich offen sein für deren Subversion durch das einzelne Kunstwerk.

Die historische Entwicklung der Kunstkritik verdeutlicht, dass sich die Kriterien zur Kunstbewertung zwar ständig verändern, zugleich aber auch eine gewisse Konstanz aufweisen. Kriterien für die Beurteilung von Kunst sind in der Regel auf spartenspezifisch eingeübte und gepflegte Konventionen zurückzuführen, mögen sie noch so unabhängig und individuell vorgetragen sein. Die Bewertung von Kunst hat sich seit dem 18. Jahrhundert als Kunstkritik zu einem eigenen Diskurs verdichtet.¹⁵²⁹ Massgebend für diese Entwicklung waren die Schriften früher Ästhetiker wie diejenige Baumgartens¹⁵³⁰ oder Lessings¹⁵³¹. Exemplarisch für die Ausdifferenzierung der Kunstkritik stehen die Schriften von Denis Diderot über die Ausstellungen der Pariser Salons.¹⁵³²

Die Kriterien der Bewertung und ihre Anwendung auf das einzelne Kunstwerk haben sich im Verlaufe der Zeit mit der gesellschaftlichen Entwicklung bedeutend verändert. Im Klassizismus des 18. Jahrhunderts galt beispielsweise diejenige Kunst als grossartig, die das Gewöhnliche und die althergebrachte Weisheit der Menschheit zu vergegenwärtigen vermochte. Ein erkennbares Zitat des Alten im Neuen galt als Merkmal des Gelingens. Obschon persönlicher Ausdruck mindestens seit der Renaissance auch in der Kunst Anerkennung fand, galt übersteigerte Individualität, die sich zu weit von vorgegebenen Konventionen entfernte, als launenhafte Verfehlung mangels künstlerischer Fertigkeit. Im 19. Jahrhundert erhoben die Romantiker Originalität und schöpferische Eigenkreation zur Aufgabe der Kunst. Das aus dem Geist der Natur schaffende Genie sollte in seiner künstlerischen Gestaltung für das zeitlos Gute, Wahre und Schöne eine ihm eigene Form finden. Das vollendete Kunstwerk galt als Ausdruck

¹⁵²⁸ National Endowment for the Arts v Finley, 524 U.S. 569 (1998); MERRYMAN/ELSEN/URICE, Law, Ethics and the Visual Arts, 806.

¹⁵²⁹ Zur Veränderung der Bewertungskriterien einfürend bswe EAGLETON, Literatur, 208–214.

¹⁵³⁰ BAUMGARTEN, Theoretische Ästhetik.

¹⁵³¹ LESSING, Laokoon.

¹⁵³² Eine Auswahl Diderots kunstkritischer Schriften ist etwa publiziert in DIDEROT, Schriften zur Kunst.

einer wahrhaft gerechten und freien Gesellschaft. Die Moderne entledigte sich des metaphysischen Ballastes der Romantik, hielt aber an der Idee des Kunstwerkes als Schöpfung und persönlichen Ausdrucks fest. Als Qualitätsmerkmal blieb das Kriterium bestehen, wonach gute Kunst durch ihre Neuartigkeit die Wahrnehmung ihrer Betrachter verändern sollte.¹⁵³³ Im 20. Jahrhundert etablierte sich die Erkenntnis, dass Kunstwerke in bestehende Konventionen eingebunden sind und als Kunst erst aus der Rezeption und im Dialog mit den bestehenden Kategorien und Kriterien der Kunst aufleben. Ein Kunstwerk steht im Dialog mit bestehenden Kunstwerken. Als eigenständige Arbeit weist es zugleich über das Bestehende hinaus.¹⁵³⁴

Gewisse Bewertungskriterien blieben in der Kunst über Jahrzehnte bestehen. Ein Bewertungskriterium, das in den Texten zur Kunstkritik seit dem 18. Jahrhundert immer wieder vorgebracht wird, ist die Mehrdeutigkeit eines Kunstwerkes. Ein Kunstwerk erscheint demnach umso bedeutender und stimulierender, je mehr es sich von allgemeingültigen Ideen und Gesetzen löst und als schöpferischer Ausdruck der Person die Freiheit der Künstlerin oder des Künstlers zum Ausdruck bringt. Eine Idee ist umso individueller und stimulierender, «je mehr Gedanken, Welten und Haltungen in ihr sich kreuzen und zusammentreffen. Wenn ein Kunstwerk viele Bedeutungen, viele Gesichter und Weisen, verstanden und geschätzt zu werden, aufweist, ist es am interessantesten und ein reiner Ausdruck der Persönlichkeit»¹⁵³⁵. Seit der Moderne hat sich zudem das Qualitätskriterium etabliert, wonach gute Kunst bestehende Konventionen in Frage stellt. Das diskursive Infragestellen und Aushandeln der Kriterien und der Streit um ihre Anwendung und Pertinenz auf ein konkretes Kunstwerk ist integraler Bestandteil der kunstspartenspezifischen Praktiken des Urteilens.¹⁵³⁶

d) Sachliche Rechtfertigung der Förderkriterien

Der Entscheid über die Förderung oder Nicht-Förderung von Kunst anhand relativer Förderkriterien führt eine Differenzierung ein, die entsprechend dem Grundsatz der Gleichwertigkeit aller Kunst einer Ungleichbehandlung entspricht, die sachlich gerechtfertigt sein muss. Diskriminierende Kriterien nach Art. 8 Abs. 2 BV begründen den Verdacht einer unzulässigen Differenzierung und sind qualifiziert zu rechtfertigen.¹⁵³⁷

¹⁵³³ Einführend EAGLETON, *Literatur*, 208–214; ECO, *Das offene Kunstwerk*, 37 f.; LUHMANN, *Kunst der Gesellschaft*, 310–313, 324 f.

¹⁵³⁴ LUHMANN, *Kunst der Gesellschaft*, 317; zu den Bewertungskriterien in der Schweizer Kunstförderung ab den 1970er-Jahren DAL MOLIN, *Von der schwierigen Kunst*, 187 ff.

¹⁵³⁵ ECO, *Das offene Kunstwerk*, 36 f.

¹⁵³⁶ EAGLETON, *Literatur*, 224 f.; ECO, *Das offene Kunstwerk*, 147; LUHMANN, *Kunst der Gesellschaft*, 303, 310 f., 328–331; zur Qualität als Kriterium der Kunstförderung in der Schweizer Kunstförderung DAL MOLIN, *Von der schwierigen Kunst*, 187–189.

¹⁵³⁷ BVGer B-973/2017 (11.7.2017) E. 2.2, 3.2; BGE 136 I 121 E. 5.2.

Das Rechtsgleichheitsgebot ist für die Rechtmässigkeit relativer Förderkriterien von grundlegender Bedeutung.¹⁵³⁸ Die Kunstfreiheit gewährleistet die Gleichwertigkeit aller Kunst (siehe dazu Teil II Kapitel I.3.2 und 3.3.b). Die Kunstfreiheit stellt sich gegen die in der Vergangenheit gesellschaftlich praktizierte Differenzierung zwischen sogenannter *hoher* und *populärer* Kunst. Alles künstlerische Schaffen hat aus grundrechtlicher Sicht den gleichen Wert. Die Kunst von Kindern und Jugendlichen hat denselben Wert wie diejenige von Erwachsenen. Die Kunst von künstlerisch ausgebildeten Personen hat denselben Wert wie die Kunst von Laien. Die in Kunstinstitutionen ausgestellten Kunstwerke haben vielleicht einen höheren ökonomischen Wert. Aus Sicht der Kunstfreiheit kommt der in einem Museum ausgestellten Kunst derselbe Wert zu wie einem Kunstwerk, das nie in der Öffentlichkeit gezeigt wurde und von einer Person ohne Rang und Namen in der Kunstwelt stammt.

Die *Qualität* der Kunst, respektive die *Exzellenz* der geförderten Person oder Institution, bleibt ein verbreitetes Differenzierungskriterium für die Priorisierung von Fördergesuchen. Das Beitragsreglement der Stiftung *Pro Helvetia*¹⁵³⁹ stellt an die Qualität beispielsweise folgende Anforderungen (Art. 6 Bst. a–d): «hohe künstlerische und fachliche Qualität», «Umsetzung erfolgt nach professionellen Standards», «weist ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis» auf und leistet einen «nachhaltigen Beitrag zur Erfüllung der Zwecke nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a». Nach Art. 4 Abs. 1 Bst. a des Beitragsreglements unterstützt *Pro Helvetia* im Rahmen der bewilligten Kredite nur Vorhaben «a. die dem Kunstschaffen und der Kunstvermittlung in der Schweiz dienen, die den Kulturaustausch im Inland, insbesondere zwischen den verschiedenen Sprachregionen, fördern, die Kunst und Kultur aus der Schweiz im Ausland verbreiten oder die besonders innovativ und geeignet sind, neue kulturelle Impulse zu setzen; b. die öffentlich zugänglich sind; c. die einen Bezug zur Schweiz haben; d. die von gesamtschweizerischem Interesse sind; e. die angemessen durch Dritte finanziert werden.»

Das Kriterium der *Qualität* hat tiefe Wurzeln in der Kunstgeschichte. Die Kunst war und ist bis in die Gegenwart ein höchst kompetitives Feld. Die Anwendung der qualitativen Förderkriterien bedingt von den entscheidfällenden Gremien ein ästhetisches Urteil. Die Begründung der Entscheidungen wirft aus Sicht der Kommunikationsrechte grosse Fragen auf. Wie alle differenzierenden Kriterien ist auch dasjenige der *Qualität* oder *Exzellenz* mit sachlichen Gründen zu rechtfertigen. Die Gewährleistung der Kunstfreiheit verpflichtet die Behörden dazu, alle Menschen unabhängig von ihrer Stellung in der Gesellschaft und ihrer Ausbildung in ihrer künstlerischen Persönlichkeitsentfaltung zu unterstützen. Gleichzeitig ist der Lebenssachbereich Kunst in gewissen Bereichen hochspezialisiert und institutionell ausdifferenziert. Das führt zu künstlerischen Praktiken, in denen eine künstlerische Elite hochspezialisierte Kunstformen praktiziert. Dazu gehören einerseits künstlerische Tätigkeiten, die ein schwierig zu

¹⁵³⁸ BGE 114 Ia 216 E. 5.a; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 401. Keine Hinweise zur Verfassungsmässigkeit der verwendeten Zulassungskriterien in BGE 103 Ia 369 und BGE 121 I 22.

¹⁵³⁹ Verordnung über Beiträge der Stiftung Pro Helvetia vom 23. November 2011 (SR 442.132.2).

erreichendes Können erfordern, wie beispielsweise die klassische Musik, das Ballett oder klassische Formen des Spielfilms. Andererseits gibt es künstlerische Praktiken, die besondere institutionelle Kenntnisse und Verhaltensformen voraussetzen, um in der professionellen Kunstwelt anzukommen, so beispielsweise gewisse Formen der Performance- oder Video-Kunst. Diese praktizierten Differenzierungen der Kunstwelt führen zu einer Unterscheidung zwischen einer Kunstförderung, die sich der Förderung in der Breite widmet und einer Förderung der Spitze. Nach dem gegenwärtigen Kulturverwaltungsrecht braucht es beide Formen der Förderung¹⁵⁴⁰

Ist die Förderung an *qualitativen Kriterien* ausgerichtet, so handelt es sich um auslegungsbedürftige unbestimmte Rechtsbegriffe, die in ihrer Anwendung zwingend konkretisierungs- und begründungsbedürftig sind. Der Schweizerische Nationalfonds hat sich darum bemüht, seine Kriterien für *Exzellenz* so transparent wie möglich festzulegen. Massgebende Kriterien für die Zusprache von Förderungsbeiträgen sind gemäss Beitragsreglement¹⁵⁴¹ die wissenschaftliche Qualität des beantragten Forschungsvorhabens und die wissenschaftliche Qualifikation der Forschenden (Art. 24 Abs. 1 und 2 SNF-Beitragsreglement). Dennoch bleibt etwa das Kriterium der wissenschaftlichen Qualität des beantragten Forschungsvorhabens in hohem Masse interpretationsoffen.

Die vormalige Beitragsverordnung der Pro Helvetia knüpfte die Beitragsgewährung für Projekte an die Kriterien «qualitativ überzeugend» und «innovativ». Vor Bundesverwaltungsgericht hielt die Anwendung der Kriterien einer rechtlichen Überprüfung etwa in einem Fall nicht stand, bei dem das Finanzierungsgesuch einer Musikband mit der Begründung abgelehnt wurde, die Band bewege sich musikalisch in allzu konventionellen Bahnen und die Tournee mit Konzerten in Pubs und Clubs in Südwestengland sei nicht sonderlich bedeutsam, ist nicht ausreichend. Das Bundesverwaltungsgericht bemängelte am Entscheid, dass nicht nachvollziehbar war, wie die Behörde zu dieser Einschätzung gelangte. Auch fehlten Ausführungen dazu, was die Behörde überhaupt unter den Rechtsbegriffen «qualitativ überzeugend» und «innovativ» versteht.¹⁵⁴² Entsprechend äusserte auch die Lehre Kritik an qualitativen Beurtei-

¹⁵⁴⁰ BVGer B-4572/2012 (17.3.2015) E. 8; UHLMANN/RASCHÈR/SCHEIFELE/WILHELM, KKR, Kap. 4 § 3 N 85. Heikel ist demgegenüber eine Differenzierung der *Werthhaftigkeit* der Breiten und der Spitzenkunst, so aber UHLMANN/BOGNUA, Zehn Thesen, 373, wonach der Staat «Kunst nicht mit der Giesskanne fördern» darf, sondern klare Prioritäten setzen muss. Die Erfahrung zeige, «dass eine zu breit angelegte Förderung nicht zu qualitativ hochstehender Kunst» führe. Diese Position verkennt, dass die sogenannte Spitzenkunst nur einen relativ beschränkten Anteil des gesamten künstlerischen Schaffens ausmacht. Viele Menschen machen Kunst, ohne Anspruch auf Teilnahme an der Spitze zu erheben. Das nicht-institutionalisierte, künstlerische Schaffen der Breite hat gemäss Kunstfreiheit und dem Grundsatz der Gleichwertigkeit der Kunst denselben Wert wie die institutionalisierte und professionalisierte Spitzenkunst. Sie verkennt auch, dass künstlerische Innovation oftmals auch aus der Peripherie geleistet wird und zwar von Personen, die weder über eine professionelle Kunstausbildung verfügen noch institutionell in den Kunstbetrieb eingebettet sind.

¹⁵⁴¹ Reglement des Schweizerischen Nationalfonds über die Gewährung von Beiträgen vom 1. Januar 2016.

¹⁵⁴² BVGer B-2782/2007 (4.10.2007) E. 4.

lungskriterien in der Kunstförderung. Die Kritik weist nicht nur darauf hin, dass qualitative Kriterien in der Kunst in ihrer Anwendung schwierig zu begründen sind. Erfahrungen mit der Praxis zeigen auch auf, dass eine die Begründungspflicht erfüllende Begründung in der Anwendung von qualitativen Wertungen in der Praxis oftmals ausbleibt.¹⁵⁴³

Das Filmgesetz sieht Finanzhilfen im Rahmen der bewilligten Kredite vor (Art. 13 Abs. 1 FiG). Das EDI legt die Förderkriterien in der Verordnung über die Filmförderung und in den auf vier Jahren ausgerichteten Filmförderungskonzepten fest. Das BAK teilt die verfügbaren Mittel jährlich den einzelnen Förderungsbereichen zu. Es berücksichtigt die Förderungskonzepte und legt für die einzelnen Bereiche Höchstbeiträge fest. Die Förderausschüsse beurteilen die eingereichten Gesuche und erstellen anhand der Förderkriterien eine Prioritätenliste. Für den Dokumentarfilm ausschlaggebend sind (nicht kumulativ): die künstlerische Qualität der Drehvorlage, das Auswertungspotential, die künstlerische und technische Kohärenz des Projekts und die Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit des beantragten Beitrags.¹⁵⁴⁴ Ein Filmgesuch wurde etwa mit der Begründung abgewiesen, die Elemente und die Aneinanderreihung von Ausschnitten aus dem Leben liessen keine dramaturgische Struktur erkennen und das Bildkonzept bleibe nicht spürbar.¹⁵⁴⁵ Wie Förderkommissionen zu ihren Einschätzungen gelangen und ob diese Kriterien den Anforderungen an eine sachliche Begründung standhalten, ist im Einzelfall sorgfältig zu prüfen.

e) **Rechtmässigkeit inhaltlicher Einschränkungen bei der Kunstförderung**

Neben positiven Förderkriterien kennt das Kulturverwaltungsrecht auch negative Förderkriterien, mit denen Kunst mit gewissen Inhalten von der Förderung ausgeschlossen wird. Gänzlich von der Filmförderung ausgeschlossen sind beispielsweise gemäss Art. 16 Abs. 2 FiG Filme die: «1. die Menschenwürde verletzen; 2. Angehörige eines

¹⁵⁴³ BVGer B-3939/2013 (10.12.2014) A. Prägnant etwa EFFENBERGER, Filmförderung aus verwaltungsrechtlicher Sicht, 509 f., welcher als Massnahme vorschlägt, «nach Mitteln und Wegen zu suchen, die eine zweckmässige und sinnvolle Filmförderung ermöglichen», wie etwa Steuererleichterungen, Schaffung von Ateliers oder Galerien oder die Subvention von Material und Ausrüstung. In dieselbe Stossrichtung KLEY, Kultur, Kunst und Bundesverfassung, 25: «Die Film-, Kunst- und andere Förderung fordert ihre Opfer; diese sind grösser, als man vermutet. Die Kehrseite der Förderung ist unvermeidlich die Abwertung der Nichtgeförderten. Das ist deshalb dramatischer, als es aussieht, weil kaum objektive Kriterien für die positive Förderung vorhanden sind. Vielmehr spielen der Zeitgeist und persönliche Elemente eine entscheidende Rolle. Umgekehrt werden die Nichtgeförderten eben mangels sachlicher Kriterien nicht sachlich kritisiert und mit der Möglichkeit der Verbesserung ausgestattet, sondern abgewertet.» Kritisch zu kompetitiv ausgerichteten selektiven Förderinstrumente, insbes. zur Vergabe von Künstlerpreisen, der Erstellung von Künstlerranglisten oder der erfolgsabhängigen Kunstförderung, etwa auch DAL MOLIN, Die Idee einer «demokratischen Kulturpolitik», 23 f.

¹⁵⁴⁴ BVGer B-3924/2013 (8.9.2015) E. 6.4–6.7.

¹⁵⁴⁵ BVGer B-3924/2013 (8.9.2015) E. 6.

Geschlechts oder einer Gruppierung in erniedrigender Weise darstellen; 3. die Gewalt verherrlichen oder verharmlosen; 4. einen pornografischen Charakter haben.»

Ein Kunstverbot wirkt auf eine andere Weise als die inhaltliche Beschränkung der staatlichen Kunstförderung. Sie bedarf einer Beurteilung, die diesem Aspekt Rechnung trägt. Kriterien der Kunstförderungen sind nicht mit gesetzlichen Einschränkungen der Kunst gleichzusetzen. Inhaltliche Förderkriterien sind nicht *per se* verfassungswidrig. Sie sind aber dann problematisch, wenn sie das künstlerische Schaffen in einer sachlich nicht gerechtfertigten Weise inhaltlich beschränken. Inhaltliche Schranken der Kunstförderung, wie sie im Filmgesetz formuliert sind, sind aus Sicht der Kunstfreiheit in jedem Fall rechtfertigungsbedürftig. Sie müssen einem legitimen öffentlichen Interesse entsprechen und sachlich gerechtfertigt sein. Die inhaltliche Beurteilung der Kunstwerke muss zudem die Eigenheiten der Kunst als vielfältige, interpretationsoffene und kontextabhängige Kommunikationsform beachten (dazu im Detail Teil IV Kapitel III). Der Beurteilungsmaßstab und die Beurteilungskriterien müssen kunstspezifisch sein. Inhaltliche Einschränkungen müssen so ausgestaltet sein, dass dadurch der Zweck der Förderung, die künstlerische Persönlichkeitsentfaltung und die künstlerische Vielfalt nicht unnötig zu beschränken. Von der Kunstfreiheit geschützt und förderungswürdig muss auch künstlerisches Schaffen sein, das schockiert, provoziert und im Widerspruch steht zu gesellschaftlichen Mehrheitspositionen.

Wie heikel inhaltliche Einschränkungen in der Kunstförderung sind, zeigen mehrere Beispiele aus dem amerikanischen Recht. In den Vereinigten Staaten führte 1987 eine Ausstellung von Andres Serranos zu öffentlicher Empörung. Sie enthielt die Fotografie *Piss Christ*, welche ein im Urin des Künstlers versenktes Plastik-Kruzifix zeigte. Die Ausstellung führte zu Vorstößen im Kongress, die staatliche Kunstförderung durch das *National Endowment for the Arts* (NEA) zu kürzen oder gänzlich abzuschaffen.¹⁵⁴⁶ Als Reaktion auf die Serres-Ausstellung erklärte die NEA das Kriterium *Decency* zu einer Bedingung für die Zusprache von Fördergeldern. Der Supreme Court wies eine dagegen erhobene Beschwerde wegen Verletzung des First Amendments im umstrittenen Urteil *NEA v Finley*¹⁵⁴⁷ ab.

Der Supreme Court erachtete die inhaltliche Einschränkung als ein Förderkriterium neben anderen, womit die Bestimmung der entscheidenden Behörde einen ausreichenden Ermessensspielraum überlasse, um weiterhin alle vom First Amendment geschützten Meinungsäußerungen zu unterstützen. Der Supreme Court stützte sich auf die Annahme, dass die Beurteilung künstlerischer Leistungen ohnehin einem subjektiven Standard unterliegt. Die Verpflichtung, die Kriterien *decency* und *respect* mit-einzubeziehen würde den Prozess nicht subjektiver machen. Das Gericht wollte die Klausel erst dann als verfassungswidrig beurteilen, wenn sie effektiv in einer verfas-

¹⁵⁴⁶ MERRYMAN/ELSEN/URICE, *Law, Ethics and the Visual Arts*, 796 f., 814; EVA C. SCHWEITZER, *Künstler Andres Serrano, Die Rückkehr von «Piss Christ»*, Zeit Online vom 28. September 2012.

¹⁵⁴⁷ *National Endowment for the Arts v Finley*, 524 U.S. 569 (1998).

sungswidrigen Weise zur Anwendung gelangt.¹⁵⁴⁸ Abweichend äusserte sich der Verfassungsrichter Antonin Scalia in einer *Concurring Opinion*. Nach Scalia ist eine Klausel, welche von einem Kunstwerk *decency* fordert, eine *viewpoint discrimination*. Sie beschränkt inhaltlich, welche Kunst förderungswürdig ist. Dennoch ist die Klausel verfassungsmässig, weil die Klausel die freie Meinungsäusserung der Künstlerinnen und Künstler nicht beschränken würde. Kunstschaffende, die dem Kriterium nicht entsprechen, würden vom Staat nicht daran gehindert, ihre Kunst herzustellen. Sie werden vom Staat in der Herstellung der Kunst lediglich nicht aktiv unterstützt.¹⁵⁴⁹

Scalia wies zu Recht darauf hin, dass Förderkriterien nicht mit Schranken der Kunstfreiheit gleichzusetzen sind. Gleichzeitig verkennt die Haltung «wer vom Staat nichts bekommt, kann ja auch ohne Staat Kunst machen» grundlegende Aspekte der Grundrechtsdogmatik. Der Schutzzweck der Kunstfreiheit und die programmatische Geltungsebene verdeutlichen, wie stark Kunstfreiheit und Kunstförderung miteinander verschränkt sind. Die Kunstfreiheit ist auf die Bedingungen ihrer Freiheit angewiesen, was auch die Kunstförderung erfasst. Das Beispiel der Frauen in der Kunst hat aufgezeigt, wie stark sich der Ausschluss von Fördermitteln auf die Betroffenen auswirkt. Überzeugender ist demnach die Kritik am Urteil *NEA v Finley*, wonach eine *Decency*-Klausel die künstlerische Freiheit mittelbar einschränkt und mit sachlichen Kriterien zu rechtfertigen ist. Da das amerikanische Recht Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit nach einem anderen Prüfmasstab beurteilt als die kontinentaleuropäische Rechtsprechung, müsste im amerikanischen Rechtssystem eine entsprechende Klausel nach dieser Argumentation als Verletzung des First Amendments gelten.¹⁵⁵⁰

3.4 Achtung von Freiheit und Autonomie der Geförderten

a) Freiheit der Geförderten

Die Förderung der Kultur ist auf die Verwirklichung der künstlerischen Freiheit und kulturellen Vielfalt ausgerichtet. Das bedeutet umgekehrt, dass sich der Staat nur beschränkt Kontrollrechte über das, was er fördert, aneignet. Die Kontrolle über die geförderte Kunst würde dem an der Kunstfreiheit auszurichtenden Förderungszweck entgegenstehen.¹⁵⁵¹

«Wir brauchen Kunst, um zu leben, ohne genau zu wissen, in welcher Weise. Aber wir können das, was wir brauchen, nicht bestellen, weil wir es nicht kennen. Wir können es nur ermöglichen, indem wir Künstlerinnen und Künstler in Freiheit arbeiten und ihre

¹⁵⁴⁸ National Endowment for the Arts v Finley, 524 U.S. 569 (1998); DuBOFF/BURR/MURRAY, Art Law Cases and Materials, 633–640; McMURPHY/STAPLETON, in: Kaufman, Art Law Handbook, 209–213.

¹⁵⁴⁹ Concurring Opinion of Justice Scalia and Justice Thomas zu National Endowment for the Arts v Finley, 524 U.S. 569 (1998); MERRYMAN/ELSEN/URICE, Law, Ethics and the Visual Arts, 809, 811–813.

¹⁵⁵⁰ Gl.M. JONES, Art Law, 167 m.w.H.

¹⁵⁵¹ Clottu-Bericht, 15; UHLMANN/RASCHÉR/SCHEIFELE/WILHELM, KKR, Kap. 4 § 1 N 17.

eigenen Konzepte umsetzen lassen. Förderung der Kunst ist somit Förderung der Freiheit der Künstlerinnen und Künstler.»¹⁵⁵²

Der Staat trifft mit der Selektion der zu fördernden Kunst eine Auswahl, die freiheitsfördernd wirken soll. Mit der Annahme von Förderleistungen begeben sich die geförderten Personen und Institutionen in eine Abhängigkeit zur Förderinstitution. Zwischen dem Förderer und den Geförderten besteht ein sensibles Machtgefälle. Diese Abhängigkeit der Geförderten von ihren Förderern ist gerade bei zyklisch gesprochenen Beiträgen an Kunstinstitutionen, die für die Aufrechterhaltung ihres Betriebs von staatlichen Subventionen abhängig sind, besonders augenfällig. Aber auch Kunstschaffende, die sich im Verlauf ihrer Laufbahn immer wieder bei denselben Behörden um Fördergelder bemühen, müssen davor geschützt werden, für den Inhalt ihrer Arbeit sanktioniert zu werden. Es gilt daher, diesem der Kunstförderung inhärenten Abhängigkeitsverhältnis durch die rechtliche Sicherung von Freiheit und Autonomie der Geförderten ein Gegengewicht gegenüberzustellen.¹⁵⁵³

Die Kunstfreiheit verbietet es, «auf Methoden, Inhalte und Tendenzen der künstlerischen Tätigkeit einzuwirken, insbesondere den künstlerischen Gestaltungsraum einzuengen oder allgemein verbindliche Regeln für diesen Schaffensprozess vorzuschreiben»¹⁵⁵⁴. Dieses Verbot besteht auch für staatlich geförderte Kunst. Der Staat trifft zwar eine Auswahl darüber, welche Personen und Institutionen er fördert. Er erwirkt mit der Förderung jedoch keine inhaltlichen Kontrollrechte über die mit den Fördermitteln erschaffene Kunst. Das gilt auch für die Evaluation der Förderperiode. Sie hat sich auf eine Prüfung der tatsächlichen Verwendung der Mittel zu beschränken. Eine Bewertung der geschaffenen Kunst durch die sie fördernden Behörden ist nicht mit der Kunstfreiheit zu vereinbaren. Einen entsprechenden Verweis enthält das Kulturförderungsgesetz, wonach der Bundesrat die operative und künstlerische Freiheit von *Pro Helvetia* achten muss (Art. 45 Abs. 1 Satz 3 KFG).¹⁵⁵⁵ Der ausdrückliche Verweis auf die Kunstfreiheit der Stiftung erklärt sich aus der Hirschhorn-Affäre. Die Voten in den Räten zum Artikel verdeutlichen, dass die Garantie der Kunstfreiheit sich nicht auf diesen expliziten Hinweis beschränken, sondern vielmehr für den gesamten Bereich der Kunstförderung gelten soll.¹⁵⁵⁶ Mit staatlichen Mitteln geförderte Künstlerinnen und Künstler verlieren durch die Förderung ihren grundrechtlichen Schutz nicht. Kunstför-

¹⁵⁵² UHLMANN/RASCHÉR/SCHEIFELE/WILHELM, KKR, Kap. 4 § 1 N 17.

¹⁵⁵³ Clottu-Bericht, 15: «Mehr als in allen anderen Einflussphären des Staates wird dessen Fähigkeit, nach demokratischen Grundsätzen funktionieren zu können, im Bereich der Kultur auf die Probe gestellt. Seine finanzielle Mitwirkung mag noch so bedeutend sein; er erwirkt damit nur sehr begrenzte Kontrollrechte gegenüber den von ihm unterstützten Bestrebungen; denn eine umfassende Kontrolle würde ohne weiteres die Grundlage zerstören, auf der er beruht und ohne welche die Kultur ersticken würde: nämlich die Freiheit.»

¹⁵⁵⁴ BVerfGE 30, 173 C.III.2.

¹⁵⁵⁵ Botschaft KFG, 4840.

¹⁵⁵⁶ AB 2008 N 1395 ff.; AB 2009 S 484 ff.; AB 2009 N 2076; AB 2009 S 1112; dazu auch TÖNDURY, Kultur, 223.

derung hat sich einer inhaltlichen Bewertung von aus der Förderung entstandener Kunst zu enthalten. Der Rückzug der Förderung oder die nachträgliche Sanktionierung geförderter Projekte ist nur dann zulässig, wenn die Geförderten die Mittel nachweislich nicht für das geförderte Projekt verwenden. Im Rahmen der Kunstfreiheit muss aber auch geschützt sein, dass eine Künstlerin oder ein Künstler sein Kunstprojekt in der Förderperiode anpasst oder mit einem künstlerischen Ansatz auf allenfalls überraschende Weise umwandelt.

b) **Autonomie geförderter Kunstinstitutionen**

Der Begriff der *Autonomie* bezeichnet die Ausgestaltung des rechtlichen Verhältnisses zwischen dem Staat und einer weiteren Institution. Autonomie besteht dann, wenn der Staat einer Institution, beispielsweise einer Gemeinde, einer Hochschule oder einem Museum, einen relativ erheblichen Entscheidungsspielraum einräumt. Der Anstalt kommt die Entscheidungsfreiheit zu, im gesetzlichen Rahmen selber darüber zu entscheiden, wie sie die ihr übertragenen Verwaltungsaufgaben erfüllt und organisatorische Fragen regelt.¹⁵⁵⁷ *Pro Helvetia* ist beispielsweise seit 1949 per Bundesbeschluss eine Stiftung des öffentlichen Rechts und als solche mit relativer Autonomie ausgestattet.¹⁵⁵⁸ Autonomie besteht in vergleichbarer Weise auch für die staatlichen Hochschulen. Die meisten kantonalen Hochschulen regeln die Autonomie der Universitäten auf Gesetzesstufe.¹⁵⁵⁹ Gemäss Bundesgericht ergibt sich die Autonomie der Hochschulen auch direkt aus Art. 63a BV. Sie verpflichtet die Kantone als deren Träger, den Hochschulen Autonomie einzuräumen. Eine Universität kann zudem wie eine Gemeinde eine Autonomiebeschwerde führen.¹⁵⁶⁰ Bestimmungen über die Autonomie finden sich auch im Bereich staatlich geförderter Medien. Art. 93 Abs. 3 BV garantiert die *Autonomie* von Radio und Fernsehen. Art. 6 RTVG konkretisiert die Ausgestaltung dieser Autonomie inhaltlich. Die Programmveranstalter sind demnach, soweit das Bundesrecht nichts anderes bestimmt, nicht an Weisungen von Behörden gebunden (Abs. 1). Sie sind in der Gestaltung des Inhalts und der Darstellung ihrer redaktionellen Publikationen und der Werbung frei, tragen dafür aber auch die Verantwortung (Abs. 2). Niemand kann von einem Programmveranstalter die Verbreitung bestimmter Darbietungen und Informationen verlangen (Art. 3).

Für Kunstinstitutionen kann in Analogie zur Autonomie für Hochschulen aus der Wissenschaftsfreiheit¹⁵⁶¹ auch aus der Kunstfreiheit ein Anspruch auf Autonomie ab-

¹⁵⁵⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 1670.

¹⁵⁵⁸ HAUSER/TANNER, in: Hauser/Seeger/Tanner, Zwischen Kultur und Politik, 24.

¹⁵⁵⁹ Zur Autonomie der Hochschulen ausführlich BVerfGE 1 BvR 2667/05 (2007). Aus der Lehre EHRENZELLER, Hochschulraum Schweiz, 691 f.; SCHWANDER, Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit; SCHWANDER, Entwicklung der Wissenschaftsfreiheit; BREINING-KAUFMANN, Akadademische Freiheit; SCHULTE, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit; MÜLLER, Rechtsform der wissenschaftlichen Hochschule.

¹⁵⁶⁰ BGE 140 I 201 E.

¹⁵⁶¹ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 544; BALDEGGER, Menschenrechtsschutz juristischer Personen, 130; grundlegend zu den Anforderungen der Wissenschaftsfreiheit an die Hochschulorganisation

geleitet werden.¹⁵⁶² Die rechtlich gesicherte Autonomie geförderter Kunstinstitutionen ist eine institutionelle Voraussetzung für die Verwirklichung der Kunstfreiheit. Autonomie ist das Mittel zum Zweck der Freiheitssicherung im institutionellen Kontext. Die Kunst ist genau wie die Wissenschaft auch auf eine institutionelle Ebene angewiesen, die ihr die notwendige institutionelle Autonomie zusichert. Bei der Förderung von Kunstinstitutionen ist darauf zu achten, dass sowohl die Freiheit der in der Institution arbeitenden Künstlerinnen und Künstler als auch die Autonomie der kunstvermittelnden Institution gewahrt sind.

4 Prozedurale Anforderungen

4.1. Verfahrensgarantien

Die verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien sind auch auf die Vergabeentscheide der selektiven Kunstförderung anwendbar. An dieser Stelle sollen lediglich drei Aspekte der Vergabeverfahren im Kulturverwaltungsrecht aufgegriffen werden. Erstens, die Frage nach der Zusammensetzung der Behörde und der Ausstandsgründe. Zweitens, die Gewährleistung von Partizipationsrechten und des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Und drittens, die Transparenz des Verfahrens und Fragen nach der Protokollpflicht, dem Akteneinsichtsrecht und der Begründungspflicht.

a) Zusammensetzung des Entscheidgremiums und Ausstandsgründe

Zusammensetzung des Entscheidgremiums

In der Kunstförderung sind die Entscheidgremien in der Regel als Fachgremien aufgestellt. Das heisst, dass nicht gewöhnliche Behördenmitglieder über die Vergabe von Fördergeldern entscheiden, sondern fachlich spezialisierte Personen. Das hat den Vorteil, dass die Mitglieder des Entscheidgremiums mit der jeweiligen Kunstsparte vertraut sind, die gegenwärtig praktizierten Kodizes zur Unterscheidung von förderungswürdiger Kunst kennen und neue Entwicklungen im Kunstfeld erkennen und angemessen zu würdigen vermögen. Mit einer ausgeglichenen Zusammensetzung der Fachgremien soll die Konstanz und Varianz der Beurteilungskriterien kunstspezifisch gewährleistet sein.¹⁵⁶³

BVerfGE 1 BvR 2667/05 (2007). Hingegen geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass aus der Wissenschaftsfreiheit keine Bestandesgarantie für die Organisationsform der Universität abzuleiten ist. Das heisst, die Organisationsformen von Forschung und Lehre können geändert werden, so lange ein Mindestmass an Autonomie bestehen bleibt, BVerfGE 35, 79, 115 f.

¹⁵⁶² MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 569; BALDEGGER, Menschenrechtsschutz juristischer Personen, 134 Fn. 353.

¹⁵⁶³ Siehe etwa die Kulturbotschaft 2012–2015, BBl 2011 2971, 2991: «Das Modell der ständigen Fachkommissionen steht für eine basisnahe Fachkompetenz mit institutionellem Gedächtnis, die Entscheide über längere Zeiträume vergleichen und eine interne Diskussionskultur aufbauen kann.

Die Besetzung der Entscheidungsgremien mit Fachpersonen hat neben dem Vorteil der Fachkompetenz in der kleinräumigen Schweiz den Nachteil, dass der Eindruck der inhaltlichen Befangenheit entsteht und je nach Zusammensetzung und Dynamik der Behörde die Gefahr einer Verengung der geförderten Kunst besteht. Vergabeverfahren, bei denen die entscheidfällende Behörde nicht ausreichend vielfältig zusammengesetzt ist, können sich entsprechend einseitig auf die Kunst auswirken.¹⁵⁶⁴ Entsprechend wichtig ist die Befangenheitsprüfung in Vergabeverfahren.

Ausstandsgründe nach Art. 10 VwVG

Bei der Zusprache von Fördermassnahmen ist der Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung nach Art. 29 Abs. 1 BV zu gewährleisten. Er gilt für alle Behörden und Verfahren, die über Rechte oder Pflichten verfügen. Die Ausstandsgründe nach Art. 10 VwVG¹⁵⁶⁵ konkretisieren den Anspruch von Art. 29 Abs. 1 BV. Sie sind auf Förderentscheide in der Kunst sinngemäss anwendbar. Gemäss Art. 15 der Geschäftsordnung der Stiftung Pro Helvetia¹⁵⁶⁶ gilt für den Ausstand von Kommissions- und Jurymitgliedern sowie unabhängigen Expertinnen und Experten Art. 10 VwVG sinngemäss.

Nach Art. 10 VwVG treten Personen, die eine Verfügung treffen oder diese vorzubereiten haben in den Ausstand, wenn sie in der Sache ein persönliches Interesse haben, mit einer Partei durch Ehe oder Lebensgemeinschaft verbunden oder verwandt sind, Vertreter einer Partei sind oder in gleicher Sache waren oder aus anderen Gründen befangen sein könnten. Die Vermutung der Befangenheit gründet auf Umständen, die objektiv geeignet sind, den Anschein einer Voreingenommenheit oder einer Gefährdung der Unparteilichkeit aufkommen zu lassen. Das Misstrauen muss objektiv und vernünftig gerechtfertigt sein. Das subjektive Empfinden der Partei ist nicht ausschlaggebend. Eine die Ausstandschriften missachtende Verfügung ist formell ungültig und zwar unabhängig davon, ob ein materielles Interesse an der Aufhebung besteht. Nicht ausschlaggebend ist, ob der Entscheid ohne Mitwirkung der befangenen Person anders ausgefallen wäre. Die Ausstandsgründe müssen gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben ab ihrer Kenntnis so früh wie möglich geltend gemacht werden.¹⁵⁶⁷

Praxisnahe künstlerische und strategische Verantwortung bei den Entscheidungen ist der Schlüssel zu einem respektvollen Umgang mit Kultur.»

¹⁵⁶⁴ Kritisch zur Zusammensetzung der Entscheidungsgremien in der Filmförderung etwa EFFENBERGER, Filmförderung aus verwaltungsrechtlicher Sicht, 502 f., der die Erweiterung der Expertengremien durch den Beizug von Vertretern anderer Kunstbereiche vorschlägt.

¹⁵⁶⁵ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG) (SR 172.021).

¹⁵⁶⁶ Geschäftsordnung der Stiftung Pro Helvetia vom 23. November 2011 (SR 442.132.1).

¹⁵⁶⁷ BVGer B-3939/2013 (10.12.2014) E. 3.1–3.4; BGE 137 II 431 E. 5.2; BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, VwVG Praxiskommentar 10 N 17; FELLER/KUNZ-NOTTER, VwVG Kommentar 10 N 17–33; SCHINDLER, Befangenheit der Verwaltung, 74; KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, 80.

In der Filmförderung gelten bswe Experten als befangen, die von einem Entscheid persönlich unmittelbar betroffen sind, in einer anderen Funktion über das Projekt entscheiden, oder bei einem Projekt in anderer Funktion mitwirken (Art. 24 Abs. 2 Bst. a–c FiFV). Die gesuchstellende Person wird über die Zusammensetzung des Ausschusses informiert und kann Ablehungsgründe geltend machen (Art. 23 Abs. 1^{bis} FiFV). Macht sie von dieser Gelegenheit keinen Gebrauch, kann sie später nicht geltend machen, vier der fünf Experten seien Filmproduzenten mit eigenen Projekten und deshalb systemimmanent befangen.¹⁵⁶⁸

Alleine der Umstand, dass sich eine Person zu einem früheren Zeitpunkt bereits mit einer Sache auseinandersetzt hatte, genügt noch nicht, um eine Befangenheit zu begründen. Gerade im Bereich des Ausbildungs- und Prüfungswesens lässt es sich oft kaum vermeiden, dass Ausbilderinnen und Ausbilder zugleich die Prüfungen ihrer Schülerinnen und Schüler zu beurteilen haben und bei einem Misserfolg dieselben Experten nochmals über die Leistung befinden. Den Prüfenden wird zugemutet, dass sie trotz Doppelfunktion sachlich und mit der nötigen Distanz zur eigenen Bewertung urteilen. Befangenheit ist erst dann gegeben, wenn konkrete Hinweise dafür vorliegen oder sich die Beurteilung als fehlerhaft oder völlig unangemessen erweist.¹⁵⁶⁹ Das Bestehen persönlicher Beziehungen, wie Nachbarschaft, Duzfreundschaft, gemeinsames Studium oder Freundeskreis oder diffuse Antipathien vermögen für sich alleine keine Befangenheit zu begründen. Es bedarf objektiver Anhaltspunkte, die eine besondere Intensität der Freundschaft bzw. Feindschaft annehmen lassen.¹⁵⁷⁰

Im Bereich der Kunst lässt sich aus systemimmanenten Gründen nicht vermeiden, dass Expertinnen und Experten in ihrer Funktion als Mitglied einer Fachkommission über Gesuche von Personen befinden, zu deren Werke sie sich bereits in anderer Funktion in der Öffentlichkeit geäußert haben. Alleine der Umstand, dass die meisten Jury-Mitglieder eine Beziehung zur Schweizer Kunstszene oder einzelnen Sparten aufweisen ist noch kein Grund für die Annahme einer Befangenheit. Eine Ausstandspflicht besteht erst dann, wenn zusätzliche Gründe das Vertrauen in die Unbefangenheit der Expertin oder des Experten objektiv zu beeinträchtigen vermögen. Gegenseitige Bekanntschaft alleine genügt nicht. Abschätzige oder sehr stark wertende Äusserungen können unter Umständen den Anschein der Befangenheit begründen, wenn sie konkret sind, die notwendige Distanz vermissen lassen und auf eine abschliessende Meinungsbildung hindeuten.¹⁵⁷¹

¹⁵⁶⁸ BVGer B-3924/2013 (8.9.2015) E. 4.

¹⁵⁶⁹ BVGer B-3939/2013 (10.12.2014) E. 3.5.2; SCHINDLER, Befangenheit der Verwaltung, 150 ff.

¹⁵⁷⁰ BVGer B-3939/2013 (10.12.2014) E. 3.5.4; FELLER/KUNZ-NOTTER, VwVG Kommentar 10 N 25–27; BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, VwVG Praxiskommentar 10 N 82–85; SCHINDLER, Befangenheit der Verwaltung, 112 f.

¹⁵⁷¹ BVGer B-3939/2013 (10.12.2014) E. 3.5.2–3.5.3, 4.2.5; BGE 134 I 238 E. 2; BREITENMOSER/SPORI FEDAIL, VwVG Praxiskommentar 10 N 90–94. Zum Ganzen auch TÖNDURY, Befangenheit bei Überkreuz-Beurteilungen, der die Bedeutung der Ausstandsgründe betont und ihre konsequente Anwendung auch im Bereich der Filmförderung fordert.

Gemäss Bundesverwaltungsgericht mag die vor zwanzig Jahren in anderer Funktion geäusserte Kritik eines Fachkommissionsmitglieds an einer Inszenierung des Gestaltstellers zwar als überaus hart erscheinen. Es lassen sich aber keine Anhaltspunkte erkennen, wonach die Kritikerin unsachlich und den Rahmen einer fachlich nachvollziehbaren Theaterrezension sprengenden Weise geurteilt hatte. Dass die Expertin mit den Arbeiten des Beschwerdeführers seit langem vertraut ist, vermag die Annahme des objektiven Anscheins der Befangenheit in heutiger Funktion nicht zu begründen.¹⁵⁷²

Alleine der Umstand, dass unter den geförderten Personen auch etablierte Künstlerinnen und Künstler sind, vermag den Vorwurf, wonach nur das bereits Anerkannte gefördert würde, noch nicht zu begründen. In einem Fall waren unter 24 von Pro Helvetia geförderten Autorinnen und Autoren drei der etabliertesten Schweizer Autorinnen und Autoren. Der Vorwurf der unrechtmässigen Durchführung des Gesuchverfahrens erweist sich angesichts des Verhältnisses gemäss Bundesverwaltungsgericht als unzutreffend und übertrieben.¹⁵⁷³

Die Anonymität der Verfahren oder der Einsitz von Expertinnen und Experten aus dem Ausland können die Objektivität und Unvoreingenommenheit der Gesuchsverfahren stärken, liegen aber im Ermessen der das Verfahren gestaltenden Behörde. Vorbringen zur Änderung des Beitragsverfahrens sind im politischen Prozess oder im Aufsichtsverfahren vorzubringen. Die Kompetenzen der Justiz sind diesbezüglich beschränkt.¹⁵⁷⁴ Pro Helvetia veröffentlicht bswa Angaben zu den geförderten Personen und Institutionen, was zur Transparenz der Verwendung öffentlicher Mittel beiträgt.¹⁵⁷⁵

Die anonyme Ausgestaltung der Verfahren über Ermessenssubventionen unterstützt eine objektive und unvoreingenommene Beurteilung der Gesuche. Dem Verordnungsgeber steht es ohne anderslautende gesetzgeberische Vorgabe im Rahmen seines Ermessens offen, das Verfahren anonym auszugestalten.¹⁵⁷⁶

b) Partizipationsrechte und rechtliches Gehör

Es gehört zu den Grundprinzipien der demokratischen Verfassungsordnung, dass sowohl bei der Rechtsetzung als auch bei der Rechtsanwendung die Betroffenen partizipativ an der Entscheidungsfindung teilnehmen und das Verfahren für die Öffentlichkeit einsehbar ist. Es geht dabei sowohl um die Gewährleistung der Selbstbestimmung als auch um die Rückbindung der staatlichen Gewalt an die demokratisch-rechtsstaatlichen Garantien. Verfahrensgarantien sind grundrechtliche Ansprüche der Parteien und Ausdruck der Menschenwürdegarantie.¹⁵⁷⁷ Die Garantie des fairen Verfahrens ist im Kern eine Konkretisierung der Menschenwürde und Ausdruck der Selbstbestimmung. Die

¹⁵⁷² BVGer B-3939/2013 (10.12.2014) E. 3.5.3.3.

¹⁵⁷³ BVGer B-3939/2013 (10.12.2014) E. 4.2.4.

¹⁵⁷⁴ BVGer B-3939/2013 (10.12.2014) E. 4.2.3 und 4.2.5; BVGer B.4562/2014 (13.11.2015) E. 4.

¹⁵⁷⁵ BVGer B-3939/2013 (10.12.2014) E. 4.2.2.

¹⁵⁷⁶ BVGer B-3939/2013 (10.12.2014) E. 4.2.3.

¹⁵⁷⁷ BGE 127 I 6 E. 5.b; ausführlich Teil IV Kap. II.2.

Garantien verfahrensrechtlicher Kommunikation gewährleisten den Betroffenen, von der Behörde als Subjekt und nicht als Objekt behandelt, angehört und ernst genommen zu werden. Sie dienen zugleich der Sachverhaltsaufklärung und der richtigen Rechtsfindung. Faire Kommunikationsbedingungen im sensiblen Kontext eines Verfahrens erhöhen die Chance, dass der Entscheid am Ende von allen Beteiligten und der Öffentlichkeit als legitim akzeptiert wird.¹⁵⁷⁸

Die Ablehnung eines Gesuchs um Fördergelder, ohne dass sich die Kommission mit den Vorbringen der Beschwerdeführer auseinandersetzt und den Entscheid inhaltlich begründet, verletzt das rechtliche Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV. Die Verletzung wiegt umso schwerer, wenn der Behörde das Gesuch im Rechtsmittelverfahren bereits zum zweiten Mal vorliegt und sie von der Rekurskommission ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass und wie sie ihrer Begründungspflicht nachzukommen hat.¹⁵⁷⁹ Das entscheidfallende Gremium muss die Eingabe anhand der Vorgaben würdigen und den Parteien dadurch das rechtliche Gehör schenken. Kommt es im weiteren Verlauf des Verfahrens zu einer Anhörung der Antragssteller bedeutet das nicht, dass das Fachgremium sämtliche entscheidrelevante Aspekte thematisieren muss.¹⁵⁸⁰ Bei einer Vorladung wurde die Beschwerdeführerin von der Filmkommission lediglich über das Budget des Films befragt, nicht aber zur künstlerischen Qualität, die am Ende den Ausschluss für die Ablehnung des Gesuchs gab. Das rechtliche Gehör ist nicht verletzt, weil sich die Beschwerdeführerin dazu im Projektantrag ausführlich hätte äussern können.¹⁵⁸¹

Der Anspruch auf Prüfung eines Begehrens ist verletzt, wenn sich die Behörde ausdrücklich oder stillschweigend weigert, dieses trotz verfahrensrechtlichem Anspruch anzunehmen oder inhaltlich zu behandeln. Eine Rechtsverweigerung liegt vor, wenn die Behörde den Sachverhalt mangelhaft abklärt, seine Kognition nicht ausschöpft oder sich mit rechtsgenügend vorgebrachten Rügen des Beschwerdeführers nicht auseinandersetzt.¹⁵⁸² Entsprechend dem Rechtsverweigerungsverbot wäre es nicht zulässig, dass ein Gericht seine grundrechtskonkretisierende Aufgabe ausschlägt. Es würde sich damit gerade seiner eigentlichen Aufgabe als konkretisierendes Organ entziehen.

Die Garantie des rechtlichen Gehörs erfordert, dass das Verfahren bei Finanzhilfen an die Kunst so ausgestaltet ist, dass die Betroffenen ihre Argumente geltend machen können und diese von der Behörde bei der Konkretisierung der Kunstfreiheit tatsächlich gewürdigt werden. Das rechtliche Gehör umfasst auch die Begründungspflicht für Entscheide staatlicher Behörden. Vergabeentscheide im Bereich der Kunstförderung müssen inhaltlich begründet werden. Die Begründung muss so ausgestaltet

¹⁵⁷⁸ Anstelle vieler MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 821 f., 846 f.

¹⁵⁷⁹ BVGer B-2782/2007 (4.10.2007) E. 4.3.

¹⁵⁸⁰ BVGer B-3924/2013 (8.9.2015) E. 5.7.1 f.; für eine *persönliche* Anhörung der Gesuchsteller in der Filmförderung plädiert EFFENBERGER, Filmförderung aus verwaltungsrechtlicher Sicht, 504 f.

¹⁵⁸¹ BVGer B-3924/2013 (8.9.2015) E. 5.7.2.

¹⁵⁸² MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 823, 829 f.

sein, dass sie den Inhalt des Förderantrags aufgreift und die Gründe für den Entscheid nachvollziehbar darlegt.¹⁵⁸³

c) **Protokollpflicht und Akteneinsichtsrecht**

Um die Transparenz der Verfahren zur Vergabe von Fördergeldern zu gewährleisten, ist in verschiedenen Verfahren eine Protokollpflicht vorgesehen. Die Verordnung über die Filmförderung sieht beispielsweise vor, dass die Sitzungen des Ausschusses protokolliert werden müssen (Art. 23 Abs. 5 FiFV). Protokolle, die aufgrund einer formellen Verpflichtung verfasst werden müssen, sind Bestandteil der nach Art. 29 Abs. 2 BV einsehbaren Akten.¹⁵⁸⁴ Eine Partei hat Anspruch, alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke einzusehen (Art. 26 Abs. 1 Bst. b VwVG). Die Verweigerung der Akteneinsicht bildet die Ausnahme. Es muss ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse vorliegen, das einem wesentlichen privaten Interesse einer anderen Partei oder einem wesentlichen öffentlichen Interesse entspricht (Art. 27 Abs. 1 Bst. a und b VwVG).

Das Protokoll dient dazu transparent zu machen, mit welchen Argumenten und mit welchem Stimmenverhältnis der Ausschuss ein Gesuch gutheisst oder ablehnt. Um dennoch eine offene Diskussion und Entscheidungsfindung zu gewährleisten, erfolgen die Beratungen unter Ausschluss der Öffentlichkeit und das Protokoll kann sich den konkreten Umständen des Verfahrens entsprechend auf die wesentlichen Gründe des Entscheids beschränken.¹⁵⁸⁵ Die Mitglieder eines Filmausschusses sind zu Stillschweigen verpflichtet (Art. 24 Abs. 6 FiFV). Dem Spannungsverhältnis zwischen Transparenz und Stillschweigen entspricht ein Beratungsprotokoll, das sich auf die wesentlichen Gründe des Entscheides beschränkt, ohne alle Einzelheiten der Beratung offenzulegen.¹⁵⁸⁶

Das Akteneinsichtsrecht umfasst alle verfahrensbezogenen Akten, die Grundlage des Entscheids bilden. Verwaltungsinterne Akten sind vom verfassungsmässigen Akteneinsichtsrecht ausgeschlossen. Ihr Ausschluss ist damit begründet, dass die interne Meinungsbildung der Verwaltung mittels persönlicher Notizen, Entscheidungswürfen oder Anträgen nicht vollständig vor der Öffentlichkeit ausgebreitet werden muss. Ausschlaggebend ist die objektive Bedeutung der Akte für den verwaltungswesentlichen Sachverhalt.¹⁵⁸⁷

¹⁵⁸³ BGE 129 I 232 E. 3.2.

¹⁵⁸⁴ BVerfGE B-3924/2013 (8.9.2015) E. 5.3.

¹⁵⁸⁵ BVerfGE B-3924/2013 (8.9.2015) E. 5.4.4–5.4.6.

¹⁵⁸⁶ BVerfGE B-3924/2013 (8.9.2015) E. 5.4.4–5.4.6.

¹⁵⁸⁷ BVerfGE B-3924/2013 (8.9.2015) E. 5.2; WALDMANN/OESCHGER, VwVG Praxiskommentar 26 N 58, 63; MÜLLER/SCHNEIDER, Grundrechte, 875 f.

4.2. Neutralitätspflicht

a) Staatliche Neutralitätspflicht

Den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen entsprechend sind die Behörden auch im Rahmen der Leistungsverwaltung verpflichtet, der Kunst mit einer objektiven und sachlichen Haltung zu begegnen (dazu Teil IV Kapitel II.2). Ob dem Staat eine Verpflichtung zu Neutralität gegenüber der Kunst zukommt, ist in der Lehre und Rechtsprechung erst ansatzweise thematisiert. Grundsätzlich muss der Staat Fördermassnahmen im Bereich der Kunst – genau wie solche für die Presse oder Wissenschaft – wertungsneutral gewährleisten und also alle seine Handlungen «meinungsneutral» ausgestalten.¹⁵⁸⁸ Zur Beurteilung der Frage, ob bswa eine Theateraufführung artistisch in das Programm des Theaters passt, kommt dem entscheidfällenden Organ in der Mehrheit der Fälle zwar ein beträchtlicher Beurteilungsspielraum zu. Die Leitung muss die Programmation aber mit einer neutralen und objektiven Haltung ausgestalten. Eine inhaltliche Zensur ist ausgeschlossen.¹⁵⁸⁹

Lehre und Rechtsprechung haben eine staatliche Neutralitätspflicht im engeren Sinne überall dort anerkannt, wo Grundrechte höchstpersönliche Überzeugungen oder Lebensformen schützen und damit auch die Vielfalt in der Gesellschaft gewährleisten wollen. Die Neutralitätspflicht des Staates besteht auch dort, wo Meinungsäusserungen zur Diskussion stehen. So hat das Bundesgericht anerkannt, dass der Staat Bewilligungen für Kundgebungen nicht von deren Inhalt abhängig machen darf und sich entsprechenden Wertungen zu enthalten hat.¹⁵⁹⁰ Auch die Wissenschaftsfreiheit auferlegt dem Staat ein Neutralitätsgebot. Sind verschiedene Methoden, Erkenntnisse und Interpretationen möglich, darf sich der Staat nicht auf die Seite einer bestimmten Methode oder wissenschaftlichen These stellen.¹⁵⁹¹ Die staatliche Neutralitätspflicht ist auch im höchstsensiblen Bereich der menschlichen Beziehung zu Religion und Weltanschauungen unbestritten. Die Neutralitätspflicht zu Glaubens- und Gewissenshaltungen ist sowohl ein justiziables Individualrecht als auch eine objektivrechtliche Gewährleistungspflicht. Der Staat darf weder zu religiösen Streitigkeiten Stellung beziehen noch sich mit einer Religion identifizieren. Er muss den Glaubensgemeinschaften den Freiraum für ihre religiöse Praxis gewähren und wo nötig mit gesetzgeberischen Massnahmen erschaffen. Zulässig sind in der Schweiz allerdings nach wie vor die staatliche Anerkennung und Unterstützung auserwählter Religionsgemeinschaften. Diese Möglichkeit findet ihre Grundlage hauptsächlich in der historischen Bedeutung der Kirchen.¹⁵⁹²

¹⁵⁸⁸ BGE 120 Ib 142 E. 3.c/aa; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 400 f.; zu den historischen, philosophischen und rechtlichen Grundlagen der Neutralität des Staates ausführlich ENGI, Neutralität; HUSTER, Ethische Neutralität.

¹⁵⁸⁹ BGer-Urteil 2C_719/2016 (24.8.2017) E. 3.6.

¹⁵⁹⁰ BGE 124 I 267 E. 3.b; UHLMANN, Neutralität der Verwaltung, 215.

¹⁵⁹¹ SCHWEIZER/HAFNER, SGK BV 20 N 11 m.w.H.

¹⁵⁹² Anstelle vieler BGE 142 I 49 E. 3.3; BGE 125 I 347 E. 3.a; BGE 123 I 296 E. 4.b/bb; CAVELTI/KLEY, SGK BV 15 N 18 f.; UHLMANN, Neutralität der Verwaltung, 216; MÜLLER/SCHEFER,

Unbestritten ist die Neutralitätspflicht des Staates auch in wirtschaftlichen Angelegenheiten. Nach dem in Art. 94 Abs. 1 BV positivierten Grundsatz der Wettbewerbsneutralität muss staatliches Handeln grundsätzlich «wettbewerbsneutral» sein. Der Staat ist verpflichtet, alle Wettbewerbsteilnehmer gleich zu behandeln. Selbst darf er sich nur mit Zurückhaltung am Wettbewerb beteiligen.¹⁵⁹³

b) Keine strikte Neutralität in der Leistungsverwaltung

Das staatliche Neutralitätsgebot im Bereich der Kunst verpflichtet den Staat nicht nur bei Fördermassnahmen, sondern ganz grundsätzlich bei sämtlichen Massnahmen und Entscheidungen zur Kunst. Das Neutralitätsgebot bedeutet hingegen nicht, dass sich der Staat im negativen Sinn indifferent gegenüber religiösen, wissenschaftlichen oder kulturellen Tätigkeiten zu verhalten hat. Der Staat ist vielmehr verpflichtet, die Pluralität der Gesellschaft zu gewähren und gegebenenfalls zu fördern, das heisst aktive Massnahmen zu ergreifen und – wo nötig – Stellung zu beziehen.¹⁵⁹⁴ Die umfassende Gewährleistung der Kunstfreiheit, mit welcher der Staat aktive Massnahmen zu Verwirklichung Kunst ergreift, führt unvermeidbar dazu, dass der Staat mit seinen Handlungen direkt oder indirekt Stellung zur Kunst bezieht. Der Staat kann die Kunst nicht ohne Ansicht des Inhalts schützen und fördern. Mit dem Einhalten einer strikten Neutralität könnte der Staat nicht mehr sicherstellen, dass die Massnahmen an den mit der Kunstförderung angestrebten Zielen ausgerichtet sind.

Für staatliche Kunstförderinstitutionen sind die Verpflichtungen zur Neutralität mit prozeduralen und inhaltlichen Vorgaben verbunden. Um das Neutralitätsgebot des Staates im Rahmen der Leistungsverwaltung zu wahren, sollte eine «neutrale» Stelle mit der Vergabe von Förderleistungen beauftragt werden, die vom politischen Tagesgeschäft unabhängig ist. In der Vergabe von Förderleistungen bedingt das Neutralitätsgebot entsprechende Instrumente: Pluralistisch besetzte Gremien, pluralismusorientierte Verfahrensformen und pluralistische Bewertungsmassstäbe.¹⁵⁹⁵ Auf Bundesebene wurde mit der Pro Helvetia der Versuch einer solch «autonomen» und also das Neutralitätsgebot wahrenen Institution geschaffen.

Verletzt ist die Neutralitätspflicht dann, wenn der Staat einseitig wertend zu einer bestimmten Religion, wissenschaftlichen These oder Kunstform Stellung bezieht (Bewertungsverbot). Ebenso darf sich der Staat oder Träger staatlicher Aufgaben nicht mit einer bestimmten, grundrechtlich geschützten Religion, wissenschaftlichen Richtung oder künstlerischen Schule identifizieren (Identifikationsverbot).¹⁵⁹⁶ Zu weit geht die Auswahl und Bewertung in der Kunstförderung dann, wenn sich der Staat mit den ge-

Grundrechte, 269; WALDMANN, Wegkreuze und Gipfelkreuze, 601 f.; HILTI, Gewissensfreiheit, 48, 171–174; ENGI, Neutralität, 168–174, 211 ff.

¹⁵⁹³ VALLENDER, SGK BV 94 N 6; BGE 138 I 378 E. 6.1 (Glarnersach).

¹⁵⁹⁴ WALDMANN, Wegkreuze und Gipfelkreuze, 602 f.

¹⁵⁹⁵ HÄBERLE, Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht, 40.

¹⁵⁹⁶ WALDMANN, Wegkreuze und Gipfelkreuze, 602 f.

förderten Personen oder Institutionen identifiziert. Bei Fördermassnahmen besteht ein Identifikationsverbot.¹⁵⁹⁷

4.3 Rechtsschutz

a) Kognition des Bundesgerichts

Das Bundesgericht beurteilt Beschwerden gegen Entscheide in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts (Art. 82 Bst. a BGG¹⁵⁹⁸), gegen kantonale Erlasse (Art. 82 Bst. b BGG) und betreffend die politische Stimmberechtigung der Bürgerinnen und Bürger sowie betreffend Volkswahlen und -abstimmungen (Art. 82 Bst. c BGG). Bundesrecht ist verletzt, wenn ungültiges oder falsches Recht angewendet wird oder das anwendbare Recht unrichtig zur Anwendung gelangt, wozu Auslegungs- und Subsumtionsfehler ebenso wie qualifizierte Ermessensfehler zählen. Ins Gewicht fällt im Schweizer Recht das Fehlen einer Verfassungsgerichtsbarkeit für Bundesgesetze. Alle Staatsorgane sind an die Grund- und Menschenrechte gebunden, so auch der Bundesgesetzgeber (Art. 35 BV). Der Vorbehalt von Art. 190 BV, wonach Bundesgesetze für das Bundesgericht massgebend sind, beschränkt die gerichtliche Überprüfung der Bundesgesetze, nicht aber die Grundrechtsbindung der Bundesversammlung als Staatsorgan.¹⁵⁹⁹ Die fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit von Bundesgesetzen bedeutet, dass grundrechtswidrige Bestimmungen gegenüber einer gerichtlichen Überprüfung immunisiert werden. Auch wenn das Bundesgericht Bundesgesetze soweit wie möglich verfassungskonform auslegt, ermöglicht das nicht in jedem Fall, Bundesgesetze grundrechtskonform zur Anwendung zu bringen. Vor Bundesgericht nicht zulässig ist die Rüge, dass ein Bundesgesetz gegen die Kunstfreiheit nach Art. 21 BV verstösst. Wohl aber ist zulässig, dass vom Bundesgericht verlangt wird, ein Bundesgesetz auf seine Übereinstimmung mit der Kunstfreiheit nach Art. 10 EMRK zu prüfen.

Gegen Subventionen, auf die kein Anspruch besteht, ist die Beschwerde an das Bundesgericht gemäss Art. 83 Bst. k BGG ausgeschlossen.¹⁶⁰⁰ Finanzhilfen an die Kunst sind in der Regel Ermessenssubventionen und also nicht zur Beschwerde an das Bundesgericht zugelassen.

Soweit die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens und die Besetzung der Fachgremien im Ermessen der zuständigen Behörde liegen, können sie allenfalls Gegenstand einer aufsichtsrechtlichen Beschwerde bilden. Grundsätzliche Kritik an den Rechtsgrundlagen und dem System der Kunstförderung überhaupt kann, sofern es nicht um eine Rechtsverletzung geht, nicht Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens sein.¹⁶⁰¹

¹⁵⁹⁷ UHLMANN, Neutralität der Verwaltung, 215; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 401 f.

¹⁵⁹⁸ Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG) (SR 173.110).

¹⁵⁹⁹ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N 273; WALDMANN, BSK BV 35 N 31.

¹⁶⁰⁰ BVGer B-4572/2012 (17.3.2015) E. 10.

¹⁶⁰¹ BVGer B-4562/2014 (13.11.2015) E. 4.

Die Stiftung Pro Helvetia untersteht bswa der Aufsicht des Bundesrates (Art. 44 KFG). Rügen über die Ernennung von Jury-Mitgliedern und die Ausgestaltung des Verfahrens im Rahmen des Ermessens der Stiftung können allenfalls Gegenstand einer aufsichtsrechtlichen Beschwerde an den Bundesrat bilden. Sie sind dem Bundesverwaltungsgericht mangels aufsichtsrechtlicher Kompetenzen entzogen.¹⁶⁰²

b) Qualifizierte Rügepflicht für Grundrechtsverletzungen

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Verletzungen von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht prüft es aber nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist (sog. qualifizierte Rügepflicht) (Art. 106 Abs. 2 BGG). Bei Erfüllung der Rügepflicht prüft das Bundesgericht die Verletzung des Grundrechts frei.

Die qualifizierte Rügepflicht ist eine Hürde für die Durchsetzung der Menschenrechte. Nicht nur ist es für Betroffenen schwierig, Zugang zu spezialisierter Beratung und Rechtsvertretung zu erhalten. Auch auferlegt ihnen das Verfahrensrecht mit dem Rügeprinzip die Last, ihre Beschwerde qualifiziert zu begründen. Die Begründung von Grundrechtsverletzungen ist besonders anspruchsvoll, da sie nach einer eigenen Methode erfolgt, fundierte Kenntnisse der historischen und normativen Grundlagen der Verfassungsordnung erfordert und oftmals politischen oder rechtlichen Mehrheitsmeinungen entgegensteht. Die Grundrechte qualifiziert zu Rügen ist auch für professionelle Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertreter anspruchsvoll. Für Beschwerdeführer ohne professionelle Unterstützung dürfte es in der Regel schwierig sein, eine ausreichende Grundrechtsrüge argumentativ aufzubauen. Aus grundrechtlicher Sicht ist das Rügeprinzip aus diesen Gründen als problematische Lücke im Menschenrechtsschutz zu beurteilen.¹⁶⁰³ So endeten auch zur Kunstfreiheit mehrere Verfahren mit der Feststellung des Bundesgerichts, die Beschwerdeführer hätten nicht ausreichend dargelegt, inwiefern die Kunstfreiheit betroffen sei.¹⁶⁰⁴ Das Bundesgericht sollte die qualifizierte Rügepflicht bei anspruchsvollen Grundrechtsfragen mit Mass anwenden, so auch im Bereich der Kunstfreiheit, deren Konkretisierung im Einzelfall aufgrund der Komplexität des Sachbereichs und der Offenheit der Bestimmung besonders anspruchsvoll ausfallen kann.

¹⁶⁰² BVGer B-3939/2013 (10.12.2014) E. 1.2.

¹⁶⁰³ Zum Ganzen MÜLLER, Verwirklichung der Grundrechte, 130–136.

¹⁶⁰⁴ BGer-Urteil 6B_866/2016 (9.3.2017) E. 7.3 Strassenmusik; BGer-Urteil 1C_740/2016 (6.5.2015) E. 9.5 Goldenes Dach, BGer-Urteil 4D_8/2014 (3.6.2014) Pari Turpitudine.

c) Kognition des Bundesverwaltungsgerichts: Ausschluss der Unangemessenheitsprüfung

Das Kulturförderungsgesetz schliesst die Rüge der Unangemessenheit im Beschwerdeverfahren gegen Finanzhilfen aus (Art. 26 Abs. 2 KFG). Dasselbe gilt für die Filmförderung (Art. 32 Abs. 2 FiG). In Verfahren über die Kulturförderung oder Filmförderung vor Bundesverwaltungsgericht ist entgegen der allgemeinen verfahrensrechtlichen Bestimmung von Art. 49 VwVG die Rüge der Unangemessenheit nicht zulässig. Entsprechend kann auch die Rüge der Unverhältnismässigkeit (Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzip nach Art. 5 Abs. 2 BV) nicht selbständig vorgebracht werden.¹⁶⁰⁵ Die Botschaft zum Gesetz begründet das damit, dass Fachkommissionen ein «Werturteil über Qualität, Bedeutung, Einzigartigkeit und Innovationscharakter» der vorgelegten Projekte und Vorhaben fällen und solche Werturteile vom Bundesverwaltungsgericht «nur schwer überprüfbar» sind. Die gleiche Regel gilt im Filmgesetz (Art. 3 FiG). Fehler bei der Sachverhaltsfeststellung und Rechtsverletzungen wie Verfahrens- oder Ermessensfehler bleiben als Rechtsfragen überprüfbar.¹⁶⁰⁶ Ein Teil der Lehre kritisiert diese Einschränkung und fordert zu Recht in Übereinstimmung mit den verfassungsrechtlichen Garantien von Art. 29a BV die uneingeschränkte Geltung der Rechtsweggarantie auch für Entscheide des Kulturverwaltungsrechts.¹⁶⁰⁷ Hinsichtlich der vorhergehend aufgezeigten Herausforderungen in der Ausgestaltung der Kulturförderung (rechtliche Grundlagen, Förderkriterien, Zusammensetzung der Spruchkörper) wäre es zu begrüssen, wenn Förderentscheide einer unabhängigen und in einer gewissen sachlichen und persönlichen Distanz zur Kunstförderung stehenden Entscheidungsinstanz vorgelegt werden könnten.

d) Prüfungsdichte bei Kunstförderungsbeiträgen

Zu unterscheiden von der materiellen Kognition der Gerichte sind Einschränkungen in der Prüfungsdichte.¹⁶⁰⁸ Die Prüfungsdichte bestimmt darüber, mit welcher Intensität ein Gericht die vorinstanzliche Beurteilung des Falles überprüft und gegebenenfalls durch selbständige Erwägungen ersetzt.¹⁶⁰⁹ Gerichte höherer Stufe auferlegen sich regelmässig Zurückhaltung bei der Beurteilung von Fragen, die besondere Sach- oder Ortskenntnisse erfordern. Bei wenig intensiven Grundrechtseingriffen beschränkt sich das Bundesgericht grundsätzlich auf eine Vertretbarkeitskontrolle. Bei schweren Grundrechtseinschränkungen müssen auch Gerichte höherer Stufen die Fragen umfassend beurteilen. Besonders streng zu prüfen hat ein Gericht die Beschränkung von

¹⁶⁰⁵ BVGer B-4572/2012 (17.3.2015) E. 1.7 und 8 Schweiz. Bühnenverband; BVGer B-2759/2017 E. 1. Dasselbe gilt im Beschwerdeverfahren gegen Verfügungen über die Finanzhilfen im Filmwesen (Art. 32 Abs. 3 FiG), BVGer B-3924/2013 (8.9.2015) E. 3.

¹⁶⁰⁶ Botschaft KFG, 4838.

¹⁶⁰⁷ UHLMANN/BOGNUA, Zehn Thesen 378.

¹⁶⁰⁸ Zum Ganzen HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N 2041.

¹⁶⁰⁹ Zum Ganzen SCHEFER/LOOSER, Beeinträchtigung, 92 f. m.w.H.

politischen Äusserungen, ebenso wie die Einschränkung besonders persönlichkeitsnaher Lebensbereiche.

Das Bundesgericht prüft in freier Kognition, ob die Vorinstanz die massgebenden Rechtsnormen richtig angelegt und angewendet hat. Das Bundesgericht prüft beispielsweise frei, ob die geltend gemachte Verletzung in den Schutzbereich des Grundrechts fällt, auf überwiegenden öffentlichen Interessen beruht und verhältnismässig ist. Politische Rechte prüft das Bundesgericht ebenfalls ohne Einschränkung. Zurückhaltung übt das Bundesgericht hingegen bei der Beurteilung der Frage, ob ein kantonales Gesetz die Rechtsgleichheit verletzt. Bei der Willkürkognition beschränkt sich das Bundesgericht darauf, qualifizierte Unrichtigkeit zu beanstanden. Der Akt muss nicht nur unrichtig, sondern schlechthin unhaltbar sein, zum Beispiel weil keine sachlichen Gründe für den Entscheid ersichtlich sind. So prüft das Bundesgericht bei leichten Grundrechtseingriffen die gesetzliche Grundlage nur auf Willkür. Die Rechtsmittelbehörde auferlegt sich bei technischen Fragen, zu deren Beurteilung die Fachbehörde besser geeignet ist, praxisgemäss eine gewisse Zurückhaltung.¹⁶¹⁰ Dasselbe gilt bezüglich der Gewährung von Subventionen. Bei Fragen, die durch die Justizbehörde schwer überprüfbar sind, weicht das Bundesverwaltungsgericht nicht ohne Not von der Beurteilung des Fachgremiums ab. Der Rechtsmittelbehörde sind meist nicht alle massgebenden Faktoren und Fachkenntnisse für die Bewertung der Subventionsgesuche und den Vergleich der Gesuche untereinander bekannt. Solange die in Ausübung ihres Ermessens erfolgte Beurteilung des Fachgremiums nicht fehlerhaft, sachfremd oder völlig unangemessen und also unhaltbar ist, hat sich die Rechtsmittelinstanz danach zu richten. Die Auslegung und Anwendung von Rechtsvorschriften prüft das Gericht hingegen als Rechtsfrage in freier Kognition.¹⁶¹¹

5 Zusammenfassung

Der schmale Grat zwischen Dirigismus und Laisser-faire in der Kunstförderung

Eine grundrechtskonforme Kunstpolitik bewegt sich auf dem schmalen Grat zwischen *Dirigismus* und *Laisser-faire*. Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass die Freiheit der Kunst *vom* Staat und ihre Freiheit *durch* den Staat sich in einem unauflösbaren Spannungsverhältnis gegenseitig bedingen und zugleich beschränken. Die Herausforderung einer grundrechtskonformen Kunstpolitik besteht darin, die beiden Rechtsbereiche als inhärent verschränkt zu denken. Weil die Grundrechte in der gesamten Rechtsordnung zu gewährleisten sind, muss die gesamte Kunstförderung in Übereinstimmung mit der Kunstfreiheit erfolgen.

¹⁶¹⁰ BGE 121 II 378 E. 1.e.bb; BVGer B-2759/2017 (13.3.2018) E. 2; kritisch ZIBUNG/HOFSTETTER, in: Waldmann/Weissenberger, VwVG Praxiskommentar, N 21 ff.

¹⁶¹¹ BVGer B-2782/2007 (4.10.2007) E. 2; MÖLLER, Rechtsschutz bei Subventionen, 213.

Bedingungen der Freiheit

Der Staat ist verfassungsrechtlich zu einer am Menschen orientierten Kunstförderung verpflichtet. Er ist nicht Mäzen oder Gönner, der fördern kann, was ihm beliebt, und damit seinen eigenen Interessen folgt. Der Staat ist durch die Kunstfreiheit zur Schaffung derjenigen Bedingungen verpflichtet, die es den Menschen tatsächlich erlauben, ihre künstlerische Freiheit wahrzunehmen. Die Kunstförderung bringt der Kunst Wertschätzung hinsichtlich ihrer Bedeutung für den einzelnen Menschen und die Gesellschaft entgegen. Sie soll Menschen darin unterstützen, in Beziehung zu künstlerischen Arbeiten zu treten und in Auseinandersetzung mit ihnen die eigene Persönlichkeit zu entfalten. Kunstförderung bedeutet nicht zuletzt die Anerkennung, dass erst die Ausbildung grundlegender Fähigkeiten wie Sprechen, Lesen und Schreiben es den Menschen erlaubt, «die Tore zu Wissen, Denken und Kultur»¹⁶¹² zu öffnen und damit die individuelle Persönlichkeit im Austausch mit der Gesellschaft frei zu entfalten. Die so verstandene Förderung der Persönlichkeit dient mittelbar auch der Gewährleistung einer lebendigen Demokratie. Denn die Fähigkeit zur Auseinandersetzung mit den Meinungen anderer ist eine Voraussetzung dafür, dass sich Menschen mit eigenen Meinungen und Vorschlägen in die politischen Auseinandersetzungen einbringen und ihre politischen Rechte selbstbestimmt ausüben können. Die Kunstfreiheit verbietet die Instrumentalisierung der Kunst für kunstfremde Zwecke. Dieser Schutzgehalt der Kunstfreiheit ist Ausdruck der Menschenwürde, wonach der Mensch niemals Mittel für staatliche Zwecke sein darf.

Kunstförderung im weiten Sinn

Für die rechtliche Bearbeitung der Fragen an der Schnittstelle von Kulturverwaltungsrecht und Grundrechtsschutz erweist es sich als hilfreich, einen Überblick über die Vielfalt der Rechtsgebiete und der zur Verfügung stehenden Förderinstrumente zu gewinnen. Kunstförderung im weiten Sinn bedeutet in einer am Subsidiaritätsprinzip ausgerichteten und in die freie Marktwirtschaft eingebetteten Staatsordnung zunächst einmal, dass die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen bestehen, die es den Menschen erlauben, sich mit ihrer künstlerischen Tätigkeit eine eigene Subsistenzgrundlage zu schaffen. Fundament dafür ist die Wirtschaftsfreiheit, der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit und die Gewährleistung von Urheberrechten. Des Weiteren ist der Staat verpflichtet, der Kunst mittels Regulierung des Kunstmarktes faire und transparente Rahmenbedingungen zu schaffen. Dazu gehört neben dem Kartellrecht, der Finanzmarktkontrolle und Massnahmen gegen die Geldwäscherei auch die Regulierung des Kulturgütertransfers. Ein wichtiges Mittel der Kunstförderung sind des Weiteren steuerliche Massnahmen. Relevant ist auch eine an den Bedürfnissen und Eigenheiten künstlerischer Tätigkeiten ausgestaltete Sozialpolitik.

¹⁶¹² Kulturbotschaft 2012–2015, BBl 2011 2971, 3032.

Künstlerische Bildung

Neben den wirtschaftlichen Instrumenten der Kunstförderung kommt der Bildungspolitik eine zentrale Bedeutung zu. Kunst entsteht nicht in einem idealisierten gesellschaftlichen Vakuum aus einem gewissermaßen über allem schwebenden, frei schöpferischen Genie. Sie ist vielmehr eng eingebunden in ästhetische Praktiken des Sehens, Sprechens, Tanzens, Singens, Malens und Gestaltens. Mit wenigen Ausnahmen ist die Teilnahme am Kunstmarkt von der Kenntnis dieser künstlerischen Praktiken und der Einbindung in institutionelle Netzwerke abhängig. Sowohl die Praktiken als auch die Vernetzung werden in der Kunst üblicherweise in spezialisierten Ausbildungsinstitutionen vermittelt. Der Zugang zu einer künstlerischen Ausbildung ist für Kunstschaffende der Schlüssel, um in ihrem Feld bestehen zu können. Entsprechend heikel sind Zugangsbeschränkungen zu Studiengängen im Bereich der Kunst. Sie sind als selektive Förderinstrumente einer besonders sorgfältigen Grundrechtsprüfung zu unterziehen.

Die Förderung der künstlerischen Ausbildung beginnt nicht auf der Stufe künstlerischer Spezialisierung. Lesen und Schreiben sind kulturelle Grundfähigkeiten. Erst ihre Kenntnis öffnet den Zugang zu den künstlerischen Praktiken unserer Gesellschaft. Neben dem Erlernen des Lesens und Schreibens gehört auch die Förderung des individuellen Ausdrucks eines jeden Menschen zu den Grundlagen einer ganzheitlich verstandenen Kunstförderung. Kinder können ab ihren frühesten Entwicklungsstufen darin begleitet und unterstützt werden, ihre eigene Stimme, ihren körperlichen Ausdruck, eigene Bilder und ihre eigene Form und Farbwahl zu finden. Entsprechend problematisch ist die Bewertung künstlerischer Arbeiten von Kindern in der Schule. Damit wird verkannt, dass im Spiel mit den Farben und Formen das je Eigene eines Menschen zum Ausdruck gelangt, das sich einer Bewertung entzieht.

Kunstförderung i.e.S.

Eine dritte Gruppe der möglichen Förderinstrumente ist die sogenannte direkte Kunstförderung. Diese Kunstförderung im engen Sinn stellt künstlerisch tätigen Personen oder Kunstinstitutionen finanzielle Mittel oder Räume zur Verfügung. Weil diese Mittel beschränkt sind, ist die direkte Kunstförderung zugleich am stärksten mit dem Zwang zur Selektion verbunden. Direkte staatliche Kunstförderung ist für die geförderten Personen und Institutionen von elementarer Bedeutung. Sie ermöglicht die Verwirklichung von Projekten und stellt Begegnungsräume und Ressourcen zur Verfügung, die andernfalls unrealisierbar und unzugänglich blieben. Die selektive direkte Kunstförderung wirkt sich damit aber auch stark auf die tatsächliche Freiheit der Kunst aus. Die direkte Kunstförderung ist besonders grundrechtssensibel. Sie muss der Pluralität der Meinungen, Ideen und Ausdrucksformen gerecht werden, die die Vielfalt des künstlerischen Ausdrucks auszeichnen.

Rechtliche Anforderungen an die selektive Kunstförderung

Das unauflösbare Dilemma selektiver Kunstförderung spricht nicht gegen die Kunstförderung. Sie ist jedoch einer sorgfältigen Rechtfertigungsprüfung zu unterziehen. Eine solche stützt sich auf die üblichen verfassungsrechtlichen Werkzeuge. Die selektive Kunstförderung muss rechtsgleich und willkürfrei sein. Die Selektionskriterien müssen sachlich gerechtfertigt und diskriminierungsfrei ausgestaltet sein. Staatliche Fördermassnahmen bedürfen einer rechtlichen Grundlage und eines öffentlichen Interesses. Weil die Kunstförderung an der Förderung der Kunstfreiheit ausgerichtet sein muss, entsprechen die öffentlichen Interessen der Kunstförderung dem Schutzzweck der Kunstfreiheit. Die selektive Kunstförderung muss an der Förderung der künstlerischen Persönlichkeitsentfaltung und kulturellen Teilhabe ausgerichtet sein. Kunstfremde öffentliche Zwecke sind mit der Kunstfreiheit im Bereich der Kunstförderung nicht zu vereinbaren. Dazu gehören namentlich auch das öffentliche Interesse an der Pflege des Erscheinungsbildes der Schweiz im Ausland oder die Förderung des Wirtschaftsstandorts Schweiz. Sie bedienen sich der Kunst als Instrument für andere Zwecke, was der Kunstfreiheit widerspricht. Unter welchen Bedingungen der Staat als Kunstkonsument auftreten kann, muss als eigenständige Fragestellung unter Berücksichtigung der Anforderungen aus der Kunstfreiheit beurteilt werden.

Die Kunstförderung im engen Sinn findet im internationalen und nationalen Recht breite, aber heterogene rechtliche Grundlagen. Das rechtliche Geflecht aus Gesetzen, Verordnungen, verschiedenen Botschaften und weiteren administrativen Unterlagen, in dem sich die Kunstförderungs politik abspielt, ist symptomatisch für Defizite in Bezug auf deren grundrechtskonforme Ausgestaltung. Während das Wissen um die Grundrechtsbindung offensichtlich wird, bleiben viele Bereiche ihrer praktischen Umsetzung nach wie vor offen. Staatliche Kunstförderung bei gleichzeitiger Gewährleistung der künstlerischen Freiheit bleibt eine Gratwanderung.

Die kantonalen und eidgenössischen Grundlagen der Kunstförderung verdeutlichen einerseits, wie heterogen und vielschichtig die Kunstförderung in einem föderalen Staat aufgebaut ist. Das hat den Vorteil, dass viele verschiedene Formen der Kunstförderung viele verschiedene Kunstansätze zu fördern vermögen. Der Nachteil besteht darin, dass die Kunstförderung unübersichtlich, bis zu einem gewissen Grad zufällig und für die Akteure der Kunst unberechenbar und administrativ aufwendig ist. Die eidgenössische Kulturbotschaft 2016–2020 nennt denn auch eine stärkere Kohäsion hin zu einer national koordinierteren Kulturpolitik als Ziel der kulturpolitischen Ausrichtung. Die rechtlichen Grundlagen machen zugleich sichtbar, dass die Ziele der Kunstpolitik oftmals vage formuliert und sich die Ausrichtung der Kunstförderung in der Innen- und der Aussenpolitik bedeutend unterscheidet. Auffällig ist, wie selten die Kunstfreiheit in den Verträgen, Gesetzen, Verordnungen und Botschaften Erwähnung findet. Eine konsequente Orientierung der Kunstförderung an der Kunstfreiheit lässt sich aus den Dokumenten nicht erkennen.

Eine inhaltliche Wertung der Kunstprojekte lässt sich in einer Vielzahl der kompetitiven Förderleistungen, bei denen eine Kommission eine Auswahl der geförderten

Kunst trifft, nicht vermeiden. Entscheidend ist einerseits die rechtsstaatliche Ausgestaltung des Verfahrens. Andererseits müssen die Entscheide inhaltlich so begründet sein, dass keine Projekte aufgrund ihres politischen und gesellschaftskritischen Gehalts oder aufgrund ihrer künstlerischen Methoden ausschliesslich oder überhaupt gar nicht gefördert werden. Eine Politik, die Kunstwerke sanktioniert, weil sie nicht einem mehrheitsfähigen Kunstgeschmack entsprechen oder als nicht ausreichend repräsentativ empfunden werden, bringt zum Ausdruck, dass sie die dirigistischen Tendenzen, die die Schweizer Kulturpolitik des 20. Jahrhunderts prägten, und denen sich der Schutzzweck der Kunstfreiheit entgegenstellt, noch nicht überwunden hat. Deutlich wird dann, auf welchem schmalen Grat sich eine Kunstpolitik bewegt, die die Freiheit und kulturelle Vielfalt fördert und dabei weder der Gleichgültigkeit einer Laissez-faire-Politik noch der Repression eines Kunstdirigismus verfällt.

Die Kunstförderung ist Teil der Leistungsverwaltung. Für die Leistungsverwaltung hat sich eine spezifische Praxis zur Beurteilung der rechtlichen Grundlagen und der Ermessensausübung ausgebildet. Die Grundrechtsprüfung der Leistungsverwaltung ist nicht deckungsgleich mit derjenigen der Eingriffsverwaltung. Zwar sind die rechtsstaatlichen Grundsätze in beiden Bereichen anwendbar. Die Prüfung von Eingriffen in die Kunstfreiheit erfolgt dennoch nach einer eigenen Rechtsdogmatik. Der nachfolgende vierte und abschliessende Teil der vorliegenden Arbeit wendet sich der Frage nach der Beurteilung von Eingriffen in die Kunstfreiheit zu.

Vierter Teil

Grenzen

I Die relative Freiheit der Kunst

In der Nacht vom 23. Januar 1917 stieg eine Gruppe von Künstlerinnen und Künstlern – unter ihnen Gertrude Drick, John Sloan und Marcel Duchamp – auf den Torbogen am *Washington Square*. Der Platz liegt im Herzen des Greenwich Village in Manhattan, damals bei Kunstschaaffenden und der Bohème ein beliebtes Quartier. Sie schmückten den Bogen mit Lampen und Kerzen, feuerten Knallschüsse und riefen die *Free and Independent Republic of Washington Square* aus. Gertrude Drick verlas im Namen der *Arch Conspirators* eine Unabhängigkeitserklärung. Sie bestand angeblich aus nichts anderem als dem ständig wiederholten Wort *whereas*. Das Ereignis erweckte die Freude einiger und den Ärger anderer. Einzige Folge der Aktion war, dass die Treppe zum Torbogen seither verschlossen ist. In der Kunstgeschichte zählt die Kunstrevolution am Washington Square zu einem der wichtigen Ereignisse der Avantgarde-Bewegung.¹⁶¹³

Knapp hundert Jahre später betritt eine Gruppe junger, mit leuchtfarbenen Sturmmasken verkleideter Frauen des Künstlerinnen-Kollektivs *Pussy Riot* die Christ-Erlöser-Kathedrale in Moskau. Sie steigen auf den Ambo und singen ein *Punk-Gebet*, in dem sie die *Mutter Gottes* darum bitten, den Präsidenten zu verjagen (Abbildung 3). Der Auftritt dauert 41 Sekunden. Dann werden die Frauen von Sicherheitskräften überwältigt. Drei ihrer Mitglieder werden kurze Zeit später verhaftet und in einem unter schwierigen Bedingungen geführten Prozess zu mehrjährigen Freiheitsstrafen im Arbeitslager verurteilt. Die Kunstwelt und die internationale Gemeinschaft reagieren schockiert.¹⁶¹⁴

Zwei performative Kunstwerke, deren Folgen für die Künstlerinnen und Künstler nicht unterschiedlicher hätten sein können. Beiden Kunstwerken kommt eine ausdrücklich politische Geste zu. In beiden überschreiten die Kunstschaaffenden bewusst rechtlich gesetzte Grenzen. Beide finden an öffentlichen Orten statt. In einem Fall passierte nichts. Im anderen Fall waren die Konsequenzen dramatisch. Wie sind diese Ereignisse aus Sicht der Kunstfreiheit zu beurteilen? Wo liegen die Grenzen der künstlerischen Freiheit? Welche Einschränkungen sind zulässig? Und wo räumt die Kunstfreiheit der Kunst das Recht ein, rechtlich gesetzte Grenzen rechtmässig zu überschreiten? Mit diesen Fragen befasst sich der letzte Teil der Arbeit.

¹⁶¹³ Eine kurze Beschreibung der Ereignisse und die berühmte Radierung *Arch Conspirators* (1917) von John Sloan finden sich in MORSE, John Sloan Prints, 209.

¹⁶¹⁴ Eine Zusammenstellung von Dokumenten zum Prozess und Stellungnahmen von Drittpersonen findet sich in PUSSEY RIOT, Pussy Riot!; zum EGMR-Urteil 38004/12 (2018) Alekhina v Russia (Pussy Riot) siehe vorne Teil I Kap. II.3.

Das erste Kapitel erinnert daran, dass der Verfassungsgeber mit der Kunstfreiheit einen Grundsatzentscheid *für* die Freiheit der Kunst gefällt hat. Das bedeutet, dass jeder Entscheid *gegen* die künstlerische Freiheit nach einer Rechtfertigung verlangt. Diese darf sich nicht über den Grundsatz hinwegsetzen, wonach die Freiheit die *Regel* und deren Einschränkung die *Ausnahme* ist. Das zweite Kapitel weist auf die Besonderheit der Kunst hin, als das werdende in Konflikt mit dem Bestehenden zu kommen. Die Kunstfreiheit verpflichtet die Gerichte und die Verwaltung, diesen Aspekt der Kunst als kunstspezifische Eigenheit in der Beurteilung ihrer Rechtmässigkeit zu berücksichtigen. Das dritte Kapitel vermittelt die dogmatischen Grundlagen zur Prüfung von Grundrechtseingriffen und ihrer Anwendung auf die Kunst. Es geht darum aufzuzeigen, inwiefern die Kunstfreiheit von den Gerichten sowohl die Berücksichtigung der allgemeinen Schrankendogmatik als auch der kunstfreiheitsspezifischen Eigenheiten verlangt. Das vierte Kapitel befasst sich mit dem *Beurteilungsmassstab*, den Gerichte anwenden, um die Rechtmässigkeit der ihnen vorgelegten Kunstwerke zu beurteilen. *Wie* betrachten Gerichte die ihnen vorgelegten Kunstwerke, um sich daraus ein Urteil über die Grenzen der Kunstfreiheit zu bilden? Das Kapitel zeigt auf, welchen Massstab das Bundesgericht bis anhin verwendet, weshalb einzelne Aspekte dieses Ansatzes aus grundrechtlicher Sicht problematisch sind und welche Alternativen sich im internationalen Recht und in anderen Rechtsordnungen abgezeichnet haben. Das fünfte Kapitel wendet sich den *Beurteilungskriterien* zu. *Was* können und sollten Gerichte berücksichtigen, wenn sie die Rechtmässigkeit von Kunstwerken beurteilen?

1 Freiheit als Grundsatz

Mit der Kunstfreiheit hat der Verfassungsgeber einen Grundsatzentscheid *für* den Schutz der künstlerischen Freiheit gefällt. Geschützt sind sämtliche künstlerischen Äusserungen. Das gilt auch dann, wenn sie störend oder schockierend sind (siehe dazu Teil II Kapitel II.3.1). Die Freiheit der Kunst muss die Regel bleiben und ihre Einschränkung eine zu rechtfertigende Ausnahme.

An der bisherigen Rechtsprechung zur Kunstfreiheit lässt sich beobachten, dass die Freiheit der Kunst vor Gericht einerseits nur zurückhaltend gegen gesetzgeberische Einschränkungen verteidigt wird, andererseits der Kunst nur zögerlich der rechtsüberschreitende Freiraum zugestanden wird, den sie unter Umständen benötigt. So hat beispielsweise der EGMR in seinem Leiturteil zur Kunstfreiheit *Müller g. Schweiz* zwar den Schutz der Kunst anerkannt. In der Gewichtung in Bezug auf das öffentliche Interesse am Schutz der Moral hat es der Vertragspartei jedoch einen grossen Ermessensspielraum eingeräumt. Die Besonderheiten künstlerischer Äusserungen hat es in der Abwägung kaum thematisiert. Entsprechend hat der Richter Spielmann in seiner abweichenden Meinung zum Urteil die Gewichtung der Kunstfreiheit gegenüber staatlichen Interessen als zu wenig nachdrücklich kritisiert.

«Freedom of expression is the rule and interferences by the State, properly justified, must remain the exception. [...] Otherwise, many of the guarantees laid down in the Convention might be in danger of remaining a dead letter, at least in practice.»¹⁶¹⁵

Eine ähnliche Problematik lässt sich auch im *Mephisto*-Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts beobachten. In seiner Beurteilung des Romans *Mephisto* von Klaus Mann gelang es dem Gericht einerseits mit bemerkenswerter Klarheit, die Eigenheiten der Kunstfreiheit dogmatisch einzurahmen (zum Urteil einleitend Teil I Kapitel II.5.1. a). In der Rechtfertigungsprüfung lässt sich jedoch beobachten, dass das Gericht der verfassungsrechtlich vorgegebenen Gewichtung der künstlerischen Freiheit effektiv wenig Gewicht einräumt. Entsprechend überzeugt das Urteil aus heutiger Sicht im Grundsatz, nicht jedoch im Ergebnis. Wie die Richterin Rupp-von Brünneck in ihrem Sondervotum zum Urteil treffend festhielt, trägt das Urteil damit dem Grundsatzentscheid des Verfassungsgebers zu wenig Rechnung, dass Eingriffe in die Kunstfreiheit zum Schutz der Rechtsgüter «eine sehr eng zu begrenzende Ausnahme darstellen» müssen.¹⁶¹⁶

Die wertende Abwägung zur Kunstfreiheit vermag nur unter der Voraussetzung zu überzeugen, dass im konkreten Einzelfall die der Kunst mit der Kunstfreiheit rechtlich eingeräumte Werthaftigkeit entsprechend gewichtet wird. Im deutschen Verfassungsrecht enthält die Gewichtung der Kunstfreiheit mit der vorbehaltlosen Gewährleistung des Grundrechts ein zusätzliches rechtliches Momentum (dazu hinten Teil IV Kapitel I.3.d). Grundrechte stehen im verfassungsrechtlichen System als vom Verfassungsgeber vorgegebenes Gegengewicht zu anderen politischen Mehrheitsentscheidungen und damit für die Gewährleistung individueller Freiräume in den unterschiedlichsten rechtlichen Konstellationen. Überschreitet ein Kunstwerk gesetzliche Vorgaben, so sind diese einschränkenden Rechtsnormen im Lichte der Kunstfreiheit auszulegen. Das bedeutet, dass die Freiheit gegenüber der gesetzlichen Einschränkung abzuwägen ist, wobei der Kunstfreiheit das verfassungsrechtlich gewährleistete Gewicht einzuräumen ist. Die Freiheit der Kunst darf nicht vorschnell gegenüber einschränkenden Regulierungen oder Verboten oder den Rechtsgütern Dritter aufgegeben werden. Die politische Gemeinschaft hat sich mit den Grundrechten in einem Grundsatzentscheid dazu verpflichtet, gewisse individuelle Freiräume gegenüber den Entscheidungen der Legislative und anderer staatlicher Gewalten so weit wie möglich offenzuhalten. Das gilt unter begründeten Umständen auch dann, wenn diese Freiheit bedeutet, dass sich eine Person über das geltende Recht hinwegsetzt.

¹⁶¹⁵ EGMR 10737/84 (1988) Müller v Switzerland, Dissenting Opinion Spielmann, N 10.

¹⁶¹⁶ BVerfGE 30, 173 *Mephisto*, Sondervotum Rupp-v. Brünneck, N 3 (224).

2 Offenheit für Veränderungen

a) Kunst als Provokation und Veränderung

In der Kunst eine absolute Freiheit zu beanspruchen, ist eine künstlerische Position, die, eingebettet in die mittlerweile ein Jahrhundert alte Praxis der künstlerischen Manifeste, eine ihr eigene Funktion im Kunstsystem einnimmt. In der politischen Kunst steht der Anspruch auf Freiheit von jeglichen gesellschaftlichen und rechtlichen Vorgaben in engem Dialog mit Praktiken des zivilen Ungehorsams und dem Recht auf Widerstand. So deklariert beispielsweise der mit provokativen Mitteln aktivistisch arbeitende Künstler Philipp Ruch die «völlige» Freiheit der Kunst und weist rechtlich gesetzte Schranken kategorisch zurück.¹⁶¹⁷ Ähnlich hatte Heinrich Böll in seiner Wuppertaler Rede die Kunst als Freiheit definiert: «Gegebene Freiheit ist für sie keine, nur die, die sie hat, ist oder sich nimmt.» Und entsprechen kann der Kunst nach Böll niemand vorschreiben, wie weit die ihr gelassene Freiheit reicht. Die Kunst muss diese Grenze selbst herausfinden, indem sie «zu weit geht, um herauszufinden, wie weit sie gehen darf».¹⁶¹⁸ Als *künstlerische* Position nehmen solche, die Grenzen der rechtlich verfassten Gesellschaft infrage stellenden Arbeiten eine wichtige Funktion ein und lassen sich historisch in ihrer Verschränkung mit Fragen staatlicher Herrschaft und Souveränität weit zurückverfolgen.¹⁶¹⁹ In der Kunst die absolute Freiheit der Kunst zu erklären, führt zu Provokation und Diskussion und allenfalls zur gewünschten Öffnung normativer Grenzen, die als einschränkend oder ungerecht empfunden werden.

Der Richter Oliver Wendell Holmes hat in einem Urteil einmal treffend festgehalten, dass jede Idee eine Provokation ist («every idea is an incitement»¹⁶²⁰). Jeder neuartige Gedanke, der in einer Geste oder in Worten Ausdruck findet, geht über das Bestehende hinaus. Es ist die schlichte Form ihrer ständigen Veränderlichkeit, mit welcher die Kunst die Stabilität der rechtlichen Ordnung berührt. Kunst erschafft eine Sicht auf die Gesellschaft und manchmal auch eine neue Vision für die Gesellschaft. Beides überschreitet unter Umständen die bestehende gesellschaftliche Ordnung und gerät infolgedessen in Konflikt mit dem Recht. Es ist diese Freiheit zur Veränderung, der die Kunstfreiheit einen Platz in der Rechtsordnung einräumt. Der amerikanische Supreme Court würdigt diese Funktion der Meinungsäußerungsfreiheit im Urteil *Barnette* mit folgenden Worten:

«[...] the freedom to differ is not limited to things that do not matter much. That would be a mere shadow of freedom. The test of its substance is the right to differ as to things that touch the heart of the existing order.»¹⁶²¹

¹⁶¹⁷ PHILIPPE RUCH, Wir haben das Theater, um nicht an der Wirklichkeit zugrunde zu gehen, nachkritik.de vom 19. August 2015.

¹⁶¹⁸ BÖLL, Freiheit der Kunst, 1.

¹⁶¹⁹ BREDEKAMP, Der Künstler als Verbrecher, 20 f.; KANTOROWICZ, Die Souveränität des Künstlers, 337.

¹⁶²⁰ *Gitlow v New York*, 268 U.S. 652, 673.

¹⁶²¹ *West Virginia State Board of Education v Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), 642; in der Rechtsprechung zur Kunst zit. durch *United States ex rel. Radich v Criminal Court of New York*, 385

Die Kunst tritt aber noch auf einer anderen Ebene mit rechtlich gesetzten Grenzen in Konflikt. Kunst ist persönlicher Ausdruck und als solcher auch Ausdruck des immer wieder Neuen und Einzigartigen jedes Menschen. So wie die Demokratie die Regierungsform der ständig im Werden begriffenen Gesellschaft ist, würdigt die Kunstfreiheit das ständig im Werden begriffene Individuum. «Es gibt keine Kunst ohne Zusammenprall», schreibt Sergej Eisenstein deshalb in seinen Abhandlungen über die Kinematografie.¹⁶²² Eisensteins Aussage spinnt den Faden zur Schutzausrichtung der Kunstfreiheit, die den jedem Menschen eigenen und somit immer im Werden begriffenen Ausdruck schützt.

b) Kunstfreiheit als Garantin eines kunstspezifischen Freiraums

Gesellschaftliche Veränderungen werden normalerweise *im politischen Prozess* absorbiert und allenfalls in Recht transformiert. Grundrechten kommt in der Staatsorganisation diesbezüglich indessen eine spezielle Funktion zu. Sie besteht darin, für spezifisch geschützte Lebensbereiche einen freiheitlichen Raum zwischen Politik und Recht zu schaffen. Die Kunstfreiheit vermittelt der Kunst im rechtlichen Gefüge eine Stellung, die im Konflikt mit rechtlichen Vorgaben einen Bereich eröffnet, in dem die kunstspezifische Eigenheit, das Bestehende zu überschreiten, unabhängig vom politischen Prozess einen Freiraum erhält. Dass Kunst das Bestehende hinterfragt und überschreitet, gehört zu den Besonderheiten dieser Kommunikationsform¹⁶²³ und ist vom Normbereich der Kunstfreiheit erfasst.¹⁶²⁴

c) Kunstfreiheit als relative Freiheit

Zugleich findet Kunst – wie jede menschliche Tätigkeit – *in der Gesellschaft* statt. Sie ist so gesehen eine menschliche Tätigkeit neben vielen anderen. Die Kunstfreiheit würdigt den besonderen Wert der Kunst. Aber ebenso würdigen andere Grundrechte den Wert anderer menschlicher Tätigkeiten. Die Kunstfreiheit ist ein Grundrecht neben anderen. Sie gilt entsprechend nicht absolut, sondern nur relativ zur Freiheit anderer. Das ist eine Konsequenz des auf Kant zurückzuführenden, liberal-rechtsstaatlichen Grundsatzes, wonach die Freiheit des Einzelnen ihre Grenzen an der Freiheit der anderen findet.

F. Supp. 165 (1974), 183 f., zum Schutz einer 1966 in der New Yorker Radich Gallerie ausgestellten Skulptur von Marc Morrel, welche symbolische Gegenstände mit einer amerikanischen Fahne verhüllte. Die Ausstellung war Teil der Protestkunst gegen den Vietnamkrieg, weiterführend VAN RAA-DEN, *Battlefield Stars and Stripes*; JONES, *Art Law*, 161 f.; DUBOFF/KING/MURRAY, *Art Law*, 309 f.; ausführlich FELDMAN/WEIL, *Art Law*, 3–37.

¹⁶²² SERGEJ M. EISENSTEIN, *Le cinéma de l'avenir*, in *Monde* 1929 Nr. 76, 9, zit. aus DIDI-HUBER-MANN, *Formlose Ähnlichkeiten*, 302; vertiefend zum Thema von Kunst, Konflikt und Zerstörung auch GAMBONI, *The Destruction of Art*; FLECKNER/STEINKAMP/ZIEGLER, *Produktive Zerstörung*. Weiterführend FLECKNER/STEINKAMP/ZIEGLER, *Produktive Zerstörung*, 2 f.

¹⁶²⁴ Zu eng ist deshalb die Haltung des Bundesgerichts, wonach die öffentliche Ordnung für Meinungskundgebungen, die mit rechtswidrigen Handlungen verbunden sind, keinen Raum lässt, BGE 143 I 147 E. 3.2; BGE 132 I 256 E. 3.

Zaccaria Giacometti brachte diesen zentralen Gedanken über die Relativität der Grundrechte wie folgt zum Ausdruck:

«Haben aber die Menschenrechte als politisches Wertesystem die Würde und den Eigenwert des Einzelnen und die Entfaltung des Individuums in der staatlichen Gemeinschaft sicherzustellen, so kann [...] deren Ausübung von der Verfassung sinnvollerweise auch nicht schrankenlos gewährleistet sein [...] denn die Freiheit des Einzelnen findet eben ihre Grenze an der Freiheit der anderen.»¹⁶²⁵

Die Schweizer Grundrechtsordnung ist darauf ausgerichtet, verschiedene Interessen und Rechte gegeneinander abzuwägen und einen gesellschaftlich akzeptablen Ausgleich zu schaffen. Zweck der Einschränkung von Grundrechten ist es, die Gemeinwohlverträglichkeit neben- und miteinander gelebter individueller Lebensformen zu gewährleisten und, wo notwendig, zum Schutz der Rechte anderer zu beschränken.¹⁶²⁶ Die Kunst findet ihre Grenzen dort, wo die Freiheiten anderer oder gewichtige staatliche Interessen eine Einschränkung zu rechtfertigen vermögen. In diesem mediativen Raum zwischen der rechtlich gewährleisteten *Stabilität* der Rechtsordnung und der Kunstfreiheit als Garantin von *Offenheit* und *Veränderung* spielt sich die Beurteilung der Grenzen der Kunst ab. Der aporetische Konflikt zwischen Stabilität, Veränderung und konfligierenden Freiheiten stellt die Gerichte vor die komplexe Aufgabe einer mehrdimensionalen Gewichtung und Abwägung. In der Anwendung der Kunstfreiheit besteht oftmals die besondere Herausforderung darin, dass nicht nur verschiedene Freiheiten einander gegenüberstehen, sondern auch die transformative Funktion der Kunst in einer dem einzelnen Kunstwerk angemessenen Weise zu berücksichtigen ist.

3 Rechtfertigung von Eingriffen

Die Kunstfreiheit schützt vor Eingriffen in ihren Schutzbereich. Einschränkungen des Schutzbereichs bedürfen der Rechtfertigung. Lehre und Rechtsprechung haben für die Rechtfertigung von Grundrechten eine spezifische Dogmatik entwickelt, die sich in der totalrevidierten Bundesverfassung in Art. 36 BV niedergeschlagen hat. Die Bestimmung gibt kein vordefiniertes Prüfschema vor, das automatisiert auf alle Grundrechte der Bundesverfassung anwendbar ist. Sie bietet der Beurteilung von Grundrechtseingriffen jedoch rechtlich verbindliche Anhaltspunkte, die in Bezug auf das jeweilige Grundrecht und vor dem Hintergrund der jeweiligen Fallkonstellation zu konkretisieren sind. In jedem Fall ist zu prüfen, ob überhaupt ein Eingriff in den Schutzbereich der Kunstfreiheit vorliegt. Liegt ein Eingriff vor, so bedarf er einer gesetzlichen Grundlage, eines überwiegenden öffentlichen Interesses und muss verhältnismässig sein.

¹⁶²⁵ GIACOMETTI, Freiheitskataloge, 24.

¹⁶²⁶ Anstelle vieler SCHEFER/LOOSER, Beeinträchtigung, 83, 90.

Nachfolgend ist die allgemeine Schrankendogmatik summarisch zusammengefasst. Die Berücksichtigung der Literatur beschränkt sich an dieser Stelle auf die kommentierende Literatur. Ihr sind Hinweise auf weiterführende Abhandlungen zur allgemeinen Schrankendogmatik im Bereich der Grundrechte zu entnehmen. Der Fokus der vorliegenden Abhandlung liegt in den spezifischen Herausforderungen, die sich in der Anwendung der Kunstfreiheit stellen. Diese liegen in der Frage nach dem für die Kunstfreiheit spezifischen Beurteilungsmassstab (Teil IV Kapitel II) und den Beurteilungskriterien (Teil IV Kapitel III).

3.1 Eingriff

a) Begriff

Ein Eingriff in die Kunstfreiheit liegt dann vor, wenn der mit Art. 21 BV geschützte Bereich durch die Handlung eines Adressaten betroffen ist.¹⁶²⁷ Von der Intensität des Eingriffs ist abhängig, wie hoch die Anforderungen an dessen Rechtfertigung anzusetzen sind.¹⁶²⁸ Als grundrechtsrelevante Ereignisse kommen individuell-konkrete Rechtsakte (Verfügungen, Pläne, Verträge, Beschlüsse, Gerichtsurteile) ebenso infrage wie generell-abstrakte Erlasse (Gesetze, Verordnungen, Reglemente) oder Realakte (tatsächliche Handlungen).¹⁶²⁹

b) Eingriffe durch Tun oder Unterlassen

Das Ereignis kann sowohl in einem aktiven *Tun* als auch in einem *Unterlassen* bestehen.¹⁶³⁰ Ein Eingriff in die Kunstfreiheit durch ein *Tun* liegt etwa vor, wenn das Ausstellen eines Bildes oder die Vorführung eines Filmes verboten wird. Ein Eingriff in die Kunstfreiheit durch ein *Unterlassen* erfolgt bswa dann, wenn Gewaltandrohungen gegen eine Theateraufführung ausgesprochen werden und die Polizei keine Sicherheitsvorkehrung trifft, um die Sicherheit der Vorführung zu gewährleisten.

c) Direkte und indirekte Eingriffe

Eingriffe in die Kunstfreiheit können in direkter und in indirekter Weise erfolgen. Ein Grundrechtseingriff erfolgt *direkt*, wenn ein Grundrechtsadressat Massnahmen erlässt, die ausdrücklich die Kunst tangieren. Das Verbot von Pornografie ist bswa ein *direkter* Eingriff in die Kunstfreiheit.

¹⁶²⁷ SCHEFER/LOOSER, Beeinträchtigung, 85.

¹⁶²⁸ EPINEY, BSK BV 36 N 21 m.w.H.; SCHEFER/LOOSER, Beeinträchtigung, 86.

¹⁶²⁹ EPINEY, BSK BV 36 N 15.

¹⁶³⁰ EPINEY, BSK BV 36 N 15; SCHEFER/LOOSER, Beeinträchtigung, 85. Zu den Handlungsformen der Bundesversammlung siehe TSCHANNEN, Staatsrecht, § 45 N 21–47; zu den Formen des Verwaltungshandelns siehe HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, N 843–847.

Ein Grundrechtseingriff erfolgt *indirekt*, wenn ein Grundrechtsadressat indirekt oder mittelbar auf den vom Schutzbereich erfassten Lebensbereich einwirkt. Ein *indirekter* Eingriff in die Kunstfreiheit liegt beispielsweise dann vor, wenn Kunstausstellungen oder Theateraufführungen mit einer Sondersteuer belegt werden, das Arbeitsrecht keine den Arbeitszeiten eines Theaters angemessenen Ausnahmen kennt, oder eine Gewerbeordnung so ausgestaltet ist, dass das Aufführen von Kleinkunst im öffentlichen Raum faktisch verunmöglicht wird.

Massgebend für das Vorliegen eines indirekten Eingriffs ist, ob zwischen dem grundrechtsrelevanten Ereignis und dem Verhalten des Grundrechtsadressaten ein ausreichender Kausalzusammenhang besteht. Indirekte Einwirkungen sind den Grundrechtsadressaten insbesondere dann anzurechnen, wenn ihr Verhalten die tatsächlichen Voraussetzungen für die Wahrnehmung grundrechtlich geschützter Lebensbereiche in gewichtiger Weise beeinträchtigt, so dass sich das Verhalten im Ergebnis ähnlich wie eine direkte Einwirkung auswirkt. Es muss in jedem Fall ein hinreichend enger Bezug zwischen dem fraglichen Verhalten des Grundrechtsadressaten und den Einschränkungen grundrechtlich geschützter Bereiche der Kunst bestehen.¹⁶³¹

d) Chilling Effect

Als indirekter Eingriff in die Kunstfreiheit gelten auch Massnahmen, die abschreckend wirken (sog. *chilling effect*). Die Ausübung der Grundrechte darf durch negative Begleiterscheinungen nicht derart beschränkt werden, dass von einer Abschreckungswirkung oder einem Einschüchterungseffekt zu sprechen ist.¹⁶³²

Die Zensur eines Films wirkt abschreckend auf das künstlerische Schaffen, weil sie Künstlerinnen und Künstler oder Kunstvermittler dazu veranlasst, vermehrt Selbstzensur zu üben. Drastische Freiheitsstrafen oder hohe Bussen für geringfügige Rechtsübertretungen im Rahmen von Kunstaktionen wirken abschreckend. Wenn für die Ausübung eines ideellen Grundrechts Polizeikosten verrechnet werden, welche die Grundrechtsberechtigten von der Grundrechtswahrnehmung abhalten, liegt ein indirekter Eingriff in die Meinungsäusserungsfreiheit vor. Die Kostenforderungen müssen moderat ausgestaltet sein, so dass die effektive Grundrechtsausübung tatsächlich möglich bleibt. Entscheidend ist die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit.¹⁶³³

¹⁶³¹ Anstelle vieler EPINEY, BSK BV 36 N 18; SCHWEIZER, SGK BV 36 N 2; BIAGGINI, BVK 36 N 5.

¹⁶³² BGE 143 I 147 E. 3.3; EGMR 17488/90 (1996) *Goodwin v UK*, N 39; EPINEY, BSK BV 36 N 18; SCHWEIZER, SGK BV 36 N 2; BIAGGINI, BVK 36 N 5; ausführlich zum Chilling Effekt STABEN, Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung.

¹⁶³³ BGE 143 I 147 E. 3.3.

3.2 Rechtfertigung

a) Rechtfertigungsgründe nach Art. 36 BV

Einschränkungen der Kunstfreiheit müssen die in Art. 36 BV genannten Rechtfertigungskriterien erfüllen, wobei die Aufzählung weder abschliessend noch automatisiert auf sämtliche Grundrechte anwendbar ist. In Bezug auf ein bestimmtes Grundrecht können weitere Anforderungen massgeblich sein. Die Rechtfertigungsprüfung nach Art. 36 BV verpflichtet die Gerichte, sämtliche gesetzlich gesetzten Schranken auf ihre Vereinbarkeit mit dem Schutzbereich der Grundrechte zu prüfen. Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt und verhältnismässig sein. Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar (nachfolgend Teil IV Kapitel I.4).¹⁶³⁴

Die Schrankendogmatik konkretisiert zentrale rechtsstaatliche Prinzipien ausdrücklich für die Grundrechte. Sie sind als Grundsätze für die gesamte Rechtsordnung in Art. 5 der Bundesverfassung in Geltung gesetzt. Art. 36 BV präzisiert und verfestigt diese rechtsstaatlichen Prinzipien spezifisch für Grundrechtsbeschränkungen.¹⁶³⁵

Art. 36 BV gibt nicht ein starres Prüfprogramm für Grundrechtseinschränkungen vor. Es handelt sich nicht um Bedingungen, die den Grundrechten «übergestülpt» werden. Die Anforderungen an rechtmässige Einschränkungen können auch nicht aus Art. 36 BV alleine abgeleitet werden. Sie bedürfen der anwendungsorientierten Konkretisierung in Auseinandersetzung mit dem betroffenen Grundrecht.¹⁶³⁶

Mögliche Gründe für die Einschränkung der Kunstfreiheit sind mannigfaltig. Die Wortwahl des zweiten Satzteils von Art. 36 Abs. 2 BV wird von der Lehre im weiten Sinn verstanden, wonach nicht nur grundrechtlich, sondern auch mittels anderer Rechte geschützte Interessen Dritter die Beschränkung eines Grundrechts zu rechtfertigen vermögen.¹⁶³⁷

b) Ausdifferenzierung der Rechtsprechung zu einzelnen Rechtsfragen

Für einzelne Rechtsbereiche hat das Bundesgericht die im Konfliktfall mit der Kunst fällige Güterabwägung stärker herausgearbeitet. So hat es für Konflikte zwischen der Kunstfreiheit und dem zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz durch satirische Kunst unter Anwendung von Art. 27 ff. ZGB eine eigene Rechtsprechung entwickelt. Ebenso

¹⁶³⁴ EPINEY, BSK BV 36 N 24; SCHEFER/LOOSER, Beeinträchtigung, 83, dort auch Hinweise zu spezifischen Anforderungen an Grundrechtsbeeinträchtigungen im Notstand, bei missbräuchlicher Anrufung des Grundrechts oder nach Einwilligung der Betroffenen.

¹⁶³⁵ EPINEY, BSK BV 36 N 7; nach SCHEFER/LOOSER, Beeinträchtigung, 83, ist ungeklärt, wie weit sich die Grundsätze von Art. 5 BV von Art. 36 BV unterscheiden.

¹⁶³⁶ EPINEY, BSK BV 36 N 24; SCHWEIZER, SGK BV 36 N 8; BIAGGINI, BVK 36 N 5.

¹⁶³⁷ SCHEFER/LOOSER, Beeinträchtigung, 90; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N 319; SCHWEIZER, SGK BV 35 N 35 f.; BIAGGINI, BVK 36 N 21.

hat das Bundesgericht im Bereich des Sexualstrafrechts eine spezifische Rechtsprechung für die Abwägung der Interessen am Schutz der Kunst gegenüber den strafrechtlich geschützten Rechtsgütern (ausführlich Teil I Kapitel II.4.1.c und d). Des Weiteren zu nennen sind Konflikte zwischen der Kunstfreiheit und der Eigentumsgarantie. Der Schutz der Eigentümer (Art. 26 BV) begründete die Massnahmen gegen den «Sprayer von Zürich».¹⁶³⁸ Einschränkungen der Kunstfreiheit erfolgen auch zum Schutz der Persönlichkeit Dritter. So schützte das Bundesgericht beispielsweise die Witwe Hodlers gegen die Ausstellung eines Gemäldes, das ihren Mann auf dem Totenbett abbildete.¹⁶³⁹

Die Beschränkung religiöser Motive in der Kunst kann sowohl durch den Schutz der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV) als auch durch ein stärker auf dessen gesamtgesellschaftliche Bedeutung ausgerichtetes öffentliches Interesse an der Wahrung des religiösen Friedens (Art. 72 Abs. 3 BV) motiviert sein. Das Bundesgericht verurteilte etwa Kurt Fahrner, weil er mit der öffentlichen Ausstellung des Kunstwerks *Bild einer gekreuzigten Frau unserer Zeit* die «Überzeugung anderer in Glaubenssachen» beschimpft oder verspottet hatte (Art. 261 Abs. 1 aStGB).¹⁶⁴⁰

c) Verhältnismässigkeitsprüfung

Die einander gegenüberstehenden Interessen sind mittels Verhältnismässigkeitsprüfung in einen dem konkreten Einzelfall angemessenen Ausgleich zu bringen.¹⁶⁴¹ Die rechtsanwendenden Behörden müssen sich in der Verhältnismässigkeitsprüfung bemühen, *praktische Konkordanz* zwischen den einander gegenüberstehenden Freiheiten oder Rechtsgütern herzustellen.¹⁶⁴² Urteile, in denen eine Freiheitsstrafe für ein nicht gewalttätiges Verhalten ausgesprochen wird, sind besonders sorgfältig auf ihre Verhältnismässigkeit zu prüfen.¹⁶⁴³

Wann bei einem Werk die künstlerische Freiheit stärker wiegt als das ihr gegenüberstehende öffentliche Interesse oder die Rechte Dritter, kann nicht in allgemeingültiger Form festgelegt werden. Es liegt im Wesen der Kunst, ständig neue Formen anzunehmen, weshalb das entscheidfallende Organ spezifisch für die konkrete Fallkonstellation zu entscheiden hat. Wie für jede Rechtsnorm muss auch bei der Kunstfreiheit im kon-

¹⁶³⁸ EKMR 9870/82 (1983); NAEGELI, in: EuGRZ 1984, 259 ff., 260.

¹⁶³⁹ BGE 70 II 127.

¹⁶⁴⁰ BGE 86 IV 19 E. 3; zum Fall Fahrner vorne, Teil I Kap. II.4.1.c.

¹⁶⁴¹ SCHWEIZER, SGK BV, N 13 zu Vorbem. zu Art. 7–36 BV. Nicht Grundrechtskollision, sondern -konkurrenz liegt vor, wenn mehrere konkrete Grundrechte derselben Person in einem Sachverhalt zum Tragen kommen (dazu oben Teil I Kap. II.4.4).

¹⁶⁴² HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N 319 f. m.w.H., in N 319a auch auf die Rechtsprechung des EGMR, welcher den Staaten in Fällen, in denen mehrere Grundrechte gegeneinander abgewogen werden, einen grossen Ermessensspielraum zugesteht, sofern der Staat die Abwägung in Übereinstimmung mit den in der Rechtsprechung des Gerichtshofs niedergelegten Kriterien vorgenommen hat.

¹⁶⁴³ EGMR 38004/12 (2018) Alekhina v Russia (Pussy Riot), N 211.

kreten Anwendungsfall um eine überzeugende Interpretation gerungen werden.¹⁶⁴⁴ Das gilt im Übrigen nicht nur für Entscheide über die Anwendung der Kunstfreiheit durch die Gerichte oder Behörden. Auch dem Gesetzgeber gibt die Kunstfreiheit keine vorgegebene Lösung auf. Wie das Urheberrecht oder die Kulturförderung in Übereinstimmung mit der Kunstfreiheit auszugestalten sind, ergibt sich erst mittels konkretisierender Auslegung des Grundrechts in Bezug auf das anstehende Gesetzgebungsprojekt.

3.3 Anforderungen aus der Europäischen Menschenrechtskonvention

Die internationalrechtlichen Vorgaben entsprechen in den Grundzügen der Schweizer Rechtsdogmatik zur Rechtfertigung von Grundrechtseinschränkungen. Wenngleich die Terminologie je nach Vertragsinstrument unterschiedlich ausfällt, bleiben grundsätzlich dieselben rechtlichen Überlegungen einschlägig. Eingriffe in Grundrechte bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, eines öffentlichen Interesses und müssen verhältnismässig sein. Sowohl in der Rechtsprechung zur EMRK als auch in den kommentierenden Texten der Vertragsorgane zum Zivilpakt und zum Sozialpakt findet sich zudem die Verpflichtung zur Berücksichtigung der kunstspezifischen Eigenheiten eines Sachverhalts.

a) Rechtfertigungsprüfung nach Art. 10 Ziff. 2 EMRK

Die Europäische Menschenrechtskonvention belegt die Ausübung der Freiheit nach Art. 10 Ziff. 2 EMRK mit Pflichten und sieht gerechtfertigte Einschränkungen vor. Wie umfangreich die «Pflichten und Verantwortung» zu verstehen sind, ist von der situativen Ausgangslage der jeweiligen Tätigkeit und von den eingesetzten Mitteln abhängig.¹⁶⁴⁵ *Notwendig* und also gerechtfertigt sind Einschränkungen nach Art. 10 Ziff. 2 EMRK dann, wenn sie dem Schutz der nationalen Sicherheit, der territorialen Unversehrtheit oder der öffentlichen Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, ebenso zum Schutz der Gesundheit oder der Moral, zum Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer, zur Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen oder zur Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung dienen. *Notwendig* heisst nach EMRK auch, dass die Einschränkungen verhältnismässig sind. Massnahmen sind dann notwendig, wenn sie einen legitimen Zweck mit geeigneten, erforderlichen und dem Zweck angemessenen Mitteln verfolgen.¹⁶⁴⁶

b) Besonderer Schutz politischer Meinungsäusserungen

Der EGMR betont in konstanter Rechtsprechung, dass die Meinungsäusserungsfreiheit auch diejenigen Äusserungen vor Einschränkungen schützt, die verletzend, schockie-

¹⁶⁴⁴ BGE 131 IV 64 E. 10.1.3.

¹⁶⁴⁵ EGMR 10737/84 (1988) Müller v Switzerland, N 34.

¹⁶⁴⁶ HOPPE, Kunstfreiheit, 51.

rend und störend wirken. Das ist ein Gebot der demokratischen Gesellschaft, die auf den Grundsätzen von Pluralismus, Toleranz und Offenheit basiert.¹⁶⁴⁷ Für politische Meinungsäußerungen und Debatten über Themen von öffentlichem Interesse wendet der EGMR einen besonders strikten Prüfmasstab an.¹⁶⁴⁸

Der besonders starke Schutz von politischen oder künstlerischen Meinungsäußerungen in einem politischen Kontext verschafft der Kunst nicht *per se* eine privilegierte Stellung. So bleibt der Zugang zu privatem Grund durch das gewichtige Interesse des Schutzes der Privatsphäre auch für künstlerische Meinungsäußerungen grundsätzlich verwehrt. Aber auch an gewissen öffentlich zugänglichen Orten können politische oder künstlerische Äußerungen unangebracht sein und mit legitimen Interessen beschränkt werden. Das trifft beispielsweise auf religiöse Stätten zu.¹⁶⁴⁹ Der EGMR hat für Fragen zum Schutz der Religion keinen einheitlichen europäischen Standard aufgestellt. Er räumt den lokalen Behörden einen grossen Ermessensspielraum ein, behält sich aber dessen autonome Kontrolle vor.¹⁶⁵⁰ Im Fall Otto Preminger bswe hat der EGMR das Aufführungsverbot für einen Film mit Verweis auf den Schutz der Gewissens- und Religionsfreiheit von Art. 9 EMRK und den Ermessensspielraum der lokalen Behörden gerechtfertigt.¹⁶⁵¹

3.4 Rechtsvergleichende Hinweise

Auch in rechtsvergleichender Hinsicht finden sich sowohl in kontinentaleuropäischen Rechtstraditionen als auch in *Common-Law*-Rechtsordnungen vergleichbare Kriterien für die Rechtfertigung von Einschränkungen der Kunstfreiheit, wenn auch mit bedeutenden Unterschieden in der jeweiligen Ausgestaltung.

a) Deutschland

Das Grundgesetz gewährleistet die Kunst aufgrund ihrer besonderen gesellschaftlichen Bedeutung *vorbehaltlos*. Das bedeutet, dass die Grenzen der Kunstfreiheit nicht in einem einfachen Gesetz vorgesehen sein können. Als Grund für ihre Einschränkung kommen nur die Grundrechte Dritter oder Rechtswerte von Verfassungsrang infrage.¹⁶⁵² Die gewöhnlichen Grundrechtsschranken nach Art. 2 Abs. 1 Halbsatz 2 GG und auch die Schranken der Meinungsäußerungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 2 GG sind

¹⁶⁴⁷ EGMR 38004/12 (2018) *Alekhina v Russia (Pussy Riot)*, N 197.

¹⁶⁴⁸ EGMR Nr. 38004/12 (2018), *Alekhina v Russia (Pussy Riot)*, N 212: «[...] there is little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on political speech or debates on questions of public interest. It has been the Court's persistent approach to require very strong reasons for justifying restrictions on political debate, for broad restrictions imposed in individual cases would undoubtedly affect respect of the freedom of expression in general in the State concerned.»

¹⁶⁴⁹ EGMR 38004/12 (2018), *Alekhina v Russia (Pussy Riot)*, N 213.

¹⁶⁵⁰ EGMR 10737/84 (1988) *Müller v Switzerland*, N 35.

¹⁶⁵¹ EGMR 13470/87 (1994) *Otto-Preminger Institut v Austria*, N 50.

¹⁶⁵² Bestätigt u.a. in BVerfGE 30, 173 (191, 193) *Mephisto*; WITTRICK, in: Dreier, GGK 5 III N 53.

auf die Kunstfreiheit nicht anwendbar – auch nicht analog.¹⁶⁵³ Schranken der Kunstfreiheit können sich einzig auf Grundlage anderer Verfassungsbestimmungen ergeben, die ein ebenfalls wesentliches Rechtsgut der Verfassungsordnung schützen.¹⁶⁵⁴

Das Grundgesetz trägt mit der vorbehaltlosen Gewährleistung der Kunstfreiheit dem Umstand Rechnung, dass die Kunst die ihr zugeschriebenen Funktionen nur dann entfalten kann, wenn sie das bestehende Recht durch gewisse Handlungen überschreiten und damit einen Beitrag zur Problematisierung der bestehenden Normen leisten kann. Weil der Schutz der Kunstfreiheit besonders schwer wiegt, reicht eine bloße Gesetzesübertretung für ihre Einschränkung nicht aus. Eine lediglich geringfügige Beeinträchtigung eines Rechtsguts oder die bloße Möglichkeit einer schwerwiegenden Beeinträchtigung sind für die Begrenzung der Kunstfreiheit nicht ausreichend. Infrage kommt nur eine zweifelsfrei feststehende, besonders schwerwiegende Beeinträchtigung eines Rechtsguts.¹⁶⁵⁵ Abgesehen von dieser noch stärker erhöhten Gewichtung der Freiheit sind die weiteren Prüfschritte mit der Schweizer Rechtsdogmatik weitestgehend vergleichbar.

b) Vereinigte Staaten von Amerika

Die Rechtsprechung zur *Free Speech Clause* des First Amendments zeichnet sich dadurch aus, dass sie die Meinungsäußerungsfreiheit stark vor Einschränkungen abschirmt. Fällt ein Sachverhalt in den Schutzbereich des First Amendments, ist er grundsätzlich vor Einschränkungen geschützt. Das amerikanische Recht hält sich besonders streng an den Grundsatz einer verfassungsrechtlich gewährleisteten Freiheit, die nur unter eng begrenzten Ausnahmen beschränkt werden darf. Derweil hat sich jedoch auch im amerikanischen Recht eine spezifische Dogmatik für die Rechtfertigung von Einschränkungen der Meinungsäußerungsfreiheit entwickelt. Gerechtfertigte Ausnahmen sind dann möglich, wenn von der Meinungsäußerung eine ganz konkrete Gefahr ausgeht. Des Weiteren können Meinungen auch durch Vorgaben eingeschränkt werden, die nicht auf die Beschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit gerichtet sind, sondern einem davon losgelösten, gewichtigen öffentlichen Interesse dienen.

Clear and Present Danger Test

Der Supreme Court entwickelte in der Zwischenkriegszeit eine mittlerweile gefestigte Rechtsprechung im Umgang mit Einschränkungen der freien Meinungsäußerung. Im Urteil *Schenck v United States* präsentierte der Richter Oliver Wendell Holmes den bis heute anwendbaren *Clear and Present Danger Test* zur Abgrenzung der geschützten von den nicht schützenswerten Äußerungen.

¹⁶⁵³ BVerfGE 30, 173 (191 f.) Mephisto; in konstanter Rechtsprechung bestätigt, siehe bsw. BVerfGE 67, 213 Anachronistischer Zug (C.III.1.).

¹⁶⁵⁴ BVerfGE 67, 213 Anachronistischer Zug (C.III.1.); WITTRICK, in: Dreier, GGK 5 III N 53 f.; HUFEN, Kunstfreiheit HGR IV, § 101 N 79.

¹⁶⁵⁵ BVerfGE 67, 213 Anachronistischer Zug (C.III.1.).

«The question in this very case is whether the words used are used in such circumstances and are of such nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent.»¹⁶⁵⁶

Die darauffolgende Rechtsprechung und die dazu geäußerten Dissenting Opinions beispielsweise in den Fällen *Abrams v United States*¹⁶⁵⁷, *Whitney v California*¹⁶⁵⁸ oder *United States v Schwimmer*¹⁶⁵⁹ vertieften und präzisierten die Klausel. Der *Clear and Present Danger Test* versucht, ein ausgeglichenes Verhältnis zu finden zwischen dem vollumfänglichen Schutz aller Meinungen, auch wenn sie zu Gewalt führen, und dem vollständigen Verbot von Meinungen, die sich inhaltlich auf Gewalt berufen oder sich für die Abschaffung der bestehenden Staatsordnung aussprechen.¹⁶⁶⁰

In *Feiner v New York* stützte das Gericht die Festnahme eines Veteranen, der auf der Strasse vor einer Menschenmenge Kritik an der Regierung übte und die Schwarzen dazu aufforderte, die Waffen zu ergreifen, um sich gegen ihre Rechtlosigkeit zu wehren. Richter Black erachtete in seiner Dissenting Opinion das Vorgehen der Polizei als nicht gerechtfertigt, weil der Sprecher die Anwesenden weder zu unmittelbaren Handlungen aufgerufen hatte, noch eine unkontrollierbare Unruhe drohte. Die Gewaltandrohung eines Zuhörers gegen den Sprecher hätte nicht die Festnahme des Sprechers, sondern eine polizeiliche Massnahme gegen denjenigen, der den Sprecher an der Ausübung seiner freien Meinungsäußerung hinderte, zum Schutz des Sprechers provozieren müssen.¹⁶⁶¹

¹⁶⁵⁶ *Schenk v United States*, 249 U.S. 47 (1919); LEWIS, *Freedom for the Thought That We Hate*, 26; DUBOFF/KING/MURRAY, *Art Law*, 299.

¹⁶⁵⁷ Holmes präzisierte seine eigene Formel in seiner berühmten Dissenting Opinion im Fall *Abrams v. United States*, 250 U.S. 211 (1919), wonach lediglich störende oder politisch nicht opportune Meinungen gerade auch in Kriegszeiten geschützt sind: «I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country.» Zitiert nach LEWIS, *Freedom for the Thought That We Hate*, 32 f.

¹⁶⁵⁸ Opinion der Richter Brandeis und Holmes in *Whitney v California*, 274 U.S. 357 (1927), 374 ff.: «that it is hazardous to discourage thought, hope and imagination; that hate menaces stable government. [...] Believing in the power of reason as applied through public discussion, they eschewed silence coerced by law – the argument of force in its worst form. Recognizing the occasional tyrannies of governing majorities, they amended the Constitution so that free speech and assembly should be guaranteed.»

¹⁶⁵⁹ Dissenting Opinion von Richter Holmes in *United States v Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929): «the principle of free thought – not free thought for those who agree with us but freedom for the thought that we hate.» LEWIS, *Freedom for the Thought That We Hate*, 37.

¹⁶⁶⁰ SULLIVAN/FELDMAN, *First Amendment*, 24.

¹⁶⁶¹ *Feiner v New York*, 340 U.S. 315 (1951); SULLIVAN/FELDMAN, *First Amendment*, 63 f.

Brandenburg-Test

In den 1960er-Jahren hatte der Supreme Court Massnahmen gegen Demonstranten zu beurteilen, die sich für die Rechte der Schwarzen einsetzten. Während sich die Demonstranten selbst friedlich verhielten, war die Ausübung ihrer Rechte durch Aussenstehende gefährdet. Das Gericht war der Ansicht, dass sich polizeiliche Massnahmen nicht gegen diejenigen richten dürfen, der eine geschützte Meinung äussert, sondern gegen diejenigen, der diese Äusserung stört. Die Polizei muss sich für den Schutz der Demonstranten einsetzen, damit sie ihre Rechte effektiv ausüben können.¹⁶⁶² Die Lehre geht davon aus, dass dieser hohe Standard kaum je Einschränkungen künstlerischer Äusserungen zu rechtfertigen vermag, da es wenig wahrscheinlich sein dürfte, dass Kunst eine so starke Wirkung entfaltet.¹⁶⁶³

In *Brandenburg v Ohio*¹⁶⁶⁴ kondensierte der Supreme Court die bisherige Rechtsprechung zum nach wie vor anwendbaren *Brandenburg-Test*. Meinungsäusserungen können dann eingeschränkt werden, wenn sie erstens darauf ausgerichtet sind, zu unmittelbaren Rechtsverletzungen aufzufordern, oder zu solchen führen («to incite or produce imminent lawless action») (Frage des Inhalts der Äusserung) und es realistisch erscheint, dass die Rechtsverletzung tatsächlich stattfinden könnte («likely to incite or produce such action») (Frage von Kontext und Wirkung der Äusserung).¹⁶⁶⁵

Ein für die Kunstfreiheit illustratives Beispiel ist das Urteil eines Federal Courts im Fall *Nelson v Streeter*. Die Stadt Chicago hatte die Entfernung eines Gemäldes aus einer Ausstellung in der lokalen Kunstschule angeordnet. Das Bild war eine Kritik am soeben erst verstorbenen ersten schwarzen Bürgermeister von Chicago und zeigte ihn in Frauenunterwäsche. Die Ausstellung fand in den privaten Gebäuden der Kunstschule statt und war nur Mitgliedern der Kunstschule zugänglich. Das Bild löste ablehnende Reaktionen aus, weil es als rassistisch und die Würde des Verstorbenen verletzend wahrgenommen wurde. Das Gericht erkannte in der Entfernung des Bildes durch die Regierung eine Verletzung des First Amendments («we do not see any difference between burning an offensive book and burning an offensive painting»¹⁶⁶⁶). Das Argument der Stadt, es hätte damit Unruhen verhindern wollen, liess das Gericht nicht gelten. Es unterschied zwischen Kunst, die darauf ausgerichtet ist, Unruhe anzustiften, und Kunst, die unbeabsichtigt Unruhen auslöst, weil ihr Inhalt in der Öffentlichkeit kontrovers aufgenommen wird. Massnahmen gegen das Kunstwerk sind nur in ersterem Fall zuläs-

¹⁶⁶² Edwards v South Carolina, 372 U.S. 229 (1963); Cox v Louisiana, 379 U.S. 536 (1965); SULLIVAN/FELDMAN, First Amendment, 65 f.

¹⁶⁶³ MERRYMAN/ELSEN/URICE, Law, Ethics and the Visual Arts, 706: «This is a high standard to meet, and art, unlikely to trigger city-wide riots, seems on the whole protected.»

¹⁶⁶⁴ Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

¹⁶⁶⁵ DuBOFF/KING/MURRAY, Art Law, 300; MERRYMAN/ELSEN/URICE, Law, Ethics and the Visual Arts, 706.

¹⁶⁶⁶ Nelson v Streeter, 16 F.3d 145 (7th Cir. 1994), 148; McMURPHY/STAPLETON, in: Kaufman, Art Law Handbook, 208; MERRYMAN/ELSEN/URICE, Law, Ethics and the Visual Arts, 720.

sig, während sich in letzterem Fall die Massnahmen der Regierung direkt gegen diejenigen Personen richten müssen, die an den Unruhen teilnehmen.¹⁶⁶⁷

Ein weiteres Beispiel ist der Fall eines Schülers, der auf einer Zeichnung eine Pistole zeichnete, die auf den blutenden Kopf eines Beamten gerichtet ist. Das Gericht schützte den Schüler unter dem First Amendment. Es konnte in der Zeichnung keine ausreichend konkrete Gefahr erkennen, die eine Einschränkung der Meinungsäusserung zu rechtfertigen vermochte. Es betonte des Weiteren, dass Zeichnungen symbolisch sind und einen grossen Interpretationsspielraum offenlassen, der bei der Beurteilung der von ihnen ausgehenden Gefahr zu berücksichtigen ist.¹⁶⁶⁸

Indirekte Einschränkungen von Free Speech: O'Brien-Test

Des Weiteren befand der Supreme Court indirekte Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit für zulässig, sofern sie einem öffentlichen Interesse dienen und nicht direkt auf die Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit gerichtet sind. Das Gericht entwickelte im Urteil *United States v O'Brien*¹⁶⁶⁹ einen vierstufigen Test, um indirekte Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit auf ihre Vereinbarkeit mit dem First Amendment zu überprüfen. Demnach sind Massnahmen, die sich einschränkend auf die freie Meinungsäusserung auswirken, dann gerechtfertigt, wenn sie im Kompetenzbereich der Regierung liegen, einem wichtigen oder begründeten öffentlichen Interesse dienen, dieses Interesse nicht auf die Unterdrückung der freien Meinungsäusserung gerichtet ist und die einschränkende Wirkung für die Freiheiten unter dem First Amendment nicht grösser ist als für die Durchsetzung des öffentlichen Interesses notwendig.¹⁶⁷⁰

In *United States v O'Brien* erachtete das Gericht das Verbot, aus Protest die Registrierungskarte für die Armee zu verbrennen, als gerechtfertigt, weil es nicht auf die Einschränkung der Meinungsäusserungsfreiheit gerichtet ist und durch das gewichtige öffentliche Interesse an einem reibungslosen Ablauf der Rekrutierung gerechtfertigt ist.¹⁶⁷¹ Unter Anwendung des *O'Brien*-Tests beurteilte das Gericht ein Nacktverbot für Tanzaufführungen in Nachtclubs als gerechtfertigt zum Schutz der gesellschaftlichen Ordnung und Moral. Ausschlaggebend war die enge Ausgestaltung des Verbots.¹⁶⁷²

¹⁶⁶⁷ Nelson v Streeter, 16 F.3d 145 (7th Cir. 1994), 150; McMURPHY/STAPLETON, in: Kaufman, Art Law Handbook, 208.

¹⁶⁶⁸ LERNER/BRESLER, Art Law, 813.

¹⁶⁶⁹ United States v O'Brien, 391 U.A. 367 (1968).

¹⁶⁷⁰ United States v O'Brien, 391 U.A. 367 (1968), 377: «It is within the constitutional power of the Government; if it furthers an important or substantial governmental interest; if the governmental interest is unrelated to the suppression of the free expression; and if the incidental restriction on alleged first amendment freedoms is no greater than is essential to the furtherance of that interest.»

¹⁶⁷¹ United States v O'Brien, 391 U.A. 367 (1968).

¹⁶⁷² Barnes v Glen Theatre, Inc. 501 U.S. 560 (1991); City of Erie v Paps' A.M., 529 U.S. 277 (2000); DuBOFF/KING/MURRAY, Art Law, 306; LERNER/BRESLER, Art Law, 803.

Des Weiteren hat sich eine spezifische Dogmatik für einzelne Arten oder Inhalte der Meinungsäußerung entwickelt. So gewährleistet das amerikanische Recht pornografischen Meinungsäußerungen (obscene speech) einen weniger hohen Schutz (dazu vorne Teil I Kapitel II.5.3). Ausnahmen von der Freiheit sind in diesem Bereich also einfacher zu rechtfertigen. Da die Darstellung von Nacktheit und Sexualität in der Kunst ein wichtiges Thema ist, ist diese Einschränkung aus Sicht der Kunstfreiheit problematisch zu beurteilen.

4 Unantastbarer Kerngehalt der Kunstfreiheit

Grundrechte sind in ihrem Kerngehalt unantastbar (Art. 36 Abs. 4 BV). Der unbedingte Schutz des Kerngehalts ist nicht eine Eingriffsvoraussetzung, sondern eine Eingriffsschranke. Sie beschränkt von vornherein die zulässigen Eingriffe inhaltlich.¹⁶⁷³ Als *Schrankenschranke* nimmt Art. 36 Abs. 4 BV den Entscheid vorweg, wonach die zentralsten Schutzgehalte nicht zur Disposition stehen und sich Eingriffe in diesen Bereich unter keinen Umständen rechtfertigen lassen. In diesen besonders schützenswerten und verletzlichen Bereichen menschlicher Existenz sollen keine Massnahmen eingreifen können, mögen ihnen noch so gewichtige Interessen zugrunde liegen. Der Verfassungsgeber hat damit für alle staatlichen Gewalten die Interessenabwägung im Bereich der Kerngehalte verbindlich entschieden.¹⁶⁷⁴

4.1 Minimaler Raum für die künstlerische Persönlichkeitsentfaltung

Die freiheitliche Rechtsordnung schützt mit dem Kerngehalt der Grundrechte die essenziellen Gehalte der Selbstbestimmung, der Persönlichkeitsentfaltung und des Person-Seins absolut.¹⁶⁷⁵ Der Kerngehalt eines Grundrechts ist berührt, wenn das Grundrecht durch eine Massnahme völlig unterdrückt, in seinem Gehalt entleert oder als Institution aufgegeben wird.¹⁶⁷⁶

a) Mindestmass an künstlerischen Entfaltungsmöglichkeiten

Die Kunstfreiheit schützt den persönlichen Ausdruck und die persönliche Freiheit durch und in der Begegnung mit Kunst. Als absolut geschützter Wesenskern der Kunstfreiheit muss in jedem Fall ein bestimmtes Mindestmass an künstlerischen Entfaltungsmöglichkeiten bestehen bleiben. Dazu gehört sowohl das Herstellen von Kunst als auch die Kommunikation mittels und über Kunst.¹⁶⁷⁷

¹⁶⁷³ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, N 1182.

¹⁶⁷⁴ SCHEFER/LOOSER, Beeinträchtigung, 93.

¹⁶⁷⁵ BGE 90 I 29, 37; SALADIN, Grundrechte im Wandel, 290 f.

¹⁶⁷⁶ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Bundesstaatsrecht, N 324.

¹⁶⁷⁷ BGE 97 I 45 E. 3.

Bleiben beispielsweise einer inhaftierten Person oder einer Person im Militärdienst keinerlei Möglichkeiten, künstlerisch tätig zu sein und in Kommunikation mit der Kunst zu treten, ist der Kerngehalt der persönlichen Freiheit verletzt. Entsprechend Art. 10 Abs. 3 BV handelt es sich unter Umständen gar um eine grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe, beispielsweise wenn Insassen dafür bestraft werden, dass sie singen oder sich mit Literatur befassen.¹⁶⁷⁸ Welche elementare Bedeutung künstlerische Betätigung für Menschen haben kann, beweisen nicht zuletzt die in den Konzentrationslagern unter Lebensgefahr hergestellten Kunstwerke.¹⁶⁷⁹

b) Verbot eines Herstellungs- und Veröffentlichungszwangs

Als schrankenlos und notstandsfest gilt das negative Recht, nicht kommunizieren zu müssen. Entsprechend dem negativen Gehalt der Kommunikationsgrundrechte zählt demnach zum Kerngehalt der Kunstfreiheit, dass niemand zur Herstellung oder Veröffentlichung seiner Kunst gezwungen werden darf. Das negative Recht der Nicht-Kommunikation ist auch durch Art. 19 Abs. 1 Zivilpakt geschützt.¹⁶⁸⁰ Es gewährleistet allen Menschen absoluten Schutz, sich eine Meinung zu bilden, eine Meinung zu haben, seine Meinung nicht äussern zu müssen und dazu auch nicht gezwungen zu werden.¹⁶⁸¹

4.2 Zensurverbot

Wie für alle Kommunikationsgrundrechte gehört auch für die Kunstfreiheit das Verbot der Zensur zum unantastbaren Kerngehalt. Art. 17 Abs. 2 BV gilt für sämtliche Kommunikationsfreiheiten, unabhängig davon, von wem und auf welche Weise eine Äusserung ausgeht.

¹⁶⁷⁸ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 116 m.H.a. die Rechtsprechung.

¹⁶⁷⁹ Siehe zur Kunst in Konzentrationslagern MOREH-ROSENBERG/SMERLING, Kunst aus dem Holocaust; KAUMKÖTTER, Der Tod hat nicht das letzte Wort.

¹⁶⁸⁰ KÄLIN/KÜNZLI, Universeller Menschenrechtsschutz, 476, 477: «Die Gedanken-, Gewissens- und Meinungsfreiheit ermöglicht weltanschaulichen Pluralismus und bildet damit eine unabdingbare Grundlage demokratischer Gesellschaften. Sie schützt die geistige Autonomie des Menschen und damit den Kernbereich der Privatsphäre. Als grundsätzlich rein passives Verhalten im Bereich des Innenlebens kann ihre Ausübung nicht legitime öffentliche Interessen oder Rechte beeinträchtigen, welche eine Beschränkung rechtfertigen können.» Auch der amerikanische Supreme Court schützt die negative Meinungsäusserungsfreiheit. Es erachtete die Pflicht, Kinder zum Grüßen der Fahne zu zwingen, wenn sie dies aus religiösen Gründen nicht tun, als Verletzung des First Amendments, *West Virginia State Board of Education v Barnette*, 319 U.S. 624 (1943); *DUBOFF/KING/MURRAY*, Art Law, 302.

¹⁶⁸¹ KÄLIN/KÜNZLI, Universeller Menschenrechtsschutz, 476 f.; JOSEPH/CASTAN, ICCPR, 18.05; HRC, GC 34, Ziff. 9–11. Ebenfalls schützt das Recht davor, dass eine Meinung nicht aufgezwungen wird, bswe mittels zwangswesiger Indoktrination oder Umerziehung. Zwanglose Kommunikation oder Propaganda des Staates ist von Art. 19 Abs. 1 Zivilpakt nicht erfasst.

a) Verbot systematischer Vorzensur

Unmittelbare und systematische Vorzensur verletzt den Kerngehalt der Kunstfreiheit und ist nicht zulässig.¹⁶⁸² Das hat auch das Bundesgericht wiederholt bestätigt, jüngst im zweiten Genfer Theaterfall.¹⁶⁸³ Eine Vorzensur besteht auch in systematischen Programmkontrollen von Theaterbühnen, Kinos, Museen, Verlagen und Galerien. Die seit Beginn des Filmwesens Ende des 19. Jahrhunderts bis Ende des 20. Jahrhunderts in den Kantonen praktizierte systematische Vorzensur von Filmen ist mit dem geltenden Grundrechtsverständnis nicht mehr zu vereinbaren.¹⁶⁸⁴ Einer Vorzensur entspricht auch die Kontrolle von Arbeiten, Äusserungen oder Handlungen bestimmter Kunstschaffender, Vereine oder Institutionen.

b) Jugendschutz und Präventivzensur

Nicht sämtliche Formen der Zensur sind als Kerngehaltsverletzung zu qualifizieren. Als gerechtfertigte Einschränkung gilt die nach wie vor praktizierte Filmvorzensur aus Gründen des Jugendschutzes bei Kinovorführungen.¹⁶⁸⁵ Auch Präventiveingriffe im Einzelfall können unter Umständen gerechtfertigt sein. Sie sind besonders schwere Eingriffe in die Kunstfreiheit und ausschliesslich dann rechtmässig, wenn sie dem Schutz fundamentaler Rechtsgüter dienen, beispielsweise dem Schutz von Leib oder Leben, und entsprechend den rechtsstaatlichen Anforderungen an Grundrechtseinschränkungen auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen und verhältnismässig sind.¹⁶⁸⁶

c) Mittelbare Zensur

Sorgfältig auf ihre Vereinbarkeit mit der Kunstfreiheit zu prüfen ist auch die mittelbare Zensur. Eine mittelbare Zensur liegt beispielsweise dann vor, wenn ein Theaterprogramm zwar nicht zensiert wird, die Höhe dauerhafter Unterstützungsleistungen einer Theaterbühne oder eines Festivals aber erst unter Berücksichtigung der konkreten Pro-

¹⁶⁸² MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 351–353; MEYER/HAFNER, SGK BV 21 N 16; WYTTENBACH, BSK BV 21 N 10; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, § 25 N 14; KRÜSI, Zensurverbot, 239 f., 289 ff., 320 f.

¹⁶⁸³ BGer-Urteil 2C_719/2016 (24.8.2017) E. 3.6: «En outre, en ce domaine, la censure préalable, soit le contrôle général et anticipé du contenu des opinions que l'intéressée veut exprimer, est interdite». Siehe auch BGE 138 I 274 E. 2.2. und 3.4 wonach das generelle Verbot von Plakaten zu aussenpolitisch brisanten Themen der ideellen Funktion der Meinungsäusserungsfreiheit nicht Rechnung trägt und einer verbotenen Zensur gleichkommt.

¹⁶⁸⁴ BGE 120 Ia 190 E. 2; Gl.M. die herrschende Lehre MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 353; MEYER/HAFNER, SGK BV 21 N 16; WYTTENBACH, BSK BV 21 N 10; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, § 25 N 14; KRÜSI, Zensurverbot, 239 f., 289 ff., 320 f.

¹⁶⁸⁵ Entsprechend relativierend zur Pauschalisierung der Vorzensur als Kerngehaltsverletzung BIAGGINI, BVK 17 N 16.

¹⁶⁸⁶ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 354 f.

gramminhalte festgesetzt wird. Eine mittelbare Zensur erfolgt auch dann, wenn Theaterhäuser aufgrund politisch unliebsamer Produktionen bei der nächsten Budgetdebatte im Parlament finanziell abgestraft werden.

Das prominenteste Beispiel für eine mittelbare Zensur ist der berühmte *Hirschhorn*-Skandal. Die Bundesversammlung kürzte Pro Juventute das Budget um eine Million Schweizerfranken, weil die Mehrheit des Parlaments mit einer *Hirschhorn*-Ausstellung im *Centre Culturel Suisse* in Paris nicht einverstanden war.¹⁶⁸⁷

Das amerikanische Recht weist eine Reihe in rechtsvergleichender Hinsicht interessanter Urteile zu Budgetkürzungen auf, die von den Gerichten als Verletzung der Free Speech Clause beurteilt wurden. Das bekannteste Beispiel ist die 1999 im Brooklyn Museum organisierte *Sensation Exhibit* mit Werken von Chris Ofili, Damine Hirst und Rachel Whiteread. Dem (katholischen) Bürgermeister missfiel insbesondere das Bild *The Holy Virgin Mary* von Chris Ofili – eine Maria mit Elefantendung auf den Brüsten. Die Stadt informierte das Museum, dass sie alle Fördergelder streichen, den Institutsrat auswechseln und dem Museum das Gebäude entziehen würde, es sei denn die Ausstellung werde abgesagt. In einem Brief an das Museum bezeichnete der Bürgermeister die Kunst als «sick stuff», das ihn verletzt.

«You don't have a right to a government subsidy to desecrate someone else's religion.»

Als das Museum standhaft blieb, stellte die Stadt ihre Zahlungen an das Museum ein. Das Museum zog vor Gericht.¹⁶⁸⁸ Das Gericht erkannte in den städtischen Massnahmen eine schwerwiegende Verletzung des First Amendments, indem die Verwaltung künstlerische Werke zensurierte, bloss weil sie als störend, schockierend oder gefährlich empfunden wurden.¹⁶⁸⁹ Bereits gesprochene Fördergelder an ein Museum dürften auch dann nicht entzogen werden, wenn dies unter einem Vorwand geschieht, beispielsweise die Verletzung einer reglementarischen Vorschrift. Ein seit über hundert Jahren institu-

¹⁶⁸⁷ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte 569: «Als ‹Strafaktion› verstanden, ist eine solche Massnahme mit der Kunstfreiheit kaum vereinbar»; WYTENBACH, BSK BV 21 N 12 «eine Abstrafung von Subventionseinrichtungen durch die Politik [...] [ist] verfassungsrechtlich fragwürdig.» A.M. aber UHLMANN/BOGNUMA, Zehn Thesen, 372: «Diese finanzpolitische Bestrafung hätte wohl auch die Berufung auf die Kunstfreiheit nicht abwehren können, dies sowohl juristisch – Freiheitsrechte sind nur ausnahmsweise leistungsbegründend – wie auch politisch.» Diese Einschätzung gewichtet zu wenig, dass die Budgetkürzung aufgrund einer konkreten Ausstellung erfolgte und explizit mit einer konkreten Ausstellung in den Räten begründet wurde.

¹⁶⁸⁸ *Brooklyn Institute of Arts and Sciences v City of New York*, 64 F. Supp. 2d 184 (E.D.N.Y. 1999), abgedruckt in DUBOFF/BURR/MURRAY, *Art Law Cases and Materials*, 641–655; DUBOFF/KING/MURRAY, *Art Law*, 323 f.; MERRYMAN/ELSEN/URICE, *Law, Ethics and the Visual Arts*, 728–747; Jones, *Art Law*, 167 f., dort auch Hinweis auf *Yo Mama's Last Supper* von Renée Cox ebendort, das zu indirekter Zensur mittels Streichung von Fördergeldern führte. Das Urteil zum Brooklyn Museum ist besprochen bei EISENBERG, *The Brooklyn Museum Controversy*; ROTHFIELD, *Unsettling «Sensation»*.

¹⁶⁸⁹ *Brooklyn Institute of Arts and Sciences v City of New York*, 64 F. Supp. 2d 184 (E.D.N.Y. 1999); DUBOFF/BURR/MURRAY, *Art Law Cases and Materials*, 647 f.

tionalisiertes Museum mit einer der wichtigsten Sammlungen könne nicht einfach unter einem minderen Vorwand mit einer dermassen schwerwiegenden Sanktion belegt werden. Das First Amendment schützt die freie Meinung auch vor mittelbaren Einschränkungen jeglicher Form.¹⁶⁹⁰ Der Staat ist zwar nicht verpflichtet, Fördergelder auszurichten. Die Ablehnung oder Kürzung von Unterstützungsleistungen muss aber in Übereinstimmung mit dem First Amendment erfolgen. Entscheidungen über Fördergelder, die vom Wunsch, unliebsame, störende oder schockierende Meinungen zu unterdrücken motiviert sind oder bestimmte Meinungen nicht fördern, weil sie als wertlos gelten, verletzen das First Amendment.¹⁶⁹¹

Das Gericht stellte auch klar, dass damit die Möglichkeit der Regierung, öffentlich Stellung zu beziehen gegen die Ausstellung, indem sie die Bedeutung von Achtung und Respekt gegenüber religiösen Ansichten Dritter betonte, nicht ausgeschlossen war. Das First Amendment beschränkt aber die Mittel, die der Regierung dafür rechtmässig zur Verfügung stehen, indem es die Ausübung von staatlichem Zwang auf die kritisierte Meinung ausschliesst.¹⁶⁹² Demgegenüber erinnerte das Gericht die Regierung daran, dass sie in religiösen Angelegenheiten einer Neutralitätspflicht untersteht. Der Staat ist einerseits verpflichtet, die Freiheit der Religion zu gewährleisten. Andererseits ist er zu religiöser Neutralität verpflichtet. In öffentlichen Debatten darf er sich zwar für die Toleranz oder den Schutz der Religionsfreiheit aussprechen, aber inhaltlich weder für noch gegen eine Religion Stellung beziehen.¹⁶⁹³

In einem weiteren Fall verweigerte die Stadt Miami die Erneuerung eines Fördervertrags mit dem Cuban Museum. Die Nichtfortführung der Förderung war von der Ablehnung einer Ausstellung motiviert, in welcher das Museum Werke von Künstlerinnen und Künstlern zeigte, die sich nicht ausdrücklich von der Kubanischen Regierung distanziert hatten. Das Gericht beurteilte die Nichtfortführung der Förderung als Verletzung des First Amendment, weil die dahinter stehende Motivation nicht mit dem Schutz der freien Meinungsäußerung zu vereinbaren war.¹⁶⁹⁴ Die Stadt begründete ihren Entscheid zwar mit betrieblichen und reglementarischen Gründen. Das Gericht erachtete die Vorbringen aber als Vorwand für die Auflösung der Unterstützungsleistungen und erkannte die eigentliche Motivation in einer mit

¹⁶⁹⁰ Brooklyn Institute of Arts and Sciences v City of New York, 64 F. Supp. 2d 184 (E.D.N.Y. 1999); DuBOFF/BURR/MURRAY, Art Law Cases and Materials, 545, 646 f.

¹⁶⁹¹ Brooklyn Institute of Arts and Sciences v City of New York, 64 F. Supp. 2d 184 (E.D.N.Y. 1999) (m.V.a. Regan, 461 U.S. at 548, Ward v Rock Against Racism, 491 U.S. 781, 791); DuBOFF/BURR/MURRAY, Art Law Cases and Materials, 648.

¹⁶⁹² Brooklyn Institute of Arts and Sciences v City of New York, 64 F. Supp. 2d 184 (E.D.N.Y. 1999) (m.V.a. Barnette, 319 U.S. at 636 f, 640), zit. aus DuBOFF/BURR/MURRAY, Art Law Cases and Materials, 650.

¹⁶⁹³ Brooklyn Institute of Arts and Sciences v City of New York, 64 F. Supp. 2d 184 (E.D.N.Y. 1999) (m.V.a. Rosenberger v Rector and Visitors of University of Virginia, 515 U.S. 819, 841, Joseph Burstyn, Inc. v Wilson, 343 U.S. 495), zit. aus DuBOFF/BURR/MURRAY, Art Law Cases and Materials, 653.

¹⁶⁹⁴ Cuban Museum of Arts and Culture, Inc. v City of Miami, 766 F. Supp. 1121 (S.D. Fla. 1991); abgedruckt in DuBOFF/BURR/MURRAY, Art Law Cases and Materials, 537–544.

dem First Amendment nicht zu vereinbarenden Einschränkung des First Amendments.¹⁶⁹⁵ Ein weiteres Beispiel findet sich in San Antonio. Die Stadt kürzte einer Kunstorganisation die Fördergelder, weil sie Schwulen- und Lesbenfilme zeigte. Das in der Sache angerufene Gericht anerkannte ebenfalls eine Verletzung des First Amendments.¹⁶⁹⁶

Nicht zu unterschätzen ist die abschreckende Wirkung, die von diesen Fällen ausgeht, auch wenn Gerichte sich bis anhin auf die Seite der Künstlerinnen und Künstler und der Kunstinstitutionen stellten. Die National Portrait Gallery in Washington organisierte 2010 die Ausstellung *Hide/Seek: Difference in Desire in American Portraiture*. Die Ausstellung befasste sich mit der Darstellung gleichgeschlechtlicher Liebe in der Kunst. Unter den Ausstellungsobjekten war das 1987 geschaffene Video von David Wojnarowicz *A Fire in My Belly*. In ihm verarbeitete der Künstler den AIDS-Tod eines Freundes. Neben unterschiedlichen Einstellungen zeigte das Video ein von Ameisen malträtiertes Kruzifix. Die *Catholic League* bezeichnete das Kunstwerk deshalb als *hate speech* und drohte dem Museum mit einem Gerichtsverfahren. Unter diesem Druck entfernten die Verantwortlichen das Video aus der Ausstellung. Als Grund führten sie die Vermeidung von Budgetkürzungen durch die Legislative an.¹⁶⁹⁷

d) Ordentliche Budgetkürzungen

Anders verhält es sich bei Budgetkürzungen, die im Rahmen der ordentlichen Budgetdebatten aufgrund der allgemeinen politischen Auseinandersetzung über die Verteilung staatlicher Ressourcen erfolgen. Ihnen kann nur dann ein grundrechtsverletzender Charakter zugesprochen werden, wenn sie der Kunst bedeutende institutionelle Grundstrukturen und damit auch die grundlegenden Rahmenbedingungen für die Herstellung oder Verbreitung der Kunst entziehen. Ausschlaggebend für die Beurteilung der Grundrechtskonformität der Massnahme ist, ob ihr eine der Zensur ähnliche Absicht zugrunde liegt, nämlich die mit der Kunst in die Öffentlichkeit getragenen Inhalte vorab zu kontrollieren und von der Behörde als störend beurteilte Inhalte zu verhindern oder nachträglich zu sanktionieren. Nur wenn eine solche Absicht mit überzeugenden Gründen ausgeschlossen werden kann, liegt keine mittelbare Zensur vor und ist der Kerngehalt nicht betroffen.¹⁶⁹⁸ Dieselben Überlegungen

¹⁶⁹⁵ Cuban Museum of Arts and Culture, Inc. v City of Miami, 766 F. Supp. 1121 (S.D. Fla. 1991), abgedruckt in DUBOFF/BURR/MURRAY, Art Law Cases and Materials, 543.

¹⁶⁹⁶ Esperanza Peace and Justice Ctr. v City of San Antonio, 316 F. Supp. 2d 433 (W.D. Tex. 2001); DUBOFF/KING/MURRAY, Art Law, 323.

¹⁶⁹⁷ LERNER/BRESLER, Art Law, 792.

¹⁶⁹⁸ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 353 f.; MEYER/HAFNER, SGK BV 21 N 7; ZELLER/KIENER, BSK BV 17 N 41.

treffen auch auf die nachträgliche unmittelbare oder mittelbare Zensur zu. Sie haben mindestens das Potenzial, die zukünftige Produktion, Veröffentlichung und Verbreitung von Kunst zu beeinflussen, wenn nicht gar gänzlich zu unterbinden respektive aus der Öffentlichkeit zu verdrängen oder zu marginalisieren (zum *Chilling-Effekt* oben Teil IV Kapitel I.3.a).

5 Zusammenfassung

Die Kunstfreiheit gilt nicht schrankenlos. Die Abwägung zwischen dem Schutz der künstlerischen Freiheit und ihr entgegenstehenden öffentlichen Interessen oder Rechten Dritter erfolgt grundsätzlich unter Anwendung der Kriterien nach Art. 36 BV. Gerichte sind zu einer den strukturellen Eigenheiten der Kunstfreiheit entsprechenden Begründung angehalten. Dabei stehen der Schutzbereich und die Schranken der Kunstfreiheit in einem sich am Einzelfall permanent fortentwickelnden Dialog. Jeder Anwendungsfall bedarf einer sowohl die Struktur des Grundrechts als auch die Eigenheiten des Sachverhalts würdigenden Beurteilung.

Das erste Kapitel befasste sich mit der Frage, wie sich die Einschränkung der Kunstfreiheit in einer die Eigenheiten der Kunst berücksichtigenden Weise vollziehen lässt. Das nachfolgende zweite Kapitel untersucht den von den Gerichten anzuwendenden Beurteilungsmasstab. Das dritte Kapitel erläutert verschiedene Beurteilungskriterien, welche für die Rechtsfertigungsprüfung unter Anwendung der Kunstfreiheit beigezogen werden können.

II Beurteilungsmasstab

Auf die Frage, wann ein Bild nicht Kunst, sondern Pornografie ist, gab der amerikanische Richter Potter Stewart die viel zitierte Antwort: «I know it when I see it.»¹⁶⁹⁹ Diese Aussage ist bemerkenswert, insofern sie das unbegründbar subjektive Moment jedes Urteils über die Kunst offenlegt. Die rechtlichen Anforderungen an die Begründung eines juristischen Urteils über die Kunst erfüllt diese Antwort jedoch nicht. Zwar gibt es mindestens seit der Freirechtsschule des 19. Jahrhunderts Ansätze, die die subjektive Einschätzung des Entscheidungsträgers in der Entscheidungsfindung wegweisend berücksichtigen. Durchgesetzt hat sie sich jedoch nicht: Gefühle sind auf dem Weg zum Urteil omnipräsent, nicht aber ausdrückliches Programm des Rechts.¹⁷⁰⁰ Das Recht operiert mit Begründungsmustern, die den subjektiven Entscheid über einen Sachverhalt unter Anwendung eines rechtlichen Beurteilungsmasstabs argumentativ so weit wie möglich zu objektivieren versuchen.

¹⁶⁹⁹ Dissenting Opinion of Justice Potter Stewart in *Jacobellis v Ohio*, 378 U.S. 184 (1964); zit. bswe in JONES, Art Law, 164; PROWDA, Visual Arts, 26.

¹⁷⁰⁰ Zum Ganzen einfürend KIESOW, Rechtsgefühlsgeschichte, 9 f.; weiterführend zum aktuellen Stand der Diskussionen HILGERS/KOCH/MÖLLERS/MÜLLER-MALL, Affekt und Urteil.

In der Rechtsprechung zur *Exceptio artis* und den Schranken der Kunstfreiheit haben sich unterschiedliche Beurteilungsmassstäbe für die Kunst entwickelt. Das Bundesgericht hat die Objektivierung eines an und für sich subjektiven Entscheids mit Rückgriff auf objektivierende Rechtsfiguren zu überbrücken versucht. So bezieht es sich auf die fingierte Sicht eines *Durchschnittsbetrachters* oder eines *künstlerisch aufgeschlossenen Betrachters*, um die Rechtmässigkeit eines Kunstwerkes zu beurteilen. Demgegenüber haben ein Teil der Lehre und auch das deutsche Bundesverfassungsgericht solche Rechtsfiguren aus unterschiedlichen Gründen als mangelhaft zurückgewiesen. Als Alternative zeichnet sich gerade in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte nicht die Anwendung eines besonderen *Beurteilungsmassstabs* ab, sondern die Entwicklung von auf die Kunst ausgerichteten *Beurteilungskriterien*. Sie legen ihrem Entscheid das für die gesamte Rechtsordnung einschlägige Bild mündiger Bürgerinnen und Bürger zugrunde, die in ihrem Urteil über die Kunst den Gerichten nicht nachstehen. Damit entfällt die Notwendigkeit, den Blick der Gerichte auf ein Kunstwerk in den Körper eines fingierten Durchschnittsbetrachters zu dislozieren. Entsprechend geht der Massstab für die Betrachtung von Kunst im gewöhnlichen Anspruch einer rechtlichen Objektivität der Entscheidungsträger auf.

Das vorliegende Kapitel zeichnet die historische Entwicklung objektivierender Beurteilungsmassstäbe in der Rechtsprechung zur Kunstfreiheit nach und bietet Orientierung darüber, wie Gerichte für ihre Urteile über die Kunst einen rechtlich tragfähigen Beurteilungsmassstab entwickeln können.

1 Auf der Suche nach einem rechtlichen Beurteilungsmassstab für die Kunst

1.1 Vom subjektiven zum objektivierten Beurteilungsmassstab

a) Frühe Rechtsprechung

Die Schwierigkeit, Urteile über die Kunst rechtlich tragfähig zu begründen, wurde vor Bundesgericht bereits früh thematisiert. In einer Beschwerde aus dem Jahr 1917 bemängelte der Beschwerdeführer, dass die Zensur sittenwidriger Schriften von der vorhergehenden Bewilligung des Departements und also der Meinung des einen oder des anderen Funktionärs abhängig sei.¹⁷⁰¹ In einer ähnlichen Beschwerde bemängelten die Kinematographenbesitzer, dass der Entscheid über die Zensur der Filme «völlig von der subjektiven Auffassung eines Kommissionsmitglieds ab[hängt], dessen Laune und Will-

¹⁷⁰¹ BGE 19 I 20, 21 (keine E.): «Le recourant estime que l'art. [...] est lui-même anticonstitutionnel, en ce sens qu'il réintroduit la censure préalable, en faisant dépendre le droit de publier de l'autorisation préalable du département, qui aura le droit de refuser cette autorisation si, de l'avis de tel ou tel fonctionnaire, l'annonce est contraire aux lois, aux règlements ou aux bonnes moeurs.» Kritisch zur Begründung von Zensurmassnahmen auch BURCKHARDT, BVK (1905), 564/(1914), 529; die Frage, ob ein Preetext zum Rechtsverstoss aufruft, war nach BURCKHARDT «vom Standpunkt der Leser aus» zu beurteilen.

kür die Kinobesitzer preisgegeben sind.»¹⁷⁰² Das Bundesgericht wies die Vorwürfe zunächst als «völlig unbelegt» zurück. Es ging in seinen frühen Urteilen zur Filmzensur vielmehr einfach davon aus, «dass das entscheidende Mitglied nach objektiven Gründen, gemäss seiner durch Gesetz und Vollziehungsverordnung genau umschriebenen Aufgabe» entscheidet.¹⁷⁰³

b) Entwicklung spezifischer Beurteilungsmassstäbe

In der Folge entwickelte das Gericht für einzelne Rechtsfragen jedoch einen spezifischeren Beurteilungsmassstab. So verpflichtete es die kantonalen Zensurbehörden, das Urteil über die Zensur von Filmen auf die zu erwartende subjektive Reaktion des Durchschnittsbetrachters abzustützen.¹⁷⁰⁴ Im Strafrecht bezog es sich für die Beurteilung der Sittlichkeit einer Darstellung auf die «gesunde Anschauung des Volkes» und das «geschlechtliche Schamgefühl normal empfindender Menschen»¹⁷⁰⁵. Mit der Revision des Sexualstrafrechts öffnete das Bundesgericht den Beurteilungsmassstab für Kunstwerke mit pornografischen Elementen. Es setzte sich damit über die bis anhin verwendete Rechtsfigur des «Durchschnittsbetrachters» hinweg und stützte sich stattdessen auf die Einschätzung eines «künstlerisch aufgeschlossenen Betrachters»¹⁷⁰⁶. Ausschlaggebend ist demnach, ob der kulturelle Wert im Gesamteindruck das pornografische Element einer Darstellung überwiegt. Im Zivilrecht stützt sich das Bundesgericht auf den «Durchschnittsleser», um zu beurteilen, ob ein Kunstwerk persönlichkeitsverletzend ist.¹⁷⁰⁷ Für die Beurteilung der Persönlichkeitsverletzung durch Satire beispielsweise ist gemäss Bundesgericht nicht das subjektive Empfinden des Betroffenen massgeblich, sondern die Bedeutung der Aussage, die ihr vom Durchschnittsleser im Gesamtzusammenhang beigemessen wird.¹⁷⁰⁸

1.2 Defizite von objektivierenden Rechtsfiguren

a) Unklarheit über die Beurteilungskriterien

Die Verwendung von Rechtsfiguren wie derjenigen des «Durchschnittsbetrachters» oder des «künstlerisch aufgeschlossenen Betrachters» ist ein erster wichtiger Schritt zur rechtlichen Objektivierung des Beurteilungsmassstabs für Kunstwerke. Sie zeigt ein Problembewusstsein dafür auf, dass die Anwendung rechtlicher Normen auf die Kunst eines an den Eigenheiten der Kunst ausgerichteten Beurteilungsmassstabs bedarf. Der

¹⁷⁰² BGer-Urteil (14.6.1918) i.S. Burkhardt u.a., Kinematographenbesitzer, g. Kanton Luzern, B.

¹⁷⁰³ BGer-Urteil (14.6.1918) i.S. Burkhardt u.a., Kinematographenbesitzer, g. Kanton Luzern, E. 3.b.

¹⁷⁰⁴ BGE 87 I 114 E. 2.

¹⁷⁰⁵ BGE 83 IV 19 E. 6.

¹⁷⁰⁶ BGE 131 IV 64 E. 10.1.3.

¹⁷⁰⁷ BGE 135 III 145 E. 5.2.

¹⁷⁰⁸ BGer-Urteil 5A_850/2011 (29.2.2012) E. 5.2.1; BGer-Urteil 5A_553/2012 (14.4.2014) E. 3.1; BGer Urteile 5A_354/2012 und 5A_374/2012 (26.6.2014).

Ansatz lässt jedoch vieles offen. Gänzlich unklar bleibt insbesondere, wie die fiktive Rechtsfigur das Kunstwerk betrachtet und auf welche Aspekte eines Kunstwerkes sie ihre Aufmerksamkeit richtet.

Beispiel Internetpornografie (BGE 131 IV 64)

Illustrativ für die Problematik eines ansatzweise objektivierten, aber unterkomplex ausdifferenzierten Beurteilungsmassstabs ist das Urteil des Bundesgerichts zur Internetpornografie, in dem es den für das Sexualstrafrecht nach wie vor einschlägigen Beurteilungsmassstab festlegte. Das Bundesgericht stützte sich auf den Beurteilungsmassstab eines «künstlerisch aufgeschlossenen Betrachters». Damit kam es zum Entscheid, dass die ihm vorgelegten Bilder keinen künstlerischen Charakter hätten, weil nicht ersichtlich sei, dass die Aufnahmen integrierender Bestandteil eines grösseren Werkes sind, das sich kritisch mit den vom Beschwerdeführer vorgebrachten gesellschaftlichen Themen befasst.¹⁷⁰⁹ Nicht nachvollziehbar ist indessen, warum gerade die Kriterien der «kritischen Auseinandersetzung mit einem gesellschaftlichen Thema» und der «Einbettung in ein Gesamtkunstwerk» für das Urteil über den künstlerischen Wert der Bilder ausschlaggebend sein sollten.

Weil das Bundesgericht die Ersatzperspektive ohne ausreichende Reflexion über die beigezogenen Kriterien einsetzte, führte das zu einem aus Sicht der Kunstfreiheit unausgewogenen und für Aussenstehende schwer nachvollziehbaren Urteil. Es bleibt letztlich offen, nach welchen Kriterien der «aufgeschlossene Kunstbetrachter» sein Urteil über den kulturellen Wert eines Streitgegenstandes fällt. Das Gericht behauptet damit eine Objektivität für eine Sichtweise auf die Kunst, die ebenso wenig objektiv ist, wie es die Berufung auf die persönliche Einschätzung der RichterIn oder des Richters wäre. Das rechtliche Urteil über die Freiheit der Kunst führt ohne ausreichend komplexe und dem geschützten Sachbereich angemessene Begründung zu unausgeglichenen und damit in ihrer Anerkennungswürdigkeit geschmälernten Urteilen über die Kunst. Sie bringen letztlich nichts anderes zum Ausdruck als die dürftig objektivierte, persönliche Einschätzung des Spruchkörpers.

Kritik in der Lehre

Entsprechend kritisiert ein Teil der Lehre die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts und fordert Anpassungen der rechtlichen Methoden. Als Vorschlag im Raum steht namentlich, empirische Untersuchungen über die Wirkung eines Bildes in das Urteil einzubeziehen.¹⁷¹⁰ So bedeutsam die Kritik im Grundsatz ist, die in diesem Vorschlag zum Ausdruck gelangt, der vorgeschlagene Lösungsansatz ist rechtlich kaum praktikabel. Das Gericht muss mit Annahmen und Behauptungen über die Kunst ar-

¹⁷⁰⁹ BGE 131 IV 64 E. 10.1.3.

¹⁷¹⁰ Siehe insbes. SENN, Rechtsfigur des Durchschnittsrezipienten, 22; zum Ganzen auch SENN, Der «gedankenlose» Durchschnittsleser.

beiten, um seine Urteile mit realistischem Argumentations- und Begründungsaufwand zu bewältigen. Die Diskrepanz zwischen den Annahmen des Rechts über die Kunst und der Pluralität möglicher Deutungen ist des Weiteren rechtlich nicht ein Wahrheitsproblem. Rechtliche Verfahren verhandeln nicht eine tatsächliche «Wahrheit» oder «Wirklichkeit». Sie beschränken sich auf die Beurteilung einer formellen, prozessual erzeugten Wahrheit.¹⁷¹¹

Kritik an objektivierenden Rechtsfiguren in der deutschen Rechtsprechung

Eine wegweisende Auseinandersetzung mit der Frage nach dem Beurteilungsmaßstab findet sich im Sondervotum der Richterin Rupp-von Brünneck zum *Mephisto*-Urteil des Bundesverfassungsgerichts. Sie hat darin treffend darauf hingewiesen, dass die selektive Würdigung einzelner Aspekte eines Kunstwerkes ohne ausgewogene Berücksichtigung des Gesamtkontextes und der kunstspezifischen Eigenheiten eines Sachverhalts zu einem subjektiv verzerrten Urteil über ein Kunstwerk führt.

«Diese falsche Ausgangsposition erklärt es auch, dass nicht ein Gesamturteil über das Buch den Ausschlag für sein Verbot gegeben hat, sondern die Prüfung bestimmter herausgegriffener, namentlich aus dem Zusammenhang der künstlerischen Komposition gelöster Einzelpunkte auf ihren Wahrheitsgehalt. Dies führt zu dem seltsamen und widersprüchlichen Ergebnis, dass dem Autor einerseits der Vorwurf gemacht wird, er habe zu wenig «verfremdet» – d.h. er habe seinen Romanhelden Gründgens zu ähnlich, also zu wirklichkeitsgetreu nachgebildet –, andererseits wird ihm vorgeworfen, er habe zu stark «verfremdet» – nämlich seinen Helden mit erdichteten negativen Verhaltensweisen und Charakterzügen ausgestattet, die dem Lebensbild von Gründgens nicht entsprechen. Eine solche Bewertungsmethode tut nach meiner Auffassung dem Wesen eines Kunstwerks in der Form eines Romans Gewalt an und ist nicht vereinbar mit dem aus der vorbehaltlosen Gewährung der Kunstfreiheit in Art. 5 Abs. 3 GG in erster Linie zu entnehmenden Gebot, dass dem Künstler für die Auswahl des zu bearbeitenden Stoffes und für dessen künstlerische Gestaltung keine Vorschriften gemacht werden dürfen. [...]

Die genannte Prüfungsmethode kann auch die ohnehin bei der rechtlichen Beurteilung von Kunstwerken naheliegende Gefahr verstärken, dass die rechtliche Entscheidung mit davon bestimmt wird, wieweit der Beurteiler die künstlerische Transzendierung der aus der Wirklichkeit entnommenen Tatsachen und Erfahrungen als gelungen ansieht, mit anderen Worten, dass die subjektive, ästhetische Bewertung der Qualität des Kunstwerks massgebend mitspricht. Ich halte «Mephisto» nicht für einen guten Roman – jedenfalls steht er nicht auf dem Niveau anderer Werke von Klaus Mann –; aber hiervon darf die Anwendung des Grundrechtsschutzes auf den Roman, der nach einhelliger Ansicht als ein Kunstwerk im Sinne des Art. 5 Abs. 3 GG anzusehen ist, nicht abhängen.»¹⁷¹²

¹⁷¹¹ Dazu ausführlich OGOREK, Alltagstheorien/Sonntagstheorien.

¹⁷¹² BVerfGE 30, 173 *Mephisto*, Sondervotum Rupp-v. Brünneck, 222 f.

Das Bundesverfassungsgericht hat in der Folge Rechtsfiguren wie diejenige des «Durchschnittsbetrachters», des «künstlerisch aufgeschlossenen Betrachters» oder des «Kunstexperten» als *Schein-Objektivierungen* zurückgewiesen. Es hat sich ganz generell gegen einen allgemein anwendbaren Beurteilungsmassstab ausgesprochen, weil die künstlerischen Erzeugnisse viel zu heterogen seien, um einem allgemeinen Massstab unterworfen zu werden.¹⁷¹³ Im Urteil *Anachronistischer Zug* erachtete es das Bundesverfassungsgericht entsprechend als wenig überzeugend, ein Strassentheater aus der Sicht eines «in künstlerischen Erscheinungsformen völlig Unbewanderten»¹⁷¹⁴ zu beurteilen. Ebensovienig wenig sei die Sicht eines «umfassend künstlerisch Gebildeten»¹⁷¹⁵ passend, zumindest nicht für ein auf offener Strasse einem beliebig zusammengesetzten Publikum vorgetragenen Schauspiel. Es gehe vielmehr darum, die Veranstaltung gesamthaft zu würdigen.¹⁷¹⁶ In einem anderen Urteil hatte es die Rechtsfigur des «verständigen, mit den Geschehnissen der Vergangenheit vertrauten Durchschnittsbürgers Deutschlands»¹⁷¹⁷ zur Beurteilung von Hitler-Abbildungen als kunstfremder Beurteilungsmassstab zurückgewiesen.¹⁷¹⁸

b) Bevormundung der Zuschauer

Mit dem Aufkommen der Massenmedien nahmen Behörden und Gerichte über lange Zeit hinweg eine protektive Haltung gegenüber den Zuschauerinnen und Zuschauern ein. Dem viel zitierten Durchschnittsbetrachter haben sie nicht besonders viel zugetraut (siehe Teil IV Kapitel II.1). Die in die Rechtsprechung zum Film eingeführte Abstufung zwischen gebildeten und ungebildeten Zuschauern und die Annahme, dass einzelne Zuschauer im Gegensatz zu anderen charakterlich schwächer und folglich schutzbedürftiger gegenüber den Verführungen des Kinos sind, widersprechen dem Gedanken der demokratischen Gleichheit. Denn die Demokratie gesteht aus Prinzip allen Bürgerinnen und Bürgern dieselben Kompetenzen in Bezug auf ihre kognitiven Kapazitäten und ihre Entscheidungsfähigkeit zu. Abweichungen müssen sachlich begründet werden. Mit einer an der demokratischen Gleichheit orientierten Beurteilung der Kunst ist nicht zu vereinbaren, dass der Richterinnen oder dem Richter bessere Kunstkenntnisse zugetraut werden als den gewöhnlichen Zuschauerinnen und Zuschauern. Denn unter dem Blickwinkel der demokratischen Gleichheit sind Richterinnen und Richter bürgerliche Zuschauerinnen und Zuschauer. Der «künstlerisch aufgeschlossene Betrachter», den das Bundesgericht seit der Revision des Sexualstrafrechts als Referenz-

¹⁷¹³ BVerfGE 67, 213 *Anachronistischer Zug* (C.III.1.b.); BVerfGE 82, 1 (5) *Hitler-Satiren*; HUFEN, *Kunstfreiheit*, HGR IV, § 101 N 23, 25.

¹⁷¹⁴ BVerfGE 67, 213 *Anachronistischer Zug* (C.III.1.b.).

¹⁷¹⁵ BVerfGE 67, 213 *Anachronistischer Zug* (C.III.1.b.).

¹⁷¹⁶ BVerfGE 67, 213 *Anachronistischer Zug* (C.III.1.b.).

¹⁷¹⁷ BVerfGE 82, 1 *Anachronistischer Zug* (II.2.).

¹⁷¹⁸ BVerfGE 82, 1 *Anachronistischer Zug* (II.2.).

figur für seine Urteile über die Kunst bezieht, das sind in der Demokratie alle. In der Demokratie ist jede Person ein emanzipierter Zuschauer.

Das Bundesverfassungsgericht hat mit der Zurückweisung objektivierender Rechtsfiguren implizit auch die unter anderem von Rupp-v. Brünneck geäußerte Kritik aufgenommen, wonach nicht ein fiktiver Beurteilungsmassstab, sondern wie in allen Bereichen der Rechtsordnung die mündige Bürgerin oder der mündige Bürger als Hintergrundannahme für die Rechtsprechung dient.

c) Zuschauer

Emanzipation der Zuschauer

Wie im zweiten Teil über den Schutzzweck der Kunst aufgezeigt, entsprechen bevorzogene Haltungen gegenüber dem Publikum nicht mehr den zeitgenössischen Kunsttheorien. Das Kunstwerk ist passives Material, in das die Spuren ihres Erschaffers eingegangen sind, dessen sinnliche Deutung nicht repräsentativ, sondern konstruktiv durch ein seine eigene Freiheit erfahrendes Individuum erfolgt. Mit Rancière erkennen wir die Zuschauerin oder den Zuschauer als eine Person, die weder passiv ist noch der Illusion des Spektakels verfällt oder der offensiven Aktivierung durch die Kunst bedarf (dazu vorne Teil II Kapitel I.5.2). Die Emanzipation der Zuschauer bedeutet für Jacques Rancière, den Gegensatz von Sehen und Handeln in der Kunst infrage zu stellen und zu verstehen, dass Sehen auch ein Handeln ist.¹⁷¹⁹ Die Emanzipation der Zuschauerinnen und Zuschauer mündet in die Annahme, dass sich die Kunstschaffenden und die Rezipienten auf Augenhöhe begegnen. Die Zuschauerinnen und Zuschauer sind genau wie die Kunstschaffenden zu einer sinnlich-ästhetischen und kritisch-reflexiven Haltung gegenüber der Kunst fähig.

Aus der Verfassungsordnung ergibt sich in Analogie zur Mündigkeit der Bürgerin und des Bürgers im politischen Diskurs die Mündigkeit der Bürgerin und des Bürgers im Bereich der Kunst. Der mündige Kunstbetrachter der demokratischen Verfassungsordnung verfügt über die Fähigkeit, «ein Kunstwerk als ein aliud zu einer gewöhnlichen Meinungsäußerung zu betrachten, d.h. einen Roman als eine Schöpfung der Phantasie zu verstehen»¹⁷²⁰. Der demokratische Zuschauer wird nur noch unter aussergewöhnlichen Umständen schutzbedürftig sein. Denn er durchschaut künstlerische Strategien und entscheidet selbst darüber, ob er sich an künstlerischen Prozessen beteiligt, sich von ihnen berühren lässt oder sich souverän von ihnen abwendet. Er ist zugleich ein der demokratischen Verfassungsordnung entsprechender Zuschauer, der offen ist für ästhetische Verschiebungen, der interpretative Diskrepanzen aushält und in der Begegnung mit irritierenden Phänomenen bereit ist, seine Erkenntnischemata herausfordern zu lassen.¹⁷²¹

¹⁷¹⁹ RANCIÈRE, *Der emanzipierte Zuschauer*, 23, 28.

¹⁷²⁰ BVerfGE 30, 173 Mephisto, Sondervotum Rupp-v. Brünneck 3.

¹⁷²¹ ECO, *Das offene Kunstwerk*, 35–38, 52, 84; für die Anerkennung gleichwertiger Kompetenzen der Zuhörer auch NEUBORNE, *Madison's Music*, 118–120.

Das Bundesgericht hat den ästhetisch kompetenten Bürger mit erstaunlicher Klarheit bereits 1895 dem *Maradan*-Urteil zugrunde gelegt. Es vertrat die Haltung, dass die Leser sehr wohl erkennen können, dass der Autor seine Erzählung eng an den Tatsachen eines der Öffentlichkeit bekannten Lebenssachverhalts eines Mörders orientierte, daraus aber *selon les règles de l'art* eine fiktive Geschichte erschaffen hatte.¹⁷²² Es ist dieses Bild der mündigen Zuschauer, das die Beurteilung von Kunst informiert und an das die Rechtsprechung in der Anwendung der Kunstfreiheit anknüpfen kann.

1.3 Plädoyer für einen kriterienbasierten Beurteilungsmassstab

a) Rechtsprechung des EGMR

Im rechtlichen Kontext hat sich neben der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts insbesondere in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ein differenzierter Ansatz für die Beurteilung von Kunstwerken ausgebildet. Der EGMR hat für die Beurteilung von Meinungsäusserungen grundsätzlich nicht mit objektivierenden Rechtsfiguren gearbeitet. Er hat stattdessen wiederholt darauf hingewiesen, dass bei der Beurteilung von Meinungsäusserungen die Gesamtsituation des Falles kontextspezifisch zu berücksichtigen ist. So hat der Gerichtshof bereits im Urteil *Müller* – das erste Urteil des Gerichts zu künstlerischen Äusserungen – den Grundsatz aufgestellt, dass sich der Gerichtshof nicht auf eine isolierte Betrachtung der Kunst beschränken darf, sondern die Entscheidung im Lichte der Gesamtsituation des Falles überprüfen muss, einschliesslich der fraglichen Gemälde und der Umstände, unter denen sie ausgestellt wurden.¹⁷²³

Diese Rechtsprechung hat der EGMR zuletzt im Urteil *Alekhina v Russia* bestätigt und dogmatisch verdichtet. Er betonte, dass Einschränkungen der Meinungsäusserungsfreiheit im Lichte des gesamten Falles («in the light of the case as a whole») zu beurteilen sind. Das Gericht stellte zunächst fest, dass das nationale Gerichtsurteil den Inhalt der Kunstperformance nicht berücksichtigt hatte. Es hatte sein Urteil vielmehr alleine mit dem spezifischen Verhalten der Künstlerinnen begründet, das durch religiösen Hass motiviert gewesen sei und die Gefühle vieler Personen verletzt habe.¹⁷²⁴ Das Gericht wies diesen Beurteilungsansatz als zu wenig ausgewogen zurück. Es betonte, dass es in seiner Rechtsprechung verschiedene Faktoren für die Beurteilung der Rechtmässigkeit von Meinungsäusserungen entwickelt hat. Dazu gehört namentlich der gesellschaftliche und politische Gesamtkontext, der Kontext des Kunstwerkes, die Position des Sprechenden, die Adressaten und der Inhalt der Aussage.¹⁷²⁵ Im *Pussy-Riot*-Urteil hat der EGMR ergänzend die Aussage des Sonderberichterstatters zur Förderung

¹⁷²² BGE 21 175 E. 4 (186).

¹⁷²³ EGMR 10737/84 (1988) *Müller v Switzerland*, N 32.

¹⁷²⁴ EGMR 38004/12 (2018) *Alekhina v Russia (Pussy Riot)*, N 216.

¹⁷²⁵ EGMR 38004/12 (2018) *Alekhina v Russia (Pussy Riot)*, N 217.

und zum Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit angefügt, wonach für künstlerische Aussagen der künstlerische Charakter und der kunstspezifische Kontext zu berücksichtigen sind, ebenso wie die Tatsache, dass Kunst starke Gefühle wecken kann, ohne mit der Absicht zu erfolgen, Gewalt oder Hass zu provozieren.¹⁷²⁶ Der vom EGMR angewendete Beurteilungsmaßstab ist ausgeprägt kontextspezifisch und bringt eine gewisse Standardisierung und damit auch eine erhöhte Rechtssicherheit in Bezug auf die berücksichtigten Beurteilungskriterien.¹⁷²⁷

Ähnlich hat der EGMR für die Beurteilung von *Satire* kontextspezifische Beurteilungskriterien entwickelt. Bei der Würdigung des Gesamtkontextes einer künstlerischen Äußerung ist Satire entsprechend ihrem Charakter zu beurteilen. Satire will als Form künstlerischen Ausdrucks und gesellschaftlichen Kommentars provozieren und aufregen. Satirische Darstellungen beispielsweise von Politikern sind nicht primär gegen ihre Person gerichtet, sondern nehmen Bezug auf die Rolle, die sie in der Öffentlichkeit einnehmen, und auf die gesellschaftlichen Themen, die eine Person stellvertretend in einer bestimmten politischen Aktualität repräsentiert.¹⁷²⁸ Sowohl der Europarat als auch verschiedene Gremien der Vereinten Nationen verwenden in ähnlicher Weise einen kontextspezifischen Maßstab für die Beurteilung von rechtlich sensiblen Äußerungen. Die *Allgemeine Politikempfehlung der ECRI über die Bekämpfung von Hassrede* nennt folgende Kriterien: der Gesamtkontext der Äußerung, die Stellung der Person und ihre Macht, andere beeinflussen zu können, die Art und die Stärke der verwendeten Sprache, der Kontext der spezifischen Äußerung.¹⁷²⁹

¹⁷²⁶ EGMR 38004/12 (2018) *Alekhina v Russia (Pussy Riot)*, N 222; Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression (7.9.2012) (A/67/357), N 46: «Artistic expression should be considered with reference to its artistic value and context, given that art may be used to provoke strong feelings without the intention of inciting violence, discrimination or hostility».

¹⁷²⁷ EGMR 38004/12 (2018) *Alekhina v Russia (Pussy Riot)*, N 221; ausführlich auch EGMR 27510/08 (2015) *Perinçek v Switzerland*, N 208: «c'est la conjonction de ces différents facteurs plutôt que l'un d'eux pris isolément qui a joué un rôle déterminant dans l'issue du litige. On peut donc dire que la Cour aborde ce type d'affaires en tenant éminemment compte du contexte.».

¹⁷²⁸ EGMR 68354/01 (2007) *Vereinigung bildender Künstler v Austria*, N 33 f.

¹⁷²⁹ *Allgemeine Politikempfehlung der ECRI über die Bekämpfung von Hassrede* (8.12.2015) (CRI (2016)15); Annual Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Addendum Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Expert Workshops on the Prohibition of Incitement to National, Racial or Religious Hatred (Rabat Plan of Action) (11.1.2013) (A/HRC/22/17/Add.4), N 29: «To assess the severity of the hatred, possible elements may include the cruelty or intent of the statement or harm advocated, the frequency, quantity and extent of the communication». Siehe auch Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Comment No. 35 Combating Racist Hate Speech (26.9.2013) (CERD/C/GC/35), N 15.

b) Ansätze einer kriterienbasierten Beurteilung in der Rechtsprechung des Bundesgerichts

Etwas versteckt unter dem Mantel der objektivierenden Rechtsfiguren finden sich auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichts bereits früh Ansätze einer Dogmatik, die ergänzend zu den fiktiven Rechtsfiguren des «Durchschnittsbetrachters» oder des «künstlerisch aufgeschlossenen Betrachters» differenziertere Beurteilungskriterien verwendet. So äusserte das Bundesgericht wiederholt die Ansicht, dass das Urteil über die Unsittlichkeit oder persönlichkeitsverletzende Natur eines Kunstwerkes im Gesamtkontext und unter Würdigung aller relevanten Umstände erfolgen muss. Bemerkenswert ist diesbezüglich das *Fahrner*-Urteil, in dem das Bundesgericht den Gesamtkontext des Kunstwerkes und dessen spezifische Eigenheiten würdigte.

«Unbestreitbar ist, dass die Wirkung, die von einem Bilde ausgeht, eine verschiedenartige sein kann, je nach dem Ort oder der Art der Veröffentlichung oder je nach dem Personenkreis, für den es bestimmt ist. Ein im Strassenschaufenster einer Kunsthandlung ausgestelltes Bild kann als unzüchtig empfunden werden, während es in einem Museum oder in einer Kunstgalerie das Schamgefühl des nämlichen Betrachters unter Umständen nicht verletzt. Die Frage, ob bei der Ermittlung des Bildcharakters ausser auf den Inhalt der Darstellung auch auf die Begleitumstände der Veröffentlichung abgestellt werden soll, d.h. ob der Begriff des Unzüchtigen ein relativer sei, wie in der deutschen Lehre und Rechtsprechung angenommen wird, kann indessen offen bleiben, da es im vorliegenden Falle nicht darauf ankommt.»¹⁷³⁰

Die Willensrichtung des Künstlers war für das Bundesgericht indessen nur von Bedeutung, «wenn und soweit sie im Werke selber sichtbar verkörpert wird»¹⁷³¹. Des Weiteren betonte das Bundesgericht wiederholt, dass die «Reaktion des Durchschnittsbetrachters» auf einen Film abhängig vom Alter der Besucher, von der Zeit und dem Ort der Vorführung ist.¹⁷³² In einem weiteren Urteil über die Rechtmässigkeit von Nacktbildern in einer Zeitschrift betonte es, der Richter dürfe nicht pauschal über die Bilder urteilen, sondern habe genauer anzugeben, welche Bilder oder Textstellen genau die rechtlichen Anforderungen aus welchen Gründen nicht erfüllen.¹⁷³³ Auch in der Beurteilung von Satire entwickelte das Bundesgericht eine Reihe von Kriterien, die es für die Beurteilung heranzieht. So erachtet es beispielsweise den Gesamtkontext und den Ort der Veröffentlichung als entscheidendes Beurteilungskriterium.¹⁷³⁴ Es erkannte des Weiteren auch die Vielschichtigkeit als wesentliches Merkmal der Kunst. In einem der bedeutenden Urteile zur Filmzensur betonte es, dass sich in einem Film die ver-

¹⁷³⁰ Siehe bswe BGE 86 IV 19 E. 1.

¹⁷³¹ BGE 86 IV 19 E. 1.

¹⁷³² Siehe bswe BGE 87 I 275 E. 3.a.

¹⁷³³ BGE 89 IV 195 E. 2.

¹⁷³⁴ BGer-Urteil 5A_553/2012 (14.4.2014) E. 3.2; BGer-Urteil 5A_850/2011 (29.2.2012) E. 5.2.1; BGer Urteile 5A_354/2012 und 5A_374/2012 (26.6.2014).

schiedenen Ebenen des Geschehens überlagern, weshalb auch die Bedeutung und der Sinn eines Werkes sich nicht in eine eindeutige Formel fassen lassen.¹⁷³⁵

Um eine Beurteilung des Gesamtkontextes bemühte sich das Bundesgericht auch in einem Urteil über die Persönlichkeitsverletzung in einem Roman. Indessen stützte es sich dabei auf Annahmen, die aus Sicht der Kunstfreiheit problematisch sind. So betonte es zwar, dass das Interesse an einer künstlerischen Betätigung in der Abwägung zu gewichten ist. Dabei berücksichtigte es, «welche Möglichkeiten dem Künstler offenstanden hätten, sein Werk ohne die Persönlichkeitsverletzung zu schaffen»¹⁷³⁶. Die Kunstfreiheit schützt demgegenüber die Wahl von Medium und Inhalt eines Kunstwerkes. Das Abstellen auf die Möglichkeit, eine Meinung in anderer Form als der gewählten zu kommunizieren, ist ein unzulässiges Beurteilungskriterium.

Problematisch an der gegenwärtigen Rechtsprechung des Bundesgerichts scheinen also weniger die verwendeten Beurteilungskriterien als vielmehr ihre Koppelung an einen Beurteilungsmaßstab, der im Widerspruch zu den rechtsstaatlichen Anforderungen an die Objektivität und Nachvollziehbarkeit rechtlicher Urteilsbegründungen steht. Er führt dazu, dass die Kriterien in einer problematischen Weise zur Anwendung gelangen.

c) **Kants These zum Kunsturteil als reflektiertes Urteil**

Bis heute wegweisende Gedanken zur Frage, wie an und für sich subjektive Urteile über die Kunst verallgemeinerungsfähig werden, hat Immanuel Kant in seiner *Kritik der Urteilskraft* vorgelegt.¹⁷³⁷ Nach Kant folgt das ästhetische Urteil einer eigenen Gesetzlichkeit. Es ist weder ein bloss subjektives Geschmacksurteil (sensualistische Ästhetik, Burke) noch eine objektive Wahrheit (rationalistische Ästhetik, Baumgarten) oder eine bloss gewöhnliche oder alleine eine Frage der gesellschaftlichen Konventionen (empiristische Ästhetik, Kunstsoziologie). Das *ästhetische Urteil* ist für Kant ein reflektiertes Urteil. Kunst ist als eine sich ständig verändernde Erscheinung keinen vorgegebenen Regeln untergeordnet. Die *reflektierende Urteilskraft* geht nicht von Regeln oder definierten Begriffen aus, sondern hat eine besondere Situation zum Anlass. Der über die Kunst Urteilende kann sich für sein Urteil nicht an vorgegebenen Normen orientieren, sondern ist auf sich selbst gestellt. Als solches ist sein Urteil eigentlich ein bloss subjektives Urteil. Geht er aber bei der Begründung seines Urteils auf eine reflektierte Weise vor, kann er für sich in Anspruch nehmen, ein allgemein verständliches und nachvoll-

¹⁷³⁵ BGE 87 I 114 E. 2; BGer-Urteil (19.9.1962) i.S. Filmklub Luzern c. Regierungsrat Kanton Luzern, in: ZBl 1963, 363 ff., E. 4.a.

¹⁷³⁶ BGE 135 III 145 E. 5.2.

¹⁷³⁷ Zu Kants Ästhetik siehe zusammenfassend HÖFFE, Kant, 264–272; BERTRAM, Kunst als menschliche Praxis, 62–70; aus der Hermeneutik GADAMER, Wahrheit und Methode, 27–96; aus der Negativitätsästhetik MENKE, Souveränität der Kunst, insbes. 34–38; zur Rezeptionsgeschichte von Kants Ästhetik ein Überblick bei HÖFFE, Kant, 281–301; zur Rezeption von Kants Thesen zum ästhetischen Urteil bei Hannah Arendt siehe BENHABIB, Hannah Arendt, 291–309.

ziehbares Urteil gefällt zu haben. Das ästhetische Urteil ist eine «subjektive Allgemeinheit», die sowohl die subjektive Ich-Erfahrung als auch ein allgemeines Gefühl von Welt enthält.¹⁷³⁸ Das reflektierte Urteil ermöglicht, vom subjektiven Privat Urteil einer Person zu einer reflektierten Erkenntnis, einer gemeinsamen Einsicht oder einem gemeinschaftlich getragenen Entscheid zu gelangen. Der reflektive Prozess unterfüttert subjektive Empfindungen mit Argumenten, die mitteilbar sind und sich mit den Empfindungen und begründeten Urteilen anderer Menschen abgleichen lassen. Der persönliche Eindruck eines Kunstwerkes wird durch eine Auseinandersetzung mit dem Gegenstand und der daraus entstehenden Begründung für Aussenstehende nachvollziehbar.¹⁷³⁹

d) Die begründete Pragmatik des rechtlichen Kunsturteils

Das Recht befolgt eine sozial definierte, aber juristisch eigene Rationalität der Kunstinterpretation. Der RichterIn oder dem Richter wird mit der rechtsdogmatischen Rechtsfigur des «Durchschnittsbetrachters» respektive des «künstlerisch aufgeschlossenen» oder «politisch interessierten Betrachters» ein Begründungszwang auferlegt. Die Rechtsfigur muss jedoch ausreichend komplex und nachvollziehbar ausgestaltet sein, um sowohl die Anforderungen der Kunstfreiheit zu erfüllen als auch den Verfahrensgarantien der Betroffenen zu genügen. Letztlich geht es darum, die grösstmögliche Versachlichung und Rationalisierung eines stets subjektiven Urteils über die Kunst anzustreben. «Die Komplexität und Kontingenz der Bilderinhalte», so der Medientheoretiker Mitchell, «lässt die Gesellschaft im normierenden Umgang mit Bildern möglicherweise mit nichts anderem zurück als mit einer begründeten Pragmatik.»¹⁷⁴⁰ Wie

¹⁷³⁸ KANT, KdU, Erster Teil; KANT, Die drei Kritiken, 285; HÖFFE, Kant, 265. Die reflektierte Urteilskraft grenzt Kant von der *bestimmenden Urteilskraft* ab, in welcher eine Regel oder ein bestimmter Begriff auf einen konkreten Fall angewendet wird. Das rechtliche Urteil folgt nach Kant der bestimmenden Urteilskraft, weil der Richter einen konkreten Sachverhalt unter eine vorgegebene Norm subsumiert. Weil die Rechtsanwendung in der juristischen Methodenlehre nicht mehr als blosser Akt der Subsumtion aufgefasst werden kann, sondern jede Rechtsanwendung ein schöpferisches Moment enthält, verlangt es von der entscheidfallenden Behörde eine reflektierende Urteilskraft, MÜLLER, Perspektiven der Demokratie, 44, 49–51; TSCHENTSCHER, Kantische Letztbegründung, 97. Für Hinweise zu GADAMERS (Wahrheit und Methode, 56), Kant-Kritik als Subjektivierung der Ästhetik siehe HÖFFE, Kant, 266; ausführlich zu Gadamer's Kant-Lektüre auch MENKE, Souveränität der Kunst, 39–41. Kant verbindet das Allgemeine des ästhetischen Urteils mit den dem Genie von der Natur eingegebenen Gestaltungsregeln. Die Regeln des Schönen in der Kunst kommen bei Kant nicht wie bei der Werkästhetik (Kunstwerk als Träger einer sinnlich ersuchten objektiven Wahrheit) aus den Eigenschaften des ästhetischen Objekts. Es ergibt sich auch nicht wie bei der Regelästhetik (Kunstwerk als Träger der Regeln des Schönen) aus vorgegebenen Regeln des Schönen. Das allgemeine in der Kunst ergibt sich bei Kant vielmehr aus dem Genie des Künstlers, der das Schöne in musterbildender Originalität erschafft (Genieästhetik), HÖFFE, Kant, 267; zur Überhöhung des Genies in der Romantik und dem Geniekult im 19. Jahrhundert ebenda, 268.

¹⁷³⁹ Vertieft auch DEWEY, Kunst als Erfahrung, 354 f.

¹⁷⁴⁰ MITCHELL, Bildtheorie, 392.

könnte eine begründete Pragmatik für die Beurteilung von Kunstwerken in der Anwendung der Kunstfreiheit aussehen?

Rechtliche Urteile über die Freiheit der Kunst können sich nicht auf objektiv ermittelbare Wahrheiten stützen. Ein Gericht kann aber eine rechtliche Objektivität erzeugen. Ein rechtlich objektiver Beurteilungsmassstab bedeutet, dass das Urteil für Aussenstehende offengelegt, begründet und damit sowohl nachvollziehbar als auch rechtlich anfechtbar ist. Genau darauf kommt es im gerichtlichen Verfahren über Kunstwerke an. Rechtliche Urteile über die Kunst müssen sich auf eine möglichst sachliche, fallspezifisch differenzierte Entscheidung über eine Wertfrage richten, die eine an den inhaltlichen Linien der Rechtsdogmatik und den Argumentationsstrukturen der juristischen Methodik orientierte Entfaltung des Grundrechtsgehalts im Einzelfall leistet.¹⁷⁴¹

2 Verfahrensrechte als methodische Vorgabe

2.1 Die Bedeutung des Dialogs zwischen Kunst und Recht

Die Qualität des Urteils über die Rechtmässigkeit einer Grundrechtseinschränkung ist von der Qualität der gerichtlichen Auseinandersetzung mit dem Kunstwerk abhängig.¹⁷⁴² Erst aus der vielschichtigen Auseinandersetzung mit einem Kunstwerk, den Umständen seiner Herstellung, der Bedeutung für seine Hersteller und der Deutung durch die Öffentlichkeit lässt sich ein ausgewogenes Urteil gewinnen. Ein differenziertes Urteil über ein Kunstwerk besteht in einem engagierten Wahrnehmen, Prüfen und Nachforschen, ohne dass die Entscheidungsträger dabei die notwendige Distanz zum Beurteilungsgegenstand verlieren.

Historische Beispiele

Wichtiges Anschauungsmaterial für die Bedeutung des deliberativ-partizipativen Vorgehens bei der Konkretisierung der Kunstfreiheit bieten die Gerichtsfälle des 19. und 20. Jahrhunderts, in denen mit intensiver Partizipation der Betroffenen und der Öffentlichkeit über Flauberts *Madame Bovary*, Brancusis *Bird in Space*, Schnitzlers *Reigen* oder George Grosz' *Maul halten* verhandelt wurde (einleitend dazu vorne, Teil I Kapitel I.2 und 3). Die Qualität der Entscheidungsbegründungen verdeutlicht, wie entscheidend Partizipationsrechte nicht nur in individualrechtlicher, sondern auch in methodischer Hinsicht, also in Bezug auf die inhaltliche Würdigung der Kunstwerke, für die Konkretisierung der Kunstfreiheit sind.

¹⁷⁴¹ Ebenso F. MÜLLER, Freiheit der Kunst, 47 f., 61 f.; sinngemäss CUENI, Schutz von Satire, 299 f.

¹⁷⁴² Dazu auch bereits DEWEY, Kunst als Erfahrung, 347–349.

Brancusi v United States

Das Urteil *Brancusi v United States* ist bezüglich der Bedeutung einer aufmerksamen Haltung gegenüber dem Streitgegenstand illustrativ.¹⁷⁴³ Mit dem Urteil gelang die wegweisende Öffnung für moderne Kunstformen, weil sich das Gericht die Einschätzungen des Künstlers und der Kunsttheoretiker aufmerksam anhörte und sie materiell umfassend würdigte.¹⁷⁴⁴ In methodischer Hinsicht liegt die Bedeutung des Verfahrens zu *Bird in Space* darin, dass sich das Gericht in einem partizipativen Verfahren tatsächlich auf die Stellungnahme des Künstlers ebenso wie auf die Positionen verschiedener Kunstexperten, Interessenvertreter und der Öffentlichkeit einliess. In seiner Urteilsbegründung bemühte sich das Gericht um eine dem spezifischen Kunstwerk gerecht werdende, juristisch objektive Würdigung unter Berücksichtigung sämtlicher vorgebrachten Aspekte der Sach- und Rechtsfragen.¹⁷⁴⁵ So kam das Gericht zur Ansicht, dass die Skulptur die Vorgaben des repräsentationalen Kunstbegriffs zwar nicht erfüllte. Mit Verweis auf die Einflüsse der modernen Kunstrichtungen müsse der rechtliche Kunstbegriff aber auch für abstraktere Kunstwerke offen sein, und zwar unabhängig davon, ob die Behörde an diesen Gefallen finden.¹⁷⁴⁶

Schnitzlers Reigen

Ähnlich hatte auch Europa seine öffentlichkeitswirksamen Skandalprozesse über avantgardistische Kunstwerke des frühen 20. Jahrhunderts. Arthur Schnitzlers *Reigen* führte bei seiner Aufführung in Berlin und Wien¹⁷⁴⁷ zu Skandalen und rechtlichen Verfahren. In Berlin kam es im November 1921 zu einem Prozess gegen eine Aufführung von Schnitzlers Werk, bei dem ähnlich wie bei *Brancusi* eine intensive gerichtliche und öffentliche Auseinandersetzung über die moderne Kunst und das fragliche Werk stattfand.¹⁷⁴⁸ Das

¹⁷⁴³ *Brancusi v United States*, T.D. 43, 063, 54 Treas. Dec. 428 (Cust. Ct. 1928); das Protokoll der Gerichtsverhandlung ist vollständig publiziert in ROWELL, *Brancusi vs. United States*. Zum Urteil *Brancusi* siehe auch RENOLD/MOSIMANN, KKR, Kap. 1 § 2 N 47 ff.; EDELMAN, *L'adieu aux arts*; HARTSHORNE, *Modernism on Trial*; HEINICH, «C'est un oiseau!».

¹⁷⁴⁴ *Brancusi v United States*, T.D. 43, 063, 54 Treas. Dec. 428 (Cust. Ct. 1928); HARTSHORNE, *Modernism on Trial*, 99, 101 ff. Entsprechend hat auch die deutsche Lehre unter der Weimarer Reichsverfassung die Notwendigkeit eines fortwährenden Ringens um den Geltungsbereich der Meinungsfreiheit betont, ROTHENBÜCHER, *Meinungsäusserung*, 14.

¹⁷⁴⁵ HARTSHORNE, *Modernism on Trial*, 99, 101.

¹⁷⁴⁶ *Brancusi v United States*, T.D. 43, 063, 54 Treas. Dec. 428 (Cust. Ct. 1928), 430 f.

¹⁷⁴⁷ In Wien stellte sich der Bürgermeister gegen die Einstellung des Theaterstücks. Der Fall kam an das österreichische Verfassungsgericht und endete ohne materiellen Entscheid. Das Verfassungsgericht hatte lediglich die formelle Frage zu beantworten, ob die Bundesregierung den Wiener Bürgermeister Jakob Reumann formal korrekt angewiesen hatte, die Aufführung zu untersagen, was der Gerichtshof (unter Beteiligung Hans Kelsens als Richter) mangels formell verbindlicher Anordnung verneinte, Entscheidung VfSlg 8/1921 der Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofs vom 26. April 1921.

¹⁷⁴⁸ Der Anwalt der Angeklagten (und ehemalige sozialdemokratische Minister) Wolfgang Heine veröffentlichte die Protokolle des Prozesses in HEINE, *Kampf um den Reigen*.

Gericht befragte neben den Angeklagten zahlreiche Zeugen. Neben Mitgliedern des Volksbundes für Anstand und gute Sitten nahmen auch Literaturwissenschaftler und angesehene Theater- und Kunstkritiker Stellung. Zeitungen und Zeitschriften kommentierten das Geschehen. Der Prozess endete mit einem Freispruch und einem Urteil, das die Komplexität des literarischen Stücks und dessen Einbettung in den gesellschaftlichen Kontext umfassend argumentativ abhandelt.¹⁷⁴⁹ Auch der Prozess gegen George Grosz' Werk *Maul halten und weiter dienen* endete 1931 nach Anhörung zahlreicher Zeugen, unter ihnen namhafte Kunstexperten, in einem Freispruch. Die Auseinandersetzung über das Kunstwerk beschränkte sich nicht auf den Gerichtssaal. Politische Parteien und künstlerische Verbände solidarisierten sich, und es erschienen zahlreiche Artikel in Zeitungen und Fachzeitschriften.¹⁷⁵⁰

D. H. Lawrence: *Lady Chatterley's Lovers*

Bekannt ist auch das britische Urteil zum Buch *Lady Chatterley's Lover* von D. H. Lawrence. Das Gericht hatte dessen Konformität mit dem Obscene Publications Act 1959 zu beurteilen. Das Gesetz enthielt eine Ausnahmeklausel für Werke im Interesse der Wissenschaft, Literatur, Kunst und Bildung oder andere Objekte von öffentlichem Interesse. Nach Anhörung der Parteien befragte das Gericht fünfunddreissig Zeugen, unter ihnen berühmte Soziologen und Literaturwissenschaftler. Das Gericht entlastete das Buch aufgrund seines literarischen Werts mit einer ausführlichen Begründung von strafrechtlichen Vorwürfen.¹⁷⁵¹ Im Vergleich zu diesen Urteilen fällt im Urteil zu Joseph Felix Müllers Bilder vor dem Bezirksgericht Saane auf, dass sich das Gericht mehrmals abschätzig sowohl zur Qualität der Bilder als auch zur Einschätzung des beigezogenen Sachverständigen Jean-Christoph Ammann, damaliger Kurator der Kunsthalle Bern, äusserte. Das Gericht nannte die Ausführungen des damaligen Kurators der Kunsthalle Bern und international anerkannten Kunstexperten als «learned-seeming but wholly unpersuasive».¹⁷⁵²

¹⁷⁴⁹ HEINE, Kampf um den Reigen, 429 ff.; zur Zensur in der Weimarer Republik auch BEISEL, Kunstfreiheitsgarantie, 14–17.

¹⁷⁵⁰ BEISEL, Kunstfreiheitsgarantie, 27–29.

¹⁷⁵¹ U.K., R v Penguin Books Ltd., [1961] Crim. LR 176. Zum Urteil ROLPH, Trial of Lady Chatterley; LADENSON, Dirt for Art's Sake, 131–156; FEATHER, A History of British Publishing, 205: «More widely, the failure of the Lady Chatterley prosecution was taken by friend and foe alike to mark the beginning of the Sixties and a new culture of freedom and liberation».

¹⁷⁵² EGMR 10737/84 (1988) Müller v Switzerland, N 16, wonach das Gericht sich wie folgt zum Kunstwerk und zu den Aussagen des Sachverständigen geäussert hat (Übersetzung aus dem Urteil übernommen): «These are not works which, in treating a particular subject or scene, allude to sexual activity more or less discreetly. They place it in the foreground, depicting it not in the embrace of man and woman but in vulgar images of sodomy, fellatio between males, bestiality, erect penises and masturbation. Sexual activity is the main, not to say sole, ingredient of all three paintings, and neither the appellant's explanations nor the witness Mr. Ammann's learned-seeming but wholly unpersuasive remarks can alter that fact. To go into detail, however distasteful it may be, one of the paintings contains no fewer than eight erect members [etc.].» Siehe auch ebendort, N 14: «The

2.2 Rechtliches Gehör als methodische Pflicht, der Kunst zuzuhören

a) Entscheidungsverfahren

Verfahrensrechte vermitteln individualrechtliche Ansprüche auf gleiche Behandlung in Verfahren, die Beurteilung von Rechtsstreitigkeiten durch ein unabhängiges Gericht und Partizipationsrechte im Verfahren. In ihrer weniger thematisierten objektiv-rechtlichen Dimension vermitteln Verfahrensrechte aber auch methodische Anhaltspunkte für ein sachgerechtes, einzelfallspezifisches und ausreichend begründetes Urteil.¹⁷⁵³ Je gravierender die Einschränkung einer Rechtsposition ist, umso sorgfältiger muss das Urteil begründet sein. Das gilt für alle komplexen Rechts- und Sachverhaltsfragen oder Normen, die den Behörden einen weiten Ermessensspielraum einräumen.¹⁷⁵⁴ Das trifft auch auf die Kunstfreiheit zu. Die Komplexität ihres Normgehalts und die Offenheit des geschützten Sachbereichs räumen den Entscheidungsträgern einen bedeutenden Auslegungs- und Ermessensspielraum ein. Diese Bedingungen verstärken die Begründungslast bei der Anwendung der Kunstfreiheit. Ein Gericht muss die ihm vorgelegten Grundrechtsprobleme umfassend thematisieren und fallspezifisch entscheiden. Die gerichtliche Konkretisierung muss zugleich auf einem Abstraktionsgrad bleiben, der auch unvorhersehbare zukünftige Anwendungsfälle nicht grundsätzlich ausschliesst.

Die Konsultations- und Informationsbeschaffungsmöglichkeiten sind im Rechtsanwendungs- und im Rechtsetzungsverfahren unterschiedlich ausgestaltet. In der Rechtsetzung sind es die politischen Rechte, die parlamentarischen Deliberationschritte, verschiedene Konsultationsformen und direkt-demokratische Elemente, die den Entscheid in prozeduraler Hinsicht verfassungskonform ausgestalten und legitimieren. Das Rechtsetzungsverfahren eignet sich aufgrund seiner Möglichkeit, die Zivilgesellschaft zu konsultieren, für die konkretisierende Ausgestaltung der Grundrechte in ihrer programmatischen Geltungsschicht. Das Rechtsanwendungsverfahren vermag diese breite politische Konsultation nicht zu leisten. Demgegenüber ermöglichen die Verfahrensrechte eine spezifischere Konsultation mit den Betroffenen und durch den Einbezug von Zeugen und Sachverständigen. Im verfahrensrechtlich strukturierten Dialog konstruiert die rechtsanwendende Behörde den Sachverhalt, gewinnt Sachkenntnisse über den Einzelfall und überprüft das anwendbare Recht auf seine Übereinstim-

artistic merit of the three works exhibited in Fribourg is admittedly less obvious than is supposed by the witness Ammann, who nevertheless said that the paintings Müller exhibited in Basel were more «demanding». The court would not disagree. Müller is undoubtedly an artist of some accomplishment, particularly in the matter of composition and in the use of colour, even though the works seized in Fribourg appear rather scamped.»

¹⁷⁵³ Der Einbezug der Verfahrensgarantien für methodische Fragen der Grundrechtskonkretisierung ist wenig diskutiert. Weiterführend MÜLLER, Juristische Methodenlehre, 57–60, 84–92. Ansätze finden sich auch bei BIAGGINI, Verfassung und Richterrecht, 382, 385 f.; Müller, Elemente einer Grundrechtstheorie, 52 ff.; am Rande thematisiert bei RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, 191; HALLER, Verfassungsbildung, 15.

¹⁷⁵⁴ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 888; STEINMANN, SGK BV 29 N 49; WALDMANN, BSK BV 29 N 57; BIAGGINI, BVK 29 N 25.

mung mit der Kunstfreiheit. Die Bundesverfassung enthält mit der Garantie eines fairen Verfahrens (Art. 29 BV) in methodischer Hinsicht minimale Diskursbedingungen, die bei der Rechtsgewinnung und der Urteilsbegründung einzuhalten sind. Verfahrensrechte verpflichten die Entscheidungsträger nicht nur, die formelle Pflicht einer Anhörung zu erfüllen. Verfahrensrechte enthalten in Bezug auf die Rechtsanwendung die qualitative Anforderung, die Vorbringen *inhaltlich* zu würdigen. Entscheidend sind die Verfahrensgarantien also nicht nur in ihrer formell-rechtlichen Dimension als individualrechtliche Ansprüche, angehört zu werden, sondern auch in qualitativ-methodischer Hinsicht, *tatsächlich* gehört zu werden.

Insofern Gesetze eine Form der Grundrechtskonkretisierung darstellen, sind diese methodischen Ausführungen im Übrigen wiederum sinngemäss auch auf die Rechtsetzung als Form der Grundrechtskonkretisierung übertragbar.¹⁷⁵⁵ Es sind offene Entscheidungssituationen, deren Wertung nicht die richtige, sondern nur eine mehr oder weniger überzeugend begründete Wertung sein kann. Rechtsetzung und Rechtsanwendung bedingen ein argumentativ-wertendes Ringen um den *richtigen* Entscheid. Sowohl der Entscheid über die Setzung von Recht als auch derjenige über dessen Anwendung ist wertend. Der Entscheid lässt sich weder logisch-deduktiv aus vorgegebenen Verhältnissen oder Normen ableiten noch aus allgemeingültigen Massstäben gewinnen. Das Rechtsurteil ist aus diesen Gründen mit dem ästhetischen Urteil vergleichbar.¹⁷⁵⁶ An die Stelle der Dichotomie zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Gesetzgebung und Grundrechtsprüfung tritt die in Art. 35 BV zum Ausdruck gebrachte Annahme eines mehrschichtigen Prozesses der Grundrechtsverwirklichung. Die Entscheide bewegen sich im Spannungsfeld zwischen Erkenntnis und Deziision, objektiver Begründung und subjektiver Entscheidung. Genau wie bei der Rechtsanwendung kommt es auch in der Rechtsetzung darauf an, die verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Entscheidungsprozess einzuhalten. Das bedeutet für die Rechtsetzung materiell, dass der Erlass willkürfrei ausgestaltet ist und sowohl das Rechtsgleichheits- als auch das Differenzierungsgebot gewährleistet bleibt. Prozedural muss der Entscheid des Rechtsetzers die Anforderungen an die demokratische Selbstbestimmung, Öffentlichkeit und diskursive Inklusion erfüllen; das gilt gemeinhin mit den repräsentativen Verfahren im Parlament, dem Vernehmlassungsverfahren und den direkt-demokratischen Kontrollmöglichkeiten als ausreichend gesichert.

¹⁷⁵⁵ Wegweisend herausgearbeitet hat diese Verbindung im Schweizer Recht ansatzweise BURCKHARDT, Methode und System, 91 f., 248 f., 257 f.; umfassender dann RHINOW, Rechtsetzung und Methodik, insbes. 268 ff.; rezipiert u.a. bei G. MÜLLER, Methodik der Rechtssetzung, 11 f.; MÜLLER, Juristische Methodenlehre, 54 f.; REICH, Konzeptionalisierung der «Verfassungsverwirklichung», 113–117.

¹⁷⁵⁶ So bereits BURCKHARDT, Methode und System, 17 Fn. 11, 248; prominent GADAMER, Wahrheit und Methode, 39 ff.; MÜLLER, Demokratische Gerechtigkeit, 149–154. Kant selbst betrachtete die Rechtsanwendung mit einem am Syllogismus orientierten Rechtsverständnis als bestimmendes Urteil.

b) Verfahrensrechte als Auslegungsrichtlinien

Bei der Anwendung der Kunstfreiheit in rechtlichen Verfahren sind die verfahrensrechtlichen Kommunikationsgarantien als verfassungsrechtliche Auslegungsrichtlinien in verschiedener Hinsicht wichtig: Die Kunstfreiheit ist eine offene Bestimmung. Die Offenheit der Bestimmung mindert die Rechtssicherheit für die Betroffenen. Diese Unsicherheit kann durch möglichst umfangreiche Kommunikation des Entscheidungsträgers mit den Betroffenen und der Öffentlichkeit ein Stück weit kompensiert werden.¹⁷⁵⁷ Des Weiteren ist der Sachbereich der Kunst vielfältig und interpretationsoffen. Eine partizipativ-kommunikative Entscheidungspraxis zur Kunstfreiheit vermittelt den Parteien die Sicherheit, dass sie in der Einzigartigkeit ihrer künstlerischen Praxis wahrgenommen, angehört und ihre rechtlichen Anliegen umfassend, ausgewogen und sachgerecht gewürdigt werden.

Die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts zur inhaltlichen Würdigung des künstlerischen Selbstverständnisses ist indessen äusserst heterogen. Im Urteil über Fahrners Gemälde hatte das Bundesgericht die «Willensrichtung des Künstlers» für die Frage der Unzüchtigkeit der Darstellung nur dann als relevant erachtet, «wenn und soweit sie im Werke selber sichtbar verkörpert wird»¹⁷⁵⁸. Im Urteil des Bundesgerichts zu Lorenzo Gersters Ausstellung von Eisenplastiken in einem Waldgelände von 1985 würdigte es des Künstlers «ernsthafte Suchen nach künstlerischem Ausdruck in neuen Formen»¹⁷⁵⁹. Mittelbar hatte es damit zu verstehen gegeben, dass es Lorenzo Gersters subjektive Gesichtspunkte anhörte, würdigte, für glaubhaft erachtete und deshalb seine Eisenplastiken trotz gegenwärtiger Einschätzungen der Gemeinde als Kunst anerkannte.

In einem jüngeren Urteil unter Anwendung des Sexualstrafrechts erachtete das Bundesgericht das «Selbstverständnis des Kunstschaffenden» hingegen als «nicht massgebend»¹⁷⁶⁰. Dieser Beurteilungsansatz steht im Widerspruch zu den qualitativ-methodischen Anforderungen an die Entscheidungsbegründung, wie sie sich aus der Garantie des rechtlichen Gehörs ergibt. Ein ausschliesslich von Aussen an die Kunst herangetragenem Kunstverständnis führt dazu, dass sich das Recht anmasst, allgemeingültige und abschliessende Massstäbe der Kunst überzustülpen, was nicht mit der Kunstfreiheit zu vereinbaren ist.¹⁷⁶¹ Mit der Autonomie des Rechts nicht zu vereinbaren wäre es wiederum, einer radikalen Subjektivität zu verfallen. Würde das Recht die Entscheidungsbegründung der Kunst selbst überlassen, bliebe der RichterIn oder dem Richter keine Entscheidungsgewalt mehr über den Gegenstand. Es würde bedeuten, dass das Rechtssubjekt selbst darüber entscheidet, was grundrechtlich geschützt ist.¹⁷⁶² Die Verfas-

¹⁷⁵⁷ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 862.

¹⁷⁵⁸ BGE 86 IV 19 E. 1.

¹⁷⁵⁹ ZBl 87 (1986) 126, 127, 129.

¹⁷⁶⁰ BGE 131 IV 64 E. 10.1.3; die Lehre hat diese Aussage weitestgehend übernommen, siehe bswe KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, § 25 N 6.

¹⁷⁶¹ Ebenso HUFEN, Kunstfreiheit, HGR IV, § 101 N 23, 25.

¹⁷⁶² GL.M. HUFEN, Kunstfreiheit, HGR IV, § 101 N 29

sungsinterpretation muss einen Mittelweg zwischen den der Kunst aufgetragenen Fremddefinitionen und dem künstlerischen Selbstverständnis suchen, zu dessen Berücksichtigung die Gerichte verpflichtet sind (dieselbe Frage stellt sich bei der Definition des grundrechtlichen Kunstbegriffs, siehe dazu Teil II Kapitel 2.3.c).

Die Behörde muss auf jeden Fall die Vorbringen der Betroffenen sorgfältig prüfen und im Entscheid berücksichtigen. Der Anspruch auf Begründung des Entscheids gewährleistet, dass die Betroffenen nachvollziehen können, ob der Entscheid dieser Anforderung tatsächlich nachkommt. Im Urteil muss sich die rechtsanwendende Behörde mit allen rechtlich relevanten Gesichtspunkten des Entscheids auseinandersetzen. Dabei steht der Betroffene mit seinen Vorbringen im Zentrum: Mit ihnen muss sich die Behörde auseinandersetzen. Zugleich muss das Urteil aufzeigen, inwiefern es die bisherige Rechtsprechung und Lehre in einem Sachbereich fortführt oder sich von ihr entfernt. Das juristische Urteil orientiert sich dabei an anerkannten juristischen «Topoi». Diese Anbindung an die juristische Auseinandersetzung in einem Rechtsbereich sichert die spezifisch juristische Qualität, Kohärenz und Nachprüfbarkeit des Urteils.¹⁷⁶³

c) Rechtliches Gehör als qualitative Leitlinie für die Anwendung der Kunstfreiheit

Vor allem die Garantie des rechtlichen Gehörs vermittelt in methodischer Hinsicht wichtige qualitative Leitlinien für die Anwendung der Kunstfreiheit. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht verlangt von der Behörde, dass sie die Vorbringen der Betroffenen «*tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft* und in der Entscheidungsfindung *berücksichtigt*»¹⁷⁶⁴. Die Würdigung der Parteivorbringen muss von der Überzeugung getragen sein, dass der Betroffene Wesentliches zur Sachaufklärung und Rechtsfindung beitragen kann.¹⁷⁶⁵ Betroffene haben entsprechend einen verfahrensrechtlichen Anspruch auf Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts. Sie dürfen Beweise beibringen, an der Beweisbeschaffung mitwirken, Zeugen und Auskunftspersonen beziehen und sich zum Beweisergebnis äussern. Sie haben den Anspruch, am Augenschein teilzunehmen und ein Protokoll desselben zu erhalten.¹⁷⁶⁶

Bei der Anwendung der Kunstfreiheit ist nicht nur die formelle Einhaltung dieser Garantien, sondern gerade auch die daran anschliessende qualitative Würdigung der Vorbringen durch die Behörden entscheidend. Ausschlaggebend ist, mit welcher Qualität und Aufmerksamkeit der Entscheidungsträger dem Streitgegenstand und den Parteivorbringen begegnet. Das Selbstverständnis der Kunstschaffenden, Kunstvermittelnden und der Kunstbetrachtenden sowie ihre subjektiven Erfahrungen mit dem Streitobjekt sind relevante Anhaltspunkte, um die Freiheit der Kunst im Einzelfall angemessen zu

¹⁷⁶³ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 886 f.

¹⁷⁶⁴ BGE 129 I 232 E. 3.2 (kursive Hervorhebungen VR).

¹⁷⁶⁵ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 847 f.

¹⁷⁶⁶ BGE 124 I 241 E. 2; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 863 f., 867.

gewichten. Ohne die Berücksichtigung dieser Aspekte können die Behörden weder die Eigenart der Kunst als vielfältiger, sich ständig wandelnder Sachbereich in angemessener Weise würdigen, noch die Verfahrensgarantien der vom Entscheid Betroffenen wahren.¹⁷⁶⁷

2.3 Einbezug von Sachverständigen

Bei komplexen Sachverhalten besteht aus Art. 29 BV ein verfahrensrechtlicher Anspruch, dass die rechtsfindende Behörde ein Gutachten in Auftrag gibt.¹⁷⁶⁸ Ein Teil der Lehre hat deshalb zu Recht wiederholt den Einbezug von Sachverständigen in Verfahren über die Kunstfreiheit gefordert.¹⁷⁶⁹ Die Aussagen der Kunstsachverständigen sollen die Behörden darin unterstützen, die meist komplexen Sachverhalte im Bereich der Kunst in Auseinandersetzung mit dem Standpunkt der Betroffenen und dessen Einbettung in die Praktiken und Entwicklungen des Sachbereichs angemessen zu würdigen. Es geht darum, dass sich die entscheidfällende Behörde eine informierte Meinung über das strittige Kunstwerk und den Sachbereich Kunst verschafft. Nicht ausschlaggebend ist, ob die Einschätzung der Betroffenen oder der Sachverständigen von der Mehrheit der Kunstexperten oder einer breiten Öffentlichkeit geteilt wird. Die entscheidfällende Behörde hat die Aussagen nach sachlichen Gesichtspunkten eigenständig zu würdigen.

Für die Konkretisierung der Kunstfreiheit drängen sich minimale Kenntnisse über historische und gegenwärtige Entwicklungen des Sachbereichs *Kunst* auf. Das gilt im Übrigen nicht nur für die rechtliche Beurteilung von Kunst, sondern überall dort, wo das Recht in einem hochspezialisierten Fachgebiet regulierend auftritt, beispielsweise in medizinischen oder umwelttechnischen Fragen. Genau wie Richterinnen und Richter ein minimales Verständnis für medizinische Gutachten oder die umwelttechnischen Analysen eines Bauvorhabens haben müssen, sollte ein Gericht auch über den Sachbereich der Kunst eine minimale Orientierung gewinnen, bevor es sein Urteil spricht. Die Auslegung der Kunstfreiheit kann nur mit einem gewissen Verständnis für die ausserhalb des Rechts stehenden Positionen gehaltvoll erfolgen, will sie nicht in einem selbstreferenziellen Monolog gefangen bleiben, der dem beurteilten Sachbereich mit

¹⁷⁶⁷ Gl.M. MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 557 f.; ebenso für das deutsche Recht HUFEN, Kunstfreiheit, HGR IV, § 101 N 25.

¹⁷⁶⁸ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 863 f., 867; STEINMANN, SGK BV 29 N 49; WALDMANN, BSK BV 29 N 57; BIAGGINI, BVK 29 N 25.

¹⁷⁶⁹ UHLMANN/BOGNUA, Zehn Thesen, 369; MOSIMANN/RENOLD, KKR, Kap. 1 § 3 N 99; MOSIMANN, Das Gutachten als Beweismittel im kunstrechtlichen Prozess, 466 f.; DERS., Kunst im Recht, 34 f.: «Es ist zu fordern, dass die Gerichte in kunstrechtlichen Verfahren des Zivil-, Straf- und öffentlichen Rechts von Amtes wegen Sachverständige beziehen. Das soll auch in Verfahren mit Verhandlungsmaxime gelten.»; ebendort, 36: «Das Gutachten des Sachverständigen ist geboten, um dem Richter den kunstrelevanten Sachverhalt darzulegen und nachzuweisen.» Neben dem Einbezug von Sachverständigen für die inhaltliche Interpretation von Kunstwerken sollen Gerichte auch das Gewohnheitsrecht einzelner Kunstsparten berücksichtigen, MOSIMANN, Goethes Intendanz, 406.

einer sachfremden Begründung seine Rechtskraft aufdrängt. Richterinnen und Richter sind im hochspezialisierten Sachbereich Kunst genauso Laien wie in den Fällen, in denen sie über komplexe medizinische oder bautechnische Fragen zu urteilen haben. Der Einbezug von Sachverständigen sollte im Bereich der Kunst Teil der gerichtlichen Praxis sein, wie es in anderen Bereichen mit vergleichbarer Sachkomplexität und Spezialisierung längst gängige Rechtspraxis ist. Ob das dem Gericht vorgelegte Kunstverständnis glaubhaft ist, darf indessen weder alleine von den Stellungnahmen Aussenstehender noch vom Selbstverständnis der Künstlerinnen und Künstlern abhängig sein. Vielmehr hat die rechtsanwendende Behörde unter Berücksichtigung sämtlicher ihr vorliegender Argumente einen sachgerechten Entscheid zu fällen.¹⁷⁷⁰

3 Zusammenfassung

Die rechtsstaatlichen Garantien verlangen von den Behörden, dass sie ihre Urteile einzelfallbezogen und nachvollziehbar begründen. Für die Konkretisierung der Kunstfreiheit stellt diese Anforderung aufgrund der doppelten Offenheit von Grundrechtsbestimmung und geschütztem Sachbereich eine Herausforderung dar. Weil sich Kunst ständig verändert und Urteile über die Kunst letztlich Werturteile sind, ist die rechtliche Objektivierung des Urteils über die Grenzen der Kunst herausfordernd.

Während in der Rechtsprechung zur *Exceptio artis* die Notwendigkeit eines kunstspezifischen Beurteilungsmassstabs bereits früh erkannt wurde, nahm dessen dogmatische Entwicklung über das vergangene Jahrhundert hinweg verschiedene Wendungen ein. Das Bundesgericht stützte sich auf verschiedene objektivierende Rechtsfiguren. Bis in die Gegenwart bezieht es sich auf den *Durchschnittsbetrachter* und den *künstlerisch aufgeschlossenen Betrachter* und kombiniert diese mit kontextspezifischen Beurteilungskriterien. Demgegenüber hat das Bundesverfassungsgericht den Einbezug objektivierender Rechtsfiguren als Schein-Objektivierungen zurückgewiesen. Es hat stattdessen die Pflicht zur kunstspezifischen Beurteilung von Kunst mittels eines alleine kontext- und kriterienbasierten Beurteilungsmassstabs ausdifferenziert. Als Referenzpunkt dient dem Gericht die in der Rechtsprechung allgemeingültige Pflicht einer objektiven und sachlichen Beurteilung und das Bild einer mündigen Bürgerin oder eines mündigen Bürgers, der oder die genauso fähig ist wie die Gerichte, Kunst kunstspezifisch zu lesen.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat sich in seiner Rechtsprechung zur Kunst nie auf objektivierende Rechtsfiguren gestützt. Er verwendet in Übereinstimmung mit den Entwicklungen im internationalen Recht einen kontext- und kriterienbasierten Beurteilungsmassstab. Eine entsprechende Entwicklung ist auch dem Bundesgericht nahezulegen. Die Fortentwicklung der bisherigen Rechtsdogmatik könnte entweder darin bestehen, die objektivierende Rechtsfigur an der mündigen Bür-

¹⁷⁷⁰ Gl.M. MÜLLER/SHEFER, Grundrechte, 558; zu einseitig an der Aussenperspektive orientiert hingegen AUER, *Liberté de l'art*, 85; umfassender KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, § 25 N 6.

gerin und am mündigen Bürger auszurichten und komplexer auszugestalten.¹⁷⁷¹ Oder aber den Rückgriff auf externalisierte Beurteilungsmassstäbe zugunsten einer an den gewöhnlichen Standards der Rechtsprechung ausgerichteten, sachlich-objektiven sowie kontext- und kriterienbasierten Beurteilung aufzugeben.

Das Urteil über die Grenzen der Kunstfreiheit ist ein subjektiv-wertendes Urteil, das sich mittels einer Auseinandersetzung mit dem Streitgegenstand argumentativ begründen und in diesem beschränkten Sinn den rechtlichen Anforderungen entsprechend versachlichen lässt. Die rechtsanwendende Behörde muss den Streitgegenstand möglichst umfassend, ausgeglichen, nachvollziehbar und in Bezug auf den konkreten Einzelfall beurteilen. Dabei kann ein Gericht kein einzig richtiges Urteil finden. Aber es kann seine Wahl für einen Entscheid in einer begründeten Argumentation offenlegen und damit nachvollziehbar und im Rechtsschutzverfahren anfechtbar machen. Dabei kommt den Verfahrensrechten in der Anwendung der Kunstfreiheit methodische Bedeutung zu, indem sie zum Dialog mit der zu beurteilenden Kunst auffordern. Der Anspruch auf rechtliches Gehör verpflichtet die entscheidfällende Behörde, sich umfassend über den Sachbereich Kunst zu orientieren, die Besonderheiten des ihm vorgelegten Kunstwerkes zur Kenntnis zu nehmen und das Selbstverständnis der Kunstschaffenden einzubeziehen. Der Anspruch auf Begründung des Entscheids verpflichtet den Rechtsanwender, seinen Entscheid mit sachlichen Argumenten zu unterlegen und seine inhaltlichen Grundlagen möglichst nachvollziehbar darzulegen.

Das nachfolgende Kapitel wendet sich den einzelnen bis anhin von den Gerichten verwendeten Beurteilungskriterien zu. Was sind tragfähige Beurteilungskriterien, anhand derer sich das Urteil über die Kunstfreiheit argumentativ aufbauen lässt? Und wie kommen sie zur Anwendung?

III Beurteilungskriterien

Die Gerichte haben im Verlaufe ihrer Rechtsprechung zu den Grenzen der Kunstfreiheit verschiedene Kriterien entwickelt, die sich in der Anwendung auf die Kunst bewährt haben. Die Kriterien lassen sich drei Gesichtspunkten zuordnen. Erstens die Berücksichtigung des gesellschaftliche Gesamtkontextes, in den das Kunstwerk eingebettet ist. Zweitens der spezifische Kontext des umstrittenen Kunstwerkes. Und drittens die Beschaffenheit des Kunstwerks. Diese drei Kriterien bilden die Grundlage für die kunst- und kontextspezifische Beurteilung der Kunst.

Nachfolgend soll die rechtliche Tragweite der einzelnen Kriterien skizziert werden. Wichtig ist zu vermerken, dass der *Grundsatz der kunstspezifischen Beurteilung* Bestandteil des Schutzbereichs der Kunstfreiheit ist und also eine verbindliche Vorgabe

¹⁷⁷¹ Sinngemäss der Vorschlag von CUENI, Schutz von Satire, 304–314, wonach der vom Gericht als Beurteilungsmassstab beigezogene «Standardadressat» als «vernünftig» und «gut informiert» (304) gelten muss, den gesamten Kontext der Äusserung kennt und die intertextuellen Zusammenhänge sowie die extratextuellen Umstände erfasst.

an ihre Adressaten. Demgegenüber sind die einzelnen *Beurteilungskriterien* weder verbindlich noch abschliessend. Es handelt sich vielmehr um einen Katalog an bewährten Gesichtspunkten, die im Einzelfall situationsbedingt zu adaptieren, zu ergänzen und zu gewichten sind.

1 Kunst- und kontextspezifische Beurteilung der Kunst

1.1 Kunstspezifische Beurteilung

Die Beurteilung umstrittener Kunst durch Behörden und Gerichte muss *kunst- und kontextspezifisch* erfolgen. *Kunstspezifisch* bedeutet, dass Kunstwerke auf eine Weise zu beurteilen sind, die den Eigenheiten der Kunst als besondere Kommunikationsform und den Eigenheiten des spezifischen Kunstwerkes ausreichend Beachtung schenkt. Was die Kunstfreiheit im Einzelnen bedeutet, kann nicht für alle Kunstwerke allgemeingültig dargestellt, sondern muss unter Beachtung der verschiedenen künstlerischen Äusserungsformen in Bezug auf das konkret zur Diskussion stehende Kunstwerk eruiert werden.¹⁷⁷² Staatliche Behörden müssen künstlerisches Wirken nach einem eigenen Massstab beurteilen.¹⁷⁷³ Dieser baut zwar auf den Erfahrungen mit gewöhnlichen Formen der Meinungsäusserung auf, geht aber nicht in diesen auf.

Wenn ein Gericht beispielsweise den pornografischen Charakter eines Films einschätzt, so darf es sich dabei nicht einfach auf sein subjektives Empfinden abstützen, sondern muss sich darum bemühen, den Film unter Einbezug der den Besonderheiten der Kunstform entsprechenden Kriterien zu analysieren und das Urteil entsprechend zu begründen. Dasselbe gilt für Entscheidungen über den persönlichkeitsverletzenden Gehalt eines Kunstwerkes. Ob ein Roman die Persönlichkeit eines Dritten verletzt, muss gestützt auf eine inhaltliche Beurteilung des Werkes vorgenommen werden, die den Eigenheiten des Romans als fiktive Erzählung ebenso Beachtung schenkt wie der Gestaltung der umstrittenen Textstellen und den mannigfaltigen Interpretationsmöglichkeiten. Die Frage, ob eine auf offener Strasse aufgeführte Kunstperformance gegen die Vorschriften über die Benutzung des öffentlichen Grundes verstösst, muss unter Berücksichtigung der Eigenheiten der Performance-Kunst und des zeitlichen und örtlichen Kontextes beurteilt werden. So hat das Bundesgericht ein Strassentheater nach Zweck und Art der Durchführung zwar dem Oberbegriff der *Demonstration* zugeordnet, im Anschluss aber die Besonderheiten des Strassentheaters in Abgrenzung von anderen Veranstaltungsformen gewürdigt.¹⁷⁷⁴

1.2 Kontextspezifische Beurteilung

Eine *kontextspezifische Beurteilung* vorzunehmen, bedeutet, für die Beurteilung den Kontext zu berücksichtigen, in den das umstrittene Kunstwerk eingebettet ist. Ähnlich

¹⁷⁷² Erstmals BVerfGE 30, 173 Mephisto (C.III.2).

¹⁷⁷³ Gl.M. UHLMANN/BOGNUA, Zehn Thesen zu Kunstfreiheit, 365.

¹⁷⁷⁴ BGE 100 Ia 392 E. 2, 4.b und 6.c.

hat dies der amerikanische Supreme Court im wegweisenden Urteil zum Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit in *NY Times v Sullivan* wie folgt festgehalten:

«In cases where the line between speech unconditionally guaranteed and speech which may legitimately be regulated must be drawn, the rule is that the Supreme Court must examine for itself the statements in issue and the circumstances under which they were made to see whether they are of a character which the principles of the First Amendment [...] protect; the Supreme Court must make an independent examination of the whole record so as to assure itself that the judgment does not constitute a forbidden intrusion on the field of free expression.»¹⁷⁷⁵

Eine kontextspezifische Beurteilung nähert sich dem Kunstwerk aus unterschiedlichen Perspektiven an. Sie verortet es in einem grösseren gesamtgesellschaftlichen Zusammenhang. Zugleich betrachtet sie den spezifischen örtlichen und zeitlichen Kontext der Äusserung, die Intention und Position der Sprechenden oder Handelnden Person, ihre Adressaten und den Kreis der Rezipienten ebenso wie ihre Einbindung in künstlerische Praktiken.

1.3 Illustration anhand des Basler Pappteller-Falls

Ein interessantes Beispiel für die Bedeutung einer kunstspezifischen Beurteilung, ist der sogenannte *Pappteller*-Fall. In der Stadt Basel findet mit der *Art Basel* jährlich eine der grössten Kunstmesen der Welt statt. Im Juni 2013 veranstalteten Künstlerinnen und Künstlern ebenso wie Aktivistinnen und Aktivisten aus der autonomen Szene ein spontanes Fest, mit dem sie ihre Kritik an dem als dekadent wahrgenommenen Kunstwerks des japanischen Künstlers Tadashi Kawamata zum Ausdruck bringen wollten, der auf dem Basler Messeplatz eine Favela nachgebaut hatte. Die Polizei räumte den Anlass unter massivem Polizeieinsatz. Es folgte eine Gegendemonstration und eine erhitzte Debatte im Kantonsparlament.¹⁷⁷⁶ Ein Jahr später plante eine Gruppe Basler Kunststudentinnen und -studenten unter der Leitung eines Dozenten der Kunstschule eine Performance. Sie wollten an den vorjährigen Polizeieinsatz erinnern und ihre anhaltende Kritik zum Ausdruck bringen, indem sie – den vorjährigen Polizeieinsatz simulierend – in Sternformation über den Basler Messeplatz zu schreiten planten. In der Hand trugen sie Pappteller, die die von der Polizei im vorjährigen Einsatz gegen die *Favela*-Aktion verwendeten Plexiglasschutzschilder simulieren sollten.

Aufgrund eines Hinweises der Messeorganisatoren hatte die Polizei im Vorfeld von der geplanten Aktion erfahren und die Proben auf dem Areal der Kunstschule Basel überwacht. Noch bevor die Künstlerinnen und Künstler mit ihrer «Pappteller»-Performance beginnen konnten, wurden sie am Rande des Messeplatzes verhaftet, auf den Polizeiposten geführt und mehrere Stunden gefangen gehalten. Einige Studierende mussten sich nackt ausziehen und eine Leibesvisitation über sich ergehen lassen, was

¹⁷⁷⁵ The New York Times v Sullivan 376 U.S. 254 (1964), Headline, sinngemäss 285.

¹⁷⁷⁶ Dringliche Interpellation (13. 5270.01) von Tanja Soland betreffend Polizeieinsatz an der Art Basel.

sie angesichts ihres kooperativen Verhaltens und der geringen Gesetzesübertretung, die ihnen vorgeworfen wurde, als entwürdigend empfanden. Der Polizeieinsatz führte zu einem politischen Vorstoss im Grosse Rat¹⁷⁷⁷, gefolgt von einem Gerichtsverfahren.¹⁷⁷⁸ Das baselstädtische Appellationsgericht erwähnte die Meinungsäusserungsfreiheit, berücksichtigte die Kunstfreiheit aber nicht gesondert, da keine entsprechende Rüge vorlag.¹⁷⁷⁹

Im vorliegenden Zusammenhang interessiert die Tatsache, dass sowohl die Polizei als auch das Gericht die Kunstperformance wie eine gewöhnliche Demonstration beurteilten. Die Kunstfreiheit verpflichtet indessen sämtliche Grundrechtsadressaten zu einer kunstspezifischen Beurteilung der Kunst. Die Beurteilung einer Kunstperformance im öffentlichen Raum muss die Besonderheiten der Kunst im Allgemeinen und der Performance-Kunst im Besonderen und ihre Bedeutung als Impulsgeberin einer vielfältigen und lebendigen Demokratie angemessen berücksichtigen. Die Gefahreinschätzung einer Kunstperformance darf nicht derjenigen von Demonstrationen gleichgestellt werden. So war die Pappteller-Performance von einer geschlossenen Gruppe zuvor einstudiert worden und hätte nach einem geplanten Ablauf innerhalb einer kurzen Zeitspanne zur Vorführung gebracht werden sollen. Demgegenüber zeichnen sich Manifestationen dadurch aus, dass ihre Teilnahme allen Interessenten offensteht und der genaue Ablauf und die zeitliche Dauer dadurch weniger berechenbar sind. Ausschreitungen, wie sie an politischen Demonstrationen vorkommen können, sind bei Kunstinterventionen untypisch, da sie in einer anderen Form und mit einer grundlegend anderen Ausrichtung und Dynamik erfolgen. Entsprechend drängt sich die Vermutung auf, dass eine stärker für die Besonderheiten der Performance-Kunst sensibilisierte Behörde in der Pappteller-Performance kaum eine für den massiven Polizeieinsatz ausreichend hohe Gefahr für die öffentliche Ordnung erkannt hätte.

Eine kontextspezifische Beurteilung des Polizeieinsatzes gegen die Pappteller-Performance an der Art Basel würdigt auch den Gesamtkontext der Kunstaktion. Damit würde erkennbar, dass die Performance an die Ereignisse des Vorjahres anknüpfte und gerade auf die Einschränkung der künstlerischen Meinungsäusserungsfreiheit aufmerksam machen wollte. Der Kontext des spezifischen Kunstwerkes war ein breiträumiger Messeplatz vor einer Kunstmesse mit einem kunstaffinen Publikum. Gerade bei der Art Basel hätte man auch auf einem stark frequentierten Platz von den Messebesuchern eine entspannte Reaktion auf die Kunstaktion erwarten dürfen. Das Kunstwerk selbst ist als Kunstperformance in eine lange künstlerische Praxis eingebunden, in der Künstlerinnen und Künstler performativ, unter Einsatz ihrer Körper und oftmals auf ausdrückliche rechtliche Grenzen überschreitende Weise den öffentlichen Raum mitgestalten, bis anhin Ungesehenes sichtbar, hörbar oder fühlbar machen und damit auch die

¹⁷⁷⁷ Interpellation (14.5313.01) von Tanja Soland betreffend Polizeieinsatz vom 20. Juni 2014.

¹⁷⁷⁸ Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt (BES.2015.120) vom 5. Januar 2017.

¹⁷⁷⁹ Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt (BES.2015.120) vom 5. Januar 2017, E. 4.3 (Einschränkung der Freiheitsrechte bei Grossveranstaltungen) und 5.6 (Unverhältnismässigkeit der polizeilichen Massnahmen).

Weisen des Sehens, Sprechens oder Seins an einem Ort verändern. Die Pappsteller-Performance wollte den Polizeieinsatz des vergangenen Jahres sowie seine Folgen für die Meinungsäusserungsfreiheit für die Besucher der Messe sichtbar und fühlbar machen. Als Performance mit ausdrücklich politischem Anspruch ist die Kunstaktion damit durch die Kommunikationsgrundrechte besonders stark geschützt. Angesichts der Tatsache, dass es sich, wie das Gericht selbst feststellte, um eine «kleine Aktion»¹⁷⁸⁰ handelte und der Personenkreis der Polizei bekannt und eindeutig identifiziert war, die Polizei die Proben der Kunstperformance bereits überwacht hatte und sich infolgedessen ein Bild von ihrer Ausgestaltung machen konnte, erscheint deren Verhinderung unter Anwendung der Kunstfreiheit kaum als gerechtfertigt.

Der kunst-, kontext- und kriterienbasierte Ansatz erlaubt es den Gerichten, sich anhand etablierter Kriterien zu einem tragfähig begründeten Urteil vorzutasten. Es ist dieses Vorgehen, das die Freiheit der Kunst gegenüber rechtlichen Einschränkungen am ehesten zu gewährleisten vermag und so etwas wie Rechtssicherheit und Nachvollziehbarkeit in einem komplexen Feld von Auslegungs- und Ermessensspielräumen ermöglicht.

2 Gesellschaftlicher und politischer Gesamtkontext

Wie wir Kunstwerke wahrnehmen, ist entscheidend vom gesellschaftlichen Gesamtkontext abhängig. Mit Gesamtkontext gemeint sind zum einen die grösseren gesellschaftlichen und politischen Zusammenhänge, die die Lebensumstände der Menschen und ihre ästhetischen Praktiken in einer bestimmten Epoche formen. In seinem Aufsatz über das *Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit* vermerkte Walter Benjamin die zeitbedingte Weise, wie Menschen sehen, hören und sprechen.

«Innerhalb grosser geschichtlicher Zeiträume verändert sich mit der gesamten Daseinsweise der menschlichen Kollektiva auch die Art und Weise ihrer Sinneswahrnehmung.»¹⁷⁸¹

Benjamin machte diese Aussage vor dem Hintergrund der Erfindung von Fotografie und Film und der weitreichenden gesellschaftlichen Auswirkungen der Industrialisierung. Gesamtkontext bedeutet im juristischen Kontext zugleich in einem zeitlich und räumlich engeren Sinn die Berücksichtigung von gesellschaftlichen und politischen Entwicklungen, vor deren Hintergrund ein Kunstwerk in Erscheinung tritt. Der EGMR prüft jeweils, ob die Äusserungen vor dem Hintergrund eines angespannten politischen oder sozialen Hintergrunds geäussert werden und ob damit von den Künstlerinnen und Künstlern eine besondere Sensibilität gefordert werden kann oder sie nicht vielmehr ihrerseits des besonderen Schutzes bedürfen.¹⁷⁸²

¹⁷⁸⁰ Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt (BES.2015.120) vom 5. Januar 2017, E. 4.3.

¹⁷⁸¹ BENJAMIN, *Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit*, 18.

¹⁷⁸² EGMR 38004/12 (2018) *Alekhina v Russia (Pussy Riot)*, N 218, m.H.a. die Rechtsprechung.

Auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Filmzensur finden sich interessante Beispiele für die Art und Weise, wie der gesellschaftliche und politische Gesamtkontext in die Beurteilung eines Kunstwerkes einfließt. Die Berücksichtigung des gesellschaftlichen Kontextes war insbesondere für die Öffnung der Filmzensur entscheidend. Im Leiturteil zum Film «Ich bin neugierig» wies das Bundesgericht die Zensur des Films mit Verweis auf die zeitbedingte Veränderung der «Anschauungen der Allgemeinheit über Moral und Sitte» zurück. Diese Veränderung wirkt sich gemäss Bundesgericht dahingehend aus,

«dass geschlechtliche Vorgänge offen und frei erörtert werden und in Sexualfragen eine versachlichte und natürliche Betrachtungsweise Platz ergriffen hat. Diesem allgemeinen Wandel in der Einstellung zur Sexualität und der damit verbundenen Herabsetzung der Empfindlichkeit kann sich auch die Rechtsprechung nicht verschliessen»¹⁷⁸³.

In einem Urteil über die Vorführung des Films *Histoire d'A*¹⁷⁸⁴ auf einer politischen Veranstaltung von Befürwortern der Abtreibungslegalisierung berücksichtigte das Bundesgericht den gesellschaftlichen und politischen Kontext in zweierlei Hinsicht. Zum einen trug es dem Umstand Rechnung, dass der Kanton Freiburg damals katholisch geprägt war und der Film im Widerspruch zu katholischen Dogmen zum Schutz des Lebens stand. Zum anderen berücksichtigte es, dass das zum damaligen Zeitpunkt noch geltende Abtreibungsverbot stark umstritten war und sich in der Schweiz vor dem Hintergrund der gesamteuropäischen Debatten eine Öffnung des Abtreibungsverbots abzeichnete. Es schützte den Film mit der Begründung, die Vorführung eines Films zu einem Thema von politischer Bedeutung müsse genau wie eine Konferenz zum Thema zulässig sein.

Die Berücksichtigung des gesellschaftlichen und politischen Kontextes kann umgekehrt dazu führen, dass Künstlerinnen und Künstler zu besonderer Sorgfalt oder Sensibilität verpflichtet werden. So stützte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte das Verbot einer Karikatur, die zwei Tage nach den Anschlägen vom 11. September 2001 einen Cartoon der brennenden Türme mit dem Kommentar «nous en avons tous rêvé ... le hamas l'a fait», zeigte. Der EGMR würdigte zwar den satirischen Charakter der Zeichnung, erachtete das Verbot aber als gerechtfertigt, weil das Ausmass und die Unmittelbarkeit der Anschläge die Massnahme nachvollziehbar machten.¹⁷⁸⁵

Wie problematisch die Ausblendung des Gesamtkontextes für die Beurteilung eines Kunstwerkes sein kann, veranschaulicht das *Mephisto*-Urteil. Das Bundesverfassungsgericht thematisierte den ausserordentlich angespannten politischen Kontext des Werkes nur am Rande. Wie die Richterin Rupp-von Brünneck in ihrem Sondervotum zum Urteil treffend festhielt, ist aber gerade der gesellschaftliche und politische Kontext

¹⁷⁸³ BGE 96 IV 64 E. 3.

¹⁷⁸⁴ BGE 101 Ia 252 E. 3b/c.

¹⁷⁸⁵ EGMR Nr. 36109/03, Leroy (2008), N 43 f.

für das Verständnis von *Mephisto* entscheidend.¹⁷⁸⁶ Klaus Mann hatte seinen Roman unter dem Eindruck einer ganz bestimmten, individuell erfahrenen Situation geschrieben. Der Roman erschien 1936 und ist ein Werk der Exilliteratur, «deren Thematik, Struktur und Sprache nur unter dem Zwang des politischen, sozialen und psychologischen Ausnahmezustandes der Emigration richtig gewürdigt werden kann»¹⁷⁸⁷. Der Roman ist «durch und durch geprägt von dem aus politischen Gründen emigrierten Schriftsteller Mann, seinem Schicksal, dem Geist der Opposition und der Entlarvung des verruchten Regimes»¹⁷⁸⁸. Die schöpferische Gestaltung dieser Erfahrungen macht den Roman gerade aus und muss in der Beurteilung des Gesamtkontextes des Werkes berücksichtigt werden.

3 Kontext des Kunstwerkes

Neben der distanzierteren Perspektive auf den Gesamtkontext ist es entscheidend, auch den spezifischen Kontext des umstrittenen Kunstwerkes zu beachten. Dazu gehört erstens der räumliche und zeitliche Kontext, zweitens die Intention der Künstlerin oder des Künstlers, und drittens die Adressaten und Rezipienten des Kunstwerkes.

3.1 Räumlicher und zeitlicher Kontext

Jede Kommunikation erfolgt in einem zeitlichen und räumlichen Kontext. Dass Kunstwerke in einem spezifischen Kontext erscheinen, ist sowohl eine materielle Notwendigkeit als auch eine Bedingung ihrer sinnlichen Wahrnehmung. Das Bundesgericht hat wiederholt darauf hingewiesen, dass bei Werken der Kunst und der Literatur die gesamten Begleitumstände der Veröffentlichung zu berücksichtigen sind, namentlich der Ort und die Art der Veröffentlichung sowie der Kreis der Personen, für den sie bestimmt sind. Es ist nicht das gleiche, ob ein Aktbild in einem allgemein zugänglichen Schaufenster eines Verkaufsladens oder in einer Kunstgalerie für Kunstinteressenten ausgestellt wird.¹⁷⁸⁹ Im Bewilligungsverfahren darf die Behörde die gegen eine Kundgebung sprechenden polizeilichen Gründe, die zweckmässige Nutzung der vorhandenen öffentlichen Anlagen im Interesse der Allgemeinheit und der Anwohner und die mit einer Kundgebung verursachte Beeinträchtigung von Freiheitsrechten unbeteiligter Dritter mitberücksichtigen.¹⁷⁹⁰

Für die grundrechtliche Beurteilung eines Kunstwerkes geht es einerseits darum, eine Sensibilität dafür zu entwickeln, dass Kunstwerke oftmals für einen spezifischen Ort oder in Bezug auf ein bestimmtes Ereignis hergestellt werden. Dass also der Ort und die Zeit ihrer Aufführung von Bedeutung sind. Es ist ein Unterschied, ob ein

¹⁷⁸⁶ BVerfGE 30, 173 *Mephisto*, Sondervotum Stein (II.3)/Sondervotum Rupp-v. Brünneck, 3 f.

¹⁷⁸⁷ BVerfGE 30, 173 *Mephisto*, Sondervotum Stein (II.3)/Sondervotum Rupp-v. Brünneck, 3 f.

¹⁷⁸⁸ BVerfGE 30, 173 *Mephisto*, Sondervotum Stein (II.3)/Sondervotum Rupp-v. Brünneck, 3 f.

¹⁷⁸⁹ Siehe bswe BGE 86 IV 19 E. 1; BGE 96 IV 64 E. 3.

¹⁷⁹⁰ BGE 132 I 256 E. 3.

Kunstwerk für eine Galerie, als öffentliches Denkmal oder als Performance konzipiert ist. Je nachdem nimmt die Künstlerin oder der Künstler Bezug auf einen bestimmten Ort, setzt sich in Bezug zu einer bestimmten Tradition oder tritt mit einer Personen-Gruppe oder einem gesellschaftlichen oder politischen Ereignis in Dialog. Wie auch immer die Funktion eines Kunstwerkes im weitesten Sinn ausgestaltet sein mag: Der Kontext und das Material des Werkes, seine Grösse und gestaltete Form ebenso wie die zeitliche Dauer seiner Ausstellung und die räumliche Anordnung haben Einfluss auf die Wirkungsweisen des Kunstwerkes und seine deutende Rezeption. Das Werk entsteht immer aus einem bestimmten Kontext heraus und steht mit seinem Betrachter in einem Dialog. Der Kontext ist ein unlösbarer Bestandteil der Werkpräsentation und damit auch seiner Wirkung und der sich daran anschliessenden Interpretationen. Der Kontext ist Teil der Bedeutung eines Werkes.¹⁷⁹¹

3.2 Intention und Position der Kunstschaffenden

Neben dem räumlichen und zeitlichen Kontext sollten Gerichte die Intention und gesellschaftliche Position der Kunstschaffenden in die Beurteilung einbeziehen. Zum Einbezug der *Intention der Künstlerinnen und Künstler* sind die Gerichte einerseits aus den Verfahrensgarantien verpflichtet (siehe Teil IV Kapitel II.2). Andererseits folgt diese Pflicht auch aus der Kunstfreiheit selbst. Die Kunstfreiheit ist am Schutz der künstlerischen Persönlichkeitsentfaltung ausgerichtet (siehe Teil II Kapitel I.3). Nur wenn sich Gerichte auf die persönlichen Absichten der Kunstschaffenden einlassen, können sie den im Einzelfall angebrachten Schutz in einer Interessenabwägung angemessen gewichten. Das wichtigste Beispiel in der Schweizer Rechtsprechung für die Berücksichtigung der Intention des Künstlers in der Beurteilung eines Kunstwerkes ist das bereits mehrfach erwähnte Urteil zu Lorenzo Gersters Waldskulpturen. Das Bundesgericht würdigte des Künstlers «ernsthaftes Suchen nach künstlerischem Ausdruck in neuen Formen» und sein Anliegen, «Aspekte alter Technik mit dem Wald in Verbindung zu bringen.»¹⁷⁹²

Unabhängig davon drängt sich eine Beachtung der Intention der Kunstschaffenden aber meist auch aus der kontextspezifischen Beurteilung des Kunstwerkes auf. Kunstwerke stehen grundsätzlich für sich alleine da und entwickeln ein Eigenleben, losgelöst von demjenigen ihrer Erschaffer. Der Kontext ihrer Entstehung oder Veröffentlichung und die Intention und Position ihrer Erfinder vermögen einer rechtlichen Beurteilung des Kunstwerkes dennoch wichtige Impulse zu liefern. In einzelnen Kunstgattungen, namentlich der Performance-Kunst, ist das Kunstwerk so eng mit dem Körper der Künstlerin oder des Künstlers verbunden, dass eine Betrachtung des Kunstwerkes ohne Einbezug der Künstlerin oder des Künstlers ohnehin kaum möglich ist.

¹⁷⁹¹ Einführend BELTING, *Werk im Kontext*, 230–235, 243; SCHNEIDER, *Kunst und Gesellschaft*, 267 f.; KEMP, *Kunstwerk und Betrachter*, 252.

¹⁷⁹² ZBl 87/1986 126, 129 E. 2.b.

Das zeigt sich auch an den einführend veranschaulichten Beispielen. Ohne Einbezug der Intention der Künstlerin oder des Künstlers liessen sie sich kaum in einer ihrer künstlerischen Intention angemessenen Weise würdigen. Die *Arch Conspirators* wollten mit ihrer Kunstrevolution am Washington Square auf die aus ihrer Sicht zu engen gesellschaftlichen Regeln aufmerksam machen und ein Plädoyer für mehr unregulierte Freiräume halten. Ohne Berücksichtigung der subjektiven Intention wäre die Aktion nichts anderes als ein nächtliches Trinkgelage. Die Künstlerinnengruppe *Pussy Riot* äusserte mit ihrer Performance in einer Kathedrale in Moskau Kritik an einem aus ihrer Sicht auch gegenüber Frauen und der Kunst repressiven System. Die Kunstperformance wurde bereits nach 41 Sekunden unterbrochen. Ohne die Frage nach der Intention der Künstlerinnen bliebe sie als Kunstaktion unverstanden. Die Basler Kunststudierenden wollten mit ihrer *Pappteller-Performance* an vergangene Ereignisse erinnern und mit ihrer informellen Kunstaktion Kritik an einer als elitär und dekadent empfundenen Kunstmesse äussern. Die Polizei unterband die Performance, bevor sie überhaupt begann. Ohne die Frage nach der Intention liesse sie sich überhaupt nicht als Kunst erkennen, da sie als Kunstperformance nie aufgeführt wurde.

Neben der Intention ist auch die *gesellschaftliche Position* der Kunstschaffenden ein zu berücksichtigendes Kriterium. Dabei geht es insbesondere um die Gewichtung der Äusserung in der Interessenabwägung. Erfolgt die Äusserung durch eine Person, die eine schwache gesellschaftliche Stellung einnimmt und mit ihrer Kunst nur einen privaten oder einen beschränkten öffentlichen Adressatenkreis erreicht, dürften Einschränkungen weniger leicht gerechtfertigt sein. Stammt die Äusserung von einer Person der Öffentlichkeit, beispielsweise im millionenfach verbreiteten Lied einer Sängerin, dürfte die Beurteilung anders ausfallen. Zum Tragen kommt dann der rechtliche Aspekt, wonach die Kommunikationsgrundrechte nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten mit sich bringen. Personen, die mit ihrer Kunst in der Öffentlichkeit stehen, auferlegt die Kunstfreiheit ein Bewusstsein dafür, dass ihre Kunst auch Schaden anrichten kann, beispielsweise wenn sie zu Hass, Gewalt oder Krieg aufruft.

3.3 Adressaten und Rezipienten

Ein weiteres Kriterium für die Beurteilung umstrittener Kunst sind die Adressaten und Rezipienten des Kunstwerkes: An wen war das Kunstwerk gerichtet und wen erreichte das Kunstwerk tatsächlich. Am einschlägigsten dürfte dabei die Frage nach dem Alter der Adressaten und der Rezipienten sein. Der Schutz von Kindern und Jugendlichen gilt nach wie vor als eines der gewichtigsten öffentlichen Interessen für die Einschränkung der künstlerischen Freiheit. Eine Nacktperformerin, die auf dem Messeplatz vor der Art Basel auftritt und sich mit ihrer Kunst an die Besucher der Kunstmesse wendet, ist anders zu beurteilen als eine Nacktperformerin, die ihre Performance auf dem Spielplatz eines Kindergartens oder im Tram vollführt. Ob das nicht sexuell motivierte Entblößen des Intimbereichs im öffentlichen Raum von der persönlichen Freiheit geschützt ist, hat das Bundesgericht in seinem *Nacktwanderer*-Urteil offengelassen. Das Bundesgericht hat betont, dass zwischen verschiedenen Nacktaktivitäten zu unterschei-

den ist. Das Nacktwandern im öffentlichen Raum ist nicht mit dem nackten Baden oder Nacktsport in einem räumlich begrenzten Gelände gleichzusetzen.¹⁷⁹³ Die Pflicht zur Bekleidung des Intimbereichs erachtete es als minimale Einschränkung, die sich im Falle des Nacktwanderns ohne Weiteres rechtfertigen lässt.¹⁷⁹⁴ Damit hat das Bundesgericht Raum gelassen, Nacktheit im künstlerischen Kontext differenziert zu beurteilen. Die Vorführung von grossformatigen Nacktaufnahmen in einem Museum, in dem die Besucher vor dem Betreten der Ausstellung auf den Gehalt der Ausstellung hingewiesen werden, ist anders zu beurteilen als die Ausstrahlung eines erotischen oder pornografischen Films im Fernsehen. Der Kreis der Adressaten und die Rezipienten unterscheiden sich bedeutend. Gerade bei Ausstrahlungen im Fernsehen stellen sich aufgrund des offenen Adressatenkreises und der breiten Rezeption Fragen zum Jugendschutz.¹⁷⁹⁵ Diese Fragen sind bei Ausstellungen in Museen durch die Möglichkeit einer Sensibilisierung des Publikums für die vermittelten Inhalte und durch den beschränkten Besucherkreis deutlich abgeschwächt.

Zu gewichten ist des Weiteren, ob die Rezipienten der Wahrnehmung eines sie störenden oder schockierenden Kunstwerkes ausweichen oder entziehen können. Während allen Rezipienten grundsätzlich auch die Wahrnehmung von störender und schockierender Kunst zuzumuten ist, gibt es Orte, an denen Rezipienten aufgrund der Funktion eines Ortes oder Raumes ein gewisses Mass an Zurückhaltung erwarten dürfen. So etwa in sensiblen öffentlichen Räumen wie dem Friedhof und an Orten, deren Nutzung unausweichlich ist, wie etwa den öffentlichen Verkehrsmitteln oder öffentlichen Gebäuden wie der Poststelle, dem Gemeindehaus oder dem Gerichtsgebäude. Besonders viel zuzumuten ist den Rezipienten indessen an Orten, die wie Theater, Kinos, Galerien oder Museen der Kunst gewidmet sind.

Beispiele aus der amerikanischen Rechtsprechung

Interessante Beispiele für die Berücksichtigung der Rezipienten als Kriterium bei der Einschränkung von Meinungsäusserungen finden sich in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court. Er entwickelte für die Beurteilung öffentlicher Meinungsäusserungen den sogenannten *Captive-Audience-Test*. Darin beachtete das Gericht sowohl die Freiheit, mittels Meinungsäusserungen provozieren zu dürfen, als auch die Freiheit Dritter, in der Öffentlichkeit nicht zur Wahrnehmung einer Meinung gezwungen zu werden (*freedom of others not to listen*).¹⁷⁹⁶ Der Supreme Court beurteilte etwa das Tragen einer Jacke mit der Aufschrift «Fuck the Draft» (eine im historischen Kontext zu verstehende Äusserung gegen den Krieg) als geschützte Meinungsäusserung. Das Interesse Dritter, nicht mit den Meinungen anderer konfron-

¹⁷⁹³ BGE 138 IV 13 E. 3.3.2.

¹⁷⁹⁴ BGE 138 IV 7.2.

¹⁷⁹⁵ BGE 133 II 136 E. 4 und 5.

¹⁷⁹⁶ *Close v Lederle*, 424 F.2d 988 (1st Cir. 1970), 990; *McMURPHY/STAPLETON*, in: Kaufman, Art Law Handbook, 199.

tiert zu werden, müsse substantieller sein als lediglich die Konfrontation mit unliebsamen Äusserungen.¹⁷⁹⁷

In *Claudio v United States* erachtete das Gericht die Entfernung eines Gemäldes aus der Eingangshalle eines öffentlichen Gebäudes im Eigentum des Bundesstaates als gerechtfertigt. Das wandfüllende Gemälde mit dem Titel *Sex, Laws & Coathangers* zeigte eine frontal abgebildete nackte Frau und einen Fötus. Das Gericht gestand dem Staat die Möglichkeit zu, die Meinungsfreiheit in staatlichen Gebäuden einzuschränken. Der Umfang der zulässigen Beschränkung ist abhängig vom Charakter und Zweck des Gebäudes und der Form der Meinungsäusserung. Sie muss zudem meinungsneutral erfolgen und einem mit dem First Amendment zu vereinbarenden Zweck dienen. So wäre es nicht zulässig, ein Gemälde entfernen zu lassen, bloss weil es der Verwaltung missfällt. Im Fall des Gemäldes von Claudio basierte die Massnahme auf einem zulässigen öffentlichen Interesse. Die Verwaltung wollte Personen, die das Gebäude zur Erledigung administrativer Notwendigkeiten aufsuchen mussten, davor schützen, unfreiwillig mit einem kontroversen Thema wie der Abtreibung aufdringlich und unausweichlich konfrontiert zu werden.¹⁷⁹⁸

Ist der Adressat eines Kunstwerkes eine Person in einem öffentlichen Amt oder in irgendeiner anderen Weise eine Person der Öffentlichkeit, so sind Einschränkungen der Kunstfreiheit nur mit grosser Zurückhaltung zu rechtfertigen. Richtet sich die Aussage an eine Person der Öffentlichkeit, betrifft die Äusserung jedoch einen Aspekt der Intimsphäre der Person, so lässt sich eine Einschränkung eher mit überwiegenden Interessen am Schutz der Privatsphäre rechtfertigen.¹⁷⁹⁹

Rezipienten als mündige Zuschauer

Wie bereits erläutert darf der soziale Status oder die Bildung der Rezipienten nicht ausschlaggebend sein (siehe Teil IV Kapitel II.1). Die entscheidfallende Behörde muss allen erwachsenen Zuschauern dieselben kognitiven Fähigkeiten zugestehen. Die Verwirklichung der Kunstfreiheit gelingt nur, wenn die entscheidfallende Behörde die Emanzipation des Zuschauers anerkennt, die Asymmetrie zwischen Kuntschaffenden und Kunstrezipienten aufgibt und so den Weg zu einer demokratischen Gleichheit in der Kunst freigibt. Der zeitgenössische Zuschauer bringt alle kreativen und interpretativ-reflexiven Fähigkeiten mit, die auch den Kunstschaffenden zugestanden werden. Die grundrechtliche Anerkennung des emanzipierten Zuschauers verändert die inhaltliche Beurteilung von Kunstwerken und verschiebt das Gewicht zugunsten der künstlerischen Freiheit. Es ist eine künstlerische Freiheit, an der nicht nur die Künstlerinnen

¹⁷⁹⁷ Cohen v California, 403 U.S. 15 (1971); McMURPHY/STAPLETON, in: Kaufman, Art Law Handbook, 199.

¹⁷⁹⁸ Claudio v United States, 836 F. Supp. 1230 (E.D.N.C. 1993); DuBOFF/BURR/MURRAY, Art Law Cases and Materials, 600 f.; McMURPHY/STAPLETON, in: Kaufman, Art Law Handbook, 180–184.

¹⁷⁹⁹ MEILI, BSK ZGB 28 N 49–52; AEBI-MÜLLER, Handkommentar ZGB 28 N 35.

und Künstler, sondern auch die Kunstrezipienten aktiv, schöpferisch und selbstbestimmt beteiligt sind.

Entsprechend haben die Bundesverfassungsrichter Stein und Rupp-v. Brünneck in ihren abweichenden Meinungen zum *Mephisto*-Urteil zu Recht darauf hingewiesen, dass das Gericht davon ausging, die Leser würden den Roman wörtlich lesen und nicht als künstlerisch gestaltete Erzählung erkennen und angemessen zu würdigen wissen. Es mass damit der «produktiven und phantasievollen Mitwirkung des Lesers, der ein Kunstwerk in seiner Einheit und in seinen immanenten Zusammenhängen sich vergegenwärtigt»¹⁸⁰⁰ zu wenig Bedeutung bei.¹⁸⁰¹ Das Bundesverfassungsgericht hat diese Haltung im *Esra*-Urteil bestätigt. Die Kunstfreiheit verlangt demnach, «den Leser eines literarischen Werks für mündig zu halten, dieses von einer Meinungsäußerung zu unterscheiden und zwischen der Schilderung tatsächlicher Gegebenheiten und einer fiktiven Erzählung zu differenzieren»¹⁸⁰².

Das Bundesgericht hat den ästhetisch kompetenten Bürger bereits 1895 dem *Maradan*-Urteil zugrunde gelegt. Es vertrat die Haltung, dass die Leser sehr wohl erkennen können, dass der Autor seine Erzählung eng an den Tatsachen eines der Öffentlichkeit bekannten Lebenssachverhalts eines Mörders orientierte, daraus aber *selon les règles de l'art* eine fiktive Geschichte erschaffen hatte.¹⁸⁰³

Emanzipierte Zuschauer sind nicht nur fähig, Werke der Kunst als solche zu erkennen. Sie verfügen auch über die Kapazität, die Vielfalt und Mehrdeutigkeit von Kunstwerken in ihrer gesamten Komplexität umfassend zu würdigen. Das Kriterium der Mehrdeutigkeit dient im grundrechtlichen Kontext entsprechend nicht nur für die Abgrenzung des Schutzbereichs der Kunstfreiheit, um Kunst von anderen Meinungsäußerungen abzugrenzen, die auf informatorische Eindeutigkeit abzielen (siehe dazu Teil II Kapitel I).¹⁸⁰⁴ Die Pluralität der Bedeutungsgehalte eines Kunstwerkes und die Kontingenz ihrer Rezeption ist auch für die Beurteilung der rechtlichen Grenzen, die einem Kunstwerk auferlegt werden, ausschlaggebend.¹⁸⁰⁵

Im Urteil *Anachronistischer Zug* berücksichtigte das Bundesverfassungsgericht, dass Passanten erkennen können, dass das vorgespielte Theater aus mehreren Deutungsebenen besteht und verschiedene Interpretationen zulässt. Es betonte dabei, dass

¹⁸⁰⁰ BVerfGE 30, 173 *Mephisto*, Sondervotum Stein II.4.

¹⁸⁰¹ BVerfGE 30, 173 Sondervotum Rupp-v. Brünneck 3.

¹⁸⁰² BVerfGE 119, 1 *Esra* (C.II.3.a).

¹⁸⁰³ BGE 21 175 E. 4 (186).

¹⁸⁰⁴ BVerfGE 67, 213 *Anachronistischer Zug* (II.3.c.); HUFEN, Kunstfreiheit, HGR IV, § 101 N 38; GRABER, Zwischen Geist und Geld, 98.

¹⁸⁰⁵ Ebenso WYTTENBACH, BSK BV 21 N 15; HANSCHMANN, Zur Freiheit der Literatur, 342 f., der aus diesem Grund für den Einbezug von Kunstsachverständigen plädiert (343 f.), dabei aber treffend darauf hinweist, dass auch den wissenschaftlichen Disziplinen jeglicher Konsens über objektive Massstäbe der Kunstinterpretation fehlt. Sie können dem Recht verschiedene Deutungen eines Kunstwerks aufzeigen, nicht aber die «richtige» Deutung darlegen. Positiv zum Einbezug von Sachverständigen auch WITTECK, *Esra*, 135. Das Bundesverfassungsgericht hat sich zum Einbezug von Kunstsachverständigen zurückhaltend geäußert, BVerfGE 67, 213 (224 f.) *Anachronistischer Zug*.

sich Kunst gerade dadurch auszeichnet, «dass es wegen der Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehalts möglich ist, der Darstellung im Wege einer fortgesetzten Interpretation immer weiterreichende Bedeutungen zu entnehmen.»¹⁸⁰⁶ Die Bedeutungsvielfalt der Kunst verpflichtet die Behörden dazu, aus den verschiedenen Deutungen auch diejenigen zu berücksichtigen, die gegen eine Eingrenzung des Kunstwerkes sprechen. Die Kunstfreiheit ist verletzt, wenn die Mehrdeutigkeit des Kunstwerkes unberücksichtigt bleibt und sich ein Gericht bei verschiedenen Deutungen alleine auf die das Grundrecht einschränkende Interpretation stützt, ohne entlastende Interpretationen ausreichend zu berücksichtigen.

4 Kunstwerk

Neben dem Gesamtkontext und dem spezifischen Kontext des Kunstwerkes ist die Würdigung des Kunstwerkes selbst ein weiterer Gesichtspunkt für die Beurteilung der Grenzen der Kunstfreiheit. Drei Aspekte eines Kunstwerkes bieten sich für die rechtliche Beurteilung an: Erstens die Eigenheiten der jeweiligen Kunstgattung, sofern das Kunstwerk überhaupt in eine entsprechende künstlerische Tradition oder Praxis eingebettet ist. Zweitens das verwendete Medium. Und drittens der Inhalt des Kunstwerkes, wobei es sich aus Sicht der Kunstfreiheit um das heikelste aller Kriterien handelt.

Die Kunstfreiheit schützt davor, dass Gerichte Kunstwerke werten. Bei der inhaltlichen Interpretation von Kunstwerken laufen Gerichte stets Gefahr, dem Kunstwerk ihre eigene Sicht aufzudrängen. Wollen Gerichte ihre Abwägung nicht nur auf kontextspezifische Kriterien stützen, sondern auch Einzelheiten aus dem Inhalt des Kunstwerkes einbeziehen, müssen sie dabei besonders nachsichtig vorgehen und die Vieldeutigkeit der Kunst sachgerecht berücksichtigen.

4.1 Strukturtypische Merkmale der Kunstform

a) Eigenheiten von Kunstgattungen

Kunstwerke stehen kaum je isoliert da, sondern sind eingebettet in künstlerische Praktiken, nach denen sich einzelne Kunstwerke in Kunstgattungen einteilen lassen. Es geht dabei im rechtlichen Kontext nicht um die formale Zuordnung, sondern vielmehr darum, sich der Eigenheiten eines spezifischen Kunstwerkes oder einer bestimmten künstlerischen Praxis bewusst zu sein.

Die Eigenheit der Kunstgattung Musik ist beispielsweise, dass sie verschiedenste Arten von Schwingungen erzeugt, die von den einen als wohltuender Klang, von andern als Lärm wahrgenommen werden. Rockkonzerte als Lärm zu bezeichnen und gänzlich zu verbieten, würde der Eigenheit der Kunstgattung nicht ausreichend Beachtung schenken. Im Tanz bringen Menschen ihre künstlerischen Aussagen durch die Bewegung ihres Körpers zum Ausdruck. Das Ballett kennt eine andere Bewegungspraxis

¹⁸⁰⁶ BVerfGE 67, 213 Anachronistischer Zug (II.3.c); BVerfGE 83, 130 (138) Mutzenbacher; WITTRICK, in: Dreier, GGK 5 III (Kunst) N 39; HANSCHMANN, Zur Freiheit der Literatur, 338.

und Körpersprache als das Burlesque. Beide Arten des Ausdrucks sind in künstlerische Praktiken eingebunden und mit einer je eigenen Geschichte verbunden. Burlesque ist eine eigene Kunstgattung, welche sich durch eine eigene Ästhetik und ihre Geschichte als Ausdruck von Selbstbestimmung über den eigenen Körper und Form weiblicher Emanzipation auszeichnet, die es im Konfliktfall entsprechend zu schützen und zu würdigen gilt. Graffitis sind als Teil der Streetart-Bewegung eine künstlerische Praxis, meist mit politischem Anspruch. Oftmals geht es in Graffitis darum, die Ästhetik des öffentlichen Raums mitzugestalten und eine Meinung in ästhetischer Form zum Ausdruck zu bringen, wo für solche Interventionen normalerweise kein Raum besteht.¹⁸⁰⁷

Die Berücksichtigung der Kunstgattung findet sich in verschiedenen Bereichen der Rechtsprechung. Am prominentesten hat sich die Beachtung der Kunstgattung als Beurteilungskriterium im Bereich von Karikatur und Satire entwickelt. Sowohl das Bundesgericht¹⁸⁰⁸ als auch das Bundesverfassungsgericht¹⁸⁰⁹ und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte¹⁸¹⁰ haben eine spezifische Rechtsprechung zu satirischen Meinungsäußerungen entwickelt (zur Satire als Kunst siehe Teil II Kapitel II.3.1).

Satire ist ein Stilmittel für Meinungsäußerungen, das sich historisch weit zurückverfolgen lässt, zu denken ist etwa an die Stiche von Goya. Indem die Gerichte die Eigenheiten von Satire als Stilmittel berücksichtigen gelingt es eher, den Wert dieser Form der Kommunikation angemessen zu würdigen und ihre künstlerische Freiheit gegenüber Interessen an ihrer Einschränkung zu wahren.

Für die Beurteilung von *Esra* berücksichtigte das Bundesverfassungsgericht, dass es sich um ein Werk der «realistischen Literatur» handelt, in dem der Autor bewusst die Grenzen zwischen Realität und Fiktion verschwimmen lässt. Der Text erschöpft sich nicht in der reportagehaften Schilderung realer Personen und Ereignisse, sondern lässt hinter der realistischen Ebene eine zweite Ebene erscheinen.¹⁸¹¹

b) Beispiel Rap

Ein weiteres Beispiel, das jüngst in der Schweiz zu Gerichtsfällen führte, ist die Kunstgattung des *Rap*. Ein Berner Gericht berücksichtigte in einem Fall die Besonderheiten des Rap als Musikgattung, in der Beschimpfungen zur Ausdrucksform gehören. Dennoch sprach es eine Gruppe Rapper wegen Beschimpfung nach Art. 177 StGB schuldig, weil sie in einem Song eine Nationalrätin als «Bitch», «Fotze», usw. betitelt hatten

¹⁸⁰⁷ Siehe weiterführend bswie die Publikation der Archivbilder der Stadtpolizei Zürich in ANZ/SPINATSCH/ZIMMERMANN, Schmierer/Kleben, und die dort enthaltenen einführenden Artikel.

¹⁸⁰⁸ BGer-Urteil 5A_376/2013 (29.10.2013) E. 5.2.1 (in casu keine satirische Intention, sondern nur sich lustig machen); siehe auch BGer-Urteil 5C.26/2003 (27.5.2003) E. 2.3 Julien II (in casu nicht geprüft, weil von den Parteien als Argument nicht vorgebracht); BGE 137 IV 313 E. 3.1 (in casu satirische Dimension des Artikels verneint); BGer-Urteil 5A_850/2011 (29.2.2012) E. 5.2.

¹⁸⁰⁹ Siehe insbes. BVerfGE 67, 213 und BVerfGE 82, 272. Das Bundesverfassungsgericht hat eine ausgereifte Systematik entwickelt, die als Orientierungshilfe dienen kann.

¹⁸¹⁰ Siehe bswie EGMR 26118/10 (2013) Eon v France, N 60–62.

¹⁸¹¹ BVerfGE 119, 1 C.II.4.a.

und die Aussagen des Liedes¹⁸¹² auch in der Rap-Szene nicht mehr nur als die für die Szene üblichen Übertreibungen oder Unwahrheiten, sondern als Schimpfworte angesehen werden können. Der Song versage demnach der in ihr thematisierten Person jene Achtung, die ihr auch noch im Rahmen einer satirischen Äusserung und in der spezifischen Musikszene objektiv geschuldet ist.¹⁸¹³ Das Bundesgericht bestätigte das Urteil weitestgehend.¹⁸¹⁴ Die Kunstfreiheit fand im gesamten Verfahren keine ausdrückliche Berücksichtigung.

Die Berücksichtigung der Kunstgattung findet sich auch im Sampling-Urteil des Bundesverfassungsgerichts. Ob Sampling zulässig ist, verlangt demnach eine «kunstspezifische Betrachtung». Dabei sind die «genrespezifischen Aspekte» zu berücksichtigen. So ist für Hip-Hop der Einsatz von Samples ein stilprägendes Element.¹⁸¹⁵ Die Berücksichtigung der Eigenheiten der Kunstgattung *Hip-Hop* führte das Bundesgericht zum Entscheid, dass das grundrechtlich geschützte Interesse am Gebrauch kurzer Ausschnitte aus Werken anderer gegenüber dem urheberrechtlichen Schutz überwiegt.¹⁸¹⁶ Der Europäische Gerichtshof hat diese Rechtsprechung bestätigt. Demnach ist das Sampling eine künstlerische Ausdrucksform, die von Art. 13 GRCh geschützt ist. Der Schutz des geistigen Eigentums an Kunstwerken muss gegen Allgemeininteressen und andere Grundrechte abgewogen werden, darunter die Kunstfreiheit.¹⁸¹⁷

c) Beispiel Strassenkunst

Ein Anwendungsbereich der Kunstfreiheit, in dem gerade im Schweizer Recht Entwicklungspotenzial besteht, ist die *Strassenkunst*. Bei Kunst, die im öffentlichen Raum aufgeführt wird, steht der Schutz der Kunstfreiheit dem öffentlichen Interesse an Sicherheit, Ordnung oder ästhetischen Regeln gegenüber. Eine Gemeinde sieht sich mit der Herausforderung konfrontiert, dass sie die Nutzungsinteressen verschiedener Personen angemessen berücksichtigen muss. Kunst im öffentlichen Raum unterliegt in der Schweiz indessen relativ engen polizeilichen Vorgaben. Die Reglemente und die vereinzelt Gerichtsfälle deuten darauf hin, dass an dieser Stelle aus Sicht der Kunstfreiheit eine stärkere Berücksichtigung der Kunstgattung angezeigt wäre. So ist ein Merkblatt der Stadt

¹⁸¹² Urteil des Regionalgerichts Bern-Mittelland PEN 17 239–244 vom 7. November 2017, E. 2.1: «Frauenstimme: Lueg mal dört isch d'_. Lueg mal wie sie rassig isch. Sie stigt us der Tracht für die und blibt no chli wach für di. Nur no es paar Blowjob vom Bundeshuus entfärrt, het si nid vergässe wär d' Familie ernährt. Hät i rund um d' Uhr Schwänz im Muul vom _ und _, hät i o nes Burnout und s Volk treit när d' Choschte. Im nächschte Volksfescht git's wider Schwanztherapie, Zäh'n zämäbisse, Erfolg het si Priis. Männerstimme: [...] Wosch politisiere, polier lieber mi Dick. Statt z' manipuliere schmier der Honig a d' Lippe. Strick mer Socke. Choch mer e Suppe. Und zum Dessert gib i dir Cock i d' Schnorre.»

¹⁸¹³ Regionalgericht Bern-Mittelland PEN 17 239–244 vom 7. November 2017, E. 4.3.

¹⁸¹⁴ Siehe BGer-Urteil 6B_69/2019 (4.11.2019).

¹⁸¹⁵ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 31. Mai 2016, 1 BvR 1585/13, N 99.

¹⁸¹⁶ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 31. Mai 2016, 1 BvR 1585/13, N 86, 97.

¹⁸¹⁷ EuGH Urteil vom 29. Juli 2019, Pelham, C-476, N 31–35.

Zürich gekennzeichnet durch Stereotype über die Strassenkunst. Der Strassenkünstler ist «jung», «bereist die Welt» und macht in einer Stadt vorübergehend halt. Zugewiesen wird ihm in Zürich die Seepromenade, womit impliziert ist, dass die Strassenkünstlerin oder der Strassenkünstler nur im Sommer reisen. Künstlerinnen und Künstler werden zudem darauf hingewiesen, dass der Gelderwerb bei Strassenmusik nicht gestattet ist. Das passive Sammeln von Geld ist ebenfalls nicht erlaubt, wird aber in speziell definierten Zonen toleriert.¹⁸¹⁸

Das Bundesgericht hat in einem jüngeren Urteil die Busse gegen einen Strassenmusiker bestätigt. Er erhielt eine Busse, weil er ohne Bewilligung auf einer Bank sitzend Handorgel spielte und dafür in einer vor ihm aufgestellten Schachtel Geld sammelte. Er machte zu seiner Verteidigung die persönliche Freiheit, die Wirtschaftsfreiheit, die Meinungsäusserungsfreiheit und die Kunstfreiheit geltend.¹⁸¹⁹ Das Bundesgericht wies die Rüge ohne eigentliche Auseinandersetzung mit der Kunstfreiheit ab, weil der (anwaltlich vertretene) Beschwerdeführer die Grundrechtsverletzung nicht ausreichend dargelegt habe.¹⁸²⁰ Aus Sicht der Kunstfreiheit hätte sich eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Strassenmusik als eigene Kunstpraxis mit langer Geschichte aufgedrängt. Interessante Impulse lassen sich diesbezüglich aus der Rechtsprechung amerikanischer Gerichte gewinnen.

Impulse aus der amerikanischen Rechtsprechung

Für Einschränkungen der Meinungsfreiheit im öffentlichen Raum haben amerikanische Gerichte den Standard der *Permissible time, place, and manner restriction* entwickelt. Einschränkungen sind zulässig,

«provided that they are justified without reference to the content of the regulated speech, that they are narrowly tailored to serve a significant government interest, and that they leave open ample alternative channels for communication of the information»¹⁸²¹.

In *Bery v City of New York* beklagten Kunstschaffende und Interessenverbände ein Gesetz, das den Verkauf von Kunst auf öffentlichen Plätzen in New York City von einer Verkaufsbewilligung abhängig machte. Das Ausstellen von Kunst war demgegenüber bewilligungsfrei. Das Gericht beachtete, dass die Wahl, Kunst auf der Strasse zu verkaufen, ein wichtiger Bestandteil der Meinungsäusserung der Künstlerinnen und Künstler ist. Mit der Strassenkunst kommt zum Ausdruck, dass Kunst nicht nur für Reiche, son-

¹⁸¹⁸ Merkblatt der Stadt Zürich für Strassenmusikantinnen und -musikanten sowie für Darbietende anderer Strassenkunst (konsultiert am 16. November 2016).

¹⁸¹⁹ BGer-Urteil 6B_866/2016 (9.3.2017).

¹⁸²⁰ BGer-Urteil 6B_866/2016 (9.3.2017) E.7.3. Siehe auch das Urteil zu Gunnar Jauch, GC150287 Bezirksgericht Zürich (22.2.2016) (liegt nur unbegründet im Dispositiv vor).

¹⁸²¹ *Clark v Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288, 293; *Serra v U.S. General Services Admin.* 847 F.2d 1045 (2d Cir. 1988); *DUBOFF/BURR/MURRAY*, Art Law Cases and Materials, 593; *MERRYMAN/ELSEN/URICE*, Law, Ethics and the Visual Arts, 748.

dern für jedermann zugänglich ist und Kunstschaffende Teil der *echten* Welt sind.¹⁸²² Nach dem Gericht ist auch der Verkauf von Kunst vom Schutzbereich des First Amendments eingeschlossen. Genauso wie auch ein für seine Leistung bezahlter Politiker, Journalist oder Schauspieler vollumfänglich von der Meinungsäußerungsfreiheit geschützt ist, so sind auch der Kauf und Verkauf von Kunst unter dem First Amendment geschützt. Gerade weil der Verkauf von Kunst die eigentliche Voraussetzung für die Herstellung von Kunst ist, steht auch der wirtschaftliche Aspekt von Strassenkunst unter dem Schutz des First Amendments.¹⁸²³ Dass die Abgrenzung zwischen dem Verkauf von Kunst und dem Verkauf von gewöhnlichen Gegenständen nicht immer einfach ist, erachtete das Gericht nicht als ausreichenden Grund, um den Verkauf von Kunst überhaupt vom Schutz des First Amendments auszunehmen. Vielmehr müssen sich die Behörden und Gerichte im konkreten Einzelfall darum bemühen, diese Abgrenzung in einer dem First Amendment angemessenen Form vorzunehmen.¹⁸²⁴

Das Gericht erachtete eine vom Inhalt der verkauften Kunst unabhängige Beschränkung von Strassenkunst dann als zulässig, wenn sie sich auf das Notwendigste beschränkt und ausreichend alternative Kommunikationsmöglichkeiten offenlässt. Eine generelle Bewilligungspflicht für die Ausstellung und den Verkauf von Kunst im öffentlichen Raum erachtete das Gericht indessen als zu starr. Zwar anerkannte es das öffentliche Interesse der Stadt, die öffentlichen Räume sicher und begehbar zu halten. Dem First Amendment gerecht werde aber nur eine Massnahme, die für Kunst im öffentlichen Raum durchlässiger ausgestaltet ist. Die entsprechenden Ausstellungs- und Verkaufsmöglichkeiten müssten auch deshalb geschaffen werden, weil für Strassenkunst aufgrund ihrer Eigenheiten als Kunst, die nur im öffentlichen Raum auf diese Weise lebt, alternative Kommunikationsmöglichkeiten nicht wirklich gegeben sind:

«to tell appellants that they are free to sell their work in galleries is no remedy for them. They might not be at a point in their careers in which they are interested in reaching the public that attends exhibits at art galleries – if, indeed, they could get their works accepted for showing. Appellants are interested in attracting and communicating with the man or woman on the street who may never have been to a gallery and indeed who might never have thought before of possessing a piece of art until induced to do so on seeing appellants' works. The sidewalks of the City must be available for appellants to reach their public audience.»¹⁸²⁵

In *Mastrovincenzo v City of New York* hatte das Gericht zu beurteilen, ob Künstlerinnen und Künstler, die mit Graffiti verzierte Kleider auf der Strasse verkaufen, vom First

¹⁸²² Bery v City of United States, 97 F.3d 689 (2d Cir. 1996), 698; MERRYMAN/ELSEN/URICE, Law, Ethics and the Visual Arts, 757.

¹⁸²³ Bery v City of United States, 97 F.3d 689 (2d Cir. 1996), 695 f.; MERRYMAN/ELSEN/URICE, Law, Ethics and the Visual Arts, 757.

¹⁸²⁴ Bery v City of United States, 97 F.3d 689 (2d Cir. 1996), 696; MERRYMAN/ELSEN/URICE, Law, Ethics and the Visual Arts, 757.

¹⁸²⁵ Bery v City of United States, 97 F.3d 689 (2d Cir. 1996), 697; MERRYMAN/ELSEN/URICE, Law, Ethics and the Visual Arts, 759.

Amendment geschützt sind. Das Gericht stellte für seine Beurteilung des Falls darauf ab, ob mit dem Verkauf der Anspruch verbunden ist, auch die eigene Persönlichkeit zum Ausdruck zu bringen («to be engaging in an act of self-expression») oder ob es einzig um eine wirtschaftliche Transaktion geht («a mere commercial transaction»). Das Gericht war der Ansicht, dass es den Kunstschaffenden neben dem Interesse an der Erzielung eines Erwerbs auch um den persönlichen Ausdruck ging, und es schützte entsprechend den Verkauf der Kleider unter dem First Amendment.¹⁸²⁶

In einem weiteren Fall schützte das Gericht den Verkauf von handgeschliffenen Steinen durch den Künstler selbst, weil die Steine für den Verkäufer eine Idee, ein Konzept und eine Emotion zum Ausdruck brächten. In einem anderen Fall beurteilten die Richterinnen und Richter demgegenüber den Verkauf von Schmuck als vom First Amendment nicht geschützte Tätigkeit. Zwar könne es sich bei Schmuck unter Umständen um einen künstlerischen Gegenstand handeln, dessen Verkauf vom First Amendment geschützt ist. Im vorliegenden Fall war der Verkauf indessen nicht mit der Absicht einer Meinungsäußerung verbunden.¹⁸²⁷

Impulse aus der deutschen Rechtsprechung

Ähnlich wie die amerikanischen Gerichte berücksichtigte auch das deutsche Bundesverwaltungsgericht die Eigenheiten der Strassenkunst.¹⁸²⁸ Der Strassenkünstler treffe für seine Art von Kunst die Modelle dort an, wo er an die Porträtierten verkaufen kann und Menschen in der Öffentlichkeit in grosser Zahl versammelt sind. Das Gericht würdigte die Freiheit und Eigenheit von «Spontankunst» im öffentlichen Raum, der als Teil des Gemeingebrauchs öffentlicher Strassen und Plätze eine eigene persönliche und gesellschaftliche Bedeutung zukommt.

Das Bundesverfassungsgericht bestätigte die Berücksichtigung gattungsspezifischer Eigenheiten der Kunst in einem Urteil über die Strassenfotografie.¹⁸²⁹ Es hielt zunächst fest, dass es sich bei Fotografien um Kunst handelt, «nämlich eine freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache, hier der Fotografie, zur Anschauung gebracht werden»¹⁸³⁰. Das Bundesverfassungsgericht betonte, dass für die Beurteilung der Abwägung zwischen Persönlichkeitsschutz und Kunstfreiheit im Bereich der Strassenfotografie nicht allein auf die Wirkung des Kunstwerkes abgestellt werden darf, sondern auch kunstspezifischen Gesichtspunkten Rechnung zu tragen ist. Dabei sind in der Abwägung der Kunstfreiheit mit anderen Rechten «strukturtypische Merkmale einer Kunstform» wie beispielsweise diejenige der Strassenfotografie zu berücksichti-

¹⁸²⁶ *Mastrovincenzo v City of New York*, 435 F.3d 78 (2006); LERNER/BRESLER, Art Law, 807.

¹⁸²⁷ LERNER/BRESLER, Art Law, 810–812 m.w.H.

¹⁸²⁸ BVerwGE 84, 71 (74) Scherenschnitt.

¹⁸²⁹ BVerfGE, 1 BvR 2112/15 (2018) Strassenfotografie, N 10, 13–25.

¹⁸³⁰ BVerfGE, 1 BvR 2112/15 (2018) Strassenfotografie, N 13.

gen.¹⁸³¹ Gemäss Bundesverfassungsgericht hatte im vorliegenden Fall die Vorinstanz die Eigengesetzlichkeiten der Strassenfotografie ausreichend beachtet.

«Indem es die Schwere der Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts der Klägerin aus der Art der Präsentation des Bildes als grossformatigem Blickfang an einer öffentlichen Strasse herleitet, hat das Kammergericht nicht verkannt, dass es mit der Kunstfreiheit nicht vereinbar wäre, ihren Wirkungsbereich von vornherein auf Galerien, Museen oder ähnliche räumlich begrenzte Ausstellungsorte zu begrenzen, sondern hat die besondere Persönlichkeitsverletzung der Klägerin durch die hervorgehobene Präsentation auf einer grossformatigen Stelltafel an einer der verkehrsreichsten Strassen einer Millionenstadt zum zentralen Punkt seiner Abwägung gemacht. Damit hat das Kammergericht die ungestellte Abbildung von Personen ohne vorherige Einwilligung, welche strukturtypisch für die Strassenfotografie ist, nicht generell unmöglich gemacht.»¹⁸³²

Etwas widersprüchlich ist indessen die Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts, wonach «das Foto ein unverfälschtes Abbild der Realität darstellt» und es das Ziel der Strassenfotografie ist, «die Realität unverfälscht abzubilden, wobei das spezifisch Künstlerische in der bewussten Auswahl des Realitätsausschnitts und der Gestaltung mit fotografischen Mitteln zum Ausdruck kommt»¹⁸³³. Für die Frage nach der Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten Dritter ist es wichtig zu verstehen, dass die Fotografie nicht einfach ein Spiegelbild der Wirklichkeit ist, sondern ein gestaltetes Abbild. Die Technik der Fotografie belässt zudem Spielraum für vielfältige Veränderungen und Eingriffe in das Bild nach dessen Aufnahme. Das traf bereits auf die analoge Fotografie zu und gilt erst recht für digitale Bilder (siehe dazu Teil I Kapitel I.2).

4.2 Medium

a) Bedeutung des Mediums für die Beurteilung eines Kunstwerks

Das Medium ist für die Beurteilung eines Kunstwerkes ein weiterer relevanter Gesichtspunkt.¹⁸³⁴ Der Begriff *Medium* steht an dieser Stelle als Sammelbezeichnung für alle materiellen Träger von Strukturen, die zur Vermittlung von Botschaften Verwendung finden. Als Medien gelten etwa gedruckte Medien, Fotografien, der Film, Radio und Fernsehen oder digitale Datenträger.¹⁸³⁵

¹⁸³¹ BVerfGE, 1 BvR 2112/15 (2018) Strassenfotografie, N 22; siehe auch BVerfGE 75, 369, 378 f.

¹⁸³² BVerfGE, 1 BvR 2112/15 (2018) Strassenfotografie, N 24; zu den Besonderheiten der Strassenfotografie als Kunstgattung siehe HILDEBRAND, Abbildungen von Personen bei künstlerischer Street Photography, 305, 309, 311 f.; HILDEBRAND, Künstlerische Strassenfotografie, 585–590.

¹⁸³³ BVerfGE, 1 BvR 2112/15 (2018) Strassenfotografie, N 13.

¹⁸³⁴ Ebenso WYTTEBACH, BSK BV 21 N 16.

¹⁸³⁵ Als zentraler Begriff der Geisteswissenschaften schreibt sich der Medienbegriff in eine umfassende Diskussion ein, deren Einzelheiten für die Konkretisierung der Kunstfreiheit in der Mehrheit der Fälle nicht von rechtlicher Bedeutung sind. Indikativ erwähnt seien die einflussreichen Medienbegriffe bei McLUHAN, *Understanding Media*, 13 f., und LUHMANN, *Kunst der Gesellschaft*, 169 ff. Zum Medienbegriff einfürend BREDEKAMP, *Bildmedien*, 363 f.; zum rechtlichen Medienbegriff

Die Frage nach dem verwendeten Medium ist im Kontext der Kunstfreiheit in verschiedener Hinsicht von Bedeutung. Zunächst ist das Medium ein weiteres Indiz, um gewöhnliche Meinungsäusserungen, journalistische Tätigkeiten oder wissenschaftliche Arbeiten von Kunst zu unterscheiden und dem jeweiligen Grundrecht zuzuordnen.¹⁸³⁶

Ein Text, der im Nachrichtenteil einer Tageszeitung oder in einer wissenschaftlichen Zeitschrift abgedruckt ist, begründet beim Rezipienten die Erwartung eines an journalistischer Faktizität, respektive wissenschaftlicher Wahrheit orientierten Inhalts, der von der Meinungs- oder Wissenschaftsfreiheit geschützt ist. Ein Spielfilm erweckt die Vermutung des Künstlerischen und stützt die grundrechtliche Zuordnung unter die Kunstfreiheit.

Des Weiteren hat die Wahl des Mediums bedeutende Auswirkungen auf die Verbreitung des Kunstwerkes, was bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist. Der EGMR hat beispielsweise die Gefahr eines Romans für die öffentliche Sicherheit aufgrund der geringen Reichweite literarischer Werke im Vergleich mit derjenigen von Massenmedien als gering eingestuft. Die Zensur des Romans war deshalb eine nicht notwendige und also unverhältnismässige Massnahme.¹⁸³⁷ Die Wirkmacht eines Gedichts ist gemäss EGMR bedeutend geringer als diejenige von politischen Flugblättern.¹⁸³⁸ Einer hasserfüllten Aussage in einer mehrparteilich zusammengesetzten Debatte in Talkshow hat der EGMR weniger rechtliches Gewicht eingeräumt¹⁸³⁹ als der Hassrede eines Politikers an einem Grossanlass. Eine Person, die am Rande einer Veranstaltung eine Fahne hält, vermag provozierend zu sein. Die Provokation reicht jedoch nicht so weit, als dass sie einschränkende Massnahmen rechtfertigen würde.¹⁸⁴⁰ Anders verhält es sich beispielsweise mit Märschen im militärischen Stil durch ein von Roma bewohntes Quartier. Die Marschformation erinnert an die von den ungarischen Nationalsozialisten durchgeführten Märsche, welche an der Massenvernichtung der Roma während dem Zweiten Weltkrieg beteiligt waren. Auch wenn es nicht zu Gewaltausbreitungen kommt, vermögen solche Märsche die Bevölkerung in ihrem Wohngebiet einzuschüchtern und sie vermitteln eine Botschaft des Hasses.¹⁸⁴¹

Das Bundesgericht wies darauf hin, dass bei Filmvorführungen im Kino im Gegensatz zu allgemein zugänglichen Schriften oder Bildern weitgehend die Gefahr ent-

einführend OSTER, *Media Law*, 2–5; als Beispiel für die pragmatisch vereinfachte Begriffsverwendung im rechtlichen Kontext NOBEL/WEBER, *Medienrecht*, Kap. 1 N 30: «Als Sammelbegriff für die Gesamtheit der Kommunikationsmittel beinhaltet der Begriff in der Regel die Pressen, den Rundfunk, den Film und neuere Medien wie Teledienste und Digitalmedien.» In den Einzelerlassen finden sich je nach Regulierungsgegenstand Legaldefinitionen des Medienbegriffs.

¹⁸³⁶ Ebenso für das deutsche Recht HUFEN, *Kunstfreiheit*, HGR IV, § 101 N 35 f.

¹⁸³⁷ EGMR 40287/98 (2005) *Alinak v Turkey*, N 39–45.

¹⁸³⁸ EGMR 23168/94 (1999) *Karata v Turkey*, N 51 f.

¹⁸³⁹ EGMR 35071/97 (2007) *Gündüz v Turkey*, N 43 f.

¹⁸⁴⁰ EGMR 40721/08 (2012) *Fáber v Hungary*, N 44 f.

¹⁸⁴¹ EGMR 35943/10 (2013) *Vona v Hungary*, N 64–69.

fällt, dass das Publikum gegen seinen Willen mit Darstellungen sexuellen Inhalts konfrontiert wird. Es berücksichtigte dabei, ob die Kinobesucher durch Anzeigen im Vorhinein auf Gegenstand und Charakter des Filmes aufmerksam gemacht werden.¹⁸⁴²

«Erwachsene Personen, die unter solchen Voraussetzungen wissentlich der Vorführung eines Filmes mit gewagten Szenen beiwohnen, finden sich in der Regel damit ab oder nehmen doch keinen Anstoss daran und sind infolgedessen auch weniger schutzbedürftig, so dass in derartigen Fällen die Toleranzgrenze weitergezogen werden darf als bei Veröffentlichungen, bei denen Möglichkeiten der Sicherung und Kontrolle fehlen.»¹⁸⁴³

b) Umgang mit neuen Medien

Der Gebrauch von neuen Medien oder ein bisher unbekannter Gebrauch alter Medien ist mit der Herausforderung verbunden, dass er unter Umständen bestehendem Recht zuwiderläuft oder alte Regulierungen den veränderten Regulierungsgegenstand nicht adäquat zu erfassen vermögen. Die Entwicklung neuer Medien kann sich in fundamentaler Weise auf Lebensgewohnheiten und Praktiken der Informations- und Wissensvermittlung sowie Strukturierung des öffentlichen und privaten Raumes auswirken. Medien determinieren unsere Lebensgewohnheiten dermassen stark, dass Marshall McLuhan sie als «Ausweitung unseres Körpers und Nervensystems»¹⁸⁴⁴ bezeichnete. Hans Huber wies in einem Text über das *Recht im technischen Zeitalter* darauf hin, dass die rechtliche Beurteilung neuer Medien nicht nur ihre Besonderheiten berücksichtigen, sondern auch ihre Funktion und Arbeitsweise in Betracht ziehen sollte.¹⁸⁴⁵ Die rechtliche Aufnahmefähigkeit für technische Entwicklungen erfordert nach Hans Huber die Synthese von alten und neuen Ideen, ein Verständnis für veränderte gesellschaftliche Tatsachen und die Herstellung eines Bezugs zu den allgemeinen rechtlichen Geboten. Der Entscheidungsträger – angesprochen ist der Gesetzgeber genauso wie die Gerichte und die Verwaltung – begibt sich im Umgang mit neuen Medien auf die Suche nach einem rechtlichen Massstab, der normativ und wertbezogen ist und die Menschenwürde sowie freie Entfaltung der Persönlichkeit zum Zweck der Regelung setzt.

Wie tiefgreifend und zugleich unberechenbar mediale Entwicklungen gesellschaftliche Organisationsstrukturen verändern, lässt sich aus historischer Sicht an der Erfindung des Buchdruckes und der Druckpresse nachvollziehen. Die Erfindung des gedruckten Wortes öffnete der zwischenmenschlichen Kommunikation eine bisher unbekannte Reichweite. Vermittlung und Verbreitung von Erzählung, Wissen, Wissenschaft und Literatur veränderten sich grundlegend. Der Buchdruck wirkte sich nachhaltig auf die herrschaftlichen Organisationsstrukturen und mit ihnen die Formen der Unterdrückung des gedruckten Wortes und die Zensur aus.¹⁸⁴⁶ Ein weiteres Beispiel ist

¹⁸⁴² BGE 96 IV 64 E. 3.

¹⁸⁴³ BGE 96 IV 64 E. 3.

¹⁸⁴⁴ McLUHAN, *Understanding Media*, 13 f., 220.

¹⁸⁴⁵ HUBER, *Recht im technischen Zeitalter*, 67, 71 f.

¹⁸⁴⁶ Zum Ganzen einführend VISMANN, *Akten*, 155 f., 160, 168, 179, 222–229.

die Erfindung der Fotografie. Sie veränderte die visuellen Kodizes der Gesellschaft. Bilder traten nun in bisher unbekannter Menge auf. Die technische Entwicklung der Handkamera ermöglichte es einer breiten Masse, Bilder anfertigen zu lassen oder gar selbst herzustellen. In rechtlicher Hinsicht brachte die Fotografie neben ihrer Bedeutung als Beweismittel in Strafverfahren insbesondere auch neue Fragestellungen zum Persönlichkeitsschutz und zur Sittlichkeit. Richtete sich die Aufmerksamkeit lange Zeit auf die die Sittlichkeit schädigenden Schundromane, so führte die Fotografie rasch zu einer Expansion der sittenpolizeilichen Aufmerksamkeit. Mit der vermehrten Präsenz von Bildern kam auch die Frage nach einer dem Medium angemessenen Ermittlung des Bildinhalts und der rechtlichen Regulierung auf.¹⁸⁴⁷

Im Bereich der Kunst besteht die Herausforderung oftmals darin, dass die Kunst neue Medien in einer für ihre rechtliche Beurteilung herausfordernden Weise einsetzt. Ein Verständnis für die Bedeutung der Medien und der Veränderungen, die mediale Errungenschaften mit sich bringen, ist Grundlage einer kritisch-reflektierten Einordnung grundrechtlicher Problemstellungen. Nur so lassen sich gerade Fragen zum rechtlichen Umgang mit digital generierter oder über das Netz verbreiteter Kunst mit einem den kulturellen Entwicklungen angemessenen Ansatz thematisieren. Gerade das Internet und digitale Informationstechnologien – auch als *neue Medien* bezeichnet – haben die Kunst grundlegend verändert. Auf diese Entwicklung in der Kunst und ihre Tragweite für die Beurteilung rechtlicher Schranken der Kunstfreiheit soll an dieser Stelle etwas ausführlicher eingegangen werden.

c) Besonderheiten des Internets

Das Internet gibt jeder Person Zugang zu einem Massenmedium, um Ideen mit der Welt zu teilen. Es setzt dem Kommunikationsprivileg organisierter Medien ein Ende und verändert damit die Kommunikationsstrukturen grundlegend. Mit der Freiheit des Internets nehmen zugleich die Herausforderungen in Bezug auf massenmediale Falschnachrichten und Veränderungen des demokratischen Meinungsbildungsprozesses, Persönlichkeitsverletzungen und Straftaten eine neue Dimension an. Mit dem Internet etablieren sich neue Formen der Öffentlichkeit und der Privatheit, in deren Spannungsfeld sich auch der rechtliche Schutz öffentlicher Meinungsäußerungen und geschützter Privatsphäre auf neue Weise relativiert.¹⁸⁴⁸

Internet und digitale Medien haben die Produktionsbedingungen der Kunst um ein Vielfaches erweitert. Informationen erhalten mit dem Internet einen bisher unbekanntem Öffentlichkeits- und Verbreitungsgrad. Die Herstellung von Bildern ist im Vergleich zu analogen Medien in Fotografie und Film bedeutend einfacher, schneller und kostengünstiger geworden. Perspektivität und Gleichzeitigkeit der Bildlichkeiten haben sich durch die Möglichkeit multipler Projektionsüberlagerungen und mehr-

¹⁸⁴⁷ Dazu ausführlich STEINHAEUER, Bildregeln; STEINHAEUER, Das eigene Bild, Berlin 2013.

¹⁸⁴⁸ Einführend OSTER, Media Law, 203 f., 206–214; weiterführend mit Blick auf grundrechtliche Fragestellungen DI FABIO, Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen.

dimensionaler Projektionen gesteigert. Digitale Kunst hat der Erzeugung von Räumlichkeit und Fiktion neue virtuelle Welten eröffnet. Die Bearbeitung des digitalen Materials verändert die Bildsprache und öffnet mit Animationen und *Virtual Reality* vorher ungeahnte visuelle Erlebniswelten. Die Formen der Gegenwartskunst haben sich mit der Digitalisierung multipliziert. Die Grenze zwischen Kunst und Nicht-Kunst ist noch durchlässiger geworden. Die Verbreitungs- und Vielfältigungsformen der Kunst sowie ihre Wahrnehmung haben sich universalisiert.¹⁸⁴⁹

Sowohl in der Zivilgesellschaft als auch in staatlichen Institutionen lässt sich eine zunehmende Sensibilisierung für die Bedeutung des freien Zugangs zum Internet und die Möglichkeiten moderner Medien beobachten. Daraus hervor geht die Forderung nach einem aus dem Konglomerat von Meinungsäußerungsfreiheit, Wirtschaftsfreiheit und dem Recht auf Privatsphäre kondensierten Recht auf «Netzneutralität».¹⁸⁵⁰ Der Europarat hat eine Empfehlung zur Netzneutralität verabschiedet, in der er auf die zunehmende Spannung zwischen der Bedeutung des Internets für die Meinungsäußerungsfreiheit und den technischen Kontrollmöglichkeiten privater Service-Anbieter hinweist und sich für ein Prinzip der Netzneutralität ausspricht.¹⁸⁵¹

Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat sich ganz grundsätzlich für eine staatliche Schutzpflicht ausgesprochen, um das Vertrauen der Internetnutzer in die Integrität des Internets zu schützen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) umfasst auch das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme. Dieser Vertrauensschutz tritt ergänzend zu anderen Konkretisierungen dieses Grundrechts, wie dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung, sowie zu den Freiheitsgewährleistungen der Art. 10 und Art. 13 GG hinzu, soweit diese keinen oder keinen hinreichenden Schutz gewähren. Nach dem Bundesverfassungsgericht ist dieses Vertrauen die Voraussetzung dafür, dass die Internetnutzer in den vollen Genuss ihrer Kommunikationsfreiheiten im Internet kommen, statt aus Angst vor Infiltration und staatlicher Überwachung ihre Tätigkeiten im Netz selbst zu zensieren (*chilling effect*).¹⁸⁵²

¹⁸⁴⁹ Erste Hinweise bei WEIBEL, *Globalization and Contemporary Art*, 25; RECKWITZ, *Erfindung der Kreativität*, 57; umfassende Thematisierung der Ästhetisierungs- respektive Entgrenzungsthesen zur zeitgenössischen Kunst auch bei REBENTISCH, *Kunst der Freiheit*; und DIES., *Theorien der Gegenwartskunst*.

¹⁸⁵⁰ Weiterführend GRABER, *Net Neutrality*; DERS., *Internet Creativity*. In die Problematik einführend bswa auch GARTON ASH, *Free Speech*, 357 ff.

¹⁸⁵¹ Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on Protecting and Promoting the Right to Freedom of Expression and the Right to Private Life with Regard to Network Neutrality (CM/Rec(2016)1) (13.1.2016), N 4: «The principle of network neutrality underpins non-discriminatory treatment of Internet traffic and the users' right to receive and impart information and to use services of their choice. It reinforces the full exercise and enjoyment of the right to freedom of expression because Article 10 of the Convention applies not only to the content of information but also to the means of its dissemination. Also, the principle of network neutrality supports technological innovation and economic growth.»

¹⁸⁵² BVerfGE 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 (Erster Senat) (27.2.2008), N 166 ff.

Der EGMR hat sich wiederholt gegen staatliche Interferenzen im Netz ausgesprochen. So hat er staatlich implementierte Zugangssperren für die Dienste von Youtube und Google als Verletzung von Art. 10 EMRK beurteilt.¹⁸⁵³ Gemäss dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte müssen Staaten die spezifische Art des Internets als modernes Kommunikationsmittel berücksichtigen, insbesondere die wichtige Rolle des Internets, den Zugang der Öffentlichkeit zu Informationen zu vereinfachen.¹⁸⁵⁴ Der EGMR betont, dass das Internet zum primären Medium für Meinungsäusserungen geworden ist und den einfachen Zugang zu Informationen und zur Verbreitung von Meinungen ermöglicht. Die EMRK schützt nicht nur die Rechte der Internetnutzer, sondern erlegt ihnen auch eine Verantwortung im Umgang mit dem Medium auf. Das bedeutet insbesondere, dass Nutzer die ungemein grössere Reichweite und Wirkung im Internet veröffentlichter Informationen bei der Wahl des Mediums, in dem sie ihre Meinung äussern, berücksichtigen müssen.¹⁸⁵⁵

Eine weitere relevante Frage ist, ob Betreiber wie Youtube, Google oder Facebook an die Kommunikationsgrundrechte gebunden sind, wenn sie auf ihren Seiten veröffentlichte Inhalte blockieren.¹⁸⁵⁶ Vor dem Hintergrund der staatlichen Gewährleistungspflicht muss sich ein Staat mindestens auf der regulativen Ebene darum bemühen, die Nutzer von Youtube, Google oder Facebook vor Einschränkungen ihrer Meinungsäusserungsfreiheit auf den entsprechenden Plattformen zu schützen.¹⁸⁵⁷

Für die Kunstfreiheit ist die Frage nach der Regulierung des Internets also in dreierlei Hinsicht von Bedeutung. Erstens ist das Internet für die Kunst zu einem zentralen Medium sowohl für die Herstellung als auch für die Verbreitung von Kunst geworden. Zweitens hinsichtlich der Frage nach der Zensur von Kunst im Internet. So entfernt Facebook immer wieder berühmte Fotografien oder Kunstwerke, weil auf ihnen nackte Menschen zu sehen sind, beispielsweise auch Gustave Courbets *Ursprung der Welt*. Drittens hat das Internet auf die wirtschaftlichen Bedingungen der Kunst immense Auswirkungen. Streaming-Dienste haben das Musikgeschäft komplett verändert und zu grossen Einbrüchen in den urheberrechtlich generierten Einkünften geführt, um nur ein Beispiel zu nennen. Die Regulierung und Durchsetzung der Urheberrechte im Netz erfolgt im schwierigen Balanceakt zwischen dem öffentlichen Interesse an der Offenheit des Internets als Kommunikationsform und dem Schutz der neuen Möglichkeiten, die sich der Kunst ebenso wie der Wirtschaft dadurch öffnen, und der Gewähr-

¹⁸⁵³ EGMR 48226/10 und 14027/11 (2015) *Cengiz and Others v Turkey*, N 62–66, 74; EGMR 3111/10 (2012) *Yildirim v Turkey*, N 50 f.

¹⁸⁵⁴ EGMR 3002/03 und 23676/02 (2009) *Times Newspapers Ltd v United Kingdom*, N 27.

¹⁸⁵⁵ EGMR 64569/09 (2015) *Delfi AS v Estonia*, N 147; EGMR *Yildirim v Turkey* 3111/10 (2012), N 54; einführend OSTER, *Media Law*, 44 f.; GRABER, *Net Neutrality*, 12 f.; umfassend BENEDEK/KETTEMANN, *Freedom of expression and Internet*.

¹⁸⁵⁶ Einführend BENEDEK/KETTEMANN, *Freedom of expression and Internet*, 34; GARTON ASH, *Free Speech*, 360–369; vertieft bei KNEBEL, *Drittwirkung der Grundrechte und -freiheiten*, 173 ff.

¹⁸⁵⁷ BGE 138 II 346.

leistung der Persönlichkeitsrechte des Urhebers sowie der Durchsetzung der Urheberrechte, die ihrerseits ebenfalls Grundlage und Voraussetzung der Verwirklichung der Kunstfreiheit sind.

d) Beispiele

Der Künstler als gläserner Bürger: Hasan Elahi

Wie die Digitalisierung die Handlungsfelder der Kunst verändert und beide Bereiche wechselseitig aufeinander Bezug nehmen, lässt sich beispielsweise an den Arbeiten des Künstlers Hasan Elahi beobachten. Als der in Bangladesch geborene Amerikaner im Jahr 2002 auf die FBI-Terrorliste gelangte, begann er, auf seiner Website seine ständig aktualisierte GPS-Position, Bilder seiner Unterkünfte und Mahlzeiten sowie Informationen über alle seine Telefonate, Banktransaktionen und Reisepläne zu veröffentlichen.¹⁸⁵⁸ Der Künstler machte sich damit selbst zum gläsernen Bürger. Was als künstlerische Verteidigungsstrategie gegen eine tatsächlich drohende Internierung in Guantanamo begann, ist mittlerweile als Spiegel des Überwachungsstaates zu lesen sowie als sichtbares Abbild unseres digitalen Fussabdrucks, den wir mit jeder unserer Bewegungen hinterlassen.

Digitale Transformation als Provokation: !Bitnik

Ein weiteres Beispiel sind die Arbeiten des Künstlerduos !Bitnik.¹⁸⁵⁹ In ihren Arbeiten thematisieren sie die digitale Transformation der Kommunikation und die damit verbundenen Veränderungen in der Gesellschaft. In *Opera Calling* (2007) platzierten sie Mobiltelefone im Zürcher Opernhaus. Ein *Bot* (ein Computerprogramm, das so programmiert ist, dass es ohne menschliche Steuerung Aufgaben ausführt) verband die Aufnahmegeräte mit zufällig ausgewählten Telefonnummern von Anwohnern der Stadt Zürich, die damit in den Genuss einer Live-Übertragung von Richard Wagners *Rosenkavalier* kamen. Nachdem das Opernhaus zuerst mit rechtlichen Schritten drohte, sah es von repressiven Massnahmen ab und würdigte stattdessen den Wert der künstlerischen Intervention als eigenes Kunstwerk, das sowohl den Zugang zu Kultur und als auch den Einsatz neuer Medien zur Verbreitung von Kunst thematisiert. In *Random Darknet Shopper* (2014–2016) kaufte ein Bot zufällig Gegenstände im Darknet, darunter auch illegale Partydrogen. In ihren Arbeiten legen !Bitnik die ansonsten unsichtbare Infrastruktur der Informationstechnologie offen und zeigen zugleich auf, dass wir dieser Technologie nicht einfach passiv ausgeliefert sind, sondern aktiv darauf zugreifen und die solcherart übermittelten Informationen verändern können. In ihren Kunstwerken wollen sie darauf hinweisen, wie wir als Bürgerinnen und Bürger eine aktive Rolle einnehmen können, um Transparenz im Umgang mit neuen Medien zu fordern und

¹⁸⁵⁸ <http://elahi.umd.edu> (besucht am 8.2.2018).

¹⁸⁵⁹ Siehe zu den Arbeiten von !Bitnik die Publikation !MEDIENGRUPPE BITNIK/LAUNAY, <script>alert.

ihren Einsatz gestaltend mitzubestimmen. Aus rechtlicher Sicht geht es um die Emanzipation des Konsumenten und durch Sicherheitsdienste verwalteten Objekts zu einem selbstbestimmten politischen Rechtssubjekt.¹⁸⁶⁰ Die Staatsanwaltschaft konfiszierte sowohl den Computer als auch die Drogen nach Ende der Ausstellung in der Kunsthalle St. Gallen. Am Ende liess sie die Untersuchung fallen. Das öffentliche Interesse an den im Kunstwerk aufgeworfenen Fragen überwiege das Interesse an einer Strafverfolgung. Diese Beurteilung ist aus Sicht der Kunstfreiheit zu begrüssen. Zu empfehlen wäre, dass sich Behörden die Frage der Grundrechtskonformität ihres Eingriffs in die künstlerische Freiheit stellen, bevor sie handelnd einschreiten.

4.3 Inhalt

Die Kunstfreiheit gewährleistet die freie Wahl von Form und Inhalt eines Kunstwerkes (siehe Teil II Kapitel II.3). Die inhaltliche Beurteilung von Kunst ist im Rahmen der Schrankendogmatik das heikelste Beurteilungskriterium. Kommt es zu einer Kollision zwischen einer künstlerischen Meinungsäusserung und den Rechtsgütern Dritter oder einem öffentlichen Interesse, muss das entscheidfällende Organ unter Umständen darüber urteilen, ob gewisse Inhalte eines Kunstwerkes unzulässig sind. Ein Beispiel ist die Beurteilung von Meinungsäusserungen, denen der Vorwurf gemacht wird, sie würden Hass verbreiten oder zu Gewalt aufrufen. Der EGMR hat in seiner Rechtsprechung betont, dass dabei die Art und Weise der inhaltlichen Interpretation des umstrittenen Kunstwerks durch Behörden und Gerichte ein ausschlaggebendes Kriterium für die Gewährleistung der Meinungsäusserungsfreiheit ist. So hat der Gerichtshof im Urteil zur Kunstperformance von *Pussy Riot* danach gefragt, ob die nationalen Gerichte die Aussagen der Künstlerinnen auch dann noch als Aufruf zu Gewalt oder als Rechtfertigung von Gewalt verstehen können, wenn sie fair interpretiert werden («fairly construed»)¹⁸⁶¹.

Stützt sich ein Gericht für die Beurteilung eines Kunstwerkes massgebend auf dessen Inhalt, wie das beispielsweise beim Verbot eines Romans oder eines Gemäldes zutrifft, so drängt sich die Frage auf, wie Gerichte den Inhalt von Kunstwerken analysieren und interpretieren sollen.

a) Die Komplexität der Kunstinterpretation

Kunstwerke sind interpretationsbedürftig. Sie repräsentieren nach zeitgenössischen Kunst- und Medientheorien nicht bestimmte Inhalte, wie das beispielsweise noch die traditionelle Ästhetik in einem repräsentativen Kunstbegriff propagierte.¹⁸⁶² Spätestens im 19. Jahrhundert setzte sich das spezifisch moderne Verständnis durch, wonach Kunst

¹⁸⁶⁰ Weiterführend zu computergenerierter Kunst, MAGRINI, *Confronting the Machine*.

¹⁸⁶¹ EGMR 38004/12 (2018) *Alekhina v Russia (Pussy Riot)*, N 219, m.H.a. die Rechtsprechung.

¹⁸⁶² Kunst galt als Nachahmung und wurde als bildliche oder skulpturale Repräsentation von Gegenständen verstanden (Repräsentationalismus), BERTRAM, *Kunst*, 172 f.

auf der Seite der Produzenten die Empfindung, Sensibilität oder Ansicht eines Menschen zum Ausdruck bringt, und auf der Seite der Rezipienten die Interpretation der Kunst sowohl von der Gestaltung des Kunstwerkes als auch von den individuellen Erfahrungen, Kenntnissen, Ansichten, Empfindungen und gesellschaftlichen Konventionen abhängig ist. Was wir in einem Kunstwerk zu erkennen glauben, ist von persönlichen Erfahrungen, gesellschaftlichen Normen und erlernten Interpretationspraktiken abhängig.¹⁸⁶³ Die Offenheit und Ambiguität der Bedeutung eines Kunstwerkes ist ein unvermeidbarer Bestandteil der Kunst. Sie resultiert aus der Komplexität des Kunstwerkes als Bedeutungsträger. In seiner gestalteten Formhaftigkeit ist ein Kunstwerk ein Bedeutungsträger (Signifikat), der mehrere Bedeutungen (Signifikanten) enthält. Das gilt sowohl für Kunstwerke, die die Mehrdeutigkeit ihrer Bedeutung bewusst integrieren, als auch für solche, die auf informatorische Eindeutigkeit abzielen. In die Form des Kunstwerkes sind verschiedene Erfahrungen, Ideen, Themen und Materien eingegangen. Zugleich ist das Kunstwerk ein System von mehrschichtigen Relationen aus gestaltetem Material, semantischen Konventionen und kulturellen Bezügen und ihrer Wahrnehmung in einem bestimmten gesellschaftlichen und politischen Kontext. Kunstwerke sind nur mittels interpretativer Praktiken zugänglich. Für die Interpretation von Kunstwerken steht indessen nicht eine einzelne Interpretationsmethode zur Verfügung.¹⁸⁶⁴

Die Interpretationsbedürftigkeit von Kunstwerken und die Subjektivität jeder Interpretation ist mittlerweile auch für technische Künste wie die Fotografie und den Film anerkannt. Noch zu Beginn ihrer Verwendung galten sie als Abbilder einer vorgegebenen Realität. Eine Fotografie ist jedoch nicht einfach ein Abbild der Wirklichkeit. Die Fotografin gestaltet die Fotografie durch die Wahl des Sujets, des Blickwinkels und der Lichteinstellungen.¹⁸⁶⁵ Susan Sontag bezeichnete Fotografien deshalb als Spiegelbilder der Wirklichkeit nach dem Geschmack, dem Gewissen und den Wertungen

¹⁸⁶³ Zur Interpretation von Bildern, Texten und Kunstwerken einführend KEMP, *Der explizite Betrachter*; DERS., *Kunstwerk und Betrachter*; BERTRAM, *Kunst*, 172 f., 175, 196, 207; BELTING et al., *Kunstgeschichte*; BELTING, *Werk im Kontext*, 229 f.; HENRICH/ISER, *Theorien der Kunst*, dort insbes. ISER, *Interpretationsperspektiven*; BÄTSCHMANN, *Anleitung zur Interpretation*, 199–201, 226; BERGER, *Sehen* (orig. *Ways of Seeing*); RECKWITZ, *Erfindung der Kreativität*, 40–42, 65 f., 107–109; vertieft BELTING, *Bild-Anthropologie*; BREDEKAMP, *Theorie des Bildakts*; WEIGEL, *Grammatologie der Bilder*; KRÄMER, *Sprache, Sprechakt, Kommunikation*; MITCHELL, *Bildtheorie, der die Andersartigkeit von Wort und Bild betont*, 390. Interessant nach wie vor aus der Systemtheorie LUHMANN, *Kunst der Gesellschaft*, 13 ff.; aus der Hermeneutik GADAMER, *Wahrheit und Methode*; mit einem dekonstruktivistischen Ansatz DERRIDA, *Grammatologie*; DERS., *Die Wahrheit in der Malerei*; für die Rechtswissenschaften F. MÜLLER, *Freiheit der Kunst*, 72, 85 f. Ergänzend auch JACKOB, *Theater und Bilderfahrung*; PLAUM, *Bildnerisches Denken*; STÖHR, *Das Sehbare und das Unsehbare*.

¹⁸⁶⁴ Einführend etwa ECO, *Das offene Kunstwerk*, 8, 14, 84.

¹⁸⁶⁵ Ein interessantes Beispiel dafür sind die ersten, vom Bundesanwalt in Auftrag gegebenen Fahnungsfotografie von Heimatlosen. Der beauftragte Fotograf Carl Durheim inszenierte die Bilder, indem er die fotografierten Personen bäuerlich einkleidete und – bürgerlichen Fotografien gleich – mit Attributen ausstattete. Im Anschluss retouchierte er die Bilder, um die Ähnlichkeit zwischen der Person und ihrem Abbild zu erhöhen, MEIER/WOLFENSBERGER, *«Furchen und Runzeln wegschaf-*

des Fotografen.¹⁸⁶⁶ Die Fotografie macht unmissverständlich klar, dass die Überzeugung, es gäbe auf einem Bild einen eindeutig erkennbaren Inhalt, eine bildliche Wahrheit, nicht zutrifft. Bilder sind in tausend Informationssplitter zerschlagene Spiegelbilder unserer gesellschaftlichen Konventionen, in denen jeder Einzelne von uns wiederum tausend eigene Spiegelbilder zu entdecken vermag.¹⁸⁶⁷ Im Verlaufe der Zeit ändern sich nicht nur die gesellschaftlichen Ordnungsvorstellungen und mit ihnen die rechtlichen Grundlagen, die dem Urteil über die Rechtmässigkeit von Bildern zugrunde gelegt werden. Was sich ändert ist auch, was Kunst ist und auf welche Weise sie wahrgenommen und interpretiert wird. Was Mitglieder einer Gesellschaft in einem Bild erkennen und was sie daran stört, spiegelt gesellschaftliche Konventionen in einem spezifischen gesellschaftlichen Kontext wider.

b) Rechtliches Bewertungsverbot für Kunst

Die Interpretationsoffenheit der Kunst kommt im rechtlichen Kontext in zweierlei Hinsicht zum Tragen. Zunächst einmal bezüglich der Wertungen über den Inhalt eines Kunstwerkes. Ob ein Kunstwerk als schön und gelungen oder als hässlich und misslungen gilt, ist eine Frage der Interpretation. Während das Kunstsystem mit der Kunsttheorie und der Kunstkritik spezialisierte Diskurse für die Beurteilung des Schönen und Gelungenen in der Kunst zur Verfügung stellt, ist es ein Gebot der Kunstfreiheit, dass sich Gerichte einer solchen Bewertung enthalten. Die Kunstfreiheit gewährleistet die Gleichwertigkeit aller Kunst. Wertende Aussagen über das Gelingen oder die Schönheit eines Werkes durch staatliche Institutionen sind mit der Kunstfreiheit nicht zu vereinbaren. Der Supreme Court-Richter Oliver Wendell Holmes legte um die Jahrhundertwende den nach wie vor anwendbaren Leitsatz für den rechtlichen Umgang mit Kunst in folgenden Worten fest:

«Es wäre ein gefährliches Unternehmen für alleine juristisch ausgebildete Personen, sich über die engsten und offensichtlichsten Grenzen hinaus als letzte Richter über den Wert einer bildlichen Darstellung aufzuspielen.»¹⁸⁶⁸

fen»; GASSER/MEIER/WOLFENBERGER, Wider das Leugnen und Verstellen; zum Ganzen bereits RÜEGGER, Nichts als Sprache.

¹⁸⁶⁶ SONTAG, Über Fotografie, 71, 119, 152, 167.

¹⁸⁶⁷ MITCHELL, Bildtheorie, 390.

¹⁸⁶⁸ Das gesamte Zitat aus *Bleistein v Donaldson*, 188 U.S. 239, 251 (1903) lautet wie folgt: «It would be a dangerous undertaking for persons trained only to the law to constitute themselves as final judges of the worth of pictorial illustrations outside of the narrowest and most obvious limits. At the one extreme some works of genius would be sure to miss appreciation. Their very novelty would make them repulsive until the public had learned the new language in which their author spoke. It may be more than doubted, for instance, whether the etchings of Goya or the paintings of Manet would have been sure of protection when seen for the first time. At the other end, copyright would be denied to pictures which appealed to a public less educated than the judge. Yet if they command the interest of any public, they have a commercial value, – it would be bold to say that they have not an aesthetic and educational value, – and the taste of any public is not to be treated with contempt.

Entsprechend heikel ist die rechtliche Festlegung ästhetischer Kriterien oder inhaltlicher Vorgaben für die Kunst. Sie ist ein zu rechtfertigender Eingriff in die Kunstfreiheit. Illustrativ für die Interpretationsproblematik in Bereich ästhetischer Wertungen ist nachfolgende Aussage des Zürcher Verwaltungsgerichts.

«Die Festlegung ästhetischer Kriterien ist von vornherein schwierig, weil diese von subjektiven Meinungen, Vorlieben und Prägungen abhängig sind. Zudem wird das ästhetische Empfinden durch Sehgewohnheiten bestimmt, die von Faktoren wie Gesellschaft, Mode, Politik, Umwelt beeinflusst werden und deshalb einem ständigen Veränderungsprozess unterliegen. Die ästhetische Beurteilung durch die Rechtsmittelinstanz läuft deshalb stets Gefahr, nicht die richtigere, sondern nur eine andere zu sein.»¹⁸⁶⁹

c) **Rechtliche Kunstinterpretation als begründete Pragmatik**

Des Weiteren ist die Interpretationsoffenheit der Kunst methodisch bei der Beurteilung ihrer Rechtmässigkeit zu beachten.¹⁸⁷⁰ Urteilt ein Gericht darüber, ob ein Bild pornografisch ist, Gewalt darstellt, die Persönlichkeit eines Dritten verletzt oder zu Hass aufruft, so muss es sich unweigerlich mit dem Inhalt des Kunstwerkes befassen. Dabei steht den Entscheidungsträgern für die Interpretation von Kunstwerken keine eindeutige Methode als Interpretationsanleitung zur Verfügung. Eine allein richtige Methode, Texte, Bilder oder Gesten inhaltlich zu interpretieren, gibt es für Kunstwerke ebenso wenig wie für Rechtsnormen. Beide Interpretationsvorgänge führen zu denselben epistemologischen und hermeneutischen Fragen über die Art und Weise, wie wir Texte und Bilder wahrnehmen und verstehen.

Die Interpretation eines Kunstwerkes ist also sowohl von der Struktur des Kunstwerkes als auch von der Haltung und den Erfahrungen des Betrachters und dem historisch-kulturellen Kontext seiner Rezeption abhängig. Die interpretative Auseinandersetzung mit einem Kunstwerk ist aufgrund selbstzüglich vorgegebener Elemente im Kunstwerk nicht beliebig. Sie ist aber grundsätzlich unbegrenzt, weil sie konstitutiv mit der historisch-zeitlichen Bedingung des Rezipienten verbunden ist, die sich ihrerseits wiederum stetig ändert und für jede Person unterschiedlich ausfällt.¹⁸⁷¹ Die Bedeutungsgehalte des Kunstwerkes entfalten sich aus der Beziehung zwischen den mehrschichtigen Strukturen des Kunstwerkes und ihrer Deutung. Das Kunstwerk bietet dem Betrachter ein vorstrukturiertes Feld für seine Interpretation, eine «*chance domestique*»¹⁸⁷². Für den Bildtheoretiker Mitchell ist ein Bild deshalb kein Text, der gelesen

It is an ultimate fact for the moment, whatever may be our hopes for a change. That these pictures had their worth and their success is sufficiently shown by the desire to reproduce them without regard to the plaintiffs' rights.» Auch zitiert bei DOUZINAS/NEAD, *Law and the Image*, 1; MERRYMAN/ELSEN/URICE, *Law, Ethics and the Visual Arts*, 673.

¹⁸⁶⁹ Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich, VB.2010.000127 E. 4.3.

¹⁸⁷⁰ Gl.M. F. MÜLLER, *Freiheit der Kunst*, 72, 85 f.

¹⁸⁷¹ BERTRAM, *Kunst als menschliche Praxis*, 122 f., 136–138; aus der Hermeneutik GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 305–312.

¹⁸⁷² ECO, *Das offene Kunstwerk*, 179–185.

werden kann, sondern die Puppe eines Bauchredners, in die wir unsere eigene Stimme hineinprojizieren. Wenn wir uns von dem, was ein Bild «sagt», gekränkt fühlen, gleichen wir deshalb für Mitchell einem Bauchredner, der von seiner eigenen Puppe beleidigt wird.¹⁸⁷³

Bei der Anwendung der Kunstfreiheit sind die Gerichte dazu angehalten, im Rahmen eines breiten Spektrums an Möglichkeiten eine dem Sachverhalt angemessene Interpretationsarbeit zu leisten.¹⁸⁷⁴ Dabei erfolgt die Suche nach geeigneten Interpretationsmethoden für die Beurteilung von Kunstwerken nicht mit dem Anspruch, eine einzig richtige Interpretationsmethode zu finden. Es geht vielmehr darum, die dem Entscheid zugrunde gelegte Interpretation eines Kunstwerkes nachvollziehbar und nachprüfbar zu begründen.

d) Artikulationsdefizite der Kunst

Der Entscheidungsträger muss sich zudem bewusst sein, dass jedes Sprechen über die Kunst ein Artikulationsproblem mit sich bringt: Künstlerisch gestaltetes Material und damit künstlerischer Ausdruck lässt sich nur unvollständig in Sprache und noch schwieriger in die juristische Sprache übersetzen. Das gilt auch dann, wenn die Kunst aus Sprache besteht. Offensichtlich ist die Unübersetzbarkeit bei Poesie. Dasselbe gilt aber auch für den realistischen Roman. Diese Artikulationsschwierigkeiten sind bei der rechtlichen Beurteilung von Kunst angemessen zu berücksichtigen.¹⁸⁷⁵ Jede Interpretation entfernt sich notwendigerweise vom interpretierten Gegenstand. Die Interpretation eines Kunstwerkes teilt es in einzelne Aspekte auf, die für die deutende Interpretation herausgegriffen werden. Kunstinterpretation bedeutet immer, dass ein Kunstwerk zerlegt und bruchstückhaft zur Geltung kommt. Entsprechend hat Susan Sontag in *Against Interpretation* die Interpretation zugespitzt als «Rache des Intellekts an der Kunst» bezeichnet.¹⁸⁷⁶ Die Kunst spricht ihre eigenen Sprachen. In ihren sich stetig wandelnden Erscheinungsformen bleibt sie oft unartikuliert. Kunstwerke füttern den Diskurs über die Kunst, der die Kunstwerke beschreibt und ihnen doch fremd bleibt. Erläuternde Erklärungen über die Kunst fallen nie mit der von ihnen besprochenen künstlerischen Praxis zusammen.

Das Artikulationsdefizit der Kunst, gerade auch neuerer Kunstformen, zeigt sich eindrücklich in den Stellungnahmen der Experten im Fall *Brancusi* (siehe dazu Teil I Kapitel I.3 und Teil IV Kapitel II.1 und II.2.c). In ihren Äusserungen erklingt einerseits eine gesellschaftlich kodifizierte und eingespielte Weise an, in der über bisherige Kunstformen gesprochen wird. Ihre Aussagen zur damals neuartigen Kunst der Avantgarde erscheinen demgegenüber vage, zögerlich und umständlich artikuliert. Sie spiegeln wider, dass die Kunsttheorie zum damaligen Zeitpunkt noch nicht über eine gefestigte

¹⁸⁷³ MITCHELL, Bildtheorie, 391.

¹⁸⁷⁴ Aus den Rechtswissenschaften HANSCHMANN, Zur Freiheit der Literatur, 344–346.

¹⁸⁷⁵ GL.M. UHLMANN/BOGNUA, Zehn Thesen, 368.

¹⁸⁷⁶ SONTAG, Gegen Interpretation (*Against Interpretation* [1964]), in: Dies., Kunst und Antikunst, 15.

Praxis verfügte, um die moderne Kunst sprachlich zu umschreiben. Die Künstlerinnen und Künstler waren den Kunsttheoretikern voraus.¹⁸⁷⁷ Die Qualität des Urteils in Sachen Brancusi zeichnet sich dadurch aus, dass sich das Gericht darum bemühte, für neue Formen der Kunst eine angemessene interpretative Umschreibung zu finden. Das Bewusstsein um die tatsächliche Unmöglichkeit konzeptioneller Eindeutigkeit verlangt von der rechtsanwendenden Behörde bei der Konkretisierung der Kunstfreiheit eine entsprechend bemühte und mühselige Vermittlungsarbeit. Die Annäherung des Rechtsanwenders an die Sprachen der Kunst und der Kunsttheorie kann immer nur eine versuchsweise, bruchstückhafte, zögerliche sein. Dennoch ist sie eine für das Verständnis des jeweiligen Urteilsgegenstandes unabdingbare Übersetzungsarbeit.

e) **Verschränkung von Form und Inhalt**

In der Kunst markiert die künstlerische Gestaltung einer Aussage im Gegensatz zu anderen Kommunikationsformen eine Differenz zum alltäglichen Gebrauch von Sprache, Text, Bildern und Körpern. Die gestaltete Form der Kunstwerke stellt sinnliche Muster bereit, die vom alltäglichen Bild- und Sprachgebrauch abweichen. Kunst bestätigt, erweitert und verändert dadurch die alltäglich und fachlich praktizierten Kommunikationsformen.¹⁸⁷⁸ Im Gegensatz dazu ist die nicht-künstlerische Gestaltung der Sprache stärker durch eine verbreitet eingeübte sprachliche Praxis kodifiziert und bis zu einem gewissen Grad standardisiert. In der Regel ist die sprachliche Gestaltung von Zeitungsberichten, wissenschaftlichen Texten oder politischen Reden auf die Erzeugung von informationeller Eindeutigkeit ausgerichtet. Sie wollen von der Allgemeinheit im Rahmen des alltäglichen oder fachspezifischen Sprachgebrauchs verstanden werden. Bilder und grafische Elemente sollen die Informationen unterstreichen oder illustrieren und den Text zugänglicher machen. Die Wahl der Schriftart einer Zeitung oder wissenschaftlichen Publikation wirkt sich auf die Lesbarkeit des Textes und damit auch auf seine Verständlichkeit aus. Sie ist aber nicht integraler Bestandteil der Interpretation des Inhalts selbst. Dasselbe gilt zwar grundsätzlich auch für literarische Texte. Sobald Texte integraler Bestandteil eines Kunstwerkes sind, kommt ihrer grafischen Gestaltung in dessen inhaltliche Bedeutung zu, die über die unterstützende Funktion der Lesbarkeit hinausweist. Kunstwerke haben als ästhetisch gestaltete Zeichen eine eigene Art, für Kommunikation anschlussfähig zu sein.¹⁸⁷⁹

Aufgrund der integralen Bedeutung der ästhetischen Gestaltung der Form für den Inhalt eines Kunstwerkes lassen sich Form und Inhalt bei der Kunstinterpretation nicht trennen. Form und Inhalt sind in der Kunst verschränkt. Die Interpretation eines Kunstwerkes muss dessen Form und Inhalt als gesamthafte Erscheinung würdigen. Die Wahl und die Gestaltung des Materials sind in der Kunst ebenso entscheidend für

¹⁸⁷⁷ HARTSHORNE, *Modernism on Trial*, 102, 104.

¹⁸⁷⁸ BERTRAM, *Kunst als menschliche Praxis*, 1, 106, 109 f., 98 f.; MENKE, *Souveränität der Kunst*, 10; aus den Rechtswissenschaften F. MÜLLER, *Freiheit der Kunst*, 70 f.

¹⁸⁷⁹ BERTRAM, *Kunst*, 256–258.

die Interpretation des Werkes wie dessen Inhalt. Kunstwerke verlangen von ihren Interpreten deshalb, dass sie sich nicht nur intellektuell, sondern auch sinnlich auf das Kunstwerk einlassen. Interpretation bedeutet, Kunstwerke zu sehen, zu hören und zu fühlen und diese sinnliche Wahrnehmung in beschreibende Worte übersetzt in die urteilende Analyse einzubeziehen. Die Interpretation eines Kunstwerkes erfordert umfangreiche Sachkenntnisse und entsprechend grosse rechtliche Zurückhaltung. Aufgrund der Komplexität der Kunstinterpretation drängt sich bei der inhaltlichen Beurteilung von Kunst der Einbezug von Sachverständigen auf (siehe dazu Teil IV Kapitel II.2.c).

Die bis anhin differenzierteste Auseinandersetzung über die inhaltliche Interpretation von Kunstwerken unter Anwendung der Kunstfreiheit findet sich in den Urteilen des deutschen Bundesverfassungsgerichts zum Verbot von Romanen zum Schutz der Persönlichkeit Dritter. Diese drei Urteile und die darauffolgende Diskussion in der Lehre bilden eine interessante Ausgangslage, um auch in anderen Rechtsbereichen einen grundrechtskonformen Umgang bezüglich der inhaltlichen Interpretation von Kunst zu finden. Sie sollen deshalb an dieser Stelle etwas vertiefter dargelegt werden.

4.4 Die Beispiele Mephisto und Esra

Eine vertiefte Auseinandersetzung mit der inhaltlichen Interpretation von Kunstwerken findet sich in den Urteilen *Mephisto* und *Esra* des Bundesverfassungsgerichts, den richterlichen Sondervoten dazu und der daran anschliessenden Diskussion in der Lehre.

a) Das Mephisto-Urteil

Urteil des Bundesverfassungsgerichts

Im *Mephisto*-Urteil hielt das Bundesverfassungsgericht zunächst fest, dass die Wahl von Form, Inhalt und Kontext eines Kunstwerkes dem Künstler freisteht und vom Schutzbereich der Kunstfreiheit erfasst ist. Ebenso ist die Art und Weise, wie Erfahrungen und Eindrücke in einem Kunstwerk verarbeitet werden, von der Kunstfreiheit geschützt. Das gilt auch für die künstlerische Auseinandersetzung mit Ereignissen und Personen der realen Lebenswelt.¹⁸⁸⁰ Greift eine Künstlerin oder ein Künstler für seine Kunst auf Persönlichkeits- und Lebensdaten von Menschen zurück, so kommt ihm dabei die Verantwortung für einen Umgang mit diesen Daten zu, die ihre Persönlichkeitsnähe und den durch die Menschenwürde geschützten Kerngehalt der Persönlichkeitsrechte achtet. Kunst transformiert die Daten zwar in eine künstlerische Fiktion, verliert dabei aber nicht ihre sozialbezogene Wirkung in der Verwendung von Lebensdaten.¹⁸⁸¹

¹⁸⁸⁰ BVerfGE 30, 173 Mephisto (C.III.2).

¹⁸⁸¹ BVerfGE 30, 173 Mephisto (C.III.5).

Kunstwerke, die sensible Daten verwenden, treten in ein Spannungsverhältnis zum Persönlichkeitsschutz Dritter, das unter Berücksichtigung der kunstspezifischen Gesichtspunkte des Sachverhalts abwägend zu entscheiden ist.¹⁸⁸² *Kunstspezifisch* heisst, dass bei der Abwägung sowohl die *Vieldeutigkeit und Reziprozität* des Kunstwerkes mit seinen Rezipienten zu berücksichtigen ist als auch der *besondere Bezug der Kunst zur Wirklichkeit*. Kunst ist die Auseinandersetzung mit Eindrücken, Erfahrungen und Ereignissen der Welt und zugleich deren je eigene Transformation durch die künstlerische Verarbeitung.

Das Bundesverfassungsgericht hat die künstlerische Transformation des *realen Lebens* so beschrieben, dass sich im Kunstwerk die Wirklichkeit *verdichtet* und in neue Beziehungen gebracht wird.¹⁸⁸³ Es hat dabei auf das «Ausmass der künstlerischen Verfremdung» oder den «Umfang und die Bedeutung der «Verfälschung»¹⁸⁸⁴ für den Betroffenen abgestellt, um den Konflikt zwischen Kunstfreiheit und Persönlichkeitsschutz zu beurteilen.¹⁸⁸⁵ Für den Roman von Klaus Mann kam es dabei zur Einschätzung, dass die Romanfigur *Hendrik Höfgen* in so zahlreichen Einzelheiten dem äusseren Erscheinungsbild und den realen Lebensdaten von *Gustaf Gründgens* entspricht, dass ein nicht unbedeutender Leserkreis Letzteren in der Romanfigur unschwer erkennt. Das «Abbild» ist demnach vom «Urbild» nicht in solchem Masse verselbstständigt und künstlerisch transzendiert, dass das «Persönlich-Intime» zugunsten des «Allgemeinen» und des «Zeichenhaften der Figur» genügend objektiviert erscheinen würde. Der Autor zeichne ein grundlegend negatives Persönlichkeitsbild, das auch noch in zahlreichen Einzelheiten unwahr sei.¹⁸⁸⁶

Abweichende Sondervoten zum Mephisto-Urteil

An der Begründung des *Mephisto*-Urteils kritisierten die Richter Stein und Rupp-v. Brünneck in ihren Sondervoten, dass das Bundesverfassungsgericht eine zu wenig kunstspezifische Haltung einnimmt, indem es den Inhalt des Romans für die Wirklichkeit nimmt, den Roman mit der Elle der Realität misst und die ästhetische Realität des Romans und damit auch das spezifische Verhältnis der Kunst zur realen Wirklichkeit vernachlässigt. Demgegenüber würde ein Kunstwerk tatsächlich die reale Wirklichkeit verselbstständigen, weshalb die künstlerische Darstellung nicht am Massstab der Realität und dem Grad ihrer Verfremdung gemessen werden könne. Faktisches und Fiktives sind demnach in der Kunst in einer unauflösbaren Verbindung ungesondert gemischt.¹⁸⁸⁷

¹⁸⁸² BVerfGE 30, 173 Mephisto (C.III.5).

¹⁸⁸³ BVerfGE 30, 173 Mephisto (C.III.2).

¹⁸⁸⁴ BVerfGE 30, 173 Mephisto (C.III.5).

¹⁸⁸⁵ BVerfGE 30, 173 Mephisto (C.III.5).

¹⁸⁸⁶ BVerfGE 30, 173 Mephisto (C.IV).

¹⁸⁸⁷ BVerfGE 30, 173 Mephisto, Sondervotum Stein II.1./Rupp-v. Brünneck 2; entsprechende Kritik äusserte auch die Lehre, anstelle vieler HANSCHMANN, Zur Freiheit der Literatur, 331 m.w.H. in Fn. 15; SEIFERT, Realität oder Fiktion, 702 f.

Der Bundesverfassungsrichter Stein ging in seiner abweichenden Meinung im *Mephisto*-Urteil so weit, der Kunst bei der Verwendung von Persönlichkeitsdaten Dritter keinerlei Grenzen aufzuerlegen. Ein Ausschluss der künstlerischen «Verfremdung» persönlichkeitsbezogener Daten würde die Kunst und die künstlerische Erfahrung «in ihrem Kern treffen»¹⁸⁸⁸. Die Bundesverfassungsrichterin Rupp-v. Brünneck ging in ihrem Sondervotum nicht ganz so weit. Ähnlich wie das Bundesgericht im *Maradan*-Urteil¹⁸⁸⁹ stützte sie sich als Kriterium für die Abgrenzung auf den Missbrauch der Kunstfreiheit. Das Gericht müsse beurteilen, «ob der Roman bei einer Gesamtbetrachtung ganz überwiegend das Ziel verfolgt, bestimmte Personen zu beleidigen oder zu verleumden, ob die Kunstform des Romans zu diesem Zweck missbraucht wird oder ob das Werk nach den erkennbaren Motiven des Autors und nach objektiver Würdigung des Inhalts und der Darstellung einem anderen Anliegen dient»¹⁸⁹⁰.

b) Das Esra-Urteil

Urteil des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht verfeinerte seine Rechtsprechung zur kunstspezifischen Betrachtung von Kunst im *Esra*-Urteil. Es bestätigte die Verpflichtung, zwischen der Kunstfreiheit und dem geschützten Persönlichkeitsrecht Dritter mittels einer wertenden Abwägung Konkordanz zu schaffen. Die rechtsanwendende Behörde ist den Grundrechten beider Seiten gleichermaßen verpflichtet.¹⁸⁹¹ Die Wirkung eines Kunstwerkes muss sowohl mit Blick auf seine Wirkung im ausserkünstlerischen Sozialbereich als auch unter Berücksichtigung der kunstspezifischen Gesichtspunkte beurteilt werden. Für diese Beurteilung ist von einem mündigen Leser auszugehen, der Meinungsäußerungen von fiktiven Erzählungen unterscheiden kann.

Das Abstützen auf einen emanzipierten Leser begründet die *rechtliche Vermutung der Fiktivität von Kunstwerken*. Ein Werk ist zunächst einmal als eine Fiktion anzusehen, die keinen Faktizitätsanspruch erhebt. Das gilt auch dann, wenn hinter den Romanfiguren reale Personen erkennbar sind. Weil die Kunst Eindrücke und Erfahrungen aus der Lebenswelt künstlerisch verarbeitet, gehören Bezüge zur realen Welt zur kunstspezifischen Arbeitsweise, deren Eigengesetzlichkeit von der Kunstfreiheit geschützt ist.¹⁸⁹² Es wird bei vielen Kunstwerken möglich sein, Vorbilder für die Figuren oder tatsächliche Geschehnisse als Vorlage für die Abbildungen zu identifizieren. Die Möglichkeit einer Entschlüsselung wird erst dann grundrechtlich relevant, wenn sich die Identifizierung geradezu aufdrängt, was «regelmässig eine hohe Kumulation von Identi-

¹⁸⁸⁸ BVerfGE 30, 173 *Mephisto*, Sondervotum Stein II.2.

¹⁸⁸⁹ BGE 21 I 175; zum Urteil einleitend vorne Teil I Kap. II.4.1.d.

¹⁸⁹⁰ BVerfGE 30, 173 *Mephisto*, Sondervotum Rupp-v. Brünneck 3.

¹⁸⁹¹ BVerfGE 119, 1 *Esra* (C.II.1).

¹⁸⁹² BVerfGE 119, 1 *Esra* (C.II.2.a.b./3.a).

fizierungsmerkmalen»¹⁸⁹³ voraussetzt. Relevant ist des Weiteren, ob den offensichtlich identifizierbaren Personen Handlungen und Eigenschaften zugeschrieben werden, die – wenn sie auf die Personen bezogen werden – geeignet sind, ihre Persönlichkeitsrechte erheblich zu beeinträchtigen.¹⁸⁹⁴

Das Bundesverfassungsgericht betonte erneut, dass die künstlerische Darstellung an einem kunstspezifischen Massstab gemessen werden muss. Dennoch hielt es am Kriterium der Verfremdung zwischen «Urbild» und «Abbild» fest. Ausschlaggebend ist demnach, ob und inwieweit die künstlerische Gestaltung des Stoffs und seine Einordnung im Gesamtkontext des Kunstwerkes «so verselbstständigt erscheint, dass das Individuelle, Persönlich-Intime zugunsten des Allgemeinen, Zeichenhaften der «Figur» objektiviert ist»¹⁸⁹⁵. Der Kernbereich privater Lebensgestaltung ist zudem durch die Menschenwürde absolut unantastbar geschützt, weshalb die Verwendung intimer Informationen über die Sexualität einer Drittperson ohne deren Zustimmung durch die Kunstfreiheit nicht geschützt ist.¹⁸⁹⁶ Ist ein literarischer Text eine blosser Abrechnung oder Schmähung, kommt dem Schutz der Kunstfreiheit ein entsprechend geringes Gewicht in der Abwägung zu, weshalb der Persönlichkeitsschutz regelmässig überwiegt.¹⁸⁹⁷ Weil in der Romanfigur *Esra* offensichtlich die ehemalige Partnerin des Autors erkennbar sei und im Text sowohl die intime Beziehung als auch die Krankheit der Tochter geschildert seien, beurteilte das Gericht den Roman als Verletzung des persönlichkeitsrechtlichen Menschenwürdegehalts der Klägerin. Sie muss «aufgrund des überragend bedeutenden Schutzes der Intimsphäre nicht hinnehmen, dass sich Leser die durch den Roman nahegelegte Frage stellen, ob sich die dort berichteten Geschehnisse auch in der Realität zugetragen haben»¹⁸⁹⁸.

Abweichende Sondervoten zum Urteil

Die Richterin Hohmann-Dennhardt und der Richter Gaier vertraten in ihren Sondervoten demgegenüber die Meinung, wonach das Kriterium der *Erkennbarkeit* für die Beurteilung von Persönlichkeitsverletzungen durch Kunstwerke untauglich ist. Ihrer Ansicht nach besteht Kunst aus einer subjektiven Sichtweise auf die Realität und formt damit in ihren Werken eine eigene Welt, in der die Anliegen der Künstlerin oder des Künstlers in einer von der Realität eigenständigen Form Ausdruck finden. Das Kriterium der Erkennbarkeit wird diesem Merkmal der künstlerischen Erfahrung nicht gerecht. Die Erkennbarkeit der Person oder von Ereignissen sagt noch nichts darüber aus, wie die Erzählung ausgestaltet ist und ob sie die Persönlichkeit der erkennbaren Person beeinträchtigt. Der Massstab der Erkennbarkeit allein ist demnach unterkom-

¹⁸⁹³ BVerfGE 119, 1 Esra (C.II.2.a.).

¹⁸⁹⁴ BVerfGE 119, 1 Esra (C.II.2.a.b./3.a.).

¹⁸⁹⁵ BVerfGE 119, 1 Esra (C.II.3.a.).

¹⁸⁹⁶ BVerfGE 119, 1 Esra (C.II.3.b.).

¹⁸⁹⁷ BVerfGE 119, 1 Esra (C.II.4.a.).

¹⁸⁹⁸ BVerfGE 119, 1 Esra (C.II.4.b.).

plex, schliesst andere Interpretationen des Romans ohne weitere Begründung aus, stützt sich auf Teilaspekte des Werkes ab, ohne sie ausreichend in den Kontext des Gesamtwerkes zu setzen und wird damit den Anforderungen an einen kunstspezifischen Massstab nicht gerecht.¹⁸⁹⁹ Sie wollen den Roman deshalb mit Rückgriff auf literarischen Sachverstand beurteilt wissen, was zu einer nuancierten Interpretation des Werkes führen würde, mit der auch diejenigen Deutungen erkennbar werden, die eine Persönlichkeitsverletzung ausschliessen.¹⁹⁰⁰

In seinem Sondervotum weist der Richter Hoffmann-Riem darauf hin, dass es keine allgemeingültigen Regeln oder Konventionen darüber gibt, was eine kunstspezifische Beurteilung der Kunst in Bezug auf die Konstruktion von Wirklichkeit auszeichnet:

«Kunst erfindet die Art der Konstruktion von Realität immer neu, stellt den Massstab des Ästhetischen immer wieder in Frage und bestimmt ihn variierend. Viele Kunstwerke zielen auf Überschreitungen bisher anerkannter Grenzen und die Künstler beteiligen sich an Entgrenzungen und Vermischungen hinsichtlich tradierter oder neu entwickelter Kategorien.»¹⁹⁰¹

Die Kunstfreiheit gewährleistet alle diese verschiedenartigen Formen der «künstlerischen Verarbeitung von intersubjektiv beobachtbarem und kommunizierbarem Realgeschehen»¹⁹⁰². Wer die künstlerische Konstruktion von Realität und Fiktion auf die Annahme eines Entweder-Oder von Fiktion und Realität, auf einen Vergleich des «Abbilds» mit dem «Urbild» beschränkt, lässt dabei die Vielfalt künstlerischen Schaffens und des in jedem Kunstwerk eigenständigen Zugangs zur Konstruktion von Wirklichkeit unbeachtet. Er kritisiert damit die Senatsmehrheit, die demnach das Kunstwerk zu wenig differenziert beurteilt hat und anderslautenden Interpretationen des Romans, die auch für die Darstellung des Sexualbereichs eine Fiktionalisierung nahelegten, zu wenig Beachtung schenkte. Die Vermutung der Fiktionalität muss nach Hoffmann-Riem in einem weiteren Sinne verstanden werden. Massgebend ist demnach, ob die künstlerische Verarbeitung das Geschehene auf eine «zweite Ebene» gehoben hat, so dass die Künstlerin oder der Künstler daraus eine «eigene, ästhetischen Regeln folgende «neue Realität» konstruiert hat»¹⁹⁰³. Dies bedarf nach dem Sondervotum der Klärung durch Sachverständige.¹⁹⁰⁴

¹⁸⁹⁹ BVerfGE 119, 1 Esra, Sondervotum Hoffmann-Dennhardt und Gaier, I. und II.

¹⁹⁰⁰ BVerfGE 119, 1 Esra, Sondervotum Hoffmann-Dennhardt und Gaier, III.

¹⁹⁰¹ BVerfGE 119, 1 Esra, Sondervotum Hoffmann-Riem, 3.

¹⁹⁰² BVerfGE 119, 1 Esra, Sondervotum Hoffmann-Riem, 3.

¹⁹⁰³ BVerfGE 119, 1 Esra, Sondervotum Hoffmann-Riem, 3.

¹⁹⁰⁴ BVerfGE 119, 1 Esra, Sondervotum Hoffmann-Riem, 3.

Kritik in der Lehre

Das *Esra*-Urteil hat eine umfangreiche Diskussion in der Lehre ausgelöst.¹⁹⁰⁵ Die Lehre begrüßte die Fortentwicklung der *Mephisto*-Rechtsprechung hin zu einer stärkeren Sensibilität für den kunstspezifischen Zugang zur Realität, der in der *Vermutung der Fiktionalität des Kunstwerkes* seinen Ausdruck findet.¹⁹⁰⁶ Unterschiedlich beurteilt wird indessen, *wie* das Bundesverfassungsgericht den Roman interpretativ in ein Verhältnis zur realen Lebenswelt der im Roman erkennbaren Personen gesetzt hat. Ein Teil der Lehre ist mit dem Vorgehen des Bundesverfassungsgerichts einverstanden, auf den Grad der Verfremdung abzustellen und die Privatsphäre, insbesondere die Intimsphäre, vom Schutz der Kunstfreiheit auszunehmen, sofern die dargestellte Person erkennbar ist. Dem Autor kommt demnach eine umso höhere Verfremdungspflicht zu, je erkennbarer die Person und je intimer die dargestellten Vorgänge sind.¹⁹⁰⁷ Ihre Stellungnahmen sind gekennzeichnet von einer starken Gewichtung des Persönlichkeitsschutzes im Bereich der Privatsphäre, der auch im Recht auf mediale Selbstbestimmung Ausdruck findet. Ebenso betonen sie die Prangerwirkung von Kunstwerken, die die Intimsphäre preisgeben.¹⁹⁰⁸

Andere erachten den Vergleich des Kunstwerkes mit der Realität hinsichtlich der Verfremdung zwischen Lebenswelt und künstlerischer Darstellung als nicht kunstgerecht.¹⁹⁰⁹ Gestützt auf Texte aus den Literaturwissenschaften und der Philosophie weisen sie darauf hin, dass Kunstwerke ein ihnen eigenes Verhältnis zur Realität konstruieren, das nicht mit der Elle der Realität gemessen werden darf. Sie begrüßen zwar

¹⁹⁰⁵ Indikativ sei hingewiesen auf: BUNIA, Fingierte Kunst; VON BECKER, Verbotene Bücher; FREY, Romanfigur wider Willen; GÖTTING, Persönlichkeitsschutz und Kunstfreiheit; GOSTOMZYK, Wahrheit; GRIMM, *Esra*; LADEUR, Persönlichkeitsrecht und Kunstfreiheit; HAHN, Persönlichkeitsrecht und Buch; LADEUR/GOSTOMZYK, Ein Roman; LENSKI, Fiktionalität und Wirklichkeit; LENKSI, *Esra*; NEUMEYER, Fiktion und Fortschritt; OBERGFELL, Dichtung oder Wahrheit; RAUE, Kunstfreiheit; ROBAK, Von «*Esra*» zu «*Rotheburg*»; SEIFERT, Realität oder Fiktion; BÜNNIGMANN, «*Esra*»-Entscheidung; SCHRÖDER, *Esra*-Entscheidung; RIEDEL, Vermutung des Künstlerischen; HANSCHMANN, Zur Freiheit der Literatur; VOSGERAU, Persönlichkeitsrecht als Universalschranke; WITTECK, *Esra*.

¹⁹⁰⁶ Anstelle vieler HANSCHMANN, 336 f., m.w.H. auf unterstützende Stellungnahmen in der Literatur in Fn. 39; WITTECK, *Esra*, 133; GÖTTING, Persönlichkeitsschutz und Kunstfreiheit, 435; SCHRÖDER, *Esra*-Entscheidung 148 f.

¹⁹⁰⁷ Ausführlich BÜNNIGMANN, *Esra*-Entscheidung, welche sich trotz Verweis auf die Eigenheiten der künstlerischen Kommunikation grundsätzlich hinter das Urteil stellt, zugleich Ansätze für die Verfeinerung der Beurteilung des Fiktionalisierungsgrads aufzeigt (112 ff.) und sich dabei insbes. für den Einbezug von Sachverständigengutachten ausspricht (551); siehe bswa auch SCHRÖDER, *Esra*-Entscheidung, 148 f.; GÖTTING, Persönlichkeitsschutz und Kunstfreiheit, 443 f.

¹⁹⁰⁸ GÖTTING, Persönlichkeitsschutz und Kunstfreiheit, 435–437, m.H.a. die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Schutz der Privatsphäre; SCHRÖDER, *Esra*-Entscheidung, 148–150.

¹⁹⁰⁹ Ausführlich RIEDEL, Vermutung des Künstlerischen; des Weiteren HANSCHMANN, Zur Freiheit der Literatur, 342–346; WITTECK, *Esra*, 133; entsprechend zu *Mephisto* SEIFERT, Realität oder Fiktion, 702 f.

die veränderte Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zur Mündigkeit des Lesers, der die Fiktionalität eines Kunstwerkes erkennt. Zugleich äussern sie Zweifel an der Tragfähigkeit der *Je-desto-Formel*, die den literarischen Text mit den tatsächlichen Ereignissen vergleicht. Sie betonen, dass das Bundesverfassungsgericht damit den eigenständigen Umgang der Kunst mit der Wirklichkeit verkennt und die Offenheit, Vieldeutigkeit und Reziprozität der Kunstinterpretation, also die Interaktion von Text und Leser, nicht ausreichend beachtet. Die grundrechtliche Würdigung der künstlerischen Transformation des subjektiv Erlebten in eine künstlerisch gestaltete Erzählung hätte Raum gelassen für differenziertere Interpretationen des Romans, die die Eigenheiten der Kunst nuancierter erfasst hätten.¹⁹¹⁰

4.5 Fiktionalität als kunstspezifisches Merkmal

a) Kunst und Fiktion

Was im Gegensatz zum Fiktiven als *Wirklichkeit* oder *Realität* gelten soll, führt offensichtlich in das Herz erkenntnistheoretischer Schlachtfelder. Sie sollen an dieser Stelle nicht betreten werden. Vermerkt sei nur dies: Gemäss dem radikalen Konstruktivismus gibt es keine Wirklichkeit oder Realität, sondern nur Konstruktionen derselben. Keine Darstellung der Wirklichkeit kann demnach für sich in Anspruch nehmen, mit einer wirklichen Wirklichkeit übereinzustimmen. Sie ist immer Konstruktion und also Fiktion. Im literaturwissenschaftlichen Kontext bezeichnet der Begriff *Fiktion* den imaginären Status dargestellter Figuren, Orte und Ereignisse, die keine direkte Übereinstimmung mit der Realität besitzen. Es ist ein Sachverhalt, der erfunden (fingiert) ist und der zur Konstruktion einer erfundenen Geschichte führt. Fiktion realisiert sich auf mehreren Ebenen, ist ein komplexer Vorstellungszusammenhang seitens der Rezipienten, der an Strukturen des Kommunikationsvorgangs anknüpft. Die Fiktionalität eines Textes ist sein Status als Text, der Nicht-Wirkliches darstellt.¹⁹¹¹

Im juristischen Kontext der Grundrechtskonkretisierung reicht ein pragmatisches Verständnis von *Realität* im Sinne der tatsächlichen Alltagswirklichkeit, realen Welt oder Erfahrungswirklichkeit im Gegensatz zur künstlerisch produzierten Erzählung oder Kunstwelt. Die *Wirklichkeit* oder *Realität* bezeichnet im rechtlichen Kontext demnach die ausserhalb des Kunstwerkes liegende Welt, die dem Kunstwerk als Bezugswelt dient. Diese nicht-künstlerische Bezugswelt ist wiederum nicht objektiv bestimmbar, sondern durch individuelle Wahrnehmung, Vorwissen und Erfahrungen der sie rezipierenden Personen bestimmt.¹⁹¹² Eine *Fiktion* oder *fiktive Erzählung* ist gemäss der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts das, was keinen Faktizitätsanspruch erhebt. *Fiktionalisierung* bezieht sich als Relation auf den Grad der *Verfremdung* zwischen

¹⁹¹⁰ Ausführlich HANSCHMANN, Zur Freiheit der Literatur, 338–346; WITTRUCK, Esra, 133; SEIFERT, Realität oder Fiktion, 706–708.

¹⁹¹¹ Zum Ganzen anschaulich RIEDEL, Vermutung des Künstlerischen, 49 f.

¹⁹¹² RIEDEL, Vermutung des Künstlerischen, 50 f.

der realen Lebenswelt und der fiktiven Erzählung.¹⁹¹³ Ein Werk ist nach dieser Rechtsdogmatik dann *fiktional*, wenn für den Leser erkennbar ist, «dass er nicht von der Faktizität des Erzählten ausgehen soll»¹⁹¹⁴. Die völlige Beseitigung der Erkennbarkeit ist nicht notwendig, es reicht, wenn der Leser die Verfremdung zwischen Wirklichkeit und Kunstwerk erkennt.¹⁹¹⁵

Betrachtet man die Vielfalt der künstlerischen Arbeiten in ihrer ganzen Bandbreite, von der Autobiografie (Canetti, *Die gerettete Zunge*), zum Tagebuch (Anne Frank) und dem fotografischen Porträt (Diane Arbus), über literarische Reportagen oder Geschichtsromane (Niklaus Meienberg), Strassenfotografie (Henri-Cartier Bresson), dem Roman mit erkennbaren Figuren (Mann, *Zauberberg* und *Buddenbrooks*) bis hin zur Fantasiegeschichte (Harry Potter) oder abstrakt gestalteter Kunst mit nicht mehr zu erkennenden Vorlagen (Picasso, *Démoiselles d'Avignon*), so wird deutlich, dass Fiktionalität eine Spielart der Kunst ist, die ebenso mannigfaltige Erscheinungsformen findet, wie es Kunstwerke gibt. Künstlerinnen und Künstler bedienen sich der Sprache, Farben, Materialien, Bilder, Texte oder des Körpers, um daraus Körper zu formen. Sie beziehen sich auf Geschehnisse und Personen aus ihrem Umfeld oder der Geschichte. Handelt es sich dabei um personenbezogene Ereignisse und Erfahrungen aus der realen Lebenswelt, so unterliegen reale Geschehnisse durch die Einarbeitung in ein Kunstwerk auch dann einer irreversiblen Transformation, wenn sie als kaum verändert erscheinen. Sie werden mit der Aufnahme in ein Kunstwerk in einen veränderten Kontext gestellt, der für ihre interpretative Deutung Veränderungen mit sich bringt¹⁹¹⁶; oder um es in den Worten Thomas Manns zu formulieren:

«Die Wirklichkeit, die ein Dichter seinen Zwecken dienstbar macht, mag seine tägliche Welt, mal als Person sein Nächstes und Liebstes sein; er mag dem durch die Wirklichkeit gegebenen Detail noch so untertän sich zeigen, mag ihr letztes Merkmal begierig und folgsam für sein Werk verwenden: dennoch wird für ihn – und sollte für alle Welt! – ein abgründiger Unterschied zwischen der Welt und seinem Gebilde bestehen bleiben: der Wesensunterschied nämlich, welcher die Welt der Realität von derjenigen der Kunst auf immer scheidet.»¹⁹¹⁷

Dieses «*auf immer scheidet*» bildet den Ausgangspunkt für die grundrechtskonforme Beurteilung eines Kunstwerkes. Kunstwerke sind ein *Aliud*. Kunst orientiert sich unter Umständen an realen Personen oder Lebenswelten. Die daraus gestalteten Figuren beginnen jedoch ein Eigenleben. Sie sollen grundsätzlich nicht auf ihre realen Vorbilder

¹⁹¹³ BVerfGE 119, 1 (28) Esra; RIEDEL, *Vermutung des Künstlerischen*, 51 f.: Die literaturwissenschaftlichen verwenden den Begriff der Verfremdung hingegen zur Bezeichnung der Distanz zwischen der poetischen Sprache und der Alltagssprache.

¹⁹¹⁴ BVerfGE 119, 1 (29) Esra.

¹⁹¹⁵ BVerfGE 119, 1 (29) Esra.

¹⁹¹⁶ Zum Ganzen ausführlich RIEDEL, 49 ff., 125–132.

¹⁹¹⁷ MANN, *Bilse und ich*, 101; zit. bei RIEDEL, *Vermutung des Künstlerischen*, 1.

zurückbezogen werden. Kunst ist nicht ein Abbild oder Spiegelbild der Wirklichkeit, sondern erzeugt eine davon losgelöste künstlerische Wirklichkeit.¹⁹¹⁸

Wie Fiktionalität in der Kunst und ihr Bezug zur Wirklichkeit zu beurteilen ist, hängt also ganz entscheidend davon ab, welches Verständnis von Kunst dem Urteil zugrunde liegt. Bei der inhaltlichen Beurteilung von Kunst ist die Auseinandersetzung des Gerichts mit der Literarizität und Fiktionalität eines Kunstwerkes entscheidend.¹⁹¹⁹ Wird Kunst als künstlerische Repräsentation einer Wirklichkeit erfasst, so kann sie als eigene Form der Wirklichkeitsbildung gelten mit einer eigenen Art, Geschichten zu erzählen und folglich, Fiktionen zu erzeugen. Wird Kunst indessen als Anordnung von Material oder Zeichen betrachtet, die sich erst unter der Zäsur einer ästhetischen Betrachtungsweise als Kunst manifestieren, so verschiebt das auch die Beurteilung ihrer Fiktionalität. Sie entfaltet sich zwischen der Bedeutung, die jedem Objekt oder Zeichen zukommt, und der Multiplizierung ihrer Bedeutungen durch die Offenheit und Subjektivität einer ästhetischen Rezeption. Im ästhetischen Regime ist die Trennlinie zwischen Wirklichkeit und Fiktion unterbrochen. Kunst ist eine Spur oder ein Abdruck des Wirklichen, wie das auch eine Gerichtsakte oder ein Beweisstück vom Tatort ist. Sie ist Zeugin von dem, «was geschehen ist». Andererseits ist die Kunst, anders als eine Gerichtsakte oder ein wissenschaftlicher Text, keiner Wahrheit verpflichtet und demnach ebenso frei in der Anordnung der Spuren der Wirklichkeit wie der Zuschauer in ihrer Interpretation. Die zeitgenössische Kunst und die Praktiken ihrer ästhetischen Wahrnehmung haben einen Zugang zur Wirklichkeit geschaffen, der es erlaubt,

«die Darlegung von Fakten mit Formen des Verstehens zu verbinden, die die Trennung zwischen der Ratio der Fakten und der Ratio der Fiktion gerade aufgehoben haben. [...] *Geschichte* schreiben und *Geschichten* schreiben gehören zu demselben Wahrheitsregime. [...] Politik, Kunst, Wissen – sie alle konstruieren ‚Fiktionen‘, das heisst *materielle* Neuaneinandersetzungen von Zeichen und Bildern, und stiften Beziehungen zwischen dem, was man sieht, und dem, was man sagt, zwischen dem, was man tut und tun kann.»¹⁹²⁰

Gerade auch dokumentarische Kunstformen spielen mit dem Material der Wirklichkeit. Das Spiel mit dem Wirklichen in der Kunst verändert ebenso die Wahrnehmung der Kunst als Fiktion oder Dokumentation wie auch die Wahrnehmung der Realität

¹⁹¹⁸ RIEDEL, Vermutung des Künstlerischen, 1; BÜNNIGMANN, Esra-Entscheidung, 546.

¹⁹¹⁹ Ebenso MIX, Kunstfreiheit und Zensur in der BRD, 14, welcher der Justiz eine «ungenügende Auseinandersetzung mit den Problemen Literarizität, Fiktionalität und Phänomenologie der Zensur» attestiert.

¹⁹²⁰ RANCIÈRE, Aufteilung des Sinnlichen, 61 f. (kursiv im Original); und dort weiter (62): «Politische oder literarische Aussagen wirken sich auf die Realität aus, und sie definieren Modelle des Sprechens oder des Handelns, aber auch Regime sinnlicher Intensität. Sie zeichnen Karten des Sichtbaren, ziehen Bahnen zwischen Sicht- und Sagbarem und stellen Beziehungen zwischen Seinsweisen, Tätigkeitsformen und Redeweisen her. Sie definieren Variationen von sinnlichen Intensitäten, körperlichen Wahrnehmungen und Fähigkeiten.».

und Identität als wirklich und stabil.¹⁹²¹ Kunst erzählt Geschichten, spielt mit der Realität. Sie erzeugt und bezeugt sowohl die faktische Wirklichkeit als auch alternative Wirklichkeiten. Kunst ist derjenige Ort, an dem die Komplexität des menschlichen Lebens in ihrer Widersprüchlichkeit auflebt oder aber das Schwierige in einer künstlichen Idylle für einen Moment vergessen geht. Kunst lässt Liebe, Lust, Verlust, Eifersucht und Rache aufleben. Sie spielt das Leben und erfindet es zugleich. Indem sich die Zuschauer in die dargestellte Figur versetzen, erleben sie sowohl etwas, das sie womöglich in sich tragen, als auch etwas ausserhalb von ihnen Stehendes.

Die Fähigkeit der Kunst, alternative Wirklichkeiten zu erzeugen oder Bereiche zu markieren, in denen für einen Moment andere Regeln und Verhaltensformen gelten, erklärt auch, warum in der Kunst gewisse Erfahrungen Vergnügen bereiten, die ausserhalb dieses Mediums Unlust erregen und Ablehnung bewirken. So kann man eine spektakulär gespielte Gewaltszene in einem Actionfilm geniessen, ohne je selbst Gewalthandlungen zu begehen. Das Bewusstsein um die Distanz zwischen der Kunst und der alltäglichen Wirklichkeit ist konstitutiv für die Erfahrung mit der Kunst.¹⁹²² Kunst, mag sie noch so täuschend echt sein, bleibt eine fiktive Wirklichkeitsverdoppelung, die nicht das Spiegelbild der Welt ist, sondern dieser eine künstlerisch konstruierte Geschichte gegenüberstellt.

b) Konsequenzen für die rechtliche Beurteilung eines Kunstwerks

Ob ein Kunstwerk in die Persönlichkeitsrechte eines Dritten eingreift oder anderweitig gegen gesetzliche Vorgaben verstösst und ob sich dieser Eingriff mit Verweis auf die Kunstfreiheit rechtfertigen lässt, ist nach einem kunstspezifischen Massstab zu beurteilen. Das bedeutet, dass die Offenheit und Vielschichtigkeit eines Kunstwerkes ebenso wie ihr Kontext und die Rezeptionsbedingungen zu berücksichtigen sind. Das gilt bereits für die Frage nach dem Eingriff in ein Persönlichkeitsrecht. Selbst wenn beispielsweise der Name oder der Wohnort einer Romanfigur mit einer Person aus dem realen Leben übereinstimmen sollte, bedeutet das noch nicht, dass die Erkennbarkeit unter Berücksichtigung des gesamten Textes, der Textgenese und dessen Rezeptionsbedingungen auch tatsächlich gegeben ist. Spätestens bei der Interpretation der Referenzialität zwischen Figur und Person fällt die Vieldeutigkeit und Offenheit literarischer Texte ins Gewicht. Erkennbarkeit dürfte regelmässig nur bei einer hohen Dichte an referenziellen Merkmalen gegeben sein. Anders verhält es sich, wenn ein literarischer Text (geschichts-)wissenschaftliche oder journalistische Ansprüche erhebt. Niklaus Meienberg befasste sich als Historiker mit Personen der Zeitgeschichte wie der Familie Wille¹⁹²³, dem «Landesverräter» Ernst S.¹⁹²⁴ oder dem Hitler-Attentäter Maurice Bavaud¹⁹²⁵. Er

¹⁹²¹ NIKITIN, *Imitation of Life*; DERS., *Der unzuverlässige Zeuge* 2.

¹⁹²² MENKE, *Souveränität der Kunst*, 24–27.

¹⁹²³ MEIENBERG, *Die Welt als Wille und Wahn*.

¹⁹²⁴ MEIENBERG, *Die Erschiessung des Landesverrätters Ernst S.*

¹⁹²⁵ MEIENBERG, *Es ist kalt in Brandenburg*.

verfasste seine Texte in einem Stil, der Geschichtsschreibung und literarische Sprache in einer ihm eigenen Weise vermengte. Die interpretatorische Öffnung der Texte durch die Verwendung einer literarischen Sprache täuscht nicht über die Referenzialität der Figuren zu realen Personen hinweg. Sie stimmt auch mit der aus akribischer Recherche hervorgehenden Textgenese und der Intention des Autors überein, Zeitgeschehnisse zu rekonstruieren.

Fiktionalität ist keine quantifizierbare Grösse, die sich anhand einzelner Merkmale eines Kunstwerkes, beispielsweise Parallelen zwischen den Lebensdaten der Protagonisten des Romans sowie dem Autor und seiner ehemaligen Geliebten, graduell bestimmen lässt. Aus diesem Grund überzeugt das Vorgehen des Bundesverfassungsgerichts nicht, wenn es auf den Vergleich zwischen «Urbild» und «Abbild» und den Grad ihrer Verfremdung abstellt. Demnach würde dem Kunstwerk graduell, je stärker die Realität im Kunstwerk fiktionalisiert ist, eine kunstspezifische Betrachtung zugutekommen.¹⁹²⁶ Genauso wie es nicht überzeugt, aus der Ich-Perspektive eines Romans auf den Autor zu schliessen, ist es zu einfach, aus den Parallelen zwischen der Geschichte und dem Lebenslauf eines Beschwerdeführers auf die mangelnde Fiktionalisierung zu schliessen.¹⁹²⁷

Liegt ein Kunstwerk vor, so kommt es in den Genuss einer kunstspezifischen Beurteilung, und zwar unabhängig davon, welcher künstlerischer Methoden zur Bearbeitung von Form und Inhalt es sich bedient. Die entscheidfällende Behörde muss die Interpretationsoffenheit und Vielschichtigkeit künstlerischer Arbeiten ebenso wie die schöpferische Vielfalt des Rezeptionsvorgangs zum Ausgangspunkt der Beurteilung von Rechtsverletzungen machen. Das gilt auch dann, wenn ein Kunstwerk den Eindruck erweckt, reale Geschehnisse abzubilden. Die Fiktion eines Kunstwerkes produziert sich mehrschichtig sowohl auf der strukturellen Ebene der Gestaltung des Kunstwerkes, wobei Form und Inhalt untrennbar miteinander verschränkt sind, als auch auf der Ebene der Produktion und der Rezeption. Fiktionalisierung ist sowohl eine Weise, wie Künstlerinnen und Künstler das von ihnen bearbeitete Material transformieren, als auch eine Weise, wie der Kunstbetrachter es rezipiert.¹⁹²⁸

Eine kunstspezifische Beurteilung, die der mehrschichtigen Komplexität des Romans *Esra* und der Vieldeutigkeit seiner literarischen Sprache ausreichend Beachtung schenkt, führt zu einem anderen Ergebnis als das des Bundesverfassungsgerichts. Referenziell mit dem Autor und den Beschwerdeführern in Verbindung zu bringende Textelemente sind mit als abweichend identifizierten Referenzen, nicht identifizierbaren Aussagen und einer den Text reflektierenden Metaebene verwoben. Eine Interpretation von Referenzialität, Narration, Intention des Autors und der Rezeption verdeutlicht, dass die Textstruktur unterschiedliche Leseangebote macht, die mehrere von einer Fiktion ausgehende Lesarten möglich machen. Sofern ausreichend Angebote für eine fiktive Lesart vorliegen, ist im grundrechtlichen Kontext diese Lesart zugrunde zu legen.

¹⁹²⁶ BVerfGE 119, 1 (27) *Esra*.

¹⁹²⁷ Gl.M. RIEDEL, Vermutung des Künstlerischen, 44 f.

¹⁹²⁸ Gl.M. RIEDEL, Vermutung des Künstlerischen, 49 ff.

Im Ergebnis erfüllt deshalb die vom Bundesverfassungsgericht dem Urteil zugrunde gelegte Lesart nicht die Anforderungen an eine kunstspezifische Betrachtung, insbesondere hinsichtlich der Vielschichtigkeit, Interpretationsoffenheit und der Notwendigkeit einer Gesamtbeurteilung.¹⁹²⁹

Mit dem *Maradan-Urteil*¹⁹³⁰ fällt das Bundesgericht bereits 1895 ein in seinen Grundzügen bis heute tragfähiges Leiturteil über die Interpretation des Inhalts von Kunstwerken. In der Sache ging es um den Roman eines damals erfolgreichen Schriftstellers, der das Urteil in einem die Fribourger Öffentlichkeit beschäftigenden Prozess über den versuchten Mord Maradans an seiner zweiten Frau zum Ausgangspunkt seiner Erzählung machte. Der Roman war so gestaltet, dass einerseits unzweifelhaft erkennbar war, dass Maradan und die Prozessakten Anstoss für den Roman waren. Der Protagonist hatte zwar einen anderen Namen, aber die Örtlichkeiten und weitere Eckpunkte der Erzählung waren identisch. Andererseits erkannte das Bundesgericht, dass der Roman aufgrund der literarischen Gestaltung des Materials zu keinem Zeitpunkt vorgab, eine präzise Wiedergabe der tatsächlichen Geschehnisse vorzulegen.

«[...] il est certain que la publication incriminé ne prétend pas donner un exposé historique véridique de la vie et des actes de Maradan et de sa famille; elle se présente du contraire comme une oeuvre d'art et d'imagination composée d'après des principes artistiques, visant uniquement un effet littéraire, sans nullement prétendre donner und reproduction d'événements ou de caractères réels. C'est ce qui ressort non seulement du titre, mais encore du ton général de l'opuscule.»¹⁹³¹

Das Bundesgericht gestand dem Autor zu, alleine nach künstlerischen Gesichtspunkten gehandelt zu haben und mit der Publikation des Romans ausschliesslich ästhetische Absichten zu verfolgen («il s'est borné, dans son exposé artistique de l'action, à poursuivre un but uniquement esthétique»)¹⁹³² Zwar verkannte das Bundesgericht nicht, dass auch die künstlerische Transformation einer Lebensgeschichte die Persönlichkeit eines Dritten zu verletzen vermag. Es beschränkte diese Möglichkeit aber auf künstlerische Aussagen, die einen Dritten blossstellen oder ihn in anderer schwerer Weise in seiner Persönlichkeit betreffen.¹⁹³³ Im Fall Maradans konnte das Bundesgericht keine Schädigung

¹⁹²⁹ Ausführliche Textanalyse bei RIEDEL, Vermutung des Künstlerischen, 103–123.

¹⁹³⁰ BGE 21 I 175; zum Urteil bereits vorne, Teil I Kap. II.4.1.d.

¹⁹³¹ BGE 21 175 E. 2 (184).

¹⁹³² BGE 21 175 E. 2 (184).

¹⁹³³ BGE 21 175 E. 4 (189): «A cet égard il faut reconnaître en principe qu'une oeuvre de fiction, bien que n'ayant en aucune manière pour but de représenter les faits, par elles exposés comme des événements réels, peut avoir néanmoins pour effet de porter atteinte à la considération personnelle d'un tiers, alors que, designant celui-ci d'une manière non équivoque, elle lui attribue des actes de nature à l'exposer au mépris, ou seulement au ridicule. La liberté du romancier d'emprunter ses sujets à la vie réelle trouve sa limite dans les droits inhérents à la personnalité; il n'est pas permis de raconter des actes méprisables ou ridicule, mêmes imaginaires et non prétendus vrais, d'une façon telle qu'elle porte atteinte, ou qu'elle puisse compromettre l'honneur et la situation sociale des personnes déterminées.»

gungsabsicht seitens des Autors erkennen. Es berücksichtigte in seinem Urteil die Absichten des Autors, den Stil und die inhaltliche Stossrichtung des Textes, den Kontext seiner Veröffentlichung, den hohen Bekanntheitsgrad des Gerichtsfalls, die Öffentlichkeit des Urteils und die Erkennbarkeit der Erzählung als Fiktion.

5 Zusammenfassung

Pflicht zur kunstspezifischen Beurteilung

Die Kunstfreiheit gilt nicht absolut. In der demokratischen Verfassungsordnung findet die Freiheit der Kunst ihre Grenzen dort, wo sie mit überwiegenden Schutzinteressen anderer Rechtsgüter in Konflikt gerät. Im Konfliktfall verpflichtet die Kunstfreiheit die Entscheidungsträger zu einer *kunstspezifischen Beurteilung* des Streitgegenstandes. Auf einer ganz grundsätzlichen Ebene bedeutet das zunächst einmal, dass Gerichte ein Verständnis für die persönliche Bedeutung der Kunst und ihre besondere gesellschaftliche Funktion aufbringen müssen. Die Beurteilung der Grenzen der Kunstfreiheit ist mit der Herausforderung verbunden, dass der Kunst auch die gesellschaftliche Funktion zukommt, das Bestehende infrage zu stellen und neue Arten des Sehens, Hörens oder Handelns zu entwickeln. Damit trägt sie das Potenzial in sich, rechtliche Normen zu überschreiten, was in Übereinstimmung mit dem Schutzzweck der Kunstfreiheit in der Rechtfertigungsprüfung zu berücksichtigen ist.

Die Pflicht zur kunstspezifischen Beurteilung bedeutet in epistemologischer Hinsicht, dass Gerichte darüber informiert sein müssen, dass weder vereinheitlichende Aussagen zur Wahrnehmung der Kunst möglich sind, noch eine einheitliche Methode der Kunstinterpretation zur Verfügung steht. Kunst ist vieldeutig, und sie kann auf vielfältige Weise wahrgenommen sowie interpretiert werden. Das lässt die Gerichte mit nichts anderem zurück als einer begründeten Pragmatik in der Beurteilung der Kunst. Gerichte können nicht das einzig richtige Urteil über den Inhalt eines Kunstwerkes ausfindig machen. Aber sie können die ihrem Urteil zugrunde gelegten Annahmen in ihrer Begründung offenlegen. Als Beurteilungsmassstab dient ihnen dabei diejenige Haltung an Objektivität, die in sämtlichen rechtsanwendenden Handlungen als Gebot der rechtsstaatlichen Vorgaben gefordert ist.

Auf einer individuellen Ebene bedeutet die kunstspezifische Beurteilung der Kunst, dass Gerichte die Eigenheiten des ihnen konkret vorgelegten Kunstwerkes berücksichtigen. Unter der Annahme der Einzigartigkeit und Gleichwertigkeit aller Kunst müssen sich Gerichte darum bemühen, dem individuellen künstlerischen Ausdruck und der Individualität des ihnen vorgelegten Werkes gerecht zu werden.

Berücksichtigung des gesellschaftlichen und politischen Gesamtkontexts

Das Urteil über die Grenzen der Kunst verlangt aufgrund der Vielschichtigkeit des geschützten Sachbereichs und der Einzigkeit jedes Kunstwerkes ein argumentatives Ringen um eine im Einzelfall tragfähige Position. In der Rechtsprechung haben sich für diesen Vorgang eine Reihe von Beurteilungskriterien bewährt. Kunstwerke können zu-

nächst aus einer distanzierten Perspektive vor dem Hintergrund des gesellschaftlichen und politischen Gesamtkontextes betrachtet werden. Dazu gehört auch die Berücksichtigung von sich verändernden Gewohnheiten und Verhaltensformen in einer Gesellschaft. Exemplarisch ist dafür die tiefreichende Veränderung im Umgang mit Sexualität im Verlauf des 20. Jahrhunderts zu nennen, die zu einer Öffnung der Filmzensur führte. Ein politisch besonders angespannter Gesamtkontext führt dazu, dass einerseits speziell die Kunst verletzlich und schutzbedürftig ist, und andererseits den Künstlerinnen und Künstler eine stärkere Verantwortung in der Bearbeitung sensibler Themenbereiche auferlegt wird.

Berücksichtigung des spezifischen Kontexts des Kunstwerks

In einem weiteren Schritt lässt sich die Beurteilung der Kunst durch Kenntnisnahme des spezifischen Kontextes des umstrittenen Werkes konturieren. Der Ort, die Dauer und das Publikum eines Kunstwerkes verändern nicht nur dessen inhaltliche Deutung, sondern sind auch für dessen Wirkung und gesellschaftliche, politische und rechtliche Tragweite bedeutend. Zur Kontextualisierung eines Werkes gehört auch die Kenntnisnahme der Intention und gesellschaftlichen Position der Künstlerinnen und Künstler selbst. Das ist einerseits ein Gebot der Verfahrensgarantien, namentlich des rechtlichen Gehörs. Andererseits ergibt sich diese Pflicht auch aus der Kunstfreiheit selbst, die die Gerichte dazu verpflichtet, den individuellen künstlerischen Ausdruck eines Menschen zu schützen. Ohne Kenntnisnahme der Absichten und der Intention des Kunstschaffenden lässt sich diese Verpflichtung kaum in einer für die Grundrechtsträger nachvollziehbaren Weise leisten. Des Weiteren ist relevant, an wen das Kunstwerk adressiert ist und welches Publikum es erreicht. Je nachdem, wie umfangreich die Rezeption ist und wie die Rezipienten zusammengesetzt sind, fällt die Gewichtung in der Interessenabwägung anders aus. Es ist nicht dasselbe, ein Kunstwerk in einem privaten Kreis oder Kleintheater oder auf einem öffentlichen Platz oder dem Spielplatz einer Primarschule aufzuführen.

Berücksichtigung strukturtypischer Merkmale einer Kunstgattung

Der dritte Gesichtspunkt richtet die Aufmerksamkeit auf das Kunstwerk. Aus der kunstspezifischen Beurteilung folgt zunächst einmal die Pflicht, strukturtypische Merkmale einer Kunstform zu berücksichtigen. Ausdifferenziert hat sich dieser Ansatz unter anderem in Bezug auf satirische Kunst. Beispiele für die Berücksichtigung kunstspezifischer Merkmale finden sich in der Rechtsprechung des Weiteren auch zu einzelnen Musikgenres wie Rap oder Hip-Hop.

Ein Bereich mit Entwicklungspotenzial – angesprochen sind sowohl die programmatische als auch die flankierende und die justiziable Gewährleistungsdimension – ist die Strassenkunst und die Gewährleistung der Kunstfreiheit im öffentlichen Raum. Strassenmusik, Strassenfotografie oder weitere Formen der Strassenkunst sind jeweils spezifische Kunstformen, deren Eigenheiten rechtlich zu berücksichtigen sind. Die Strassenkunst ist ein Bereich der Kunst, der mit besonders vielen Stereotypen belegt

ist. Darin überschneiden sich Pauschalisierungen zu Armut, hoher und niedriger Kunst sowie Reisenden und «Ausländern». Regulativ bewegt sich die Strassenkunst in einem vielschichtigen Geflecht aus kommunalen Vorgaben über die Nutzung des öffentlichen Grundes sowie kantonalen und eidgenössischen Regulierungen der Wirtschaft, darunter auch die Bestimmungen über das Reisendengewerbe. Entscheidungsträger stehen bei der Beurteilung von Strassenkunst vor der Herausforderung, verschiedene konfligierende Interessen an der Nutzung des öffentlichen Raums abzuwägen und dabei zugleich die Freiheit der Kunst zu gewährleisten. Bei Strassenkunst stellt sich die zusätzliche Herausforderung, dass sie in der Regel zugleich Mittel zur Erwerbserzeugung ist. Der Verkauf von Kunst ist vom Schutzbereich der Kunstfreiheit und der Wirtschaftsfreiheit geschützt. An der Regulierung des öffentlichen Raumes besteht jedoch auch ein öffentliches Interesse des Staates. In jedem Fall müssen Strassenkünstlerinnen und -künstlern aufgrund der strukturtypischen Merkmale ihrer Kunst ausreichend Möglichkeiten verbleiben, ihre Kunst in der Öffentlichkeit leben zu können, darin eingeschlossen das Sammeln von Geld.

Bedeutung des verwendeten Mediums

Als weiterer Gesichtspunkt können Gerichte das verwendete Medium berücksichtigen. Das Medium hat entscheidenden Einfluss auf den Verbreitungsgrad des Kunstwerkes. Je grösser die Reichweite des verwendeten Mediums, umso schutzbedürftiger ist das Kunstwerk. Zugleich steigt mit der Reichweite des Mediums auch die Verantwortung seitens der Künstlerinnen und Künstler. Eine Sensibilität gegenüber dem verwendeten Medium erlaubt es den Entscheidungsträgern auch, für neue Medien eine ihren Eigenheiten angemessene Gewichtung und Begründung zu entwickeln. Gegenwärtig liegt die rechtliche Herausforderung im Umgang mit neuen Medien und Meinungsäusserungen im Internet.

Inhaltliche Interpretation

Letztlich lässt sich in vielen Konfliktkonstellationen eine Beurteilung des Inhalts eines Kunstwerkes nicht umgehen. Das trifft auf all diejenigen Rechtsnormen oder Entscheide zu, die das künstlerische Schaffen inhaltlich beschränken. Offensichtlich trifft das im Strafrecht auf das Pornografieverbot, das Verbot von Gewaltdarstellungen und rassistischen Äusserungen ebenso zu wie im Persönlichkeitsrecht auf den Schutz der Ehre und der Privatsphäre. Inhaltliche Einschränkungen liegen aber gerade auch in der Kunstförderung regelmässig vor. So etwa, wenn pornografische Kunst nicht gefördert wird. Auch solche Einschränkungen bedürfen der Rechtfertigung.

Die inhaltliche Beurteilung von Kunstwerken ist aus grundrechtlicher Sicht besonders heikel. Sie muss mit Sachverständnis und grosser Zurückhaltung erfolgen. Gerichte müssen sowohl die Vieldeutigkeit der Kunst als auch ihre Fiktionalität berücksichtigen. Beide Aspekte verlangen ein spezialisiertes Wissen über Theorien der ästhetischen Wahrnehmung sowie Kenntnisse und Erfahrung im Umgang mit ästhetischen Praktiken. Entsprechend drängt es sich auf, für die inhaltliche Beurteilung von Kunst-

werken die Einschätzung von Sachverständigen beizuziehen. Gerichte sind an die Stellungnahmen von Experten nicht gebunden. Aber die Interpretationsansätze von Sachverständigen können die Gerichte massgebend dabei unterstützen, in ihrem argumentativen Ringen um ein der Kunst gerecht werdendes Urteil eine rechtlich tragfähige Begründung zu finden.

Zusammenfassung

1 Historische Entwicklung

Die Kunstfreiheit ist im Vergleich zur Meinungsäußerungsfreiheit ein relativ junges Grundrecht. Sie fand in ihrer heutigen Form erst nach dem zweiten Weltkrieg Eingang in die Grundrechtskataloge liberaler Verfassungen. In der Schweiz steht die Kunstfreiheit seit 1999 als eigenständiges Grundrecht in der Bundesverfassung. Die Entwicklung der Kunstfreiheit lässt sich ideengeschichtlich indessen bis mindestens in das 18. Jahrhundert zurückverfolgen. Die Philosophie befasste sich während der Aufklärung intensiv mit dem menschlichen Erkenntnisvermögen und der menschlichen Urteilsfähigkeit. Die Ästhetik befasste sich mit dem Schönheitsbegriff und der Verbindung der Kunst zu Wahrheit und Gerechtigkeit. Paradigmatisch für das ideengeschichtliche Fundament der Kunstfreiheit des 18. Jahrhunderts steht die Theorie Immanuel Kants. Kunst ist für Kant eine Hervorbringung durch Freiheit, weil es dem Menschen in der Kunst gelingt, sich von Vorgegebenem zu lösen, seine schöpferische Vorstellungskraft zum Ausdruck zu bringen und von sich aus schöpferisch tätig zu werden. Nach Kant erfährt der Mensch mit der Kunst seine Erkenntnisfähigkeit, weil Kunst schöpferisch über das Bestehende hinausgreift. Die Beschäftigung mit Kunst und Literatur ermöglicht es den Menschen, sich im Dialog mit den Werken Dritter ein eigenes Urteil zu bilden.

Die gesellschaftliche Stellung der Kunst und der Kunschtschaffenden und das Selbst- und Fremdverständnis veränderte sich mit den sozialen und wirtschaftlichen Umwälzungen einer verbürgerlichten und industrialisierten Gesellschaft merklich. Ab dem 19. Jahrhundert machte sich dies auch in der Rechtsprechung zur Kunst bemerkbar. Gerichte entwickelten mit der *Exceptio artis* eine eigene Dogmatik für den Umgang mit umstrittenen Kunstwerken. Berühmte Beispiele dafür sind die Prozesse gegen Flaubert und Baudelaire in Paris Mitte des 19. Jahrhunderts und die Prozesse gegen Künstlerinnen und Künstler der Avantgarde wie Schnitzler oder Grosz zu Beginn des 20. Jahrhunderts.

Die Ausdifferenzierung einer eigenen Rechtsprechung zur Kunst lässt sich auch in den Urteilen über die Filmzensur seit dem frühen 20. Jahrhundert beobachten. Der Film unterlag über Jahrzehnte einer rigiden staatlichen Kontrolle, weil ihm eine besondere Wirkmacht zugeschrieben wurde. Das Bundesgericht anerkannte den Film lange Zeit nicht als geschützte Form der Meinungsäußerung. Obwohl die Gerichte dem Film oftmals einen rechtlichen Schutz verweigerten, verdichteten sich die wiederholt vorgebrachten Argumente der Kinematographen zu einer differenzierteren Rechtsprechung, in der sich das Bundesgericht letztlich zur künstlerischen Freiheit bekannte.

Die Kulturpolitik der totalitären Regime des 20. Jahrhunderts vereinnahmten die Kunst für Propagandazwecke. Im Nazionalsozialismus gab es für eine freie Kunst keinen Raum. Die Unrechtserfahrungen des Zweiten Weltkrieges gaben Anstoss für die Institutionalisierung der Kunstfreiheit in rechtlichen Dokumenten. Die Kunstfreiheit fand unbestritten Eingang in das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschlands und

in die internationalen Menschenrechtsverträge der Vereinten Nationen. Die umfangreiche Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts zur Kunstfreiheit und die kommentierenden Materialien internationaler Gremien entwickelten die normative Tragweite des Grundrechts in entscheidender Weise fort. Sowohl das deutsche Recht als auch das internationale Recht wirkten sich auf die Schweizer Lehre und Rechtsprechung und die Anerkennung der Kunstfreiheit als geschütztes Grundrecht aus.

2 Rechtliche Grundlagen

Internationales Recht

Auf internationaler Ebene bringen die Charta der Vereinten Nationen, die UNESCO-Konventionen und die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte eine tiefe Wertschätzung für die Bedeutung der Kunst und der künstlerischen Freiheit für den Einzelnen und die Gesellschaft zum Ausdruck. Die gestützt darauf erlassenen Menschenrechtsverträge enthalten verschiedene Garantien zur Gewährleistung der künstlerischen Freiheit.

Die Europäische Menschenrechtskonvention schützt die Kunstfreiheit nicht ausdrücklich. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat den Schutz der Kunst aber als Teilgehalt der Meinungsäußerungsfreiheit anerkannt. Der EGMR hat bis anhin nur wenige Urteile zu künstlerischen Meinungsäußerungen gefällt und sich erst in seiner jüngeren Rechtsprechung vertieft mit dem normativen Schutz künstlerischer Äußerungen befasst, namentlich im Urteil *Pussy Riot*¹⁹³⁴.

Schweizer Verfassungsrecht

Im Schweizer Recht war es ein langer Weg bis zur Anerkennung der Kunstfreiheit. Erst mit der Öffnung der Presse- und Meinungsäußerungsfreiheit für den Film fanden neben der Literatur auch andere Formen des künstlerischen Ausdrucks grundrechtlichen Schutz. Wie Gerichte anderer Länder entwickelte das Bundesgericht aber seit Beginn seiner Rechtsprechung eine *Exceptio artis*-Rechtsprechung in der Anwendung von Zivilrecht und Strafrecht. Besonders bemerkenswert ist das Urteil *Maradan*¹⁹³⁵, in dem das Bundesgericht bereits 1895 die Grundzüge der Kunstfreiheit anerkannte. Wichtige Grundlagen legte das Bundesgericht auch in seiner Rechtsprechung zum Urheberpersönlichkeitsrecht. Angesichts der umfangreichen *Exceptio artis*-Rechtsprechung erstaunt es nicht, dass die Kunstfreiheit unbestritten Eingang in die totalrevidierte Bundesverfassung fand (Art. 21 BV). Der Verfassungsartikel sollte die rechtliche Grundlage für die Fortführung der Rechtsprechung durch das Bundesgericht schaffen. Seit dem Erlass der totalrevidierten Bundesverfassung hat sich das Bundesgericht nur in wenigen Fällen und inhaltlich wenig vertieft mit der Kunstfreiheit befasst.

¹⁹³⁴ EGMR 38004/12 (2018) *Alekhina v Russia (Pussy Riot)*.

¹⁹³⁵ BGE 21 I 175.

3 **Schutzzweck**

Ausgangspunkt jeder Argumentation über den Geltungsumfang eines Grundrechts ist die Frage nach dem Zweck seiner Gewährleistung. Die Anwendung der Kunstfreiheit muss an der normativen Schutzrichtung des Grundrechts orientiert sein. Wie alle Kommunikationsgrundrechte schützt auch die Kunstfreiheit menschliche Kommunikation wegen ihrer Bedeutung für den Einzelnen, für die Gesellschaft und für die Demokratie.

Künstlerische Persönlichkeitsentfaltung

In ihrer individuellen Schutzdimension ist die Kunstfreiheit darauf ausgerichtet, die freie künstlerische Entfaltung der Persönlichkeit eines Menschen zu gewährleisten. In der Kunst erleben Menschen ihre persönliche Erkenntnisfähigkeit und die Möglichkeit, ihre Persönlichkeit in einer ihnen eigenen Weise zum Ausdruck zu bringen. In der Masse, in der der Mensch in der Kunst seine eigenen Möglichkeiten des Tuns, des Herstellens und des Seins erprobt und mit ihnen über die bestehenden Kategorien hinauswächst, erfährt er sich selbst in seiner persönlichen Freiheit. Aufgrund ihrer Fähigkeit, neue Ausdrucksformen, die über das Bestehende hinausweisen, zu generieren, vermittelt Kunst grundlegende Erfahrungen, die die menschliche Erkenntnis erweitern und verändern.

Kulturelle Vielfalt

Kunst entsteht im Austausch mit den Gedanken und Werken anderer Menschen und eingebettet in ein soziales Umfeld. Die gesellschaftliche Schutzdimension der Kunstfreiheit würdigt die relativen Aspekte des individuellen künstlerischen Ausdrucks. Die künstlerische Persönlichkeitsentfaltung ist auf ein kulturell vielfältiges Umfeld angewiesen. Kunst trägt durch die Eigenständigkeit ihrer Erzeugnisse wiederum zur kulturellen Vielfalt bei. Die gesellschaftliche Schutzdimension der Kunstfreiheit steht in engem Bezug zum verfassungsrechtlichen Kulturbegriff, der in einer liberalen Demokratie offen formuliert sein muss. Kulturalistische Verengungen des Kulturbegriffs widersprechen dem demokratischen Gebot, die Vielfalt der Menschen und die ständige Veränderung der Gesellschaft institutionell zu ermöglichen.

Politische Selbstbestimmung

Demokratie ist eine Herrschaftsform, welche ihren Mitgliedern grösstmögliche politische Selbstbestimmung garantiert. Voraussetzung der Demokratie ist freie Kommunikation, welche politische Auseinandersetzungen und Willensbildung ermöglicht. Die Kommunikationsgrundrechte gelten aus diesem Grund als politische Rechte im weiten Sinn. Auch künstlerische Kommunikation hat Anteil am demokratischen Meinungsbildungsprozess. Kunst ist eine persönliche Form des Ausdrucks, welche die Interpretation von individuellen Erfahrungen und gesellschaftlichen Bedingungen leistet und auf diese Weise an der politischen Orientierung und Willensbildung teilhat. Kunst ist im Gegensatz zu politischer oder wissenschaftlicher Kommunikation nicht auf Eindeutig-

keit, rationale Argumentation oder die Suche nach Wahrheit oder Erkenntnis ausgerichtet. Kunst ist ein persönlicher Ausdruck, der Erfahrungen oder Erkenntnisse in je eigener Form materialisiert. In der Kunst stehen verschiedene Aussagen gleichwertig und für Drittpersonen in nicht notwendigerweise nachvollziehbarer Weise nebeneinander. Durch ihr Potential, bestehende Vorstellungen durch Worte, Handlungsformen, Bilder und Ideen zu verändern, ist Kunst auch dann politisch, wenn sie selbst keinen politischen Anspruch erhebt.

Kunst war seit je funktional in religiöse und staatliche Herrschaftsstrukturen eingebunden. Kunst ist auch in der Demokratie an der ästhetischen Ausgestaltung staatlicher Herrschaft beteiligt. Das zeigt sich in den nach wie vor verwendeten Symbolen wie Flaggen, Porträts oder Hymnen, in der architektonischen und künstlerischen Ausgestaltung staatlicher Gebäude und in der Verwendung von Kunst für den öffentlichen Auftritt staatlicher Organe. Die Verschränkung von Staat, Recht und Kunst ist in verschiedenen Theorien zum politischen Imaginären thematisiert. Theorien des Imaginären gehen davon aus, dass die Kunst als Erzeugerin von Bildern, Fiktionen und Geschichten an der Konstruktion und Dekonstruktion staatlicher Legitimität beteiligt ist. Das Verhältnis von Kunst und Staat ist in der Demokratie im Gegensatz zu absolutistischen oder totalitären Herrschaftsformen dadurch gekennzeichnet, dass die Demokratie als *révolution permanente* die Veränderlichkeit der Gesellschaft und Rechtsordnung institutionell sichert. Die Kunstfreiheit sichert dieses Entwicklungspotential für die Kunst grundrechtlich. Die moderne Kunst ist Ausdruck eines Selbstverständnisses, das dem Menschen die Möglichkeit eingesteht, sich im Dialog mit Andern ständig weiterzuentwickeln. Die Demokratie institutionalisiert eine Herrschaftsform, welche die Veränderlichkeit des Menschen und der Gesellschaft zum Ausgangspunkt nimmt. Die Demokratie legt im Gegensatz zu absolutistischen oder totalitären Herrschaftsformen ihre eigene Veränderbarkeit und Instabilität offen, anstelle sie mit repressiven Massnahmen zu negieren. Die Kunstfreiheit sichert der Kunst diese Offenheit.

4 **Schutzbereich**

Der Schutzzweck der Kunstfreiheit erklärt, *warum* die Kunst grundrechtlich geschützt wird. Der Schutzbereich grenzt ein, *wie umfangreich* der grundrechtliche Schutz der Kunst ausfällt. Die Definition des Schutzbereichs bestimmt, auf welche Sachverhalte die Kunstfreiheit Anwendung findet.

Offener Kunstbegriff

Zur Eingrenzung des Schutzbereichs der Kunstfreiheit bedarf es einer verfassungsrechtlichen Definition von Kunst. Das Paradox des grundrechtlichen Kunstbegriffs liegt darin, dass die Kunstfreiheit einerseits die Freiheit der Kunst gewährleistet, andererseits autoritär festlegen muss, was als Kunst gilt. Rechtsprechung und Lehre begegnen dem Paradox mit der Definition eines offenen Kunstbegriffs. Den Grundstein für den offenen Kunstbegriff legte das deutsche Bundesverfassungsgericht im Urteil Mephisto. Darin legte das Bundesverfassungsgericht fest, dass der Lebensbereich Kunst «durch

die vom Wesen der Kunst geprägten, ihr allein eigenen Strukturmerkmale zu bestimmen [ist]. Von ihnen hat die Auslegung des Kunstbegriffs der Verfassung auszugehen.»¹⁹³⁶ Ergänzend legte das Bundesverfassungsgericht eine inhaltliche Definition zur Abgrenzung von künstlerischen und nicht-künstlerischen Kommunikationsformen vor. Demnach ist das «Wesentliche der künstlerischen Betätigung [...] die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden.»¹⁹³⁷ In seiner darauffolgenden Rechtsprechung betonte das Bundesverfassungsgericht, dass es sich bei diesen Definitionskriterien lediglich um Gesichtspunkte handelt, die Gerichte mit entsprechenden Veränderungen in der Kunst weiterentwickeln müssen.

Das Bundesgericht hat den offenen Kunstbegriff aus dem deutschen Verfassungsrecht übernommen. Für die Abgrenzung von Kunst und Nicht-Kunst empfiehlt es sich, in einem pragmatischen Ansatz mehrere Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Dazu gehören die formelle Zuordnung zu einer Kunstgattung, inhaltliche Kriterien, subjektive Vorbringen der Kunstschaffenden und die Berücksichtigung des gesellschaftlichen und institutionellen Kontexts der Äußerung. Im Zweifelsfall sollten Gerichte aufgrund der Komplexität und ständigen Veränderlichkeit des Sachbereichs Kunst die Einschätzung von Sachverständigen einholen.

Sachlicher Schutzbereich

Die Kunstfreiheit schützt alle Formen der Kunst. Geschützt ist sowohl der Inhalt als auch die Form der Meinungsäußerung. Kunstschaffenden darf nicht vorgeschrieben werden, in welcher Form oder mit welchen Inhalten sie sich künstlerisch betätigen dürfen. Geschützt ist gerade auch diejenige Kunst, die provoziert und schockiert oder gegen gesellschaftliche Konventionen verstößt. Die Kunstfreiheit schützt ausdrücklich politische Kunst ebenso wie apolitische Kunst.

Das Grundrecht gewährleistet den gesamten Schaffens- und Verbreitungsprozess der Kunst, von der Konzeption über die Herstellung bis zur Veröffentlichung und Weiterverbreitung. Ob auch der Konsum von Kunst von der Kunstfreiheit geschützt ist, ist umstritten. Das Bundesgericht hat die Konsumenten von Kunst entsprechend der Systematik der Kommunikationsgrundrechte dem Schutz der Informationsfreiheit (Art. 16 Abs. 3 BV) unterstellt. Weil sich Kunst und die Rezeption von Kunst nicht immer trennen lassen und Kunst oftmals erst im Austausch mit dem Publikum entsteht oder auflebt, ist fraglich, ob die bisher gepflegte dogmatische Unterteilung im Bereich der Kunst aufrechterhalten werden soll. In jedem Fall muss die Verschränkung der Kunst mit ihrer Rezeption durch ein Publikum berücksichtigt werden. Die Beurteilung künstlerischer Sachverhalte hat auch unter Anwendung der Informationsfreiheit kunstspezifisch zu erfolgen.

¹⁹³⁶ BVerfGE 30, 173 (188 f.) Mephisto.

¹⁹³⁷ BVerfGE 30, 173 (188 f.) Mephisto.

Persönlicher Schutzbereich

Träger der Kunstfreiheit sind alle natürlichen Personen und zwar unabhängig von Alter, Geschlecht, Herkunft oder kognitiven Fähigkeiten. Juristische Personen können sich grundsätzlich auch auf die Kunstfreiheit berufen. Umstritten ist die Grundrechtsträgerschaft von juristischen Personen bei höchstpersönlichen Aspekten des Grundrechtsschutzes. Staatliche Institutionen und Private mit öffentlichem Auftrag sind grundsätzlich nicht Träger der Kunstfreiheit, sondern deren Adressaten. Eine Ausnahme besteht dort, wo staatliche Institutionen oder Private mit öffentlichem Auftrag von einem staatlichen Entscheid wie Privatpersonen betroffen sind oder der Tätigkeitsbereich der Institution in spezifischer Weise in einem grundrechtlich geschützten Lebensbereich liegt und einen institutionell-konstitutiven Beitrag zur Verwirklichung des Grundrechts leistet.

5 Gewährleistung

Verpflichtung zur tatsächlichen Verwirklichung der Kunstfreiheit

Die Bundesverfassung verankert ein materialisiertes Grundrechtsverständnis. Nach Art. 35 BV sind die Grundrechte in der gesamten Rechtsordnung zu verwirklichen. Die Kunstfreiheit verpflichtet alle staatlichen Gewalten zur tatsächlichen Gewährleistung der künstlerischen Freiheit. In ihrer objektivrechtlichen Dimension verpflichtet die Kunstfreiheit die staatlichen Gewalten dazu, die Kunstfreiheit in der gesamten Rechtsordnung und bei allen Rechtsanwendungshandlungen zu berücksichtigen und der Kunst freiheitsfördernde Rahmenbedingungen zu schaffen. In ihrer individualrechtlichen Dimension gewährleistet die Kunstfreiheit einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Abwehr und Schutz vor Eingriffen in die künstlerische Freiheit.

Kunstförderung i.w.S.: Freiheitsfördernde Massnahmen

Die programmatische Dimension der Kunstfreiheit verpflichtet den Staat dazu, die rechtlichen Rahmenbedingungen zu schaffen und alle notwendigen Massnahmen zu ergreifen, die Voraussetzung der künstlerischen Freiheit sind. Für die Kunstförderung steht eine breite Palette an indirekten und direkten Förderinstrumenten in unterschiedlichsten Rechtsgebieten zur Auswahl. Zur Kunstförderung im weiten Sinn gehören faire und soziale wirtschaftliche Rahmenbedingungen, Ausbildungsmöglichkeiten sowie die Förderung der kulturellen Vielfalt und Teilhabe. Wie die einzelnen Instrumente zur Förderung der Kunst ausgestaltet werden, liegt in weiten Bereichen im Ermessen des Gesetzgebers.

Kunstförderung i.e.S.: Direkte Fördermassnahmen

Die Kunstförderung *im engen Sinne* unterstützt das Kunstschaffen mit direkten Fördermassnahmen. Die Kunstförderung i.e.S. beruht auf einer eigenen Kompetenzgrundlage in der Bundesverfassung und in den Kantonsverfassungen. Sie ist in ein dichtes Ge-

flecht rechtlicher Vorgaben unterschiedlicher Normstufen eingebunden. Die Kunstförderung i.e.S. liegt primär in der Souveränität der Kantone. Auf eidgenössischer Ebene hat der Bund im Verlaufe seines Bestehens immer mehr Kulturförderkompetenzen akkumuliert. Die totalrevidierte Bundesverfassung bringt dies in einer Reihe von Kompetenzbestimmungen zur Kulturförderung zum Ausdruck.

Die Kunstförderung i.e.S. besteht mehrheitlich aus selektiven Förderinstrumenten, die die Förderung von Kunst auf inhaltliche Kriterien wie beispielsweise die künstlerische Qualität eines Werkes abstützen. Kunstfreiheit und Kunstförderung i.e.S. stehen in einem unauflösbaren Spannungsverhältnis. Die Förderung der Kunst ist einerseits eine Voraussetzung für die tatsächliche Wahrnehmung künstlerischer Freiheiten (Freiheit *durch* den Staat). Andererseits übt die Kunstförderung bestimmenden Einfluss auf die Möglichkeiten künstlerischen Schaffens aus und tangiert damit immer auch die Freiheit der Kunst (Freiheit *vom* Staat).

Dieses Dilemma der direkten Kunstförderung lässt sich nicht auflösen. Es verpflichtet den Staat deshalb zu einer besonders sorgfältigen Ausrichtung der selektiven Förderinstrumente an den rechtsstaatlichen Grundsätzen. Selektive Kunstförderung bedarf einer rechtlichen Grundlage. Sie muss konsequent am Schutzzweck der Kunstfreiheit ausgerichtet sein und darf die Kunst nicht für kunstfremde Zwecke instrumentalisieren. Die Förderkriterien müssen sachlich gerechtfertigt sein und wo immer möglich sich inhaltlichen Urteilen vorenthalten. Mit dem Entscheid über die Förderung verliert der Staat inhaltliche Kontrollrechte über die geförderte Kunst. Die künstlerische Freiheit der Kunstschaffenden und die Autonomie von geförderten Kunstinstitutionen muss auch dann gewahrt sein, wenn staatliche Fördergelder die Produktion und Vermittlung von Kunst unterstützen, die provoziert oder schockiert. Entscheidend bei selektiven Förderinstrumenten sind auch die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens, die Partizipationsrechte der Antragsteller und die Beschwerdemöglichkeiten. Die Kunstförderung ist in der Schweiz noch nicht konsequent an den Anforderungen der Kunstfreiheit ausgerichtet.

6 Grenzen

Freiheit als Grundsatz

Mit der Kunstfreiheit hat der Verfassungsgeber einen Grundsatzentscheid *für* den Schutz der künstlerischen Freiheit gefällt. Geschützt sind sämtliche künstlerische Äusserungen. Das gilt auch dann, wenn sie störend oder schockierend sind. Grundrechte stehen im verfassungsrechtlichen System als vom Verfassungsgeber vorgegebenes Gegengewicht zu politischen Mehrheitsentscheiden und damit für die Gewährleistung individueller Freiräume in den unterschiedlichsten rechtlichen Konstellationen. Überschreitet ein Kunstwerk gesetzliche Vorgaben, so sind diese einschränkenden Rechtsnormen im Lichte der Kunstfreiheit auszulegen. Das bedeutet, dass die Freiheit gegenüber der gesetzlichen Einschränkung abzuwägen ist, wobei der Kunstfreiheit das verfassungsrechtlich gewährleistete Gewicht einzuräumen ist. Die Freiheit der Kunst

darf nicht vorschnell gegenüber einschränkenden Regulierungen, Verboten oder den Rechtsgütern Dritter aufgegeben werden.

Rechtfertigungsprüfung

Die Abwägung zwischen dem Schutz der künstlerischen Freiheit und ihr entgegenstehenden öffentlichen Interessen oder Rechten Dritter erfolgt grundsätzlich unter Anwendung der Kriterien nach Art. 36 BV. Gerichte sind zu einer den Eigenheiten der Kunstfreiheit entsprechenden Rechtfertigungsprüfung angehalten.

Beurteilungsmassstab

Die rechtsstaatlichen Garantien verlangen von den Behörden, dass sie ihre Urteile einzelfallbezogen und nachvollziehbar begründen. Weil sich Kunst ständig verändert, ist die rechtliche Objektivierung des Urteils über die Grenzen der Kunst herausfordernd. Das Urteil über die Grenzen der Kunstfreiheit ist ein subjektiv-wertendes Urteil, das sich mittels einer Auseinandersetzung mit dem Streitgegenstand argumentativ begründen und in diesem beschränkten Sinn den rechtlichen Anforderungen entsprechend versachlichen lässt.

Die rechtsanwendende Behörde muss den Streitgegenstand möglichst umfassend, ausgeglichen, nachvollziehbar und in Bezug auf den konkreten Einzelfall beurteilen. Dabei kommt den Verfahrensrechten in der Anwendung der Kunstfreiheit methodische Bedeutung zu, indem sie die urteilenden Behörden zum Dialog mit der zu beurteilenden Kunst verpflichtet. Der Anspruch auf rechtliches Gehör verpflichtet die Behörden, die Einschätzung der Grundrechtsträger anzuhören und in die Entscheidungsbegründung einzubeziehen. Bei inhaltlichen Fragen zu einem umstrittenen Kunstwerk empfiehlt es sich aufgrund der Komplexität, Vieldeutigkeit und Interpretationsoffenheit von Kunstwerken, die Einschätzung von Sachverständigen in die Urteilsfindung einzubeziehen.

Beurteilungskriterien

Die Kunstfreiheit verpflichtet die Rechtsanwender dazu, die Beurteilung von umstrittener Kunst kunstspezifisch vorzunehmen. Gerichte können sich für die Rechtfertigungsprüfung an drei bewährten Beurteilungskriterien orientieren: Erstens der gesellschaftliche Gesamtkontext, in den das Kunstwerk eingebettet ist. Zweitens der spezifische Kontext des umstrittenen Kunstwerkes. Und drittens die Beschaffenheit des Kunstwerks selbst. Die inhaltliche Beurteilung von Kunstwerken ist aus grundrechtlicher Sicht besonders heikel. Sie muss mit Sachverständnis und grosser Zurückhaltung erfolgen. Gerichte müssen bei einer inhaltlichen Beurteilung von Kunst sowohl die Vieldeutigkeit als auch die Fiktionalität der Kunst berücksichtigen.

Schlussfolgerungen

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit der normativen Tragweite der Kunstfreiheit, wie sie in Art. 21 der Bundesverfassung und in den für die Schweiz verbindlichen internationalrechtlichen Verträgen gewährleistet ist. In den vier Teilen zu den Grundlagen, dem Schutz, der Gewährleistung und den Grenzen der Kunstfreiheit begründet die Arbeit, weshalb die schlichte Verfassungsbestimmung von Art. 21 BV die Werthaftigkeit der Kunst rechtlich anerkennt und die Grundrechtsadressaten in verbindlicher Weise dazu verpflichtet, die künstlerische Freiheit jedes einzelnen Menschen zu achten, zu schützen und die Voraussetzungen ihrer tatsächlichen Verwirklichung zu schaffen. Die Kernthese der Arbeit lautet, dass die Kunstfreiheit als eigenständiges Grundrecht mit einer eigenen Geschichte, normativen Ausrichtung und rechtsdogmatischen Struktur zu erfassen ist, welches die zentrale Stellung der Kunst in der Gesellschaft und ihre Bedeutung für den Einzelnen rechtlich würdigt. Die Einsicht in die normative Tragweite der Kunstfreiheit entrückt das Grundrecht dem Schatten der Meinungsäusserungsfreiheit. Die Kenntnis von Geschichte und Normstruktur der Kunstfreiheit öffnet den Weg für einen informierten und sachgerechten Umgang mit der Kunst in der gesamten Rechtsordnung und bei jeder Rechtsanwendungshandlung.

An dieser Stelle sollen vier Punkte aufgegriffen werden, die für die zukünftige Anwendung der Kunstfreiheit als wegweisend erscheinen: Erstens, das Bewusstsein für die reichhaltige Geschichte und das breite normative Fundament der Kunstfreiheit; zweitens, die Verpflichtung zu einer kunstspezifischen Beurteilung der Kunst durch die Rechtsanwender; drittens, die Verschränkung von Kunstfreiheit und Kunstförderung; und viertens, die Bedeutung eines vielfältigen und offenen Kultur- und Kunstverständnisses.

1 Die Kunstfreiheit hat eine eigenständige normative Tragweite

Kunstfreiheit als *lex specialis* zur Meinungsäusserungsfreiheit

Die Kunstfreiheit ist ein Kommunikationsgrundrecht. Sie ist *lex specialis* zur Meinungsäusserungsfreiheit, mit der sie ihre normativen Grundlagen teilt. Seit Beginn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich zugleich ein besonderer Umgang der Gerichte mit künstlerischen Formen der Kommunikation beobachten. Diese Rechtsprechung hat sich über die Jahrzehnte hinweg zu einer eigenen Rechtsdogmatik und letztlich zur Anerkennung der Kunstfreiheit als eigenständiges Grundrecht verdichtet. Der Einblick in die Entstehungsgeschichte und die ideengeschichtlichen Grundlagen der Kunstfreiheit verdeutlichen das eigenständige normative Fundament, auf dem das Grundrecht basiert. Die Kunstgeschichte, die Ästhetik und die Kunsttheorie vermögen der Konkretisierung der Kunstfreiheit wichtige Impulse zu geben. Sie vermitteln ein Verständnis dafür, dass die Kunst als besondere Form der Kommunikation in einen eigenen Diskurs und eigene Praktiken eingebunden ist, welche die künstlerische Kom-

munikation von anderen Kommunikationsformen unterscheidet. Die normative Geltung der Kunstfreiheit lässt sich aus diesen Gründen erst in Kenntnis ihrer Geschichte und aus dem interdisziplinären Dialog mit den spezialisierten Diskursen über die Kunst gewinnen.

Anerkennung der eigenständigen Bedeutung der Kunstfreiheit

Ein Bewusstsein für die Geschichte und das normative Fundament der Kunstfreiheit führt dazu, sowohl die gemeinsamen Ursprünge und Bezüge zwischen der Kunstfreiheit und der Meinungsäußerungsfreiheit rechtlich zu würdigen als auch die eigenständige Tragweite der Kunstfreiheit zu erfassen. Schlüssel für eine der Kunst gerecht werdende Konkretisierung der Kunstfreiheit ist die Anbindung von Art. 21 BV an die reichhaltige Rechtsprechung zur *Exceptio artis*, die Vertiefung des interdisziplinären Dialogs und die Fortführung eines rechtsvergleichenden Austauschs. Die vorliegende Arbeit konnte dafür erste Anhaltspunkte aufzeigen. Es ist fachspezifischen Arbeiten aus den Geschichtswissenschaften, der Ästhetik, der Kunsttheorie und der Soziologie vorbehalten, die Geschichte der Kunstfreiheit, ihre ideengeschichtlichen Verbindungen und ihre gesellschaftliche Funktion systematisch aufzuarbeiten.

2 Die Kunstfreiheit garantiert die kunstspezifische Beurteilung der Kunst

Kunstspezifische Beurteilung der Kunst

Zentraler Leitgedanke für die Konkretisierung der Kunstfreiheit ist die Verpflichtung zu einer kunstspezifischen Beurteilung der Kunst. Die Kunstfreiheit garantiert, dass die Eigenheiten künstlerischer Kommunikation von den Grundrechtsadressaten in ihren Entscheidungen berücksichtigt werden. Staatliche Behörden müssen künstlerisches Wirken nach einem eigenen Massstab beurteilen. Dieser baut auf den Erfahrungen mit gewöhnlichen Formen der Meinungsäußerung auf, geht aber nicht in diesen auf.

Fiktionalität, Vieldeutigkeit und Interpretationsoffenheit der Kunst

Die Kunstfreiheit verpflichtet dazu, dass sich die Behörden grundsätzlich einer inhaltlichen Beurteilung von künstlerischen Tätigkeiten vorenthalten. Sofern sich eine inhaltliche Beurteilung nicht vermeiden lässt, weil eine rechtliche Vorgabe diesen Inhalt beschränkt, muss der Inhalt des umstrittenen Kunstwerks kunstspezifisch beurteilt werden. Das bedeutet, dass der gesellschaftliche Gesamtkontext, der Kontext des spezifischen Kunstwerks und seine Entstehungsgeschichte, ebenso wie die Art und die Reichweite der Verbreitung beachtet werden müssen. Bei Einschränkungen aus inhaltlichen Gründen muss die Fiktionalität, Interpretationsoffenheit und Vieldeutigkeit des Kunstwerks berücksichtigt werden. Grundsätzlich gilt, dass so lange für das umstrittene Kunstwerk eine Interpretation möglich ist, die sich mit den rechtlichen Vorgaben vereinbaren lässt, keine Einschränkung vorgenommen werden darf.

Die Pflicht, der Kunst zuzuhören

Ein kunstspezifisches Urteil berücksichtigt des Weiteren, dass sich Kunst ständig verändert und Kunst deshalb in Bezug auf das konkret zur Diskussion stehende Kunstwerk beurteilt werden muss. Aus diesem Grund ist für die Anwendung der Kunstfreiheit das rechtliche Gehör besonders wichtig und zwar sowohl als Partizipationsrecht als auch als methodische Leitlinie für die Entscheidungsfällung. Die Rechtsanwender müssen sowohl eine Idee von den historischen und normativen Grundlagen der Kunstfreiheit haben als auch die Eigenheiten des konkret zur Beurteilung vorgelegten Kunstwerks berücksichtigen. Das gelingt nur, wenn sie dem Kunstwerk und dem Kontext, in dem es steht, ihre Aufmerksamkeit zukommen lassen.

Ob Behörden und Gerichte verpflichtet sind, Fachpersonen für die Interpretation der Kunstwerke einzubeziehen, ist umstritten. Das Bundesgericht hat in einem Urteil festgehalten, dass es der RichterIn oder dem Richter in der Regel möglich sei, den Sachverhalt ohne Einbezug von Sachverständigen zu beurteilen¹⁹³⁸. Die systematische Auswertung der Urteile zur Kunstfreiheit verdeutlicht demgegenüber, dass Gerichte sich mit umstrittenen Kunstwerken vertieft auseinandersetzen müssen, um zu einem grundrechtlich tragfähigen Entscheid zu gelangen, der die Komplexität von Kunstwerken angemessen erfasst. Rechtsvergleichend lässt sich erkennen, dass es sich bewährt, Sachverständige einzubeziehen.

Kunstspezifische Fortentwicklung der Gesetzgebung und Rechtsprechung

Die Pflicht zur kunstspezifischen Beurteilung von Kunst bindet sämtliche Staatsorgane. So hat der Gesetzgeber etwa bei der Ausgestaltung des Sozialversicherungsrechts oder des Steuerrechts die kunstspezifischen Eigenheiten künstlerischer Tätigkeiten zu berücksichtigen. Die Verwaltung hat bei der Vergabe von Bewilligungen zur Nutzung des öffentlichen Grundes die Eigenheiten von Kunstaufführungen zu würdigen und darf diese nicht wie Demonstrationen oder rein kommerzielle Tätigkeiten behandeln. Gerichte müssen in sämtlichen Rechtsbereichen Sachverhalte mit Bezug zur Kunst kunstspezifisch würdigen. Zivilgerichte müssen beispielsweise bei Verträgen über künstlerische Dienstleistungen die Eigenheiten des künstlerischen Schaffensprozesses in ihr Urteil einbeziehen.

Die vorliegende Arbeit hat für die kunstspezifische Fortentwicklung von Gesetzgebung und Rechtsprechung die Grundzüge der Argumentation aufgezeigt. Die detaillierte Bearbeitung einzelner Teilbereiche wie etwa der Kulturklauseln im Strafgesetzbuch, des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, des Urheberrechts oder des Kulturverwaltungsrechts bleibt auf die einzelnen Sachbereiche konzentrierten Forschungsarbeiten vorbehalten.

¹⁹³⁸ BGE 131 IV 64 E. 10.1.3.

3 Kunstfreiheit bedingt Kunstförderung

Kunst ist in Praktiken und institutionelle Strukturen eingebettet

Künstlerische Freiheit ist auf freiheitsfördernde Institutionen angewiesen. Kunst ist in Konventionen und Praktiken eingebunden, die erlernt werden müssen. Professionelles künstlerisches Schaffen ist voraussetzungsreich und bedarf des Zugangs zu Bildung, Infrastruktur und Ressourcen. In der Kunstgeschichte hat sich der Mythos eines in Einsamkeit freischaffenden Künstler-Genies, der seine Kreativität aus sich selbst heraus schöpft, hartnäckig gehalten. Die Projektion passte zum Paradigma eines in individualistischen Freiräumen staatlicher Zurückhaltung sich entfaltenden Rechtssubjekts. Diese Annahmen stehen im Widerspruch zur historischen Erfahrung, wonach Kunst von den für diese Freiheit unabdingbaren, sie tatsächlich erst erschaffenden Bedingungen abhängig ist. Das zeigt sich eindrücklich am Beispiel der Frauen in der Kunst. Frauen hatten bis weit in das 20. Jahrhundert grundsätzlich die Freiheit, künstlerisch tätig zu sein, blieben jedoch von den meisten Kunstinstitutionen und institutionellen Fördergeldern ausgeschlossen. Das reduzierte ihre Chancen bedeutend, als Künstlerinnen von einer Öffentlichkeit wahrgenommen zu werden und auf dem Markt zu bestehen. Die Stellung der Frauen in der Kunst legt die Bedeutung der institutionellen Bedingungen für die Ausübung der Kunstfreiheit offen. Die Freiheit der Kunst findet in den Formen ihrer Verwirklichung ihre eigentliche Gestalt. Angesprochen sind der die Lettern der Kunstfreiheit ausbuchstabierende Gesetzgeber, die den Gehalt der Kunstfreiheit substantiierende Rechtsprechung und eine konsequent an einem materiellen Begriff der Kunstfreiheit orientierte Kunstverwaltung und Kunstförderung.

Ausrichtung der Kunstförderung an der Kunstfreiheit

Das materielle Verständnis der Kunstfreiheit erfasst die Kunst in ihren vielfältigen institutionellen Bezügen. Der moderne Verfassungsstaat ist durch den Aufbau und die Pflege von Bibliotheken, Schulen, Museen, Sammlungen, Theaterbühnen und die Gestaltung der öffentlichen Räume direkt an der Ausformung der Bedingungen der Kunstfreiheit beteiligt. Staatliche Kunstförderung schafft einerseits die Voraussetzungen dafür, dass Menschen ihre künstlerischen Freiheiten überhaupt ausleben können. Andererseits muss der Staat aufgrund seiner stets beschränkten Mittel eine Auswahl treffen, mit welchen Mitteln und nach welchen Kriterien er die Kunst fördert. Eine grundrechtskonforme Kunstpolitik trägt dem Umstand Rechnung, dass die Freiheit der Kunst *vom* Staat und ihre Freiheit *durch* den Staat sich in einem unauflösbaren Spannungsverhältnis gegenseitig bedingen. Kunstförderung muss in Übereinstimmung mit der Kunstfreiheit erfolgen. Die Kunstfreiheit verbietet die Instrumentalisierung der Kunst für kunstfremde Zwecke. Dieser Schutzgehalt der Kunstfreiheit ist Ausdruck der Menschenwürde, wonach der Mensch niemals Mittel für staatliche Zwecke sein darf.

Erst in seiner Materialisierung erfüllt das Wort Freiheit sein Versprechen. Im geltenden Kulturverwaltungsrecht ist dieses Versprechen noch nicht vollständig eingelöst. Die mit dem Clottu-Bericht eingeleitete Demokratisierung der Kunstpolitik ist auch

mit der Revision des Kulturförderungsrechts noch nicht konsequent verwirklicht. Die erste Kulturbotschaft nennt die Vielfalt der Förderstrukturen in der Schweiz als «Markenzeichen» der Schweizer Kulturförderung und «Garanten der Entwicklung des kulturellen Lebens»¹⁹³⁹. Wer sich auf die Suche nach Fördergeldern macht, wird hingegen rasch feststellen, dass die Pluralität der an der Förderung beteiligten Institutionen die Suche nach Fördergeldern unübersichtlich, zeitaufwendig und intransparent gestaltet. Jedes Fördergefäss stellt andere Förderbedingungen und verlangt andere Informationen. Die Entscheide über die Förderung entbehren meist einer substanziellen Begründung. Oftmals sind die Fördermöglichkeiten auch davon abhängig, ob und wie lange man an einem bestimmten Ort wohnt und ob per Zufall der jeweilige Kanton oder die jeweilige Gemeinde eine auf das Projekt oder das Profil der Antragstellerinnen oder Antragsteller passende Förderstrategie fährt.

Weitere Herausforderungen für eine grundrechtskonforme Kunstförderung bestehen darin, dass die Zielsetzungen der Kunstförderpolitik unterartikuliert bleiben und teilweise im Widerspruch zur Kunstfreiheit stehen. Die rechtlichen Grundlagen des Kunstverwaltungsrechts sind heterogen und nicht konsequent an den rechtsstaatlichen Anforderungen ausgerichtet. Selektive Kunstförderinstrumente bedürfen einer stärkeren Überprüfung auf ihre Sachlichkeit und Offenheit für die Vielfalt der Kunst. Die Freiheit und Autonomie von geförderten Personen und Institutionen ist noch nicht in sämtlichen Bereichen der Kunstförderung verankert. An dieser Stelle kann die politische und rechtliche Fortentwicklung des Kulturverwaltungsrechts ansetzen.

4 Die Kunstfreiheit ist ein Bekenntnis zu Vielfalt und Offenheit

Bedeutung von Vielfalt für Kunst und Kultur

Kunst ist Ausdruck und Bedingung von Kultur. Kulturelle Vielfalt ist eine Bedingung dafür, dass vielfältige Kunst entsteht. Kunst erzeugt vielfältige Formen des künstlerischen Ausdrucks und trägt so zur kulturellen Vielfalt der Gesellschaft bei. Der grundrechtliche Kunstbegriff ist offen definiert und lässt Raum für die Entwicklung der Kunst in unterschiedlichste Richtung. Der offene Kunstbegriff steht in engem Bezug zum verfassungsrechtlichen Kulturbegriff, der in einer liberalen Demokratie ebenfalls offen formuliert sein muss. Kulturalistische Verengungen des Kulturbegriffs widersprechen dem demokratischen Gebot, die Vielfalt der Menschen und die ständige Veränderung der Gesellschaft institutionell zu ermöglichen.

Offenheit für überraschende Kunst

Das Bekenntnis zu Vielfalt und Offenheit der Kunstfreiheit wirkt sich nicht nur auf die Kunstförderung aus, welche losgelöst von einem elitären Kunstbegriff die Kunst in ihren unterschiedlichsten Formen zu berücksichtigen hat. Vielfalt und Offenheit bedeu-

¹⁹³⁹ Kulturbotschaft 2012–2015, BBl 2011 2971, 2983.

tet auch, dass Möglichkeiten und Örtlichkeiten für überraschende Impulse aus der Kunst offenstehen. In der Geschichte der Schweizer Kunstpolitik lässt sich eine dirigistische Tendenz im Umgang mit künstlerischen Ausdrucksformen erkennen. Die verwaltungsrechtliche Regulierung belässt für spontane oder provozierende künstlerische Ausdrucksformen wenig Raum, was sich insbesondere im Umgang mit Strassenkunst oder mit staatlich geförderter Kunst zeigt. Die Kunstfreiheit stellt sich streng geordneten Vorstellungen darüber, wo wann und wie Kunst zu entstehen hat, entgegen. Sie widersprechen der Zweckausrichtung der Kunstfreiheit auf grundlegende Weise.

Kunst entsteht oftmals auch an Orten, an denen sie nicht erwartet und gegebenenfalls auch nicht erwünscht ist. Kunst nistet sich in unbenutzten Industriearealen ein, beschriftet Betonmauern, umstrickt Verkehrsampeln, tanzt durch einen offiziellen Staatsanlass, malt in Untersuchungshaft, singt am Bahnhof oder lässt auf einem Platz Seifenblasen steigen. Kunst äussert sich in Kinderzeichnungen, die nicht den farblichen Vorgaben des Lehrers entsprechen oder in einer nebenberuflichen Tätigkeit, die vom Arbeitgeber als störend empfunden wird. Die Kunstfreiheit öffnet für alle diese vielfältigen, unerwarteten und teilweise auch als unangenehm empfundenen künstlerischen Ausdrucksformen Räume. Die Kunstfreiheit verpflichtet Entscheidungsträger dazu, bevor sie die Kunst in ihrem spontanen Ausdruck unterbinden, der Kunst genau zuzuhören und ihren Entscheid über die Beschränkung der Kunst mit Gedanken über die Stellung der Kunst in der Gesellschaft und ihre Bedeutung für den einzelnen Menschen in Verbindung zu bringen.

Künstlerische Vielfalt und Vergangenheitsbewältigung

Ein Bereich, in dem das Bekenntnis der Kunstfreiheit zu Vielfalt und Offenheit eine indirekte Wirkung zeigt, ist die Aufarbeitung, Kommentierung und Fortentwicklung von staatlichen oder staatlich geförderten Archiven, Sammlungen und Museen. Aufgrund des eingeschränkten Kunstbegriffs des 19. und 20. Jahrhunderts und diskriminierenden Auffassungen des Künstlersubjekts fanden über Jahrzehnte gewisse Formen der Kunst ebenso wie die Kunst von Frauen und nicht-europäischen Menschen wenig Beachtung in staatlichen Kunstsammlungen und Museen. Frauen galten nicht als gleichwertige Künstler und ihre Kunst fand wenig öffentliches Interesse. Die Kunst von nicht-europäischen Menschen wurde nicht als Kunst anerkannt, sondern als Artefakte aus ihrem ursprünglichen Kontext entfernt und in ethnografische Sammlungen überführt, oftmals ohne wirtschaftliche Entschädigung. Eine Vielzahl von Werken in ethnographischen Sammlungen sind unter Bedingungen zusammengetragen worden, die gemäss heutigem Recht schweren Verstössen gegen die Menschenrechte entsprechen. Feministische und postkoloniale Kritik an Kunstpraktiken, Sammlungen und Museumsbeständen sensibilisieren für die Auswirkungen vergangenen Unrechts in der Gegenwart.¹⁹⁴⁰ Die Diskus-

¹⁹⁴⁰ Einführend BELTING/BUDDENSIEG/WEIBEL, *Global Studies*; BELTING/BUDDENSIEG/WEIBEL, *The Global Contemporary and the Rise of New Art Worlds*; HILLER, *The Myth of Primitivism*; MERRYMAN, *Imperialism, Art and Restitution*; RENOLD/CHECHI/BANDLE, *Resolving Disputes in Cultural Property*; weiterführend WELLER, *Rethinking EU Cultural Property Law*; HAUSER-

sion über die Frage nach der Aufarbeitung vergangenen Unrechts erfolgt gegenwärtig in einer mit keinen vorhergehenden Bemühungen vergleichbaren Intensität.

Eine weitere Herausforderung für Sammlungen und Museen sind Werke, deren Provenienz einen Zusammenhang zur Politik des Dritten Reiches aufweist. Zum historischen Kontext, der Provenienzforschung und den Restitutionsforderungen im Zusammenhang mit dem zweiten Weltkrieg besteht ein umfangreiches Schrifttum.¹⁹⁴¹ Viele Museen haben spezielle Einheiten zusammengestellt, um die Provenienz ihrer Sammlungsstücke zu untersuchen. Über eine Vielzahl von Werken werden Restitutionsverhandlungen geführt.

Ob die Kunstfreiheit zur Aufarbeitung dieser vielschichtigen Formen der diskriminierenden Differenzierung verpflichtet, ist eine juristisch anspruchsvolle Frage, die einer eigenen Bearbeitung bedarf. An dieser Stelle kann lediglich indikativ darauf hingewiesen werden, dass die Kerngehalte der Grundrechte absolut geschützt sind. Kerngehaltsverletzungen sind unverjährbar und unverzichtbar. Für die Grundrechtsadressaten bedeutet das, dass sie weder durch Verzicht noch durch missbräuchliches Verhalten den absoluten Schutz essentieller Gehalte ihrer Persönlichkeitsentfaltung verlieren. Das Bundesgericht verlangt, dass fundamentale Aspekte der Persönlichkeit oder der Menschenwürde betroffen sind und die Voraussetzungen angesichts der weitreichenden Auswirkungen restriktiv zu handhaben sind.¹⁹⁴² Der Staat ist unter allen Umständen zur tatsächlichen Verwirklichung der Kerngehalte verpflichtet. Das bedeutet auch, dass prozessuale Hindernisse zu ihrer Einforderung beseitigt werden müssen und bei einer Rüge der Kerngehaltsverletzung weder die Verjährung noch die Verwirkung gilt.¹⁹⁴³ Der absolute Schutz der Grundrechte hat nicht nur eine prozessuale Seite, sondern auch eine materielle Tragweite. Wo fundamentale Grundrechtspositionen verletzt wurden, eine Aufarbeitung im formellen Rechtsverfahren indessen kaum den Umständen der Rechtsverletzung Rechnung zu tragen vermag, gilt es nach alternativen Möglichkeiten zu suchen, um die tatsächliche Durchsetzung des materiellen Rechts dennoch zu gewährleisten. Die kritische Aufarbeitung der bestehenden Archive und Sammlungen und die Ergänzung der Bestände um ihre historisch bedingten Leerstellen entspricht einem materiellen Verständnis der Kunstfreiheit.

SCHÄUBLIN/PROTT, Cultural Property and Contested Ownership; ODENDAHL, UNESCO Rückgabe-Komitee; zur aktuellen Diskussion auch RAUTERBERG, Wie frei ist die Kunst?, 50, 60–68; JAYME, Restitution von Kolonialgut.

¹⁹⁴¹ Siehe zu juristischen Fragen bswe HUYSSEN/RABINBACH, Nazi-looted Art and its Legacies; ROSENKRANZ, Der schwierige Umgang mit NS-Raubkunst; MOSIMANN/SCHÖNENBERGER, Fluchtgut; BANDLE, Fair und gerecht?; MOLL, Ausfuhrverbote für NS-Raubkunst; O'DONNELL, A Tragic Fate. Zum historischen Hintergrund FRANCONI/HEUSS/KREIS, Fluchtgut – Raubgut; MEIER/FELLER/CHRIST, Der Gurlitt-Komplex; HOFFMANN/KUHN, Hitlers Kunsthändler Hildebrand Gurlitt; SCHWARZ, Auf Befehl des Führers; KREIS, Einstehen für «entartete Kunst»; FLECKNER, Das verfeimte Meisterwerk; TIEDEMANN, «Entartete» Moderne und ihr amerikanischer Markt; FREHNER/SPANKE, Moderne Meister.

¹⁹⁴² BGE 118 Ia 209 E. 2.c.

¹⁹⁴³ Ausführlich SCHEFER, Kerngehalte, 365–402, m.H.a. abweichende Meinungen.

Abbildungen

Abbildung 1:

Constantin Brancusi (19.2.1876–16.3.1957), Bird in Space (Vogel im Raum), Version 1941, polierte Bronze, Musée national d'Art moderne – Centre Georges Pompidou, Paris (© 2008, ProLitteris, Zürich; Foto: © CNAC/MNAM, Dist. RMN/Adam Rzepka)

Abbildung 2:

Josef Felix Müller (*10.12.1955), Drei Nächte drei Bilder, Fribourg 1981, Dispersion auf Baumwolle, Tryptichon, 220 cm × 280 cm, 220 cm × 340 cm, 220 cm × 280 cm (mit freundlicher Genehmigung des Künstlers)

Abbildung 3:

Videostill der Performance von Pussy Riot, «Punk Prayer» vom 21. Februar 2012 in der Christ-Erlöser-Kathedrale in Moskau, Video: <https://www.youtube.com/watch?v=ALS92bigTY>

Abbildung 4:

Ferdinand Hodler (14.3.1853–19.5.1918), Die Nacht (1889–1890), Öl auf Leinwand, 116 × 299 cm, Kunstmuseum Bern, Staat Bern (mit freundlicher Genehmigung des Kunstmuseums Bern)

Abbildung 5:

Johannes Robert Schürch (18.11.1895–14.5.1941), Hodler auf dem Totenbett (1918), Sammlung Werner Coninx Stiftung, Zürich; Foto: SIK-ISEA, Zürich (Philipp Heitz) (mit freundlicher Genehmigung der Werner Coninx Stiftung)

Abbildung 6:

Harald Oskar Naegeli [genannt Sprayer von Zürich] (*4.12.1939), Undine 1978, Graffiti am Deutschen Seminar der Universität Zürich, Schönberggasse 9; Foto: SIK-ISEA, Zürich

Abbildung 7:

Harald Oskar Naegeli, Graffiti an einer Mauer vor dem Grossmünster in Zürich (2020); Foto: Vanessa Rüeegger

Abbildung 8:

Abbildungen aus: Li Yü, Jou Pu Tuan, Ein erotisch-moralischer Roman aus der Ming-Zeit (1634), mit 60 chinesischen Holzschnitten, Verlag Die Waage, Zürich 1959

Abbildung 9:

H. R. Giger (5.2.1940–12.5.2014), 700 Jahre Warten auf eine eigene Landeshymne, 1991, Tusche auf Transparentpapier (mit freundlicher Genehmigung des H. R. Giger Archivs)

H. R. Giger, 700 Jahre Warten auf die Familienpille, 1991, Tusche auf Transparentpapier (mit freundlicher Genehmigung des H. R. Giger Archivs)

Abbildung 10:

Thomas Hirschhorn (*16. 5. 1957), «Swiss-Swiss Democracy», Collage IV, 2004 (mit freundlicher Genehmigung des Künstlers und der Galerie Chantal Crousel, Paris)

Thomas Hirschhorn, «Swiss-Swiss Democracy», Stück «Guillaume Tell», Regie Gwenael Morin, Centre Culturel Suisse, Paris, 2005; Foto: Roman Lopez © Centre Culturel Suisse, Paris (mit freundlicher Genehmigung des Künstlers und der Galerie Chantal Crousel, Paris)

Abbildung 11:

Max Kämpf (15. 5. 1912–26. 9. 1982), Das Meer, Sgraffito, Wirtschaftsgymnasium und Wirtschaftsmittelschule Basel, Andreas Heusler-Strasse 41, Kunstkredit Basel 1950 (Zustand der Fassade von 2020) (zuständig für den Unterhalt: Bau- und Verkehrsdepartement des Kantons Basel-Stadt) (mit freundlicher Genehmigung des Bau- und Verkehrsdepartements des Kantons Basel-Stadt)

Max Kämpf, Das Meer, 1950, Sgraffito, Wirtschaftsgymnasium und Wirtschaftsmittelschule Basel, Andreas Heusler-Strasse 41, Kunstkredit Basel 1950; Foto: Robert Spreng (mit freundlicher Genehmigung des Kunstcredits Basel-Stadt)

Abbildung 12:

Kurt Fahrner (4. 12. 1932–13. 9. 1977), Bild einer gekreuzigten Frau unserer Zeit, 1959 (© Diana Fahrner)



Abbildung 1:

Constantin Brancusi (19.2.1876–16.3.1957), Bird in Space (Vogel im Raum), Version 1941, polierte Bronze, Musée national d'Art moderne – Centre Georges Pompidou, Paris (© 2008, ProLitteris, Zürich; Foto: © CNAC/MNAM, Dist. RMN/Adam Rzepka)





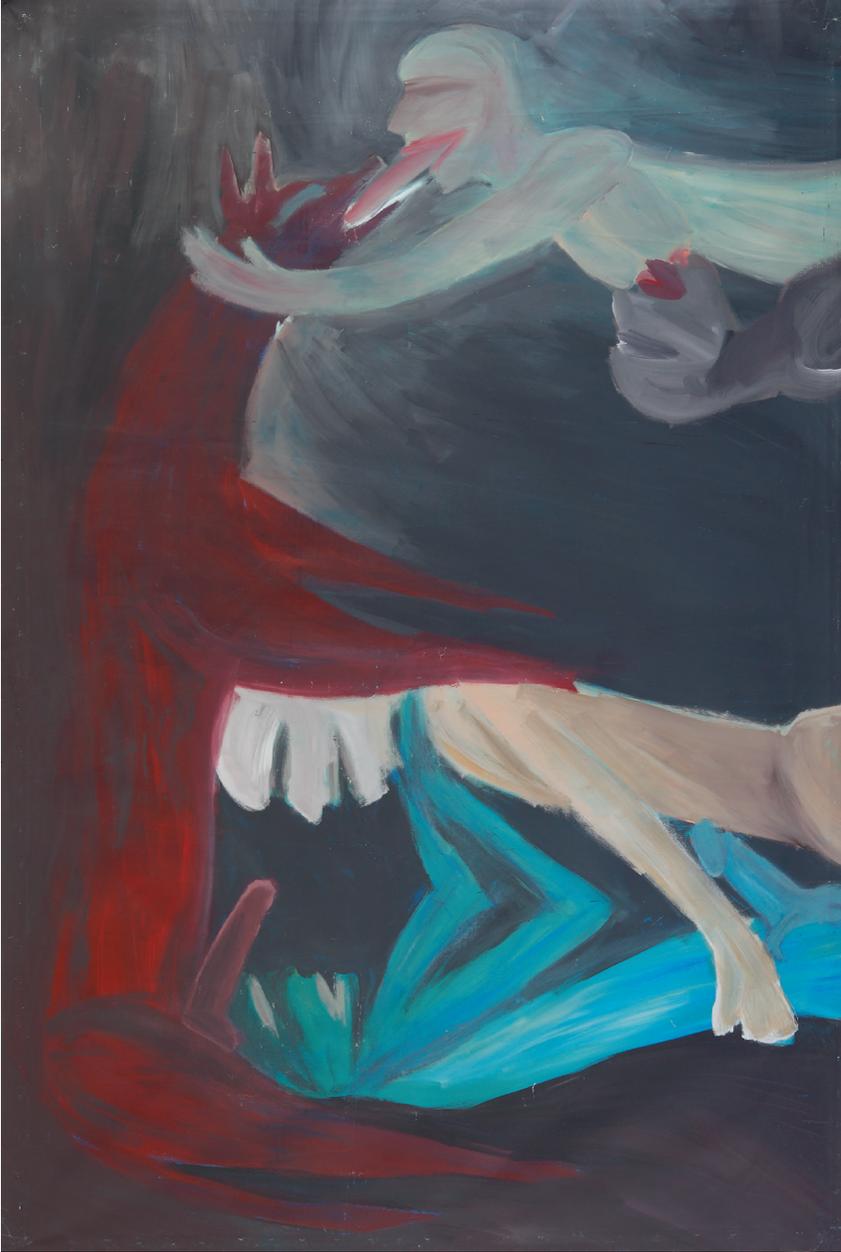


Abbildung 2:

Josef Felix Müller (*10.12.1955), Drei Nächte drei Bilder, Fribourg 1981, Dispersion auf Baumwolle, Tryplichon, 220 cm x 280 cm, 220 cm x 340 cm, 220 cm x 280 cm (mit freundlicher Genehmigung des Künstlers)





Abbildung 3:

Video still der Performance von Pussy Riot, «Punk Prayer» vom 21. Februar 2012 in der Christ- Erlöser-Kathedrale in Moskau,
Video: <https://www.youtube.com/watch?v=ALS92bigTY>



Abbildung 4:

Ferdinand Hodler (14.3.1853–19.5.1918), *Die Nacht* (1889–1890), Öl auf Leinwand, 116 × 299 cm, Kunstmuseum Bern, Staat Bern (mit freundlicher Genehmigung des Kunstmuseums Bern)

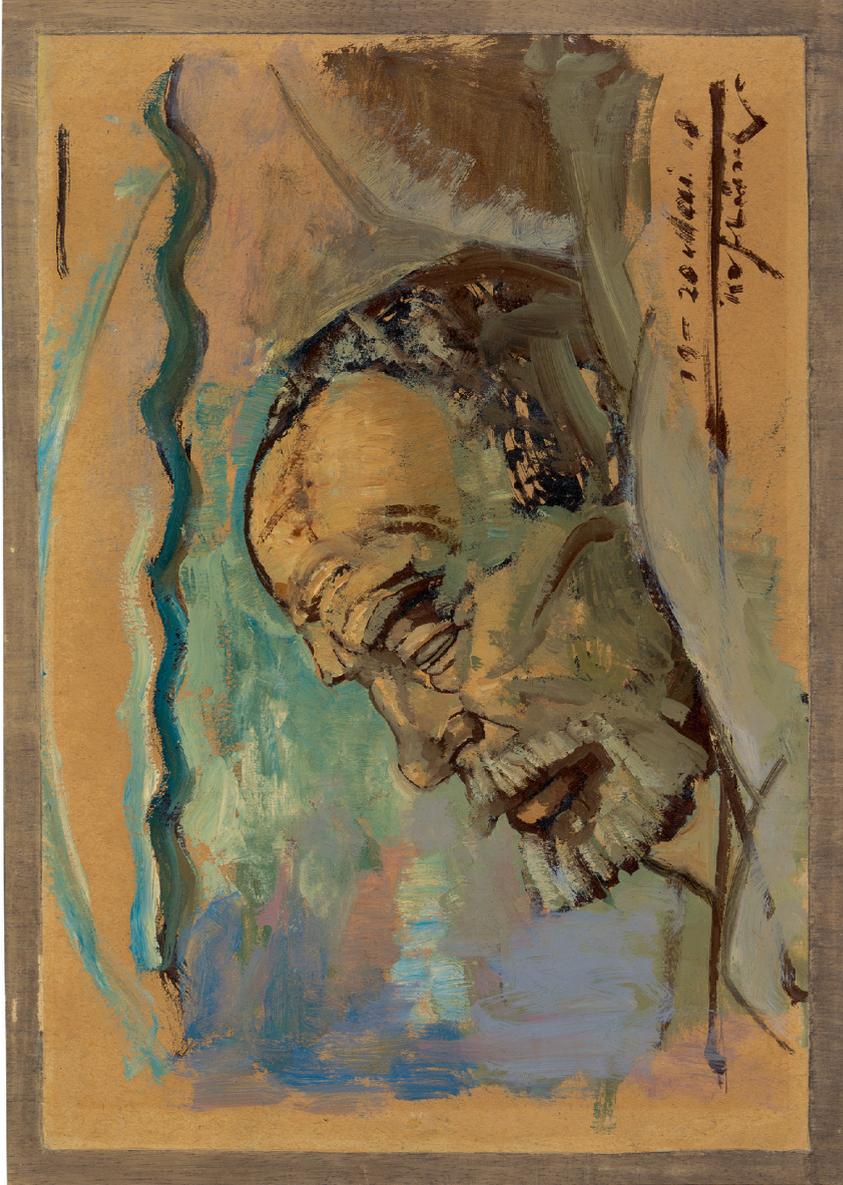


Abbildung 5:

Johannes Robert Schürch (18.11.1895–14.5.1941), Hodler auf dem Totenbett (1918), Sammlung Werner Coninx Stiftung, Zürich; Foto: SIK-ISEA, Zürich (Philipp Heitz) (mit freundlicher Genehmigung der Werner Coninx Stiftung)



Abbildung 6:

Harald Oskar Naegeli [genannt Sprayer von Zürich] (*4.12.1939), Undine 1978, Graffiti am Deutschen Seminar der Universität Zürich, Schönberggasse 9; Foto: SIK-ISEA, Zürich

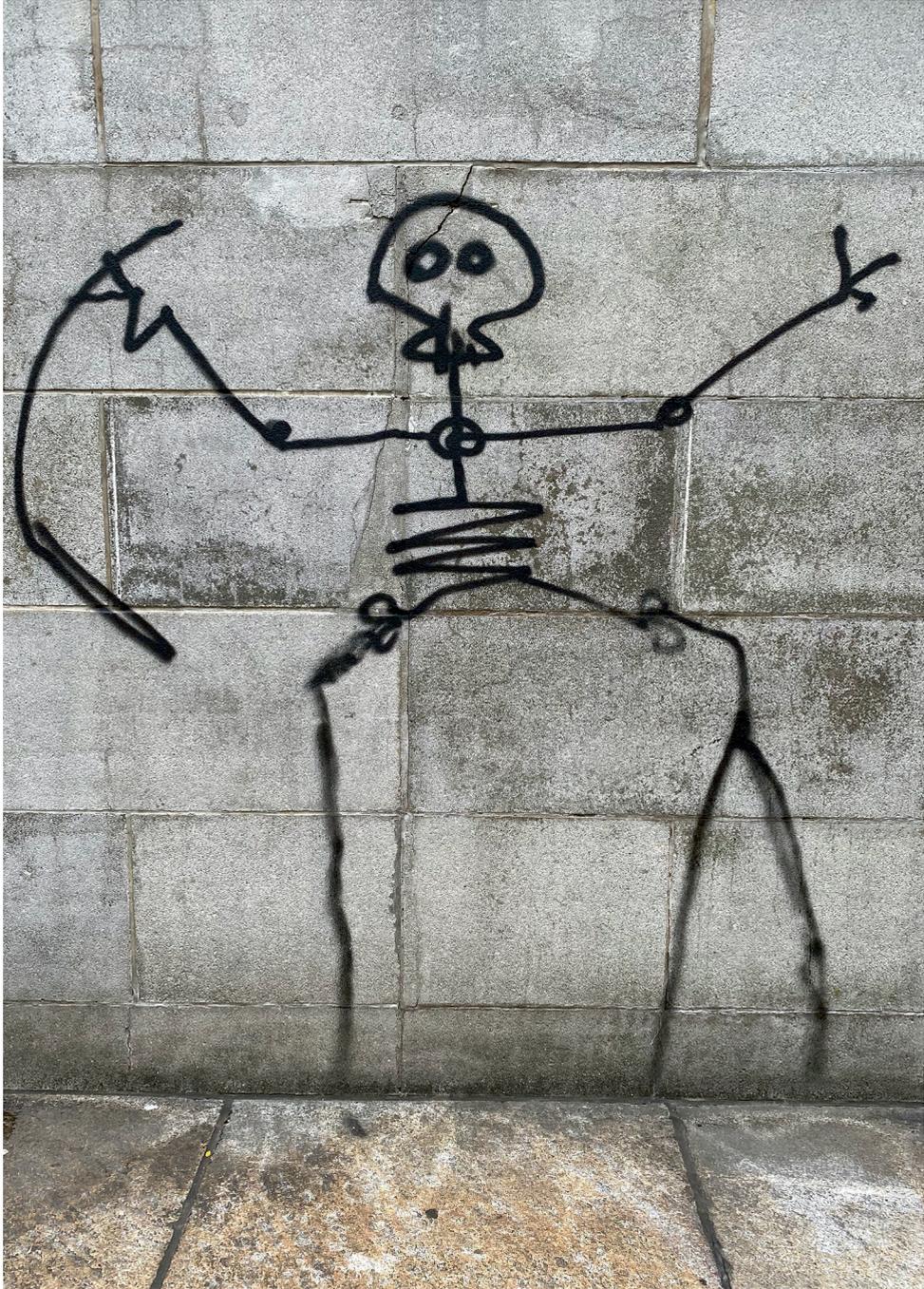


Abbildung 7:

Harald Oskar Naegeli, Graffiti an einer Mauer vor dem Grossmünster in Zürich (2020);
Foto: Vanessa Rügger

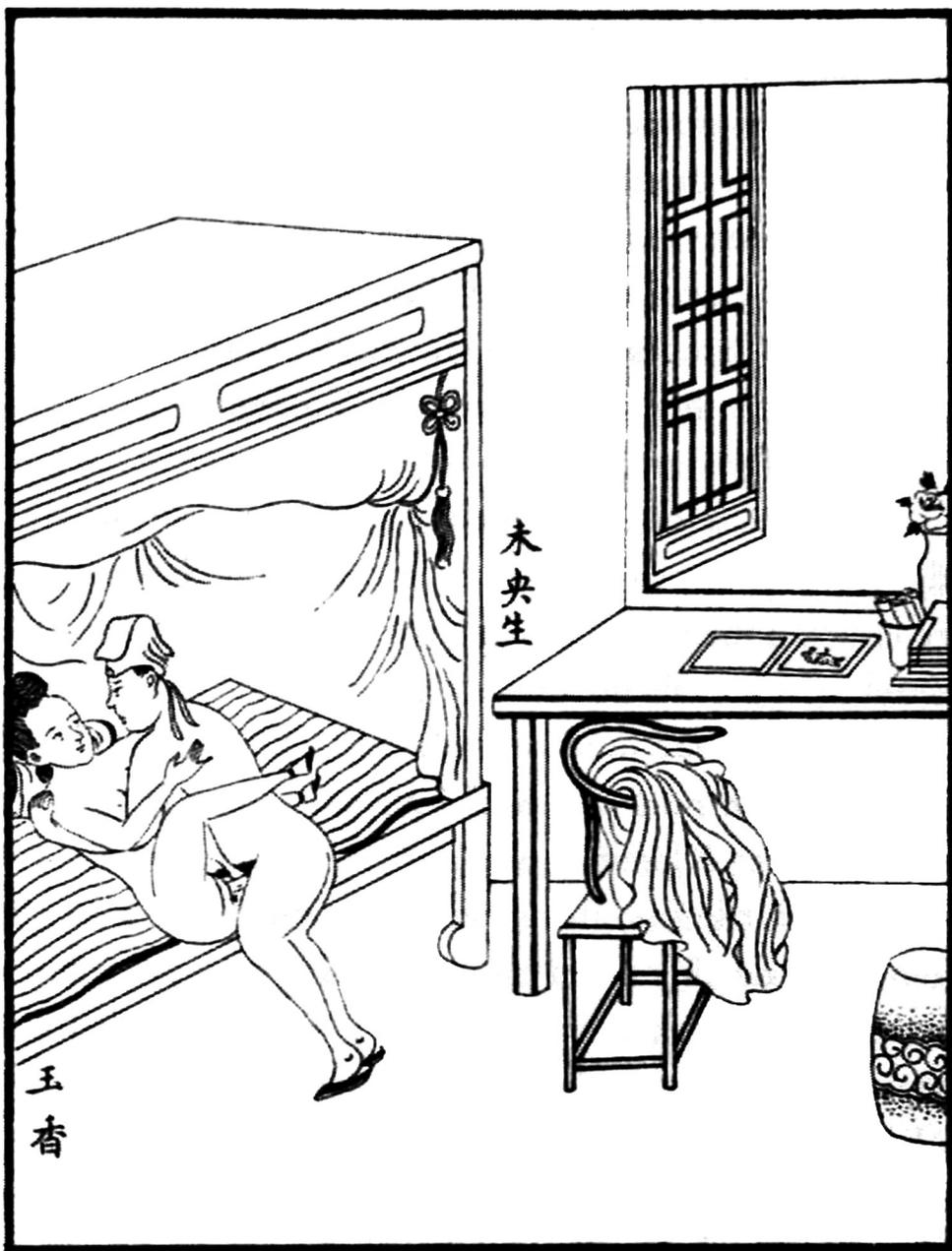


Abbildung 8:

Abbildungen aus: Li Yü, Jou Pu Tuan, Ein erotisch-moralischer Roman aus der Ming-Zeit (1634), mit 60 chinesischen Holzschnitten, Verlag Die Waage, Zürich 1959



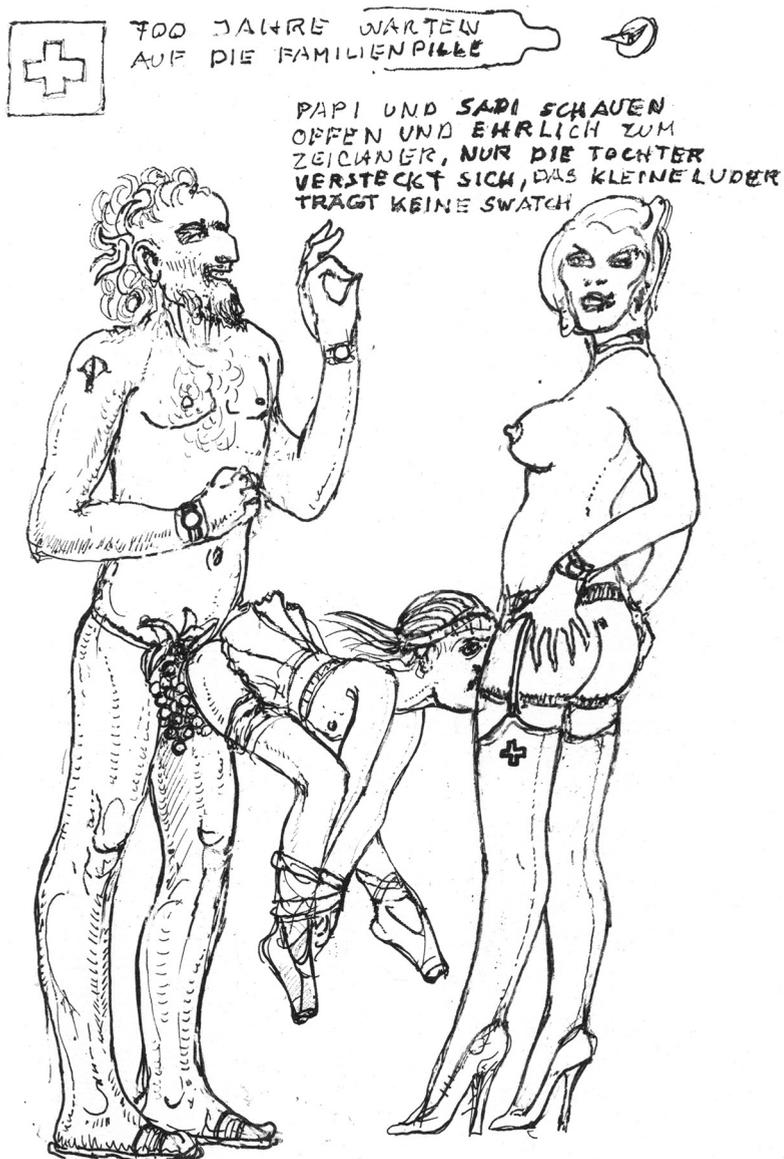
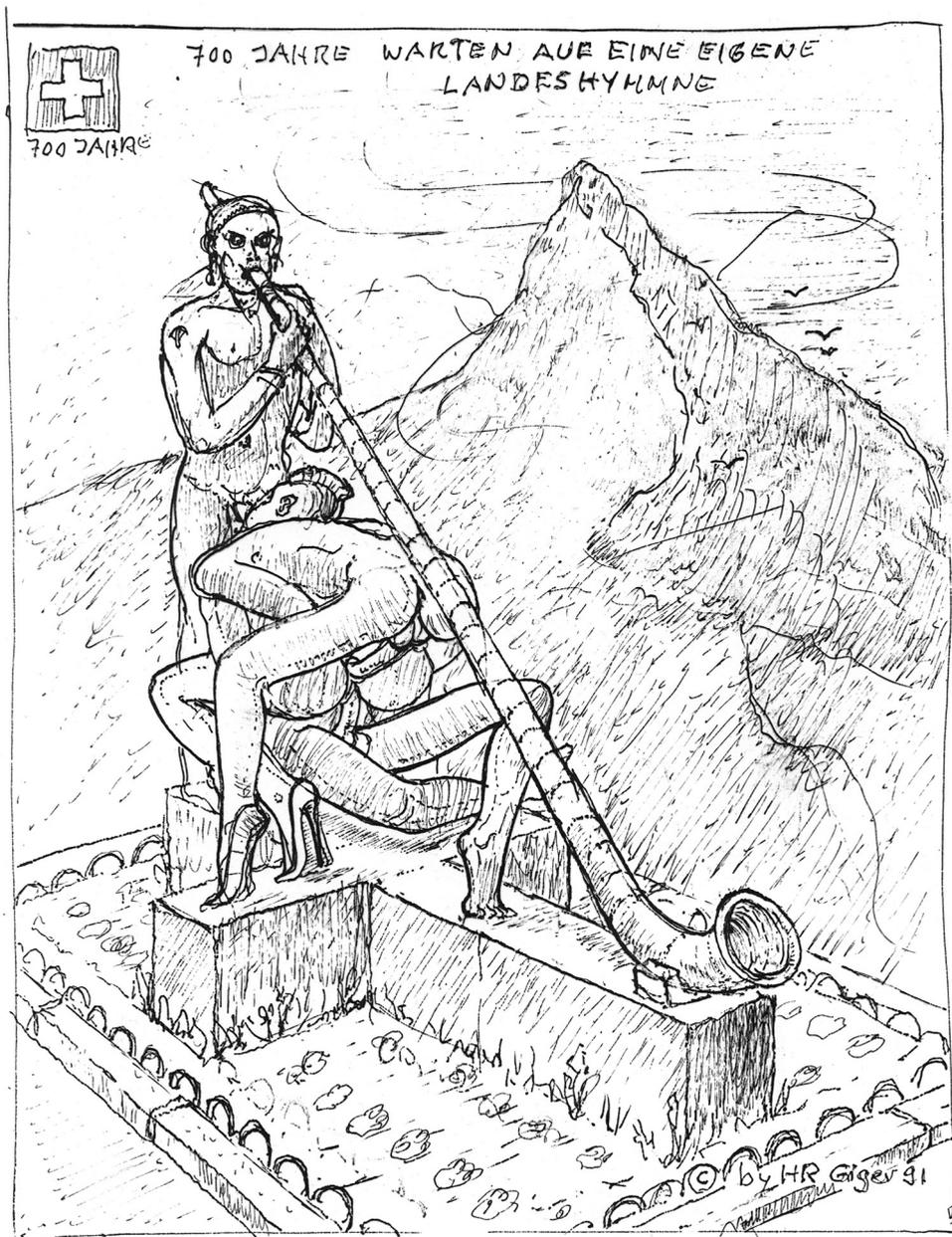


Abbildung 9:

H. R. Giger (5.2.1940–12.5.2014), 700 Jahre Warten auf die Familienpille, 1991, Tusche auf Transparentpapier (mit freundlicher Genehmigung des H. R. Giger Archivs)



H. R. Giger, 700 Jahre Warten auf eine eigene Landeshymne, 1991, Tusche auf Transparentpapier (mit freundlicher Genehmigung des H. R. Giger Archivs)

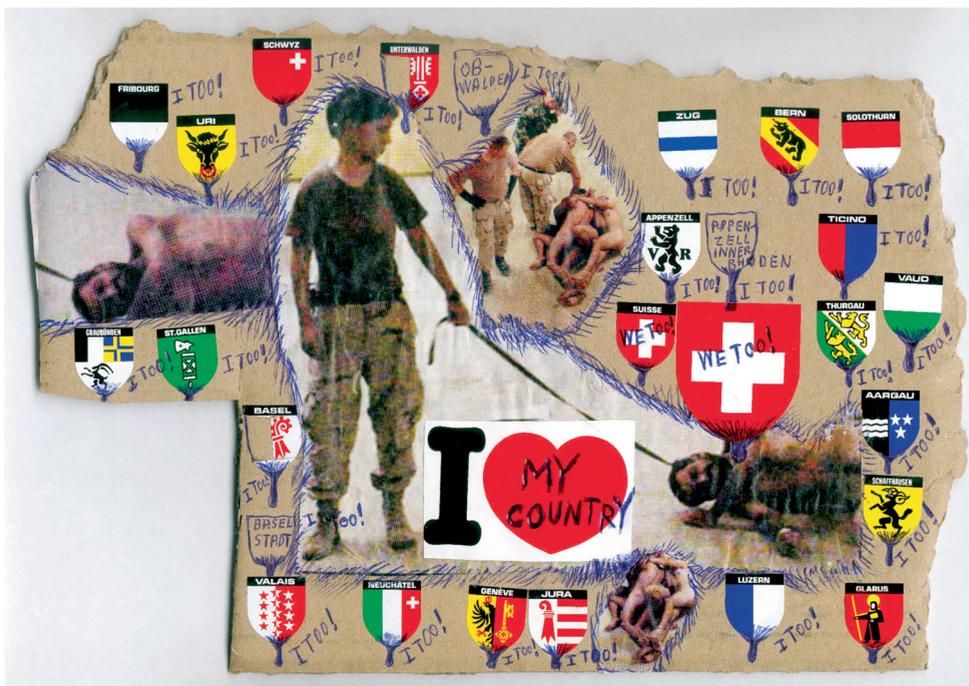


Abbildung 10:

Thomas Hirschhorn (*16.5.1957), «Swiss-Swiss Democracy», Collage IV, 2004 (mit freundlicher Genehmigung des Künstlers und der Galerie Chantal Crousel, Paris)



Thomas Hirschhorn, «Swiss-Swiss Democracy», Stück «Guillaume Tell», Regie Gwenael Morin, Centre Culturel Suisse, Paris, 2005; Foto: Roman Lopez © Centre Culturel Suisse, Paris (mit freundlicher Genehmigung des Künstlers und der Galerie Chantal Crousel, Paris)



Abbildung 11:

Max Kämpf (15.5.1912–26.9.1982), Das Meer, Sgraffito, Wirtschaftsgymnasium und Wirtschaftsmittelschule Basel, Andreas Heusler-Strasse 41, Kunstkredit Basel 1950 (Zustand der Fassade von 2020) (zuständig für den Unterhalt: Bau- und Verkehrsdepartement des Kantons Basel-Stadt) (mit freundlicher Genehmigung des Bau- und Verkehrsdepartements des Kantons Basel-Stadt)



Max Kämpf, Das Meer, 1950, Sgraffito, Wirtschaftsgymnasium und Wirtschaftsmittelschule Basel, Andreas Heusler-Strasse 41, Kunstcredit Basel 1950; Foto: Robert Spreng (mit freundlicher Genehmigung des Kunstcredits Basel-Stadt)



Abbildung 12:

Kurt Fahrner (4.12.1932–13.9.1977), Bild einer gekreuzigten Frau unserer Zeit, 1959
(© Diana Fahrner)

Literaturverzeichnis

- ABENDROTH WOLFGANG, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: Ders., *Gesammelte Schriften* (hrsgg. von Michael Buckmiller, Joachim Perels und Ulli Schöller), Band 2: 1949–1955, Offizin Verlag: Hannover 2008, 338–357
- ADES DAWN/BAKER SIMON (Hrsg.), *Undercover Surrealism. Georges Bataille and DOCUMENTS*, Hayward Gallery/MIT Press: London/Cambridge 2006
- ADLER AMY, *Against Moral Rights*, *California Law Review* 97 (2009) 1, 263–300
- ADLER AMY, *Art's First Amendment Status: A Cultural History of the Masses*, *Arizona State Law Journal* 50 (2018) 687–716
- ADLER AMY, *Fair Use and the Future of Art*, *New York University Law Review* 91 (2016) 559–626
- ADLER AMY, *Girls! Girls! Girls!: The Supreme Court confronts the G-String*, *NYU Law Review* 80 (2006) 1108
- ADLER AMY, *Performance Anxiety. Medusa, Sex and the First Amendment*, *Yale Journal of Law and the Humanities* 21 (2009) 2, 227–250
- ADLER AMY, *The First Amendment and the Second Commandment*, *New York Law School Law Review* 57 (2012) 41–58
- ADLER AMY, *The Thirty-Ninth Annual Edward G. Donley Memorial Lectures: The Art of Censorship*, *West Virginia Law Review* 103 (2000) 205–217
- ADLER AMY, *What's Left?: Hate Speech, Pornography, and the Problem for Artistic Expression*, *California Law Review* 84 (1996) 1499 ff.
- ADLER AMY, *Why Art Does Not Need Copyright*, *George Washington Law Review* 86 (2018) 2, 313–375
- ADORNO THEODOR, *Ästhetische Theorie* (1970), Suhrkamp: Frankfurt a.M. 1973
- AEPPLI HEINZ, *Die Filmzensur in der Schweiz* (Diss. Zürich), Weiss: Affoltern 1949
- AGAMBEN GIORGIO, *Bartleby oder die Kontingenz* (orig. *Bartleby o della contingenza* [1993]), Merve-Verlag: Berlin 1998, 7–75
- AGAMBEN GIORGIO, *Creation and Anarchy: The Work of Art and the Religion of Capitalism*, Stanford University Press: Stanford 2019
- ALEXY ROBERT, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp: Baden-Baden 1994
- ALEXY ROBERT, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp: Frankfurt a.M. 1978
- ALFREDSSON GUDMUNDUR/EIDE ASBJØRN (Hrsg.), *The Universal Declaration of Human Rights. A Common Standard of Achievement*, Martinus Nijhoff Publishers: Den Haag/Boston/London 1999 (zit. AUTOR, in Alfredsson/Eide, UDHR, S.)

- ALTORFER SABINE, Ferdinand Hodler wurde zum Nationalmaler wider Willen, Aargauer Zeitung vom 22. 10. 2013
- AMAR AKHIL REED, America's Constitution. A Biography, Random House Trade Paperbacks: New York 2005
- AMINI BIJAN, Johann Heinrich Pestalozzi. Einführung in Leben und Werk, Heseberg Verlag: Pinneberg 2018
- AMREIN URSULA (Hrsg.), Gottfried Keller. Handbuch. Leben, Werk, Wirkung, J. B. Metzler: Stuttgart 2016
- AMSTUTZ MARC, Der Text des Gesetzes. Genealogie und Evolution von Art. 1 ZGB, ZSR 126 (2007) 2, 237–286
- ANGHE ANTONY, Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law, Cambridge University Press 2009
- ANNER FRANZISKA, Die kunstgewerbliche Arbeit der Frau in der Schweiz, Schweizerland Verlag: Chur 1916
- ANZ PHILLIP/SPINATSCH JULES/ZIMMERMANN VIOLA (Hrsg.), Schmierer/Kleben. Aus dem Archiv des KK III der Stadtpolizei Zürich 1976–1989, Edition Patrick Frey: Zürich 2018
- ARENDT HANNAH, Vita Activa oder Vom tätigen Leben (engl. The Human Condition [1958]), Piper: München 1967
- ARF/FOCAL, Schweizer Filmförderung. Die Gender-Frage, Zürich/Lausanne 2015
- AUER ANDREAS, La liberté de l'art ou l'art de libérer la conscience: un essai, in: Institut suisse de droit comparé/Centre du droit de l'art (Hrsg.), Liberté de l'art et indépendance de l'artiste/Kunstfreiheit und Unabhängigkeit der Kunstschaffenden, Schulthess: Genf/Zürich/Basel 2004, 81–89
- AUER ANDREAS, Problèmes fondamentaux de la démocratie suisse, ZSR 103 (1984) II, 1–110
- AUER ANDREAS, Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Stämpfli: Bern 2016
- AUER CHRISTOPH/MÜLLER MARKUS/SCHINDLER BENJAMIN (Hrsg.), VwVG. Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren. Kommentar, 2. Aufl., Dike: Zürich/St. Gallen 2019 (zit. AUTOR, VwVG Kommentar Art. N)
- BAEGGLI SUSANNE, Die Kunstfreiheitsgarantie in der Schweiz (Diss. Zürich), Juris: Zürich 1974
- BAER SUSANNE, Frauen und Männer, Gender und Diversität: Gleichstellungsrecht vor den Herausforderungen eines differenzierten Umgangs mit «Geschlecht», in: Arioli Kathrin/Cottier Michelle/Farahmand Patricia/Küng Zita (Hrsg.), Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?, Zürich/St. Gallen 2008, 21–37
- BAER SUSANNE, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung, 3. Aufl., Nomos: Baden-Baden 2017
- BAER SUSANNE, Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnismittel und ihr Verhältnis zur Rechtsdogmatik, in: Schmidt-Assmann Eberhard/Hoffmann-Riem Wolfgang (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Nomos: Baden-Baden 2004, 223–253

- BAER SUSANNE, Verfassungsvergleichung und reflexive Methode: Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz, ZaöRV 64 (2004) 735–758
- BALDEGGER MIRJAM, Menschenrechtsschutz für juristische Personen in Deutschland, der Schweiz und den Vereinigten Staaten. Begründungsmodelle der korporativen Menschenrechtsträgerschaft, Duncker Humblot: Berlin 2017
- BALKE FRIEDRICH, Figuren der Souveränität, Fink: Paderborn 2009
- BALMER HANS PETER, Philosophische Ästhetik. Eine Einladung, Francke: Tübingen 2009
- BANDLE ANNE-LAURE, Fair und gerecht?: Bilanz und Lösungsansätze bezüglich der Restitution von Raubkunst in der Schweiz, in: Mosimann Peter/Schönenberger Beat (Hrsg.), Kunst & Recht 2018 = Art & Law 2018: Referate zur gleichnamigen Veranstaltung der juristischen Fakultät der Universität Basel vom 15. Juni 2018, Stämpfli: Bern 2018, 97–122
- BARENDT ERIC, Freedom of Speech, 2. Aufl., Oxford University Press: Oxford 2005
- BARRELET DENIS/EGLOFF WILLI, Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 4. Aufl., Stämpfli: Bern 2020
- BARTHES ROLAND, Die helle Kammer: Bemerkungen zur Photographie (1980), 6. Aufl., Suhrkamp: Frankfurt a.M. 1999
- BASHKOFF TRACEY, Hilma af Klint. Paintings for the Future, Guggenheim Museum Publications: New York 2018
- BATAILLE GEORGES, DOCUMENTS (alle Zeitschriften 1929–1930), Bibliothek Kandinsky, Centre de Documentation et de Recherche du Musée National d'Art Moderne, Centre Pompidou, Paris
- BÄTSCHMANN OSKAR, Anleitung zur Interpretation: Kunstgeschichtliche Hermeneutik, in: Belting Hans et al. (Hrsg.), Kunstgeschichte. Eine Einführung, 7. Aufl., Dietrich Reimer: Frankfurt a.M. 2008, 199–228
- BÄTSCHMANN OSKAR, Ferdinand Hodler. Die Nacht. Der Tag. Die Wahrheit, Till Schaap Edition: Bern 2019
- BAUMGARTEN ALEXANDER GOTTLIEB, Theoretische Ästhetik. Die grundlegenden Abschnitte aus der Aesthetica (1750/58), übersetzt und hrsg. von Hans Rudolf Schweizer, 2. Aufl., Felix Meiner: Hamburg 1988
- BÄUMLIN RICHARD, Staat, Recht und Geschichte, EVZ-Verlag: Zürich 1961
- BAXI UPENDRA, Towards An Aesthetics of Human Rights, in: Gephart Werner/Suntrup Jan Christoph (Hrsg.), Rechtsanalyse als Kulturforschung II, Vottorio Klostermann: Frankfurt a.M. 2015, 163–179
- B EGLINGER JACQUES/TOBLER CHRISTA, Das EUR-Charts-Projekt oder: The Making of «Essential EC Law in Charts» – Visualisierung eines Rechtsgebietes am Beispiel des Rechts der Europäischen Union, in: Schweighofer Erich/Geist Anton/Szücs Christian (Hrsg.), Komplexitätsgrenzen der Rechtsinformatik. Tagungsband des 11. Internationalen Rechtsinformatik Symposions IRIS 2008, Boorberg: Stuttgart 2008, 531–539
- BEISEL DANIEL, Die Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes und ihre strafrechtlichen Grenzen (Diss. Tübingen), R. v. Decker: Heidelberg 1997

- BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD, Grundrechte II. Die einzelnen Grundrechte, Schulthess: Zürich 2012
- BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD/MOLINARI EVA, Grundrechte, Schulthess: Zürich 2012
- BELTING HANS et al., Kunstgeschichte. Eine Einführung, 7. Aufl., Dietrich Reimer: Frankfurt a.M. 2008
- BELTING HANS, Bild-Anthropologie. Entwürfe für eine Bildwissenschaft, 4. Aufl., Fink: München 2011
- BELTING HANS, Das Werk im Kontext, in: Belting Hans et al. (Hrsg.), Kunstgeschichte. Eine Einführung, 7. Aufl., Dietrich Reimer: Frankfurt a.M. 2008, 229–246
- BELTING HANS/BIRKEN JACOB/BUDDENSIEG ANDREA/WEIBEL PETER, Global Studies, Mapping Contemporary Art and Culture, Hantje Cantz: Karlsruhe 2011
- BELTING HANS/BUDDENSIEG ANDREA/WEIBEL PETER, The Global Contemporary and the Rise of New Art Worlds, MIT Press: Cambridge 2013
- BEN-DOR OREN (Hrsg.), Law and Art. Justice, Ethics and Aesthetics, Routledge: Oxon 2011
- BENEDEK WOLFGANG/KETTEMANN MATTHIAS C., Freedom of Expression and the Internet, Council of Europe: Strassburg 2013
- BENHABIB SEYLA, Die Rechte der Anderen. Ausländer, Migranten, Bürger, Suhrkamp: Frankfurt a.M. 2008
- BENHABIB SEYLA, Hanna Arendt. Die melancholische Denkerin der Moderne (orig. The Reluctant Modernism of Hannah Arendt [1996]), Suhrkamp: Frankfurt a.M. 2006
- BENJAMIN WALTER, Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit (1935). Drei Studien zur Kunstsoziologie, Suhrkamp: Frankfurt a.M. 2015
- BERGER JOHN, Sehen. Das Bild der Welt in der Bilderwelt (orig. Ways of seeing [1972]), S. Fischer: Frankfurt a.M. 2016
- BERGIER JEAN-FRANÇOIS, Wilhelm Tell. Realität und Mythos, Neuaufl., Römerhof: Bern 2012
- BERGMANS BERNHARD, Visualisierungen in Rechtslehre und Rechtswissenschaft. Ein Beitrag zur Rechtsvisualisierung, Logos: Berlin 2009
- BERTRAM GEORG W., Kunst als menschliche Praxis. Eine Ästhetik, Suhrkamp: Berlin 2014
- BERTRAM GEORG W., Kunst. Eine philosophische Einführung, Reclam: Stuttgart 2011
- BESSON SAMANTHA/HECKENDORN URSCHELER LUKAS/JUBÉ SAMUEL (Hrsg.), Comparing Comparative Law, Schulthess: Genf/Zürich/Basel 2017
- BEYER ANDREAS, Interpikturalität oder: Kunst kommt von Kunst. Die Aneignung als Konstante und Prinzip, in: Kunst & Recht 2016, Stämpfli: Bern 2016
- BEZANSON RANDALL P., Art and Freedom of Speech, University of Illinois Press: Urbana/Chicago 2009
- BIAGGINI GIOVANNI, «... so entscheidet das Los», ZBl 113 (2012) 389–390

- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Orell Füssli: Zürich 2017 (zit. BIAGGINI, BVK Art. N)
- BIAGGINI GIOVANNI, Demokratietheorie – rechtswissenschaftlich betrachtet, in: Good Andrea/Platipodis Bettina (Hrsg.), Direkte Demokratie: Herausforderungen zwischen Politik und Recht – Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag, Stämpfli: Bern 2013, 1–13
- BIAGGINI GIOVANNI, Einige Gedanken zum interjudikativen Dialog aus rechtswissenschaftlicher Sicht, EuGRZ 41 (2014) 1–5, 29 f.
- BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar zum Urteil des Bundesgerichts (I. öffentlich-rechtliche Abteilung) vom 28. Oktober 2015, 1C_35/2015 (Versammlungsfreiheit. Freiburg. Verbot einer Versammlung des Islamischen Zentralrats Schweiz (IZRS) in privaten Räumlichkeiten), ZBI 117 (2016) 5, 259–261
- BIAGGINI GIOVANNI, Methodik in der Rechtsanwendung, in: Peters Anne/Schefer Markus (Hrsg.), Grundprobleme der Auslegung aus der Sicht des öffentlichen Rechts. Symposium zum 60. Geburtstag von René Rhinow, Stämpfli: Bern 2004, 27–51
- BIAGGINI GIOVANNI, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK, Bemerkungen aus Anlass des denkwürdigen, aber nicht durchweg überzeugenden Urteils des Bundesgerichts 2C_828/2011 vom 12. Oktober 2012, ZBI 114 (2013) 6, 316–337
- BIAGGINI GIOVANNI, Verfassung und Richterrecht. Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Helbing Lichtenhahn: Basel/Frankfurt a.M 1991
- BIAGGINI GIOVANNI/GÄCHTER THOMAS/KIENER REGULA (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Dike: Zürich/St. Gallen 2015 (zit. AUTOR, in: Staatsrecht)
- BIAGGINI GIOVANNI/LIENHARD ANDREAS/SCHOTT MARKUS/UHLMANN FELIX, Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes, 6. Aufl., Helbing Lichtenhahn: Basel 2016
- BIECZYSKI MATHEUS MARIA, Der Kunstbegriff im Schrifttum und in der Rechtsprechung des BVerfG – Analyse der «Meilensteine», KUR 13 (2011) 6, 188 ff.
- BIRD WENDELL, Press and Speech under Assault. The early Supreme Court Justices and the Sedition Act of 1798, and the Campaign Against Dissent, Oxford University Press: New York 2016
- BISCHOFF FABIENNE, Die Kunstmärkte. Funktionsweise und kartellrechtliche Probleme (Diss. Zürich), Schulthess: Zürich 2013
- BLASI VINCENT, Ideas of the First Amendment, 2. Aufl., West: St. Paul 2012
- BLOCHER JOSEPH, Nonsense and the Freedom of Speech: What Meaning Means for the First Amendment, Duke Law Journal 63 (2014) 7, 1423–1481
- BLOM PHILIPP, Böse Philosophen. Ein Salon in Paris und das vergessene Erbe der Aufklärung, 5. Aufl., dtv: München 2017
- BLOM PHILIPP, Das grosse Welttheater. Von der Macht der Vorstellungskraft in Zeiten des Umbruchs, Paul Szolnay Verlag: Wien 2020
- BLOME DIANA/GÜDEL NIKLAUS MANUEL, Ferdinand Hodler – Écrits ésthétiques, Editions Notari: Genf 2017

- BLÜMLE CLAUDIA, *Der Zeuge im Bild. Dieric Bouts und die Konstitution des modernen Rechtsstaats*, Fink: Paderborn 2011
- BLÜMLE CLAUDIA, *Gemeinschaft in und vor dem Bild*, in: Fricke Beate et al. (Hrsg.), *Bilder und Gemeinschaften: Studien zur Konvergenz von Politik und Ästhetik in Kunst, Literatur und Theorie*, Wilhelm Fink: München 2011, 109–136
- BLUNTSCHLI JOHANN CASPAR, *Deutsches Privatrecht I (1853)*, Nachdruck Keip: Frankfurt a.M. 1983
- BÖCKENFÖRDE ERNST-WOLFGANG, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandesaufnahme und Kritik*, NJW 2 (1976) 2089–2099
- BÖCKENFÖRDE ERNST-WOLFGANG, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, in: Ehmke Horst/Schmid Carlo/Scharoun Hans (Hrsg.), *Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag*, Europäische Verlagsanstalt: Frankfurt am Main 1969, 53–76
- BOIS PHILIPPE, *Droit administratif et création artistique*, ZBl 82 (1981) 7, 291–309
- BÖLL HEINRICH, *Die Freiheit der Kunst. Wupperthaler Rede*, Voltaire Flugschrift 4 (1966)
- BÖNING HOLGER, *Der Traum von Freiheit und Gleichheit. Helvetische Revolution und Republik (1798–1803): die Schweiz auf dem Weg zur bürgerlichen Demokratie*, Orell Füssli: Zürich 1998
- BORK ROBERT H., *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, *Indiana Law Journal* 47 (1971) 1, 1–35
- BOURDIEU PIERRE, *Die Regeln der Kunst. Genese und Struktur des literarischen Feldes (orig. Les règles de l'art. Genèse et structure du champ littéraire [1992])*, Suhrkamp: Frankfurt a.M. 2001
- BOURDIEU PIERRE/HAACKE HANS, *Freier Austausch. Für die Unabhängigkeit der Phantasie und des Denkens*, Frankfurt a.M. 1995
- BREDEKAMP HORST, *Bildmedien*, in: Belting Hans et al. (Hrsg.), *Kunstgeschichte. Eine Einführung*, 7. Aufl., Dietrich Reimer: Frankfurt a.M. 2008, 363–386
- BREDEKAMP HORST, *Der Behemoth. Metamorphosen des Anti-Leviathan*, Duncker Humblot: Berlin 2016
- BREDEKAMP HORST, *Der Künstler als Verbrecher. Ein Element der frühmodernen Rechts- und Staatstheorie*, Carl Friedrich von Siemens Stiftung: München 2008
- BREDEKAMP HORST, *Theorie des Bildakts. Frankfurter Adorno-Vorlesungen 2007*, Suhrkamp: Frankfurt am Main 2010
- BREDEKAMP HORST, *Thomas Hobbes, Der Leviathan. Das Urbild des modernen Staates und seine Gegenbilder, 1651–2001*, 4. Aufl., Akademie: Berlin 2012
- BREINIG-KAUFMANN CHRISTINE, *Akademische Freiheit in Zeiten der Globalisierung. Liberalisierung und Studienreform als neue Herausforderungen für die Wissenschaftsfreiheit*, ZSR 13 (2014) 1/3, 307–341
- BREUNUNG LEONIE/NOCKE JOACHIM, *Die Kunst als Rechtsbegriff oder wer definiert die Kunst?*, in: Dankert Birgit/Zechlin Lothar (Hrsg.), *Literatur vor dem Richter. Beiträge zur Literaturfreiheit und Zensur*, Nomos: Baden-Baden 1988, 235 ff.

- BRUGGER INGRID/GORSEN PETER/SCHRÖDER KLAUS ALBRECHT, *Kunst & Wahn*, [Ausstellung im Kunstforum Wien, 5.9.–8.12.1997], Dumont: Köln 1997
- BRUNDSCHWIG COLETTE R., *On Visual Law: Visual Legal Communication Practices and Their Scholarly Exploration*, in: Schweighofer Erich et al. (Hrsg.), *Zeichen und Zauber des Rechts: Festschrift für Friedrich Lachmayer*, Editions Weblaw: Bern 2014, 899–933
- BRUNDSCHWIG COLETTE R., *Visualisierung von Rechtsnormen. Legal Design* (Diss. Zürich), Schulthess: Zürich 2001
- BUNDI LIVIO, *System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen in der Schweiz und von Beihilfen in der EU* (Diss. Luzern), Schulthess: Zürich/Basel/Genf 2016
- BUNIA REMIGIUS, *Fingierte Kunst. Der Fall Esra und die Schranken der Kunstfreiheit*, *Internationales Archiv für Sozialgeschichte der Literatur* 2 (2007) 161–182
- BÜNNIGMANN KATHRIN, *Die «Esra»-Entscheidung als Ausgleich zwischen Persönlichkeitsschutz und Kunstfreiheit. Rechtsprechung im Labyrinth der Literatur*, Mohr Siebeck: Tübingen 2013
- BURCKHARDT WALTHER, *Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung*, Stämpfli: Bern 1905 (zit. BURCKHARDT, BVK [1905])
- BURCKHARDT WALTHER, *Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung*, 2. Aufl., Stämpfli: Bern 1914 (zit. BURCKHARDT, BVK [1914])
- BURCKHARDT WALTHER, *Methode und System des Rechts*, Polygraphischer Verlag: Zürich 1936
- BÜRGER PETER, *Theorie der Avantgarde* (1974), Wallstein: Göttingen 2017
- BURKE EDMUND, *Philosophische Untersuchung über den Ursprung unserer Ideen vom Schönen und Erhabenen* (orig. *A Philosophical Enquiry into the Origin of our Ideas of the Sublime and Beautiful* [1757]), 2. Aufl., Meiner: Hamburg 1989
- BUSER DENISE (Hrsg.), *Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt*, Helbing Lichtenhahn: Basel 2008 (zit. AUTOR, Titel, in: Buser, *Handbuch Staats- und Verwaltungsrecht BS*)
- BÜTIKOFER ANNA, *Staat und Wissen. Ursprünge des modernen schweizerischen Bildungssystems im Diskurs der Helvetischen Republik*, Haupt: Bern/Stuttgart/Wien 2006
- CADUFF CORINA/WEIGEL SIGRID (Hrsg.), *Das Geschlecht der Künste*, Böhlau: Köln 1996
- CAMPAGNA DESIRÉE, *Implementing the Human Right to Take Part in Cultural Life: Trends and Perspectives of Inclusive Cultural Empowerment*, *Peace Human Rights Governance (PHRG)* 1/2 (2017) 169–193
- CAMPFELS ELLEN (Hrsg.), *Fair and Just Solutions?, Alternatives to Litigation in Nazi-Looted Art Disputes: Status Quo and New Developments*, Eleven International: Den Haag 2015
- CASSIRER ERNST, *Vom Mythos des Staates*, Artemis: Zürich 1949
- CASTORIADIS CORNELIUS, *Gesellschaft als imaginäre Institution. Entwurf einer politischen Philosophie*, Suhrkamp: Frankfurt a.M. 1990

- CHAMBERLAIN KEVIN, *War and Cultural Heritage. A Commentary on the Hague Convention 1954 and its Two Protocols*, 2. Aufl., Institute of Art and Law: Bulth Wells 2013
- CHEN ALAN K., *Instrumental Music and the First Amendment*, *Hastings Law Review* 66 (2015) 381–443
- CHESHIRE LEE, *Key Moments in Art*, Thames Hudson: London 2018
- CHIARIELLO ELISABETH, *Der Richter als Verfassungsgeber? – Zur Fortbildung von Grundlagen des Rechtsstaats und der Demokratie durch höchste Gerichte. Das Phänomen Richterrecht exemplarisch dargestellt im Rahmen der grundrechtlichen Judikatur der Schweiz, Deutschlands und der europäischen Gerichtsbarkeiten (EGMR, EuGH)* (Habil. Bern), Dike: Zürich 2009
- CHRISTENSEN RALPH/FISCHER-LESCANO ANDREAS, *Das Ganze des Rechts. Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte*, Duncker Humblot: Berlin 2017
- CLARK T. J., *Farewell to an Idea. Episodes from a History of Modernism*, Yale University Press: New Haven 1999
- CLARK T. J., *Painting in the Year Two*, *Representations* 47 (1994) 13–63
- CLOTTU GASTON et al., *Beiträge für eine Kulturpolitik der Schweiz, Bericht der eidgenössischen Expertenkommission für Fragen einer schweizerischen Kulturpolitik*, Bern 1975 (zit. Clottu-Bericht)
- COTTIER THOMAS, *Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage. Eine Untersuchung zum Legalitätsprinzip und schweizerischen Gesetzesverständnis aus individualrechtlicher Sicht* (Diss. Bern), Rüegger: Diessenhofen 1983 (2. Aufl., Rüegger, Chur 1991)
- CROW MATTHEW, *Thomas Jefferson, Legal History, and the Art of Recollection*, Cambridge University Press: Cambridge 2017
- CROW THOMAS, *Restoration. The Fall of Napoleon in the Course of European Art. 1812–1820*, Princeton University Press: Princeton/Oxford 2018
- CUENI RAPHAELA, *Schutz von Satire im Rahmen der Meinungsfreiheit* (Diss. Basel), Dike: Zürich/St. Gallen 2019
- CURRAN ANDREW S., *Diderot and the Art of Thinking Freely*, Other Press: New York 2019
- DAHM KATJA, *Der Schutz des Urhebers durch die Kunstfreiheit*, Mohr Siebeck: Tübingen 2012
- DAL MOLIN GIOIA, «Von der schwierigen Kunst, Kunst zu fördern». *Staatliches und nicht-staatliches Engagement für die bildende Kunst in der Schweiz, 1950–1980* (Diss. Zürich), Chronos: Zürich 2018
- DAL MOLIN GIOIA, *Die Idee einer «demokratischen Kulturpolitik» und ihre bildungspolitischen Implikationen. Debatten und Konzepte der Schweizer Kulturpolitik und Kunstförderung in den 1970er Jahren*, *Kritische Berichte* 42 (2014) 4, 17–26
- DANCHEV ALEX (Hrsg.), *100 Artists' Manifestos. From the Futurists to the Stuckists*, Penguin: London 2011

- DANTO ARTHUR C., Die Verklärung des Gewöhnlichen. Eine Philosophie der Kunst (orig. *The Transfiguration of the Commonplace. A Philosophy of Art* [1981]), Suhrkamp: Frankfurt a.M. 1984
- DE BOTTON ALAIN/ARMSTRONG JOHN, *Art as Therapy*, Phaidon: London 2013
- DEJUNG CHRISTOF, Zeitreisen durch die Welt. Temporale und territoriale Ordnungsmuster auf Weltausstellungen und schweizerischen Landesausstellungen während der Kolonialzeit, in: Purtschert Patricia et al. (Hrsg.), *Postkoloniale Schweiz. Formen und Folgen eines Kolonialismus ohne Kolonien*, 2. Aufl., Transcript: Bielefeld 2013, 333–354
- DERRIDA JACQUES, *Die Wahrheit in der Malerei*, hrsg. von Peter Engelmann, 3. Aufl., Passagen: Wien 2015
- DERRIDA JACQUES, *Grammatologie* (orig. *De la Grammatologie* [1968]), Suhrkamp: Frankfurt a.M. 2009
- DERRIDA JACQUES, *Schurken. Zwei Essays über die Vernunft*, Suhrkamp: Frankfurt a.M. 2006
- DEUTSCH ERWIN, *Kunst und Urheberrecht. Entwicklung und Bestandesaufnahme*, in: Cassens Johann-Tönjes (Hrsg.), *Kunst und Recht*, Heidelberg 1985
- DEWEY JOHN, *Kunst als Erfahrung* (orig. *Art as Experience* [1934]), Suhrkamp: Frankfurt a.M. 2010
- DI FABIO UDO, *Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen. Selbstbestimmung und Wettbewerb im Netz*, C.H. Beck: München 2016
- DI FABIO UDO, *Urheberrecht und Kunstfreiheit unter digitalen Verwertungsbedingungen*, C.H. Beck: München 2018
- DI FABIO UDO, *Verschiebung oder Auflösung von Grenzen: Zur Bedeutung der Staatsgrenzen für das sich ausweitende Europa*, in: Brugger Winfried/Haverkate Görg (Hrsg.), *Grenzen als Thema der Rechts- und Sozialphilosophie*, Stuttgart 2002, 153–166
- DI FABIO UDO, *Die Weimarer Reichsverfassung. Aufbruch und Scheitern*, C.H. Beck: München 2018
- DIDEROT DENIS, *Philosophische Schriften*, hrsg. und mit einem Nachwort von Alexander Becker, Suhrkamp: Berlin 2013
- DIDEROT DENIS, *Schriften zur Kunst*, ausgewählt und mit einem Nachwort von Peter Bexte, Philo & Philo Fine Arts: Berlin/Hamburg 2005
- DIDI-HUBERMANN GEORGES, *Bilder trotz allem* (orig. *Images malgré tout* [2003]), Fink: München 2007
- DIDI-HUBERMANN GEORGES, *Das Nachleben der Bilder. Kunstgeschichte und Phantomzeit nach Aby Warburg* (orig. *Histoire de l'art et temps des fantômes selon Aby Warburg* [2002]), Suhrkamp: Berlin 2019
- DIDI-HUBERMANN GEORGES, *Formlose Ähnlichkeit oder die Fröhliche Wissenschaft des Visuellen nach Georges Bataille* (orig. *La ressemblance informe ou le Gai savoir visuel selon Georges Bataille* [1995]), Fink: München 2010
- DIEDEREN ROGER/DES CARS LAURENCE, *Gut. Wahr. Schön. Meisterwerke des Pariser Salons aus dem Musée d'Orsay*, Hirmer: München 2017

- DONATSCH ANDREAS et al. (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch und weitere einschlägige Erlasse mit Kommentar zu StGB, JStG, den Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG, 19. Aufl., Orell Füssli: Zürich 2013 (zit. AUTOR, in: StGB-Kommentar)
- DOUZINAS COSTAS/NEAD LYNDA (Hrsg.), *Law and the Image*, University of Chicago Press: Chicago/London 1999
- DREIER HORST (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Band I (Artikel 1–19), Mohr Siebeck: Tübingen 2013 (zit. AUTOR, in: Dreier, GGK)
- DREIER THOMAS, *Bild und Recht. Versuch einer programmatischen Grundlegung*, Nomos: Baden-Baden 2019
- DROLSHAMMER JENS, *The Americanization of Swiss Legal Culture: Highlights of Cultural Encounters in an Evolving Transatlantic History of Law*, Stämpfli: Bern 2016
- DUBACH RETO/MARTI ARNOLD/SPAHN PATRICK, *Verfassung des Kantons Schaffhausen. Kommentar*, Staatskanzlei des Kantons Schaffhausen: Schaffhausen 2004
- DUBEY JACQUES, *Droits fondamentaux. Volume I: Notion, garantie, restriction et juridiction*, Helbing Lichtenhahn: Basel 2018
- DUBOFF LEONARD D./KING CHRISTY A./MURRAY MICHAEL D., *Art Law in a Nutshell*, 5. Aufl., West Academic Publishing: St. Paul 2017
- DUBOFF LEONARD/BURR SHERRI/MURRAY MICHAEL D., *Art Law Cases and Materials*, 2. Aufl., William S. Hein & Co.: Buffalo/New York 2017
- DÜRRENMATT FRIEDRICH, *Literatur und Kunst. Essays und Reden*, Werkausgabe in dreissig Bänden, Band 26, Diogenes: Zürich 1980
- EAGLETON TERRY, *Ästhetik. Die Geschichte ihrer Ideologie (orig. The ideology of the Aesthetic [1990])*, J. B. Metzler: Stuttgart 1994
- EAGLETON TERRY, *Literatur lesen. Eine Einladung (orig. How to Read Literature [2013])*, Reclam: Stuttgart 2016
- EBERLE EDWARD J., *Art as Speech*, *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change* 11 (2007) 1–28
- EBERT WILFRIED, *Der frohe Tanz der Gleichheit. Der Freiheitsbaum in der Schweiz 1798–1802 (Diss. Zürich)*, Chronos: Zürich 1996
- EBLING KLAUS/SCHULZE MARCEL (Hrsg.), *Kunstrecht*, 2. Aufl., C.H. Beck: München 2012
- ECHR RESEARCH DIVISION, *Cultural Rights in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, Januar 2011 (Online-Publikation)
- ECO UMBERTO, *Das offene Kunstwerk (orig. Opera aperta [1962])*, 13. Aufl., Suhrkamp: Frankfurt a.M. 2016
- EDELMAN BERNARD, *L'adieu aux arts. 1926: L'affaire Brancusi*, Alto Aubier: Paris 2001
- EFFENBERGER JULIUS, *Einige Aspekte der eidgenössischen Filmförderung aus verwaltungsrechtlicher Sicht*, *ZSR* 101 (1982) 1, 497–514
- EGLI PATRICIA, *Drittwirkung von Grundrechten. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht (Diss. Zürich)*, Schulthess: Zürich 2002

- EGLOFF WILLI, Dokumentarspiel, öffentliches Informationsinteresse und Persönlichkeitsschutz, ZBl 83 (1982) 2, 53–69
- EHRENZELLER BERNHARD, Hochschulraum Schweiz: Qualität, Wettbewerb und Koordination im Widerstreit?, in: Rechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz: Festschrift 25 Jahre juristische Abschlüsse an der Universität St. Gallen (HSG), Dike: Zürich 2007, 681–694
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A., Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Dike/Schulthess: Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2014 (zit. AUTOR, SGK BV)
- EICHENBERGER KURT, Sinn und Bedeutung einer Verfassung, Referate zum 125. Schweizerischen Juristentag, Helbing Lichtenhahn: Basel/Frankfurt a.M. 1991
- EICHIN BETTINA, Bettina Eichin, hrsgg. von Urs Breitenstein, Schwabe: Basel 2007
- EISENBERG ARTHUR N., The Brooklyn Museum Controversy and the Issue of Government-Funded Expression, Brooklyn Law Review 66 (2000) 2, 275–308
- ELDRIDGE RICHARD, An Introduction to the Philosophy of Art, 2. Aufl., Cambridge University Press: Cambridge 2014
- ELLIS JOSEPH J., Founding Brothers. The Revolutionary Generation, Vintage Books: New York 2002
- EMERSON THOMAS, Toward a General Theory of the First Amendment, Yale Law Journal 72 (1963) 877–956
- ENGI LORENZ, Die religiöse und ethische Neutralität des Staates. Theoretischer Hintergrund, dogmatischer Gehalt und praktische Bedeutung eines Grundsatzes des schweizerischen Staatsrechts (Habil. St. Gallen), Schulthess: Zürich/Basel/Genf 2017
- EPINEY ASTRID, Zur Rolle des Bundesgerichts bei der Verfassungsauslegung. Gedanken zu BGE 139 I 16, Jusletter 6. Oktober 2014
- EPINEY ASTRID, Zur Verbindlichkeit der EU-Grundrechte in der und für die Schweiz, in: Altermatt Bernhard/Casasus Gilbert (Hrsg.), 50 Jahre Engagement der Schweiz im Europarat 1963–2013, Zürich/Chur 2013, 141–158
- ERHARDT ELMAR, Kunstfreiheit und Strafrecht. Zur Problematik satirischer Ehrverletzungen (Diss. Göttingen), R. v. Decker: Heidelberg 1989
- FEATHER JOHN, A History of British Publishing, 2. Aufl., Routledge: London 2006
- FECHNER FRANK, Geistiges Eigentum und Verfassung. Schöpferische Leistungen unter dem Schutz des Grundgesetzes (Habil. Tübingen), Mohr Siebeck: Tübingen 1999
- FEHR HANS, Kunst und Recht, Band I: Das Recht im Bilde, Rentsch/Franke: Erlenbach/Zürich 1923
- FELDMAN FRANKLIN/WEIL STEPHEN E., Art Law. Rights and Liabilities of Creators and Collectors, Little, Brown and Company: Boston/Toronto 1986
- FELDMAN STEPHEN M., Free Expression and Democracy in America. A History, University of Chicago Press: Chicago/London 2008

- FISCHER HERMANN JOSEF/REICH STEVEN A., *Der Künstler und sein Recht. Ein Handbuch für die Praxis*, C. H. Beck: München 2014
- FISCHER MATTHIAS, *Der junge Hodler. Eine Künstlerkarriere 1872–1897* (Diss. Bern), Nimbus: Wädenswil 2009
- FLECKNER UWE (Hrsg.), *Angriff auf die Avantgarde. Kunst und Kunstpolitik im Nationalsozialismus*, Akademie: Berlin 2007
- FLECKNER UWE, *Das verfeimte Meisterwerk. Schicksalswege moderner Kunst im «Dritten Reich»*, Akademie Verlag: Berlin 2009
- FLECKNER UWE/STEINKAMP MAIKE/ZIEGLER HENDRIK, *Produktive Zerstörung. Konstruktion und Dekonstruktion eines Forschungsgebiets*, in: Dies. (Hrsg.), *Der Sturm der Bilder. Zerstörte und zerstörende Bilder von der Antike bis zur Gegenwart*, Akademie: Berlin 2011, 1–11
- FLEINER FRITZ, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Mohr: Tübingen 1923
- FLEINER FRITZ, *Zentralismus und Föderalismus in der Schweiz*, Rascher & Cie.: Zürich 1918
- FLEINER FRITZ/GIACOMETTI ZACCARIA, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Polygraphischer Verlag: Zürich 1949
- FLÜCKIGER ALEXANDRE/JUNOD VALÉRIE, *La reconnaissance d'un droit d'accès aux informations détenues par l'Etat fondée sur l'article 10 CEDH*, Jusletter 27. Februar 2017
- FÖGEN MARIE THERES, *Das Lied vom Gesetz*, C. F. v. Siemens Stiftung: München 2006
- FÖGEN MARIE THERES, *Grenzfälle – Von der Aporie richterlichen Entscheidens*, ius.full 3 (2003) 98–105
- FOL CARINE (Hrsg.), *L'Art brut en question*, Commission française de la Culture: Brüssel 2015
- FOL CARINE, *From Art Brut to Art without Boundaries. A Century of Fascination through the Eyes of Hans Prinzhorn, Jean Dubuffet, Harald Szeemann*, Skira: Mailand 2015
- FOLJANTY LENA, *Recht oder Gesetz. Juristische Identität und Autorität in den Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit*, Mohr Siebeck: Tübingen 2013
- FORREST CRAIG, *International Law and the Protection of Cultural Heritage*, Routledge: London/New York 2010
- FORSTHOFF ERNST, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats*, in: *VVDStRL* 12 (1954) 8–36
- FOUCAULT MICHEL, *Die Malerei von Manet* (orig. *La peinture de Manet* [1989]), Merve Verlag: Berlin 1999
- FRANCIONI ESTHER TISA/HEUSS ANJA/KREIS GEORG, *Fluchtgut – Raubgut. Der Transfer von Kulturgütern in und über die Schweiz 1933–1945 und die Frage der Restitution*, hrsgg. von der Unabhängigen Expertenkommission Schweiz – Zweiter Weltkrieg (2001), 2. Aufl., Chronos: Zürich 2016
- FRANCIONI FRANCESCO/SCHWEININ MARTIN (Hrsg.), *Cultural Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston 2008
- FRANKLIN PAUL B., *Brancusi & Duchamp*, Kasmin: New York 2018

- FREELAND CYNTHIA, *Art Theory. A Very Short Introduction*, Oxford University Press: Oxford/New York 2001
- FREHNER MATTHIAS/SPANKE DANIEL (Hrsg.), *Moderne Meister. «Entartete» Kunst im Kunstmuseum Bern*, Prestel: München/London/New York 2016
- FREI DANIEL, *Die Förderung des schweizerischen Nationalbewusstseins nach dem Zusammenbruch der Alten Eidgenossenschaft 1798*, Juris-Verlag: Zürich 1964
- FREY ANNA-MIRJAM, *Die Romanfigur wider Willen*, P. Lang: Frankfurt a.M. 2008
- FRIEDLÄNDER KURT, *Geschichte der Madame Bovary. Ein Prozess zwischen Kunst und Moral vor 100 Jahren*, *Die Zeit* (2.5.1957)
- FRISCH MAX, *Ignoranz als Staatsschutz?*, hrsgg. von David Gugerli und Hannes Mangold, Suhrkamp: Berlin 2015
- FROWEIN JOCHEN A./PEUKERT WOLFGANG, *Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar*, 3. Aufl., N.P. Engel: Kehl am Rhein 2009
- GADAMER HANS-GEORG, *Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik* (1960), 6. Aufl., de Gruyter: Tübingen 1990
- GAMBONI DARIO, *The Destruction of Art. Iconoclasm and Vandalism since the French Revolution*, Rektion Books: London 2018
- GAMBONI DARIO/LAUBSCHER SEBASTIAN, *Das Marktplatzbrunnenprojekt zu Basel 1986–1989. Sponsoring, Kunst im öffentlichen Raum und Kunstfreiheit, Unsere Kunstdenkmäler 40* (1989) 3, 306–318
- GARDBAUM STEPHEN, *How Do and Should We Compare Constitutional Law?*, in: Besson Samantha/Heckendorn Urscheler Lukas/Jubé Samuel (Hrsg.), *Comparing Comparative Law*, Schulthess: Genf/Zürich/Basel 2017, 109–125
- GÄRTNER SEBASTIAN, *Was die Satire darf: eine Gesamtbetrachtung zu den rechtlichen Grenzen einer Kunstform* (Diss. Mainz), Duncker Humblot: Berlin 2009
- GARTON ASH TIMOTHY, *Free Speech. Ten Principles for a Connected World*, Yale University Press: London 2016
- GARVEY JOHN H./SCHAUER FREDERICK (Hrsg.), *The First Amendment: A Reader*, 2. Aufl., West: St. Paul 1996
- GASSER MARTIN/MEIER THOMAS D./WOLFENBERGER ROLF, *Wider das Leugnen und Verstellen. Carl Durheims Fahndungsfotografien von Heimatlosen 1852/53*, Offizin: Zürich 1998
- GAUCH PETER et al. (Hrsg.), *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Einleitung, Art. 1–7 ZGB*, 3. Aufl., Schulthess: Zürich 1998 (zit. AUTOR, ZGB ZK)
- GEISER THOMAS, *Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke* (Habil. Basel), Helbing Lichtenhahn: Basel 1990
- GEISER THOMAS, *Film und Persönlichkeitsschutz*, *medialex* (2009) 131–139
- GEISER THOMAS, *Meinungsäußerungsfreiheit und Kunstfreiheit als Rechtfertigungsgründe für eine Persönlichkeitsverletzung?*, *ZBJV* 130 (1994) 12, 763 f.

- GEPHART WERNER, *Recht als Kultur. Für eine geisteswissenschaftliche Erforschung von Recht im Globalisierungsprozess*, Klostermann: Bonn/Frankfurt a.M. 2010
- GEPHART WERNER/LEKO JURE (Hrsg.), *Law and the Arts. Elective Affinities and Relationships of Tension*, Vittorio Klostermann: Frankfurt a.M. 2017
- GERBER ADRIAN, *Zwischen Propaganda und Unterhaltung. Das Kino in der Schweiz zur Zeit des Ersten Weltkriegs*, Marburg: Schüren 2017
- GERBER ALEXANDRA, *Der Einfluss des ausländischen Rechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichts*, in: Institut Suisse de Droit Comparé (Hrsg.), *Perméabilité des ordres juridiques*, Schulthess: Zürich 1992, 141–163
- GERNY DANIEL, *Zweckmässigkeit und Problematik eines Gewaltdarstellungsverbots im schweizerischen Strafrecht* (Diss. Basel), [Verlag nicht bekannt]: Basel 1994
- GIACOMETTI ZACCARIA, *Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, Polygraphischer Verlag: Zürich 1941
- GIACOMETTI ZACCARIA, *Die Auslegung der schweizerischen Bundesverfassung*, Mohr: Tübingen 1925
- GIACOMETTI ZACCARIA, *Die Demokratie als Hüterin der Menschenrechte*, zit. aus: *Jahresbericht Universität Zürich 1953/54*, 3–23
- GIACOMETTI ZACCARIA, *Die Freiheitskataloge als Kodifikation der Freiheit (1955)*, in: Ders., *Ausgewählte Schriften*, hrsgg. von Alfred Kölz, Schulthess: Zürich 1994, 23–38
- GIGER H.R., *CH-91: auf 700 Jahre Warten auf*, Steiner: Baden 1991
- GIGY FRITZ, *Schweizerische Wirtschaftsverfassung*, 2. Aufl., Paul Haupt: Bern/Stuttgart 1978
- GILLABERT MATTHIEU, *Dans les coulisses de la diplomatie culturelle Suisse. Objectifs, réseaux et réalisations (1938–1984)* (Diss. Fribourg), Editions Alphil: Neuchâtel 2013
- GISH DUSTIN/KLINGHARD DANIEL, *Thomas Jefferson and the Science of Republican Government: A Political Biography of Notes on the State of Virginia*, Cambridge University Press: New York 2017
- GLASER ANDREAS, *Die Justiz-Initiative: Besetzung des Bundesgerichts im Losverfahren?*, *AJP* (2018) 1251–1260
- GLAUS BRUNO/STUDER PETER, *Kunstrecht*, Werd & Weber: Zürich 2003
- GLAUSER FRIEDRICH, *Briefe*, 2 Bände, hrsgg. von Bernhard Echte und Manfred Pabst, Arche: Zürich 1988–1991
- GLENDON MARY ANNE, *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Random House: New York 2001
- GLENDON MARY ANNE, *Comparative Law in the Age of Globalization*, *Duquesne Law Review* 52 (2014) 1–24
- GOMBRICH ERNST H., *Die Geschichte der Kunst*, 16. Aufl., Phaidon: Berlin 2016
- GOODMAN NELSON, *Sprachen der Kunst. Entwurf einer Symboltheorie (orig. The Languages of Art. An Approach to a Theory of Symbols [1968])*, Suhrkamp: Frankfurt a.M. 1995

- GOODRICH PETER, *Legal Emblems and the Art of Law. Obiter Depicta as the Vision of Governance*, Cambridge University Press: Cambridge 2014
- GOODRICH PETER, *Oedipus Lex. Psychoanalysis, History, Law*, UCP: Berkeley/Los Angeles/London 1995
- GOODRICH PETER, *Visiocracy: On the Futures of the Fingerpost*, *Critical Inquiry* 39 (2013) 498–531
- GOODRICH PETER/HAYAERT VALÉRIE (Hrsg.), *Genealogies of Legal Vision*, Routledge: Abingdon/New York 2015
- GOSTOMZYK TOBIAS, *Wahrheit, keine Dichtung*, *NJW* 61 (2008) 11, 737–739
- GÖTTING HORST-PETER, *Persönlichkeitsschutz und Kunstfreiheit*, in: Rainer Jacobs/Hans-Jürgen Papier/Peter-Klaus Schuster (Hrsg.), *Festschrift für Peter Raue zum 65. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag: Köln/Berlin/München 2007, 427–444
- GRABER CHRISTOPH BEAT, *Bottom-up Constitutionalism: The Case of Net Neutrality*, *icall Working Paper Series* 2017
- GRABER CHRISTOPH BEAT, *Der Kunstbegriff im Kontext der Gesellschaft*, in: Institut Suisse de droit comparé/Centre du droit de l'art (Hrsg.), *Liberté de l'art et indépendance de l'artiste/Kunstfreiheit und Unabhängigkeit der Kunstschaffenden. Acte du Colloque international des 27 et 28 novembre 2003 à Lausanne*, Schulthess: Genf/Zürich/Basel 2004, 91–111
- GRABER CHRISTOPH BEAT, *Handel und Kultur im Audiovisionsrecht der WTO. Völkerrechtliche, ökonomische und kulturpolitische Grundlagen einer globalen Medienordnung (Habil. Bern)*, Stämpfli: Bern 2003
- GRABER CHRISTOPH BEAT, *Internet Creativity, Communicative Freedom and a Constitutional Rights Theory Response to «Code is Law»*, in: Pager Sean A./Candeub Adam (Hrsg.), *Transnational Culture in the Internet Age*, Elgar: Cheltenham 2012, 135–164
- GRABER CHRISTOPH BEAT, *Keine Mobilität für alte Meister?. Rechtsfragen beim grenzüberschreitenden Transfer nationalen Kulturguts von künstlerischem Interesse in Europa*, in: Ackermann Jürg-Beat/Bommer Felix (Hrsg.), *Liber Amicorum für Dr. Martin Vonplon*, Schulthess: Zürich 2009, 161–172
- GRABER CHRISTOPH BEAT, *Zwischen Geist und Geld. Interferenzen von Kunst und Wirtschaft aus rechtlicher Sicht (Diss. Florenz)*, Nomos: Baden-Baden 1994
- GRASNICK WALTER, *Unsichere Kanonisten*, *myops* 28 (2016) 24–37
- GREEN CHARLES/GARDNER ANTHONY, *Biennials, Triennials, and documenta. The Exhibitions That Created Contemporary Art*, Wiley Blackwell: Chichester 2016
- GRELL BORIS THORSTEN, *Entartete Kunst. Rechtsprobleme der Erfassung und des späteren Schicksals der sogenannt Entarteten Kunst (Diss. Zürich)*, Huber Druck: Entlebuch 1999
- GRIMM DIETER, *«Keine Trumpfkarte im Fall «Esra» – Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrecht müssen gegeneinander abgewogen werden*, *ZRP* (2008) 29 ff.
- GRIMM DIETER, *Die Zukunft der Verfassung II. Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung*, Suhrkamp: Berlin 2012

- GRIMM DIETER, Notwendigkeit und Bedingungen interdisziplinärer Forschung in der Rechtswissenschaft, in: Kirste Stephan (Hrsg.), *Interdisziplinarität in den Rechtswissenschaften. Ein interdisziplinärer und internationaler Dialog*, Duncker Humblot: Berlin 2016, 21–34
- GRIMM DIETER, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Suhrkamp: Frankfurt a.M. 1987
- GRIMM DIETER, The Role of Fundamental Rights after Sixty-Five Years of Constitutional Jurisprudence in Germany, *International Journal of Constitutional Law* 13 (2015) 1, 9–29
- GRIMM JACOB, Von der Poesie im Recht, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 2 (1815) 1, 25–99
- GROTE RAINER/LACHENMANN FRAUKE/WOLFRUM RÜDIGER, *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press: Oxford 2017
- GROYS BORIS, *Topologie der Kunst*, Carl Hanser Verlag: München 2003
- GRÜTER UELI/SCHNEIDER MARTIN/SENN MISCHA, *Kommunikationsrecht.ch. Handbuch des Schweizerischen Kommunikations- und Immaterialgüterrechts für Studium und Praxis*, 2. Aufl., VDF: Zürich 2012
- GUEX ROBERT, Le cinématographe et la liberté d'industrie, in: *Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins*, Helbing Lichtenhahn: Basel 1916, 1 ff. (auch publiziert in: *ZSR* 35 [1916] 489–595)
- GUYER PAUL, Aesthetics, in: Forster Michael N./Gjesdal Kristin (Hrsg.), *The Oxford Handbook of German Philosophy in the Nineteenth Century*, Oxford University Press: Oxford 2015, 496–516
- HÄBERLE PETER (Hrsg.), *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft: Darmstadt 1982
- HÄBERLE PETER, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 3. Aufl., Duncker Humblot: Berlin 2005
- HÄBERLE PETER, Die Freiheit der Kunst im Verfassungsstaat, *AöR* 110 (1985) 577–619
- HÄBERLE PETER, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl., Duncker Humblot: Berlin 1998
- HÄBERLE PETER, Verfassungsschutz der Familie – Familienpolitik im Verfassungsstaat, R. v. Decker & C. F. Müller: Heidelberg 1984
- HÄBERLE PETER, Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht, in: Ders. (Hrsg.), *Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft: Darmstadt 1982, 1–59
- HABERMANN FRIEDERIKE, Freiheit, Gleichheit, Ausschluss. Staatlichkeit und Intersektionalität, in: Ludwig Gundula/Sauer Birgit/Wöhl Stefanie (Hrsg.), *Staat und Geschlecht*, Nomos: Baden-Baden 2009
- HABERMAS JÜRGEN, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp: Frankfurt a.M. 1992

- HABERMAS JÜRGEN, Strukturwandel der Öffentlichkeit (1962), Suhrkamp: Frankfurt a.M. 1990
- HAEFS WILHELM/MIX YORK-GOTHART (Hrsg.), Zensur im Jahrhundert der Aufklärung. Geschichte – Theorie – Praxis, Wallstein Verlag: Göttingen 2007
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Schulthess: Zürich/Basel/Genf 2016
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Dike: Zürich/St. Gallen 2016
- HAGENSTEIN NADINE, O tempora, o mores! oder Keine Macht den Killerspielen, AJP (2010) 1293–1310
- HAHN RICHARD, Persönlichkeitsrecht und Buch, ZUM 2 (2008) 97–102
- HALLER WALTER, Verfassungsfortbildung durch Richterrecht, ZSR 124 (2005) 1, 5–21
- HAMANN ANDREAS, Zur rechtsgeschichtlichen Entwicklung des Verhältnisses von staatlicher Zensur und Kunstfreiheit, Verwaltungsarchiv 75 (1984) 1, 15–37
- HAMILTON MARCI A., Art Speech, Vanderbilt Law Review 49 (1996) 74–122
- HÄNER ISABELLE/RÜSGLI MARKUS/SCHWARZENBACH EVI (Hrsg.), Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Schulthess: Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. AUTOR, Kommentar KV ZH Art. N)
- HANGARTNER YVO, Der Staat als Unternehmer, in: Rechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz: Festschrift 25 Jahre juristische Abschlüsse an der Universität St. Gallen (HSG), Dike: Zürich 2007, 237–250
- HANGARTNER YVO, Sozialpolitische Schranken der Handels- und Gewerbefreiheit, in: Brandenburg Andreas (Hrsg.), Standpunkte zwischen Theorie und Praxis. Festschrift für Hans Schmid, Paul Haupt: Bern/Stuttgart/Wien 1995, 257–268
- HANGARTNER YVO/KLEY ANDREAS, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Schulthess: Zürich 2000
- HÄNNI PETER/STÖCKLI ANDREAS, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Stämpfli: Bern 2013
- HANSCHMANN FELIX, «Ceci n'est pas une pipe» – Zur Freiheit der Literatur in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Emmenegger Sigrid/Wiedmann Ariane (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, de Gruyter: Berlin 2011, 327–349
- HARTSHORNE THOMAS L., Modernism on Trial: C. Brancusi v. United States (1928), Journal of American Studies 20 (1986) 1, 93–104
- HÄSLER PHILIPP, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen (Diss. Bern), Stämpfli: Bern 2005
- HAUSER CLAUDE/SEGER BRUNO/TANNER JAKOB, Zwischen Kultur und Politik. Pro Helvetia 1939 bis 2009, NZZ: Zürich 2010

- HAUSER-SCHÄUBLIN BRIGITTA/PROTT LYNDEL V. (Hrsg.), *Cultural Property and Contested Ownership. The Trafficking of Artefacts and the Quest for Restitution*, Routledge: Abingdon 2017
- HAUSHEER HEINZ et al. (Hrsg.), *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Einleitung. Art. 1–9 ZGB*, Stämpfli: Bern 2012 (zit. AUTOR, BK ZGB)
- HECKENDORN URSCHELER LUKAS, Gedanken zur Methode der richterlichen Rechtsvergleichung im Bereich des Zivilrechts, in: Schmid Jörg/Morowa Alexander H.E./Heckendorn Urscheler Lukas (Hrsg.), *Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung. Praxis, Legitimität und Methodik*, Schulthess: Zürich/Basel/Genf 2014, 89–112
- HEGEL GEORG WILHELM FRIEDRICH, *Vorlesungen über die Ästhetik (I-III) (1817–1829)*, Werke in 20 Bänden, Band 13–15, Suhrkamp: Frankfurt a.M. 1977
- HEIDEGGER MARTIN, *Der Ursprung des Kunstwerkes (1935/6)*, in: Ders. (Hrsg.), *Holzwege*, 9. Aufl., Klostermann: Frankfurt a.M. 2015, 1–74
- HEIMGARTNER STEFAN, *Weiche Pornographie im Internet*, AJP (2005) 1482–1490
- HEINE WOLFGANG (Hrsg.), *Der Kampf um den Reigen. Vollständiger Bericht über die sechstägige Verhandlung gegen Direktion und Darsteller des Kleinen Schauspielhauses Berlin*, Rowohlt: Berlin 1922
- HELLER HERMANN, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*, in: *Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer von 1927*, de Gruyter: Berlin/Leipzig 1928, 98–207
- HELLER HERMANN, *Staatslehre (1934)*, 6. Aufl., J.C.B. Mohr: Tübingen 1983
- HEMPEL HEINRICH, *Die Freiheit der Kunst. Eine Darstellung des schweizerischen, deutschen und amerikanischen Rechts (Diss. Zürich)*, Schulthess: Zürich 1991
- HENGGELER-MÖLICH EMMY, *Kinematograph und Gewerbefreiheit*, in: *Schweizerischer Juristenverein (Hrsg.), Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins*, Helbing Lichtenhahn: Basel 1916, 1 ff. (auch publiziert in: ZSR 35 [1916] 489–595)
- HENRICH DIETER/ISER WOLFGANG (Hrsg.), *Theorien der Kunst*, 3. Aufl., Suhrkamp: Frankfurt a.M. 1999
- HENSCHEL JOHANN F., *Die Kunstfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfG*, NJW 43 (1990) 32, 1973–1944
- HENSCHEL JOHANN F., *Kunstfreiheit als Grundrecht*, Boorberg: München 1993
- HERTACH RUDOLF, *Das Legalitätsprinzip in der Leistungsverwaltung (Diss. Zürich)*, Schulthess: Zürich 1984
- HESSE KONRAD, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., C. F. Müller: Heidelberg 1999
- HEUSSER PIERRE, *Stimm- und Wahlrecht für Ausländerinnen und Ausländer (Diss. Zürich)*, Schulthess: Zürich 2001
- HILDEBRAND ANGELA, *Abbildungen von Personen bei künstlerischer Street Photography*, ZUM (2016) 4, 305–314

- HILDEBRAND ANGELA, Künstlerische Strassenfotografie ohne Einwilligung der abgebildeten Person, ZUM (2018) 8, 585–590
- HILDESHEIMER WOLFGANG, Marbot. Eine Biographie, Frankfurt a.M. 1984
- HILGERS THOMAS/KOCH GERTRUD/MÖLLERS CHRISTOPH/MÜLLER-MALL SABINE (Hrsg.), Affekt und Urteil, Fink: Paderborn 2015
- HILLER SUSAN (Hrsg.), The Myth of Primitivism. Perspectives on Art, Routledge: London, New York 2001
- HILTI MARTIN, Die Gewissensfreiheit in der Schweiz (Diss. Basel), Dike: Zürich/St. Gallen 2008
- HILTY CARL, Öffentliche Vorlesungen über die Helvetik, Max Fiala's Buch- und Kunsthandlung: Bern 1878
- HILTY RETO M., Urheberrecht, Stämpfli: Bern 2011
- HILTY RETO/ARPAGAU RETO (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Helbing Lichtenhahn: Basel 2013
- HIRSCH HELEN/LUCHSINGER KATRIN/RÖSKE THOMAS (Hrsg.), Extraordinaire! Unbekannte Werke aus psychiatrischen Einrichtungen in der Schweiz um 1900, Scheidegger & Spiess: Zürich 2018
- HOCHGSCHWENDER MICHAEL, Freiheit in der Offensive? Der Kongress für Kulturelle Freiheit und die Deutschen, Oldenbourg Wissenschaftsverlag: München 1998
- HODGE SUSIE, The Short Story of Art, Laurence King Publishing: London 2017
- HOEREN THOMAS/HOLZNAGEL BERND/ERNSTSCHNEIDER THOMAS (Hrsg.), Handbuch Kunst und Recht, Peter Lang: Frankfurt a.M. 2008
- HOFER WALTHER, «Die Freiheit hat die Offensive ergriffen»: Kongress für kulturelle Freiheit in Berlin, Schweizer Monatshefte 30 (1950) 5, 273–281
- HÖFFE OTFRIED, Immanuel Kant, 8. Aufl., C.H. Beck: München 2014
- HOFFMANN MEIKE/KUHN NICOLA, Hitlers Kunsthändler Hildebrand Gurlitt, 1895–1956: die Biographie, C.H. Beck: München 2016
- HOLLAND ANDREW, Bundesstaatliche Kunstförderung in der Schweiz. Anregungen aus einem Rechtsvergleich mit den USA (Diss. St.Gallen), Schulthess: Zürich 2002
- HOPPE URSULA, Die Kunstfreiheit als EU-Grundrecht (Diss. Köln), Peter Lang: Frankfurt a.M. 2011
- HOTZ SANDRA/ZELGER ULRICH (Hrsg.), Kultur und Kunst. Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Dike: Zürich/St. Gallen 2010
- HUBER ERNST RUDOLF, Zur Problematik des Kulturstaats (1958), in: Häberle Peter (Hrsg.), Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht, Wissenschaftliche Buchgesellschaft: Darmstadt 1982, 122–145
- HUBER HANS, Das Recht im technischen Zeitalter (1960), in: Ders. (Hrsg.), Rechtstheorie. Verfassungsrecht. Völkerrecht. Ausgewählte Aufsätze 1950–1970, Stämpfli: Bern 1971, 57–75

- HUBER HANS, Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Bindungen unter den Rechtsgenossen (1955) zitiert aus: Ders. (Hrsg.), *Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht. Ausgewählte Aufsätze 1950–1970*, Stämpfli: Bern 1971, 139–165
- HUBER HANS, Die persönliche Freiheit. Eine Kritik der neuen Auffassung des Bundesgerichts, *SJZ* 69 (1973) 113–121
- HUBER HANS, Über die Konkretisierung der Grundrechte, in: Saladin Peter/Wildhaber Luzius (Hrsg.), *Der Staat als Aufgabe. Gedenkschrift für Max Imboden*, Helbing Lichtenhahn: Basel 1972, 191–209
- HUG GITTI, Werkschutz der Fotografie vor neuen Herausforderungen; *KUR* 17 (2015) 2, 31–36
- HÜNEKE ANDREAS, *Kunst am Pranger: die Moderne im Nationalsozialismus*, Fink: München 2011
- HUNT LYNN, *Inventing Human Rights. A History*, W. W. Norton & Company: New York/London 2007
- HUNT LYNN, The Sacred and the French Revolution, in: Jeffrey C. Alexander (Hrsg.), *Durkheimian Sociology: Cultural Studies*, Cambridge University Press: Cambridge 1988, 25–43
- HUONKER THOMAS, Diagnose: «moralisch defekt»: Kastration, Sterilisation und Rassendiskriminierung im Dienst der Schweizer Sozialpolitik und Psychiatrie 1890–1970, Orell Füssli: Zürich 2003
- HUSTER STEFAN, *Die ethische Neutralität des Staates. Eine liberale Interpretation der Verfassung* (Habil. Heidelberg), 2. Aufl., Mohr Siebeck: Tübingen 2017
- HUYSEN ANDREAS/RABINBACH ANSON/SCHALEM AVINOAM, *Nazi-looted Art and its Legacies*, Duke University Press: Durham 2017
- INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ/CENTRE DU DROIT DE L'ART (Hrsg.), *Liberté de l'art et indépendance de l'artiste/Kunsthfreiheit und Unabhängigkeit der Kunstschaffenden. Acte du Colloque international des 27 et 28 novembre 2003 à Lausanne*, Schulthess: Genf/Zürich/Basel 2004
- IRIGARAY LUCE, *Speculum. Spiegel des anderen Geschlechts* (orig. *Spéculum. De l'autre femme* [1974]), Suhrkamp: Frankfurt a.M. 1980
- ISER WOLFGANG, Interpretationsperspektiven moderner Kunsttheorie, in: Henrich Dieter/Iser Wolfgang (Hrsg.), *Theorien der Kunst*, 3. Aufl., Suhrkamp: Frankfurt a.M. 1999, 33–58
- ISHAY MICHELINE R., *The History of Human Rights. From Ancient Times to the Globalization Era*, University of California Press: Berkeley 2008
- JAAG TOBIAS/RÜSSLI MARKUS, *Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich*, 5. Aufl., Schulthess: Zürich/Basel/Genf 2019
- JACCARD PAUL-ANDRÉ/GUOX SÉBASTIEN (Hrsg.), *Le marché de l'art en Suisse*, SIK-ISEA: Zürich 2011
- JACKOB ALEXANDER, *Theater und Bilderfahrung. In den Augen der Zuschauer*, Aisthesis: 2014

- JARASS HANS D., Charta der Grundrechte der Europäischen Union unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte, der Grundrechtsregelungen der Verträge und der EMRK. Kommentar, 2. Aufl., C. H. Beck: München 2013 (zit. JARASS, Kommentar GRCh)
- JASPERS KARL et al., Kongress für kulturelle Freiheit Berlin, 26.–30. Juni 1950, *Der Monat* 2 (1950) 22/23, 340–495
- JASPERS KARL, *Die Chiffren der Transzendenz*, hrsgg. von Anton Hügli und Hans Saner, Schwabe: Basel 2011
- JAYME ERIK, Die Restitution von Kolonialgut aus europäischen Museen an afrikanische Herkunftsländer: Rechtsfragen, *KUR* 21 (2019) 1, 8–10
- JAYME ERIK, Nachahmung oder Transformation. Zweitkunst im Zwielficht des Rechts, in: *Kunst & Recht* 2016, Stämpfli: Bern 2016, 13–38
- JEFFERSON THOMAS, *Notes on the State of Virginia (1781/85)*, hrsgg. von William Peden, The University of North Carolina Press: Chapel Hill 1982
- JEFFERSON THOMAS, *The Writings of Thomas Jefferson: Being His Autobiography, Correspondence, Reports, Messages, Addresses, and Other Writings, Official and Private*, 9 Bände, Taylor & Maury: Washington D.C. 1853–1854
- JELLINEK GEORG, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte (1895)*, 4. Aufl., Nachdruck der Ausgabe von 1927, Duncker Humblot: Berlin 2013
- JOAS HANS, *Die Sakralität der Person. Eine neue Genealogie der Menschenrechte (2011)*, Suhrkamp: Berlin 2015
- JOHANN ERNST (Hrsg.), *Reden des Kaisers: Ansprachen, Predigten und Trinksprüche Wilhelms II.*, Deutscher Taschenbuch-Verlag: München 1996
- JOLLES ALEXANDER/SIMONEK MADELEINE/WALDBURGER PATRICK, Kunst und Steuern, in: AXA Art Versicherungs AG (Hrsg.), *Kunst & Recht. Schwerpunktthemen für den Kunstsammler*, AXA Art: Zürich 2007, 74–85
- JOLY JEAN-BAPTISTE/VISMANN CORNELIA/WEITIN THOMAS (Hrsg.), *Bildregime des Rechts, merz & solitude*: Stuttgart 2007
- JONAS HANS, *Homo Pictor: Von der Freiheit des Bildens*, in: Boehm Gottfried (Hrsg.), *Was ist ein Bild?*, Wilhelm Fink: München 1994
- JONES MICHAEL E., *Art Law. A concise Guide for Artists, Curators, and Art Educators*, Rowman & Littlefield: Lanham/Boulder/New York/London 2016
- JOSEPH SARAH/CASTAND MELISSA, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary*, 3. Aufl., Oxford University Press: Oxford 2013 (zit. JOSEPH/CASTAND, ICCPR)
- JOVANOVIC MIODRAG A., *Collective Rights. A Legal Theory*, Cambridge University Press: Cambridge 2012
- JUNOD VALÉRIE, *Interdiction des jeux vidéo violents: Moral Combat?*, *medialex* (2012) 3 ff.
- KADELBACH THOMAS, *«Swiss made». Pro Helvetia et l'image de la Suisse à l'étranger (1945–1990)* (Diss. Fribourg), Editions Alphil: Neuchâtel 2013

- KADNER GRAZIANO THOMAS, Ist justizielle Rechtsvergleichung legitim? – Zum Anlass der aktuellen Diskussion, in: Schmid Jörg/Morawa Alexander H.E./Heckendorn Urscheler Lukas (Hrsg.), *Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung. Praxis, Legitimität und Methodik*, Schulthess: Zürich/Basel/Genf 2014, 11–21
- KÄGI WERNER, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates. Untersuchungen über die Entwicklungstendenzen im modernen Verfassungsrecht*, Schulthess: Zürich 1971 [1945]
- KAISER REINHARD, *Der glückliche Kunsträuber. Das Leben des Vivian Denon*, C.H. Beck: München 2016
- KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG, *Universeller Menschenrechtsschutz. Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene*, 3. Aufl., Helbing Lichtenhahn: Basel 2013
- KANT IMMANUEL, *Die drei Kritiken. Eine kommentierte Auswahl (mit verbindendem Text von Raymund Schmidt)*, Kröner: Stuttgart 1975 (zit. *Drei Kritiken*)
- KANT IMMANUEL, *Kritik der Urteilskraft*, Werkausgabe Band X, hrsgg. von Wilhelm Weischedel, 23. Aufl., Suhrkamp: Berlin 2018
- KANT IMMANUEL, *Von der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks*, *Berlinische Monatsschrift* 5 (1785) 403–417
- KANTOROWICZ ERNST H., *Die zwei Körper des Königs. Eine Studie zur politischen Theologie des Mittelalters (orig. The King's Two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology [1957])*, dtv: München 1990
- KANTOROWICZ ERNST H., *Die Souveränität des Künstlers*, in: Grünewald Eckhart/Raulff Ulrich (Hrsg.), *Götter in Uniform. Studien zur Entwicklung des abendländischen Königtums*, Klett-Cotta: Stuttgart 1998, 329–348
- KARPENSTEIN ULRICH/MAYER FRANZ (Hrsg.), *EMRK. Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Kommentar*, 2. Aufl., Beck: München 2015 (zit. *AUTOR*, in: *Karpenstein/Mayer, EMRK-K Art. N*)
- KÄSERMANN MARIE-LOUISE, *Wo überall «Matto regiert». Zum Aufruhr beim Erscheinen des gleichnamigen Romans von Friedrich Glauser*, Edition Solo/Schweizerisches Psychiatriemuseum Bern: Bern 2013
- KAUFMAN ROY S. (Hrsg.), *Art Law Handbook*, Aspen Publishers: Gaithersburg/New York 2000 (zit. *KAUFMAN, Art Law Handbook*)
- KAUFMAN ROY S. (Hrsg.), *Art Law Handbook. 2004 Cumulative Supplement*, Aspen Publishers: New York 2004 (zit. *KAUFMAN, Art Law Handbook Supplement*)
- KAUMKÖTTER JÜRGEN, *Der Tod hat nicht das letzte Wort. Kunst in der Katastrophe 1933–45*, Galiani: Berlin 2015
- KEARNS PAUL, *Freedom of Artistic Expression. Essays on Culture and Legal Censure*, Hart Publishing: Oxford/Portland 2013
- KEE JOAN, *Models of Integrity: Art and Law in Post-Sixties America*, University of California Press: Oakland 2019

- KELLER HELEN, Kulturelle Vielfalt und Staatsvolk: Gilt es den Begriff des Volkes zu überdenken?, in: Nolte Georg et al. (Hrsg.), *Pluralistische Gesellschaften und internationales Recht*, Heidelberg 2008, 39–68
- KEMP WOLFGANG, Das Revolutionstheater des Jacques-Louis David. Eine neue Interpretation des «Schwurs im Ballhaus», *Marburger Jahrbuch für Kunstwissenschaft* 21 (1986) 165–184
- KEMP WOLFGANG, *Der explizite Betrachter. Zur Rezeption zeitgenössischer Kunst*, Konstanz University Press: Konstanz 2015
- KEMP WOLFGANG, *Geschichte der Fotografie. Von Daguerre bis Gursky*, C.H. Beck: München 2011
- KEMP WOLFGANG, Kunstwerk und Betrachter: Der rezeptionsästhetische Ansatz, in: Belting Hans et al., *Kunstgeschichte. Eine Einführung*, 7. Aufl., Dietrich Reimer: Frankfurt a.M. 2008, 247–265
- KERN MARKUS, *Kommunikationsgrundrechte als Gefahrenvorgaben* (Diss. Freiburg), Schulthess: Freiburg 2012
- KESSLER FRANZ, *Die Schweizerische Kulturstiftung Pro Helvetia* (Diss. Zürich), Schulthess: Zürich 1993
- KIENER REGULA, *Richterliche Unabhängigkeit. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte* (Habil. Bern), Stämpfli: Bern 2001
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTENBACH JUDITH, *Grundrechte*, 3. Aufl., Stämpfli: Bern 2018
- KIESOW RAINER MARIA, Eine kleine, total unvollständige Rechtsgefühlsgeschichte, *Ästhetik und Kommunikation* 41 (2010/11) 151, 9 f.
- KIESOW RAINER MARIA, *L'unité du droit*, Ed. de l'EHESS: Paris 2014
- KIESOW RAINER MARIA, *Rechtswissenschaft – was ist das?*, JZ 65 (2010) 12, 585–591
- KILCHER ANDREAS/MAHLMANN MATTHIAS/MÜLLER-NIELADA DANIEL (Hrsg.), *Fechtschulen und phantastische Gärten: Recht und Literatur*, vdf: Zürich 2013
- KIRSTE STEPHAN/VAN AAKEN ANNE/ANDERHEIDEN MICHAEL/POLICASTRO PAQUELE (Hrsg.), *Interdisciplinary Research in Jurisprudence and Constitutionalism*, Franz Steiner Verlag/Nomos: Stuttgart 2012
- KLATT JOHANNA/LORENZ ROBERT, (Hrsg.): *Manifeste. Geschichte und Gegenwart des politischen Appells*, Transcript: Bielefeld 2011
- KLEY ANDREAS, *Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz*, 2. Aufl., Dike: Zürich 2015
- KLEY ANDREAS, *Kultur, Kunst und Bundesverfassung. Kraut und Unkraut in schweizerischen Kulturlandschaften*, in: Hotz Sandra/Zelger Ulrich (Hrsg.), *Kultur und Kunst. Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich*, Dike: Zürich/St. Gallen 2011, 19–27
- KLEY ANDREAS, *Rechtsgleichheit (Grundbegriffe unserer Rechtskultur III)*, *Reformatio* 4 (2001) 237–242

- KLEY ANDREAS, Verfassungsgeschichte der Neuzeit. Grossbritannien, die USA, Frankreich und die Schweiz, Stämpfli: Bern 2013
- KLEY ANDREAS/VOGT HUGO, Das Problem der Grundrechtskonkurrenzen, *iusfull* 3 (2008) 132–140
- KNEBEL SOPHIE VICTORIA, Die Drittwirkung der Grundrechte und -freiheiten gegenüber Privaten. Regulierungsmöglichkeiten sozialer Netzwerke (Diss. Hamburg), Nomos: Baden-Baden 2018
- KNIES WOLFGANG, Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem (Diss. München), C.H. Beck: München 1967
- KOENIG CHRISTIAN/KÜHLING JÜRGEN, Mitgliedstaatliche Kulturförderung und gemeinschaftliche Beihilfekontrolle durch die EG-Kommission, *EuZW* (2000) 197–203
- KOENIG CHRISTIAN/KÜHLING JÜRGEN, EG-Beihilfenrecht, 2. Aufl., Recht und Wirtschaft: Frankfurt a.M. 2005
- KOLLER SIMONE/ZÜST MARA (Hrsg.), Doris Stauffer – Eine Monografie, Scheidegger & Spiess: Zürich 2015
- KÖLZ ALFRED (Hrsg.), Quellenbuch zur neueren Schweizerischen Verfassungsgeschichte. Vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Stämpfli: Bern 1992
- KÖLZ ALFRED, Fortschritt, unideologisch: Von der Aktualität Condorcets (1743–1794), in: Alfred Kölz, *Der Weg der Schweiz zum modernen Bundesstaat. Historische Abhandlungen*, Rüegger: Chur/Zürich 1998, 161–170
- KÖLZ ALFRED, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848 (Band 1), Stämpfli: Bern 1992
- KOPP PETER F., Peter Ochs. Sein Leben nach Selbstzeugnissen erzählt und mit Bildern authentisch illustriert, Buchverlag Basler Zeitung: Basel 1992
- KORINEK KARL, Staat und Kunst, Ferdinand Schöningh: Paderborn 2006
- KORNFELD EVA, *Creating an American Culture 1775–1800. A Brief History with Documents*, Palgrave Macmillan: New York 2016
- KOSCHORKE ALBRECHT/LÜDEMANN SUSANNE/FRANK THOMAS/MATALA DE MAZZA ETHEL, *Der fiktive Staat. Konstruktionen des politischen Körpers in der Geschichte Europas*, Fischer: Frankfurt a.M. 2007
- KOSKENNIEMI MARTTI, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870–1960*, Cambridge University Press: Cambridge 2008
- KRACAUER SIGFRIED, *Die Photographie* (1927), in: Ders. (Hrsg.), *Werke*, Suhrkamp: Berlin 2011, Band 5.2, 682–699
- KRACAUER SIGFRIED, *Von Caligari bis Hitler. Eine psychologische Geschichte des deutschen Films* (orig. *From Caligari to Hitler* [1947]), Suhrkamp: Frankfurt a.M. 1984
- KRAMER ERNST A., *Juristische Methodenlehre*, 5. Aufl., C.H. Beck: München/Wien/Bern 2016
- KRÄMER SYBILLE, *Sprache, Sprechakt, Kommunikation. Sprachtheoretische Positionen des 20. Jahrhunderts*, Suhrkamp: Frankfurt a.M. 2001

- KREIS GEORG, Der junge Staat. Sein Ausdruck und Abbild, in: Fritzsche Bruno et al. (Hrsg.), *Damals in der Schweiz*, Frauenfeld/Stuttgart 1980, 151–158
- KREIS GEORG, Der Schnauz des Schmieds: Kunst und Kalter Krieg in Basel 1950/51, *Basler Stadtbuch* 121 (2001) 224 ff.
- KREIS GEORG, Einsteher für «entartete Kunst». Die Basler Ankäufe von 1939/40, *NZZ Libro*: Zürich 2017
- KREIS GEORG, *Zeitzeichen für die Ewigkeit. 300 Jahre Schweizerische Denkmaltopografie*, Verlag NZZ: Zürich 2008
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/WOLF STEPHAN/AMSTUTZ MARC/FANKHAUSER ROLAND (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, 3. Aufl., Orell Füssli: Zürich 2016 (zit. AUTOR, *ZGB Handkommentar*)
- KÜFFER RAFAEL, Eine liberale Kritik am Notrecht. Zaccaria Giacometti als Protagonist der Schweizer Notrechtsdebatte (Diss. Bern), Mohr Siebeck: Tübingen 2014
- KÜHSEL-HUSSAINI MARIAM, *Tschudi*, Rowohlt: Hamburg 2020
- KUMMER MAX, *Das urheberrechtlich schützbares Werk*, Stämpfli: Bern 1968
- KUNSTHALLE BERN (Hrsg.), *Bildnerie der Geisteskranken, art brut = Insania pingens*. Ausstellung Kunsthalle Bern, 24. August–15. September 1963 (Katalog, [Verlag nicht ermittelbar]: Bern 1963
- KURZ HANNS/KEHRL BEATE/NIX CHRISTOPH, *Praxishandbuch Theater- und Kulturveranstaltungsrecht*, 2. Aufl., C.H. Beck: München 2015
- KÜSTER BERND, Die verfassungsrechtliche Problematik der gesamtstaatlichen Kunst- und Kulturpflege in der BRD (Diss. Bonn), Lang: Frankfurt a.M. 1990
- KYMLICKA WILL, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford University Press: Oxford 1996
- LACHMAYER FRIEDRICH/GARNITSCHNIG KARL, *Computergraphik und Rechtsdidaktik*, Manz: Wien 1978
- LADENSON ELISABETH, *Dirt for Art's Sake. Books on Trial from «Madame Bovary» to «Lolita»*, Cornell University Press: Ithaca 2007
- LADOUR KARL-HEINZ, Persönlichkeitsrecht und Kunstfreiheit im Konflikt, *AfP* (2004) 292 ff.
- LADOUR KARL-HEINZ/GOSTOMZYK TOBIAS, Ein Roman ist ein Roman ist ein Roman?, *ZUM* (2004) 426–435
- LAHUSEN BENJAMIN, *Alles Recht geht vom Volksgeist aus. Friedrich Carl von Savigny und die moderne Rechtswissenschaft*, Nicolai: Berlin 2013
- LANGER LORENZ, Kantonale Interventionen bei eidgenössischen Abstimmungskämpfen, *ZBl* 4 (2017) 183–215
- LARENZ KARL, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Springer: Berlin/Heidelberg 1991
- LAROS TED, *Literature and the Law in South Africa, 1910–2010. The Long Walk to Artistic Freedom*, Fairleigh Dickinson University Press: Vancouver/Madison/Teaneck/Wroxtton 2018

- LAURENCE CYNTHIA (Hrsg.), *Women and Art in Early Modern Europe*, Pennsylvania State University Press: University Park 1998
- LEGENDRE PIERRE, *Das politische Begehren Gottes. Studie über die Montagen des Staates und des Rechts* (orig. *Le désir politique de Dieu. Etude sur les montages de l'Etat et du Droit* [1988]), Schriften Band 6, hrsgg. von Georg Mein und Clemens Pornschlegel, Turia + Kant: Wien/Berlin 2012
- LEGENDRE PIERRE, *Gott im Spiegel. Untersuchung zur Institution der Bilder* (orig. *Dieu au Miroir. Etude sur l'institution des images* [1994]), Schriften Band 2, hrsgg. von Georg Mein und Clemens Pornschlegel, Turia + Kant: Wien/Berlin 2011
- LENSKI SOPHIE-CHARLOTTE, *Grundrechtsschutz zwischen Fiktionalität und Wirklichkeit – Zum «Esra»-Beschluss des BVerfG*, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 3 (2008) 281–284
- LENSKI SOPHIE-CHARLOTTE, *Öffentliches Kulturrecht. Materielle und immaterielle Kulturwerke zwischen Schutz, Förderung und Wertschöpfung*, Tübingen 2013
- LENSKI SOPHIE-CHARLOTTE, *Personenbezogene Massenkommunikation als verfassungsrechtliches Problem. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Konflikt mit Medien, Kunst und Wissenschaft* (Diss. Berlin), Duncker Humblot: Berlin 2007
- LERNER RALPH E./BRESLER JUDITH, *Art Law. The Guide for Collectors, Investors, Dealers, & Artists*, Band I, 4. Aufl., Practising Law Institute: New York 2012
- LESSING GOTTHOLD EPHRAIM, *Laokoon* (1766), Reclam: Stuttgart 1964
- LEWIS ANTHONY, *Freedom for the Thought That We Hate. A Biography of the First Amendment*, Basic Books: New York 2007
- LÖFFLER MARION, *Feministische Staatstheorien. Eine Einführung*, Frankfurt a.M. 2011
- LOOSLI CARL ALBERT, *Aus Zeit und Leid*, Oprecht: Zürich 1943
- LUCHSINGER KATRIN (Hrsg.), *Pläne. Werke aus psychiatrischen Kliniken in der Schweiz 1850–1920*, Chronos: Zürich 2008
- LUCHSINGER KATRIN/SALATHE ANDRÉ/DAMMANN GERHARD (Hrsg.), *Auf der Seeseite der Kunst. Werke aus der Psychiatrischen Klinik Münsterlingen, 1894–1960*, Chronos: Zürich 2015
- LUHMANN NIKLAS, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp: Frankfurt a.M. 1995
- LUHMANN NIKLAS, *Die Kunst der Gesellschaft*, Suhrkamp: Frankfurt a.M. 1997
- LUHMANN NIKLAS, *Legitimation durch Verfahren*, Suhrkamp: Frankfurt a.M. 1983
- LUHMANN NIKLAS, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie* (1965), 5. Aufl., Duncker & Humblot: Berlin 2009
- LYNEN PETER M., *Kunstrecht*, Band 1–3, Springer: Wiesbaden 2013
- MACCHIACCHINI SANDRO, *Urheberrecht und Meinungsfreiheit* (Diss Zürich), Stämpfli: Bern 2000
- MÄCHLER AUGUST, *Subventionsrecht*, in: Biaggini Giovanni et al. (Hrsg.), *Fachhandbuch Verwaltungsrecht: Expertenwissen für die Praxis*, Schulthess: Zürich 2015, 859–898

- MACKINNON CATHERINE A., *Only Words*, Harvard University Press: Cambridge 1993
- MAGRINI BORIS, *Confronting the Machine: An Enquiry into the Subversive Drives of Computer-Generated Art*, de Gruyter: Berlin/Boston 2017
- MAHLMANN MATTHIAS, *Die Garantie der Menschenwürde in der Schweizerischen Bundesverfassung*, AJP 9 (2013) 1307–1320
- MAHLMANN MATTHIAS, *Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie*, Nomos: Baden-Baden 2008
- MAHLMANN MATTHIAS, *Konkrete Gerechtigkeit. Eine Einführung in Recht und Rechtswissenschaft der Gegenwart*, 3. Aufl., Nomos: Baden-Baden 2017
- MAHLMANN MATTHIAS, *Le Chariot. Bemerkungen zu den Grundlagen des Rechts*, ZSR 131 (2012) 2, 123–144
- MAHLMANN MATTHIAS, *Neue Perspektiven einer Soziologie der Menschenrechte*, in: Mahlmann Matthias (Hrsg.), *Gesellschaft und Gerechtigkeit. Festschrift für Hubert Rottleuthner*, Nomos: Baden-Baden 2011, 331–346
- MAISSEN THOMAS, *Geschichte der Schweiz*, Reclam: Stuttgart 2017
- MAJETSCHAK STEFAN, *Ästhetik zur Einführung*, Junius: Hamburg 2007
- MALIK/LUETHI CLAUDE, *4661 m2: Art in Prison*, Niggli: Sulgen 2016
- MARCHAL GUY P./MATTIOLI ARAM (Hrsg.), *Erfundene Schweiz. Konstruktionen nationaler Identität. La Suisse imaginée. Bricolages d'une identité nationale*. Chronos: Zürich 1992
- MARIN LOUIS, *Das Porträt des Königs*, Diaphanes: Berlin 2005
- MARINETTI FILIPPO TOMMASO: *Manifest des Futurismus*, erschienen in: *Le Figaro*, Paris, 20. Februar 1909, abgedruckt in: Ders., *Manifeste des Futurismus*, aus dem Italienischen von Stefanie Golisch, Matthes & Seitz: Berlin 2018, 7–18
- MARTEL WILFRIED, *Grundlagen staatlicher Kulturpolitik, insbesondere des Bundes*, ZBl 83 (1982) 3, 101–112
- MARX KARL/ENGELS FRIEDRICH, *Zur Judenfrage*, in: Dies., *Gesamtausgabe* (hrsgg. vom Institut für Marxismus-Leninismus et al.), Abteilung 1 Band 2: *Werke, Artikel, Entwürfe: März 1843 bis August 1844*, Dietz: Berlin/Amsterdam 1982, 141–169
- MASTRONARDI PHILIPPE, *Der Zweck der Eidgenossenschaft als Demokratie. Essay zu einer schweizerischen Demokratietheorie*, ZSR (1998) 2, 317 ff.
- MASTRONARDI PHILIPPE, *Strukturprinzipien der Bundesverfassung? Fragen zum Verhältnis von Recht und Macht anhand des Wirtschaftsstaatsprinzips*, ZSR Beiheft 7 (1988)
- MATTER HANS PETER, *Die pluralistische Staatstheorie, oder, Der Konsens zur Uneinigkeit*, hrsgg. von Benjamin Schindler, Zytglogge: Oberhofen 2012
- MAUNZ THEODOR/DÜRIG GÜNTER (Begründer), *Grundgesetz. Kommentar, Loseblattsammlung*, C. H. Beck: München, Stand September 2016 (zit. AUTOR, in: Maunz/Dürig, N Art. [Lieferung])
- MCLUHAN MARSHALL, *Die magischen Kanäle. Understanding Media* (orig. *Understanding Media. The extensions of man* [1964]), Verlag der Kunst: Dresden 1994

- !MEDIENGRUPPE BITNIK/LAUNAY AUDE (Hrsg.), <script>alert("!Mediengruppe Bitnik");
</script>, VfmK Verlag für moderne Kunst: Wien 2017
- MEIENBERG NIKLAUS, Die Erschiessung des Landesverrätters Ernst S. (1977), Neuauflage, Limmat: Zürich 2013
- MEIENBERG NIKLAUS, Die Welt als Wille und Wahn. Elemente zur Naturgeschichte eines Clans (1987), Limmat: Zürich 2005
- MEIENBERG NIKLAUS, Es ist kalt in Brandenburg. Ein Hitler-Attentat, Limmat: Zürich 1980
- MEIER OLIVER/FELLER MICHAEL/CHRIST STEFANIE, Der Gurlitt-Komplex. Bern und die Raubkunst, Chronos: Zürich 2017
- MEIER THOMAS/WOLFENSBERGER ROLF, «Furchen und Runzeln wegschaffen»: die Fahn-dungsphotographie einer nicht-sesshaften Frau als historische Quelle, *Traverse* 3 (1996) 1, 147–155
- MEIKLEJOHN ALEXANDER, The First Amendment is an Absolute, *The Supreme Court Review* 1961, 245–266
- MENKE CHRISTOPH, Der Souverän auf der Bühne: das Theater der Demokratie, in: Lux Harm (Hrsg.),... lautloses irren, ways of worldmaking, too ..., [Verlag nicht bekannt] Berlin 2003, 173–184
- MENKE CHRISTOPH, Die Kraft der Kunst, 2. Aufl., Suhrkamp: Berlin 2013
- MENKE CHRISTOPH, Die Souveränität der Kunst. Ästhetische Erfahrung nach Adorno und Derrida, 4. Aufl., Suhrkamp: Frankfurt a.M. 2012
- MENKE CHRISTOPH, Kritik der Rechte, Suhrkamp: Berlin 2015
- MERRYMAN JOHN HENRY (Hrsg.), Imperialism, Art and Restitution, Cambridge University Press: Cambridge 2006
- MERRYMAN JOHN HENRY, The Retention of Cultural Property, *University of California Davis Law Review* 21 (1988) 477–513
- MERRYMAN JOHN HENRY, Thinking about the Elgin Marbles. Critical Essays on Cultural Property, Art and Law, 2. Aufl., Wolters Kluwer: Alphen aan den Rijn 2009
- MERRYMAN JOHN HENRY/ELSEN ALBERT E./URICE STEPHEN K., Law, Ethics and the Visual Arts, 5. Aufl., Kluwer Law International: Aalphen aan den Rijn 2007
- MERTEN DETLEF/PAPIER HANS-JÜRGEN (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band I Entwicklung und Grundlagen, C. F. Müller: Heidelberg 2004 (zit. AUTOR, Stichwort, HGR I, § N)
- MERTEN DETLEF/PAPIER HANS-JÜRGEN (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band IV Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte I, C. F. Müller: Heidelberg 2011 (zit. AUTOR, Stichwort, HGR IV, § N)
- MERTEN DETLEF/PAPIER HANS-JÜRGEN (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/2, Grundrechte in der Schweiz und in Lichtenstein, C. F. Müller: Heidelberg 2007 (zit. AUTOR, Stichwort, HGR VII/2, § N)
- MEYER KILIAN/RIKLIN ADRIAN (Hrsg.), Frau Huber geht nach Strassburg. Die Schweiz vor dem Gerichtshof für Menschenrechte, Genossenschaft infolink: Zürich 2018

- MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/VON RAUMER STEFAN (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar, 4. Aufl., Nomos: Baden-Baden 2017 (zit. AUTOR, in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, HK-EMRK)
- MILANI PAULINE, *Le diplomate et l'artiste. Construction d'une politique culturelle suisse à l'étranger (1938–1985)* (Diss. Fribourg), Editions Alphil: Neuchâtel 2013
- MILL JOHN STUART, *On Liberty and Other Essays* (1859), Cambridge University Press: Cambridge 2016
- MILTON JOHN, *Areopagitica: A speech for the Liberty of Unlicensed Printing* (1644), Liberty Fund: Indianapolis 1999
- MITCHELL W. J. T., *Bildtheorie*, Suhrkamp: Frankfurt a.M. 2008
- MIX YORK-GOTHART, *Kunsthfreiheit und Zensur in der Bundesrepublik Deutschland*, de Gruyter: Berlin 2014
- MIX YORK-GOTHART, *Zensur im 18. Jahrhundert. Prämissen und Probleme der Forschung*, in: Haefs Wilhelm/Mix York-Gothart (Hrsg.), *Zensur im Jahrhundert der Aufklärung. Geschichte – Theorie – Praxis*, Wallstein Verlag: Göttingen 2007, 11–23
- MOLINARI EVA, *Die Menschenwürde in der schweizerischen Bundesverfassung. Eine rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung der subjektiv-rechtlichen Grundrechtsfunktion* (Diss. Fribourg), Schulthess: Zürich 2018.
- MOLL DAVID, *Ausfuhrverbote für NS-Raubkunst*, de Gruyter: Berlin/Boston 2017
- MÖLLER FABIAN, *Rechtsschutz bei Subventionen. Die Rechtsschutzmöglichkeiten Privater im Subventionsverfahren des Bundes unter Berücksichtigung der neueren Entwicklungen des nationalen und internationalen Subventions- und Beihilferechts* (Diss. Basel), Helbing Lichtenhahn: Basel 2006
- MOOSER JOSEF, *Die «Geistige Landesverteidigung» in den 1930er Jahren: Profile und Kontexte eines vielschichtigen Phänomens der schweizerischen politischen Kultur in der Zwischenkriegszeit*, *Schweizerische Zeitschrift für Geschichte* 47 (1997) 4, 685–708
- MOREH-ROSENBERG ELIAD/SMERLING WALTER (Hrsg.), *Kunst aus dem Holocaust: 100 Werke aus der Sammlung Yad Vashem*, Wienand: Köln 2016
- MORF ISABEL, *Frauen im kulturellen Leben der Schweiz*, Pro Helvetia: Zürich 1997
- MORGENTHALER WALTER, *Ein Geisteskranker als Künstler*, Ernst Bircher: Bern/Leipzig 1921
- MORIEN JOHN, *The Place of Cultural Rights in the WTO System*, in: Francioni Francesco/Scheinin Martin (Hrsg.), *Cultural Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston 2008, 285–316
- MORSE PETER, *John Sloan Prints. A Catalogue Raisonné of the Etchings, Lithographs, and Posters*, Yale University Press: New Haven/London 1969
- MORSINK JOHANNES, *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting, and Intent*, University of Pennsylvania Press: Philadelphia 1999 (zit. MORSINK, UDHR)
- MOSIMANN PETER (Hrsg.), *Das revidierte Urheberrecht. Die wesentlichen Neuerungen – eine Standortbestimmung*, Helbing Lichtenhahn: Basel 2020

- MOSIMANN PETER, Das Gutachten als Beweismittel im kunstrechtlichen Prozess, in: Fankhauser Roland et al. (Hrsg.), *Das Zivilrecht und seine Durchsetzung*. Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Schulthess: Zürich/Basel/Genf 2016, 455–469.
- MOSIMANN PETER, Goethes Intendanz, die Bühnenbräuche und das heutige Theaterrecht, in: Bäni Eva Maria/Obrist Angela (Hrsg.), *Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli*, Dike: Zürich/St. Gallen 2014, 389–406
- MOSIMANN PETER, Kunst im Recht, in: Weller Matthias/Kemle Nicolai (Hrsg.), *Kultur im Recht – Recht als Kultur*. Tagungsband des Neunten Heidelberger Kunstrechtstags, Nomos: Baden-Baden 2016, 19–37
- MOSIMANN PETER/HOSTETTLER YANNICK, Zur Revision des Urheberrechtsgesetzes, *recht 3* (2018) 123–141
- MOSIMANN PETER/RENOLD MARC-ANDRÉ/RASCHÈR ANDREA F. (Hrsg.), *Kunst. Kultur. Recht*. Schweizerisches und Internationales Recht, 2. Aufl., Helbing Lichtenhahn: Basel 2020 (zit. AUTOR, KKR Kap. N)
- MOSIMANN PETER/SCHÖNENBERGER BEAT (Hrsg.), *Fluchtgut – Geschichte, Recht und Moral*. Referate zur gleichnamigen Veranstaltung des Museums Oskar Reinhart in Winterthur vom 28. August 2014, Stämpfli: Bern 2015
- MOYN SAMUEL, *Human Rights and the Uses of History*, 2. Aufl., Verso: London/Brooklyn 2017
- MOYN SAMUEL, *Not Enough. Human Rights in an Unequal World*, Harvard University Press: Cambridge/London 2018
- MOYN SAMUEL, *The Last Utopia. Human Rights in History*, Harvard University Press: Cambridge 2010
- MUCKEL STEFAN, Kunstfreiheit – Darstellung des Hitlergrusses als geschützte Kunstperformance, *JA* (2014) 479 f.
- MÜHLESTEIN HANS/SCHMIDT GEORG, Ferdinand Hodler. Sein Leben und sein Werk, ergänzte Neuausgabe des Erstdrucks von 1942, Unionsverlag: Zürich 1983
- MÜLLER FRIEDRICH, *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*, Duncker und Humblot: Berlin 1969
- MÜLLER FRIEDRICH, *Juristische Methodik*, 6. Aufl., Duncker Humblot: Berlin 1995
- MÜLLER GEORG, Aktuelle Rechtsfragen des Lotteriewesens, *ZBl* 89 (1988) 141–159
- MÜLLER GEORG, *Inhalt und Formen der Rechtsetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung (Habil. Basel)*, Helbing Lichtenhahn: Basel 1979
- MÜLLER GEORG, *Methodik in der Rechtsetzung*, in: Peters Anne/Schefer Markus (Hrsg.), *Grundprobleme der Auslegung aus der Sicht des öffentlichen Rechts*. Symposium zum 60. Geburtstag von René Rhinow, Stämpfli: Bern 2004, 7–25
- MÜLLER JÖRG PAUL, *Demokratische Gerechtigkeit. Eine Studie zur Legitimität politischer und rechtlicher Ordnung*, München 1993
- MÜLLER JÖRG PAUL, *Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts (Diss. Bern)*, Stämpfli: Bern 1964

- MÜLLER JÖRG PAUL, Einheit der Verfassung Vielfalt der Kultur, in: Blankenagel Alexander/Per-nice Ingolf/Schulze-Fielitz Helmuth (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt. Liber Ami-corum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag, Mohr Siebeck: Tübingen 2004, 17–30
- MÜLLER JÖRG PAUL, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Stämpfli: Bern 1982
- MÜLLER JÖRG PAUL, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 3. Aufl., Stämpfli: Bern 1999
- MÜLLER JÖRG PAUL, Juristische Methodenlehre in der rechtsstaatlichen Demokratie, in: Peters Anne/Schefer Markus (Hrsg.), Grundprobleme der Auslegung aus der Sicht des öffent-lichen Rechts. Symposium zum 60. Geburtstag von René Rhinow, Stämpfli: Bern 2004, 53–92
- MÜLLER JÖRG PAUL, Perspektiven der Demokratie: vom Nationalmythos Wilhelm Tell zur Weltsicht Immanuel Kants, Stämpfli: Bern 2012
- MÜLLER JÖRG PAUL, Soziale Grundrechte in der Verfassung?, 2. Aufl., Helbing Lichtenhahn: Basel/Frankfurt a.M. 1981
- MÜLLER JÖRG PAUL, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV. Der Freiheit Chancen geben, Stämpfli: Bern 2018
- MÜLLER JÖRG PAUL/LOOSER MARTIN, Zum Verhältnis von Meinungs- und Wirtschaftsfrei-heit im Verfassungsrecht des Bundes und in der EMRK, *medialex* 1 (2000) 13–23
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundes-verfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Stämpfli: Bern 2008
- MÜLLER MARKUS, Das besondere Rechtsverhältnis: ein altes Rechtsinstitut neu gedacht (Habil. Bern), Stämpfli: Bern 2003
- MÜLLER MICHAEL, Der Sprayer von Zürich. Solidarität mit Harald Naegeli, Rowohlt: Ham-burg 1984
- MÜLLER MIRJAM JOHANNA, Die Rechtsform der wissenschaftlichen Hochschule (Diss. Köln), PL Academic Research: Frankfurt a.M. 2015
- MÜLLER-CHEN MARKUS, Grundlagen und ausgewählte Fragen des Kunstrechts, *ZSR* (2010) 2, 5–135
- VON MÜNCH INGO, Kunstfreiheit gegen Political Correctness, *KUR* 21 (2019) 1, 2–7
- MÜNKLER LAURA/STENZEL JULIA (Hrsg.), Inszenierung von Recht. Funktionen – Modi – Interaktionen, Velbrück Wissenschaft: Weilerswist 2019
- MUSCHG ADOLF, Wohin mit der Kultur?, abgedruckt in: Häberle Peter (Hrsg.), Kulturstaat-lichkeit und Kulturverfassungsrecht, Wissenschaftliche Buchgesellschaft: Darmstadt 1982, 355–370; ursprünglich erschienen in: Gruner Erich/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Er-neuerung der schweizerischen Demokratie?, Verlag Paul Haupt: Bern/Stuttgart 1977, 59–70
- NAFZIGER JAMES A.R./KIRKWOOD PATERSON ROBERT/DUNDES RENTELN ALISON, *Cultural Law. International, Comparative, and Indigenous*, Cambridge University Press: Cam-bridge 2014

- NEUBORNE BURT, *Madison's Music. On Reading the First Amendment*, The New Press: New York/London 2015
- NEUMEYER JOCHEN, *Fiktion und Fortschritt. Die Esra-Entscheidung des BVerfG und ihre Konsequenzen*, *Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht* 6 (2007) 509–516
- NEUPERT DIETER, *Die Filmfreiheit und ihre verfassungsmässigen Schranken* (Diss. Zürich), Rohr: Zürich 1976
- NIETZSCHE FRIEDRICH, *Die Geburt der Tragödie aus dem Geiste der Musik* (1872), Reclam: Stuttgart 1981
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), *Basler Kommentar Strafrecht I. Art. 1–110 StGB und Jugendstrafgesetz*, 3. Aufl., Helbing Lichtenhahn: Basel 2013 (zit. AUTOR, BSK StGB I)
- NIKITIN BORIS, *Der unzuverlässige Zeuge. Zwölf nichtwissenschaftliche Behauptungen über das Dokumentarische*, in: Nikitin Boris/Schlewitt Carena/Brenk Tobias (Hrsg.), *Dokument, Fälschung, Wirklichkeit. Materialband zum zeitgenössischen dokumentarischen Theater*, *Theater der Zeit*: Berlin 2014, 12–20
- NIKITIN BORIS, *Unzuverlässige Zeugen und Coming-outs*, in: Krämer Sybille/Sibylle Schmidt (Hrsg.), *Zeugen in der Kunst*, Wilhelm Fink: Paderborn 2016
- NIPPERDEY HANS CARL (Hrsg.), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung*, Verlag Reimar Hobbing: Berlin 1929–1930
- NOBEL PETER/WEBER ROLF H., *Medienrecht*, 3. Aufl., Stämpfli: Bern 2007
- NOCHLIN LINDA, *Why have there been no great women artists?* (1971), nachgedruckt in: Nochlin Linda, *Women, Art and Power and Other Essays*, Westview Press: Boulder 1988, 147–158; ebenfalls nachgedruckt in: Reilly Maura (Hrsg.), *Women Artists. The Linda Nochlin Reader*, Thames & Hudson: New York 2015, 42–68; auf Deutsch publiziert in: Söntgen Beate (Hrsg.), *Rahmenwechsel. Kunstgeschichte als feministische Kulturwissenschaft*, Akademie: Berlin 1996, 27–56
- NOË ALVA, *Strange Tools. Art and Human Nature*, Hill and Wang: New York 2015
- NOLL PETER, *Satirische Ehrverletzungen*, *BJM* (1959) 3–13
- NOLTE GEORG, *Beleidigungsschutz in der freiheitlichen Demokratie. Eine vergleichende Untersuchung zur Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland, in den Vereinigten Staaten von Amerika sowie nach der Europäischen Menschenrechtskonvention* (Diss. Heidelberg), Springer: Berlin 1992
- NORDAU MAX, *Entartung* (1892), hrsgg., komm. und mit einem Nachwort versehen von Karin Tebben, de Gruyter: Berlin 2013
- NOWAK MANFRED, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2. Aufl., N. P. Engel: Kehl am Rhein 2005 (zit. NOWAK, ICCPR)
- NÜSSLI CHRISTOF/OESCHGER CHRISTOPH (Hrsg.), *Miklós Klaus Rósz, cpress/Spector Books*: Zürich/Leipzig 2014
- O'CONNOR ADRIAN, *In pursuit of politics. Education and Revolution in Eighteenth Century France*, Manchester University Press: Manchester 2017

- O'DONNELL NICHOLAS M., *A Tragic Fate. Law and Ethics in the Battle over Nazi-Looted Art*, American Bar Association: Chicago 2017
- O'KEEFE ROGER, *Cultural Life, Right to Participate in International Protection*, in: Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Version 2011) (online über Oxford University Press verfügbar)
- O'KEEFE ROGER, *The «Right to Take Part in Cultural Life» under Article 15 of the ICESCR*, *International and Comparative Law Quarterly* 47 (2008) 904–923
- O'KEEFE ROGER, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, Cambridge University Press: Cambridge 2006
- O'KEEFE PATRICK J., *Commentary on the UNESCO 1970 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property*, 2. Aufl., IAL: Buith Wells 2007
- BERGFELL EVA INÉS, *Dichtung oder Wahrheit?*, *ZUM* (2007) 910–914
- ODENDAHL KERSTIN et al. (Hrsg.), *Kulturgüterschutz, Kunstrecht, Kulturrecht. Festschrift für Kurt Siehr zum 75. Geburtstag aus dem Kreise des Doktoranden- und Habilitandenseminars «Kunst und Recht»*, Nomos: Baden-Baden 2010
- ODENDAHL KERSTIN, *Das Zwischenstaatliche Komitee zur Förderung der Rückgabe von Kulturgut an die Ursprungsländer oder dessen Restitution im Falle eines illegalen Erwerbs (UNESCO Rückgabe-Komitee)*, *KUR* 17 (2015) 3, 83–87
- ODENDAHL KERSTIN, *Kulturgüterrecht*, 2. Aufl., Nomos: Baden-Baden 2017
- ODENDAHL KERSTIN, *Kulturgüterschutz (Habil. Tübingen)*, Tübingen 2005
- OESCH MATTHIAS, *Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen durch Kantone*, *AJP* (2013) 1337–1348
- OESCH MATTHIAS, *Die bilateralen Abkommen Schweiz – EU und die Übernahme von EU-Recht*, *AJP* (2017) 638–652
- OESCH MATTHIAS, *Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft Schweiz-EU*, *ZBI* 115 (2014) 171–202
- OGOREK REGINA, *Alltagstheorien/Sonntagstheorien. Zum Einsatz «ungewissen Wissens» bei der Rechtsanwendung*, in: Forstmoser Peter/Honsell Heinrich/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), *Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis. Festschrift für Hans-Peter Walter*, Stämpfli: Bern 2005, 123–146
- OGOREK REGINA, *De l'Esprit des légendes oder wie gewissermassen aus dem Nichts eine Interpretationslehre wurde*, *Rechtshistorisches Journal* 2 (1983) 277–296
- OGOREK REGINA, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?. Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert (Habil. Frankfurt a.M.)*, Vittorio Klostermann: Frankfurt a.M. 1986
- OSBORNE PETER, *Anywhere or Not at All. Philosophy of Contemporary Art*, Verso: London/New York 2013
- OSTER JAN, *European and International Media Law*, Cambridge University Press: Cambridge 2017

- PAHUJA SUNDHYA, *Decolonising International Law. Development, Economic Growth and the Politics of Universality*, Cambridge University Press: Cambridge 2011
- PALLMERT SIGRID, Adolf Wölflü und Walter Morgenthaler oder der Beginn der Rezeption der Kunst der Geisteskranken, *Zeitschrift für schweizerische Architektur und Kunstgeschichte* 50 (1993) 3, 301–312
- PEDUZZI ROBERTO, *Meinungs- und Medienfreiheit in der Schweiz* (Diss. Zürich), Schulthess: Zürich/Basel/Genf 2004
- PESTALOZZI JOHANN HEINRICH, *Meine Nachforschungen über den Gang der Natur und die Entwicklung des Menschengeschlechts (1797)*, mit einer Einleitung und Anmerkungen neu hrsgg. von Daniel Tröhler und Jürgen Oelkers, Verlag Pestalozzianum: Zürich 2004
- PESTALOZZI JOHANN HEINRICH, *Schriften zur französischen Revolution*, mit einer Einleitung und Anmerkung neu hrsgg. von Daniel Tröhler, Verlag Pestalozzianum: Zürich 2009
- PESTALOZZI JOHANN HEINRICH, *Wie Gertrud ihre Kinder lehrt: ein Versuch den Müttern Anleitung zu geben, ihre Kinder selbst zu unterrichten*, in *Briefen von Heinrich Pestalozzi*, H. Gessner: Bern/Zürich 1801
- PETERS ANNE/SCHEFER MARKUS (Hrsg.), *Grundprobleme der Auslegung aus Sicht des öffentlichen Rechts. Symposium zum 60. Geburtstag von René Rhinow*, Stämpfli: Bern 2004
- PFÄNDLER-OLING BRIGITTE, *Die verfassungsrechtliche Grundlage der Kulturförderung im Bund, Kulturbegriff, Art. 69 BV im Verfassungszusammenhang* (Diss. Basel), Helbing Lichtenhahn: Basel 2010
- PLACHTA BODO, *Damnatur – Toleratur – Admittitur. Studien und Dokumente zur literarischen Zensur im 18. Jahrhundert*, Max Niemeyer: Tübingen 1994
- PLACHTA BODO, *Zensur*, Reclam: Stuttgart 2006
- PLAUM GODA, *Bildnerisches Denken. Eine Theorie der Bilderfahrung*, Transcript: Bielefeld 2016
- PLEISTER WOLFGANG/SCHILD WOLFGANG (Hrsg.), *Recht und Gerechtigkeit im Spiegel der europäischen Kunst*, DuMont: Köln 1988
- POLYMEÑOPOULOU ELENI, *Does One Swallow Make a Spring?. Artistic and Literary Freedom at the European Court of Human Rights*, *Human Rights Law Review* 16 (2016) 511–539
- PRESCHER RALF, *Fremde Heimat, der Heimat fremd. Untersuchungen zum Einfluss deutscher Immigranten in der Schweizerischen Eidgenossenschaft in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts* (Diss. Zürich), Verlag Dr. Kovac: Hamburg 2015
- PRINZHORN HANS, *Bildneri der Geisteskranken. Ein Beitrag zur Psychologie und Psychopathologie der Gestaltung* (1922), 3. Aufl., Springer-Verlag: Berlin/Heidelberg/New York/Tokyo 1983
- PROWDA JUDITH B., *Visual Arts and the Law*, Lund Humphries: Farnham 2013
- PUSSY RIOT, *Pussy Riot!. A Punk Prayer for Freedom: Letters from Prison, Songs, Poems, and Courtroom Statements, Plus Tributes to the Punk Band that Shook the World*, The Feminist Press at the City University of New York: New York 2013

- RANCIÈRE JACQUES, Das Unbehagen in der Ästhetik (orig. *Malaise dans l'esthétique* [2004]), Passagen Verlag: Wien 2016
- RANCIÈRE JACQUES, Der emanzipierte Zuschauer (orig. *Le spectateur émancipé* (2008), 2. Aufl., Passagen Verlag: Paris 2008
- RANCIÈRE JACQUES, Die Aufteilung des Sinnlichen. Ästhetik und Politik (orig. *Le Partage du sensible. Esthétique et politique* [2000]), in: Ders., *Die Aufteilung des Sinnlichen. Die Politik der Kunst und ihre Paradoxien*, 2. Aufl., Polypen: Berlin 2008, 21–73
- RANCIÈRE JACQUES, Die Politik der Kunst und ihre Paradoxien, in: Ders., *Die Aufteilung des Sinnlichen. Die Politik der Kunst und ihre Paradoxien*, 2. Aufl., Polypen: Berlin 2008, 75–100
- RASCHÈR ANDREA F. G., Das Urheberrecht des Bühnenregisseurs – Fluch oder Segen?, *KUR* 19 (2017) 1, 7–12
- RASCHÈR ANDREA F. G./CHRISTEN CLAUDIA/TRIBOLET THOMAS, Kulturförderung des Bundes. Chancen und Grenzen des neuen Kulturartikels, *AJP* 9 (2001) 1035–1049
- RASCHÈR ANDREA F. G./SENN MISCHA (Hrsg.), *Kulturrecht – Kulturmarkt. Lehr- und Praxis-handbuch*, Dike: Zürich/St. Gallen 2012 (zit. AUTOR, in *Kulturrecht – Kulturmarkt*)
- RAUE PETER, Kunstfreiheit, Persönlichkeitsrecht und das Gebot der praktischen Konkordanz. Gedanken zum Esra-Urteil des BVerfG und dem Contergan-Fall, *Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht* 1 (2009) 1–6
- RAUTERBERG HANNO, *Die Kunst und das gute Leben: Über die Ethik der Ästhetik*, Suhrkamp: Berlin 2015
- RAUTERBERG HANNO, *Ich der Künstler. Eine Geschichte der Kunst, von Albrecht Dürer bis Ai Weiwei*, Belser: Stuttgart 2013
- RAUTERBERG HANNO, *Und das ist Kunst?. Eine Qualitätsprüfung*, 3. Aufl., Fischer: Frankfurt a.M. 2015
- RAUTERBERG HANNO, *Wie frei ist die Kunst?. Der neue Kulturkampf und die Krise des Liberalismus*, Suhrkamp: Berlin 2018
- RAWLS JOHN, *Eine Theorie der Gerechtigkeit* (orig. *A Theory of Justice* [1971]), Suhrkamp: Frankfurt a.M. 1979
- REBENTISCH JULIANE, *Die Kunst der Freiheit. Zur Dialektik demokratischer Existenz*, Suhrkamp: Berlin 2012
- REBENTISCH JULIANE, *Theorien der Gegenwartskunst zur Einführung*, Junius: Hamburg 2013
- REBER SIMONE, Gleichstellung in der Kunstwelt?, *ZeitOnline* vom 11. Oktober 2012 (<http://www.zeit.de/kultur/kunst/2012-10/frauen-kunstabetrieb> besucht am 24.4.2019)
- RECKWITZ ANDREAS, *Die Erfindung der Kreativität. Zum Prozess gesellschaftlicher Ästhetisierung*, Suhrkamp: Berlin 2012
- REHBINDER MANFRED/PEUKERT ALEXANDER, *Urheberrecht und verwandte Schutzrechte. Ein Studienbuch*, 17. Aufl., C. H. Beck: München 2018
- REHBINDER MANFRED/VIGANÒ ADRIANO, *URG Kommentar*, 3. Aufl., Orell Füssli: Zürich 2008

- REICH JOHANNES, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Diss. Basel), Dike: Zürich/St. Gallen 2011
- REICH JOHANNES, Konzeptionalisierung der «Verfassungsverwirklichung» als gestufter Prozess der Rechtskonkretisierung, in: Biaggini Giovanni/Müller Georg/Müller Jörg Paul/Uhlmann Felix (Hrsg.), Demokratie. Regierungsreform. Verfassungsbildung. Schwerpunkte aus dem wissenschaftlichen Werk von René Rhinow, Helbing Lichtenhahn: Basel 2009, 113–123
- RENOLD MARC-ANDRÉ, Le droit de l'art et des biens culturels en Suisse: questions choisies, Bericht an den Schweizerischen Juristenverein 2010, ZSR 129 (2010) 2, 137–220
- RENOLD MARC-ANDRÉ/CHECHI ALESSANDRO/BANDLE ANNE-LAURE, Resolving Disputes in Cultural Property. La résolution des litiges en matière de biens culturels, Schulthess: Genf 2012
- REYNOLD GONZAGUE DE, Die Schweiz im Kampf um ihre Existenz, Vita Nova: Luzern 1934
- RHINOW RENÉ, Rechtsetzung und Methodik. Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung (Habil. Basel), Helbing Lichtenhahn: Basel 1979
- RHINOW RENÉ, Wesen und Begriff der Subvention in der schweizerischen Rechtsordnung (Diss. Basel), Helbing Lichtenhahn: Basel 1971
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Helbing Lichtenhahn: Basel 2016
- RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Helbing Lichtenhahn: Basel 2011
- RICHLI PAUL (Hrsg.), Wirtschaftsstrukturrecht. Unter besonderer Berücksichtigung des Agrar- und Filmwirtschaftsrecht, 2. Aufl., Helbing Lichtenhahn: Basel 2018 (zit. AUTOR, in: Richli, Wirtschaftsstrukturrecht)
- RICHLI PAUL, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, Stämpfli: Bern 2007
- RICHLI PAUL, Legalitätsprinzip und Finanzhilfen, ZBJV 120 (1984) 7/8, 313–330
- RICHLI PAUL, Rechtsformen für die Gewährung von Finanzhilfen, ZSR 105 (1986) 1, 79–99
- RICHLI PAUL/WICKI FRANZ (Hrsg.), Kommentar der neuen Kantonsverfassung Luzern, Stämpfli: Bern 2010 (zit. AUTOR, Kommentar KV LU § N)
- RIEDEL MAREIKE, Vermutung des Künstlerischen. Der Esra-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts – eine rechts- und literaturwissenschaftliche Untersuchung, Mohr Siebeck: Tübingen 2011
- RIETMANN TANJA, «Liederlich» und «arbeitsscheu». Die administrative Anstaltsversorgung im Kanton Bern (1884–1981) (Diss. Bern), Chronos: Zürich 2013
- RIKLIN FRANZ, Sinn und Problematik einer «Brutalnorm» im Strafgesetzbuch, in: Menschenbild im Recht: Festgabe der rechtswissenschaftlichen Fakultät zur Hundertjahrfeier der Universität Freiburg, Fribourg Suisse, Universitätsverlag: Freiburg 1990, 405–427

- ROBAK MARKUS, Von «Esra» zu «Rothenburg». Zu den Auswirkungen der «Esra»-Entscheidung des BVerfG auf die jüngste Rechtsprechung zur Abwägung zwischen Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrecht, *Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht* 4 (2009) 325–334
- ROBERTS WARREN, Jacques-Louis David, Revolutionary Artist. Art, Politics, and The French Revolution (1989), University of North Carolina Press: Chapel Hill/London 1993
- RÖHL KLAUS F./ULBRICH STEFAN, Recht anschaulich. Visualisierung in der Juristenausbildung, Halem: Köln 2007
- ROHR ADOLF, Philipp Albert Stapfer. Minister der Helvetischen Republik und Gesandter der Schweiz in Paris 1798–1803, hier + jetzt: Baden 2005
- ROLPH C. H. (Hrsg.), Trial of Lady Chatterley. Regina v. Penguin Books Ltd.: The Transcript of the Trial, Penguin Books: London 1961
- RORTY RICHARD, Kontingenz, Ironie und Solidarität (orig. Contingency, Irony and Solidarity [1989]), 16. Aufl., Suhrkamp: Frankfurt am Main 2016
- ROSENFELD MICHEL/SAJÓ ANDRÁS (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford University Press: Oxford 2012
- ROSENFELD MICHEL/SAJÓ ANDRÁS/BAER SUSANNE/MANCINI SUSANNA, Comparative Constitutionalism. Cases and Materials, 3. Aufl., West Academic Publishing: St. Paul 2016
- ROSENKRANZ BENJAMIN, Der schwierige Umgang mit NS-Raubkunst. Eine Analyse aus rechtlicher Perspektive am Beispiel des Schwabinger Kunstfundes, Springer: Wiesbaden 2017
- RÖSKE THOMAS/VON BEYME INGRID (Hrsg.), Surrealismus und Wahnsinn, Verlag Wunderhorn: Heidelberg 2009
- ROTH DAVID, Entscheidbesprechung von BGer-Urteil 2C_113/2017, *AJP* (2020) 803–807
- ROTH MONIKA, «Wir betreten den Kunstmarkt», Dike: Zürich/St. Gallen 2015
- ROTHENBÜCHER KARL, Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer von 1927, de Gruyter: Berlin/Leipzig 1928, 6–73
- ROTHFIELD LAWRENCE (Hrsg.), Unsettling «Sensation»: Arts-Policy Lessons from the Brooklyn Museum of Art Controversy: Rutgers University Press: New Brunswick 2001
- ROUSSEAU JEAN-JACQUES, Oeuvres complètes, hrsgg. von Bernard Gagnebin und Marcel Raymond, Band IV: Emile: Education; Morale; Botanique, Gallimard: Paris 1969
- ROUSSEAU JEAN-JACQUES, Oeuvres complètes, hrsgg. von Bernard Gagnebin und Marcel Raymond, Band V: Ecrits sur la musique, la langue et le théâtre, Gallimard: Paris 1995
- ROWELL MARGRIT, Brancusi contre Etats-Unis. Un procès historique. 1928, Adam Biro: Paris 1995
- ROWELL MARGRIT, Brancusi vs. United States, Adam Biro: Paris 1999
- ROWLING J. K., Very Good Lives, Little, Brown and Company: New York/Boston/London 2015
- RUBIN ANDREW N., Archives of Authority. Empire, Culture, and the Cold War, Princeton University Press: Princeton 2012

- RÜEGGER VANESSA, Eine Geschichte zu erzählen, in: Münkler Laura/Stenzel Julia (Hrsg.), Inszenierung von Recht. Funktionen – Modi – Interaktionen, Velbrück Wissenschaft: Weilerswist 2019, 146–163
- RÜEGGER VANESSA, Menschenrechtsfilm oder Kriegsporno: Was legitimiert Gewaltdarstellungen?, *sui-generis* (2014) 70–81
- RÜEGGER VANESSA, Nichts als Sprache, *myops* 28 (2016) 3, 4–21
- RÜEGGER VANESSA, Politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer, in: Glaser Andreas (Hrsg.), Politische Rechte für Ausländerinnen und Ausländer, Schulthess: Zürich/Basel/Genf 2017, 75–106
- RUFER ALFRED, Actensammlung aus der Zeit der Helvetischen Republik (1798–1803), 16. Band des Gesamtwerkes der kulturhistorischen Serie VI. Band, Fragnière: Freiburg 1966
- RÜTHERS BERND, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 7. Aufl., Mohr Siebeck: Tübingen 2012
- RÜTSCHKE BERNHARD, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht: Auslegungsmethode oder Inspirationsquelle?, in: Schmid Jörg/Morawa Alexander H.E./Heckendorn Urscheler Lukas (Hrsg.), Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung. Praxis, Legitimität und Methodik, Schulthess: Zürich/Basel/Genf 2014, 121–142
- RYSER ROLAND M., Kunst und Geldwäscherei. Ein Beitrag zur Frage der Unterstellung des Kunsthandels unter die Geldwäschereigesetzgebung, in: Cavallo Angela et al. (Hrsg.), *Liber amicorum* für Andreas Donatsch, Schulthess: Zürich 2012, 583–610
- SAFRANSKI RÜDIGER, Schiller oder Die Erfindung des Deutschen Idealismus. Biographie, Fischer: Frankfurt a.M. 2016
- SALADIN PETER, Grundrechte im Wandel. Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt, Stämpfli: Bern 1982
- SALADIN PETER, Verfassung und Grundrecht auf Kultur, in: Fleiner-Gerster Thomas (Hrsg.), 60 Jahre Peter Häberle – Die multikulturelle und multi-ethnische Gesellschaft. Eine neue Herausforderung an die Europäische Verfassung, Institut für Föderalismus: Freiburg i. Ue. 1995, 7–20
- SANDKÜHLER HANS JÖRG (Hrsg.), Handbuch Deutscher Idealismus, J. B. Metzler: Stuttgart 2005
- SAPIRO GISÈLE, The Legal Responsibility of the Writer between Objectivity and Subjectivity: The French Case (Nineteenth to Twenty-First Century), in: Grüttemeier Ralf (Hrsg.), *Literary Trials. Exceptio Artis* and Theories of Literature in Court, Bloomsbury: New York 2016, 21–47
- SARTRE JEAN-PAUL, Das Imaginäre. Phänomenologische Psychologie der Einbildungskraft (orig. *L'Imaginaire: psychologie phénoménologique de l'imagination* [1940]), Rowohlt: Reinbek bei Hamburg 1971
- SAUL BEN/KINLEY DAVID/MOWBRAY JACQUELINE, The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Commentary, Cases and Materials, Oxford University Press: Oxford 2014 (zit. SAUL/KINLEY/MOWBREY, ICESCR)

- SCHABAS WILLIAM A. (Hrsg.), *The Universal Declaration of Human Rights, The Travaux Préparatoires*, 3 Bände, Cambridge University Press: Cambridge 2013 (zit. SCHABAS, UDHR, Band)
- SCHACK HAIMO, *Kunst und Recht. Bildende Kunst, Architektur, Design und Fotografie im deutschen und internationalen Recht*, 3. Aufl., Mohr Siebeck: Tübingen 2017
- SCHACK HEIMO, *Kunst als Herausforderung für das Recht (und umgekehrt)*, KUR 18 (2016) 6, 181–183
- SCHÄR BERNHARD C., *Bauern und Hirten reconsidered, Umriss der «erfundenen» Schweiz im imperialen Raum*, in: Purtschert Patricia et al. (Hrsg.), *Postkoloniale Schweiz. Formen und Folgen eines Kolonialismus ohne Kolonien*, 2. Aufl., Bielefeld 2013, 315–331
- SCHAERER BARBARA, *Subventionen des Bundes zwischen Legalitätsprinzip und Finanzrecht (Diss. Bern)*, Verlag Rüegger: Chur/Zürich 1992
- SCHAUER FREDERICK, *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, Cambridge University Press: Cambridge 1982
- SCHEFER MARKUS, *Die Beeinträchtigung von Grundrechten. Zur Dogmatik von Art. 36 BV*, Stämpfli: Bern 2006
- SCHEFER MARKUS, *Die Kerngehalte von Grundrechten. Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung (Habil. Bern)*, Stämpfli: Bern 2001
- SCHEFER MARKUS/LOOSER MARTIN, *Die Beeinträchtigung von Grundrechten (Art. 36 BV)*, ius.full 6 (2008) 2, 82–95
- SCHEFER MARKUS/RHINOW RENÉ, *Zulässigkeit von Altersgrenzen für politische Ämter aus Sicht der Grundrechte. Gutachten im Auftrag des Schweizerischen Seniorenrats*, Jusletter 7. April 2003
- SCHEFER MARKUS/RÜEGGER VANESSA, *Die Pflicht der Kantone zur Koordination des Sprachenunterrichts (Art. 62 BV). Ein verfassungsrechtlicher Essay*, recht 33 (2015) 4, 226–234
- SHELLING FRIEDRICH WILHELM JOSEF, *Texte zur Philosophie der Kunst (1802)*, Reclam: Stuttgart 1982
- SHELLY HARTIGAN RICHARD, *Military Rules, Regulations & the Code of War. Francis Lieber and the Certification of Conflict (1983)*, Transaction Publishers: New Brunswick/London 2011
- SCHOPP HEINZ-HERMANN, *Antoine de Condorcet (1743–1794)*, in: Hans Scheuerl (Hrsg.), *Klassiker der Pädagogik*, 2. Aufl., C. H. Beck: München 1991, 159–169
- SCHILLER FRIEDRICH, *Sämtliche Werke in 5 Bänden. Auf der Grundlage der Textedition von Herbert G. Göpfert, hrsgg. von Peter-André Alt, Albert Meier und Wolfgang Riedel, Band 5: Erzählungen, theoretische Schriften*, dtv: München 2004
- SCHINDLER BENJAMIN, *Keine Lotteriegelder für Reptilien*, ZBl 115 (2014) 169 f.
- SCHINDLER BENJAMIN, *Losverfahren – Möglichkeiten und Grenzen des ausgleichenden Zufalls*, ZBl 119 (2018) 617 f.

- SCHINDLER BENJAMIN, Die Befangenheit der Verwaltung. Der Ausstand von Entscheidungsträgern der Verwaltung im Staats- und Verwaltungsrecht von Bund und Kantonen (Diss. Zürich), Schulthess: Zürich 2002
- SCHLAICH KLAUS, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip vornehmlich im Kulturverfassungs- und Staatskirchenrecht, J. C. B. Mohr: Tübingen 1992; zit. aus Häberle Peter (Hrsg.), Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht, Wissenschaftliche Buchgesellschaft: Darmstadt 1982, 281–299
- SCHLEGEL AUGST WILHELM, Vorlesungen über dramatische Kunst und Literatur (1809–1811), hrsgg. von Claudia Becker, Kritische Ausgaben der Vorlesungen, 4. Band, Ferdinand Schöningh: Paderborn/München/Wien/Zürich 2018
- SCHLINK BERNHARD, Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel, JZ 62 (2007) 4, 157–162
- SCHLINK BERNHARD/SCHLINK WILHELM, Das Dilemma der Kunstfreiheit. Über den Prozess zum «Christus am Kreuz mit Gasmasken» von Georg Grosz, in: Schlink Bernhard, Verge-
wisserungen. Über Politik, Recht, Schreiben und Glauben, Diogenes: Zürich 2005, 112–124
- SCHMID JÖRG/MORAWA ALEXANDER H.E./HECKENDORN URSCHELER LUKAS (Hrsg.), Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung. Praxis, Legitimität und Methodik, Schulthess: Zürich/Basel/Genf 2014
- SCHMIDT-GABAIN FLORIAN, Die Behandlung von Kunstwerken im schweizerischen Vermögenssteuerrecht, ASA Archiv für Schweizerisches Abgaberecht 86 (2017–2018) 3, 81–112
- SCHMITT CARL, Der Begriff des Politischen (1932), Duncker Humblot: Berlin 1962
- SCHMITT CARL, Politische Romantik (1919), Duncker Humblot: Berlin 1998
- SCHMITT CARL, Verfassungslehre, Duncker Humblot: Berlin 1928
- SCHNEIDER NORBERT, Geschichte der Ästhetik von der Aufklärung bis zur Postmoderne, 5. Aufl., Reclam: Stuttgart 2010
- SCHNEIDER NORBERT, Kunst und Gesellschaft: Der sozialgeschichtliche Ansatz, in: Belting Hans et al. (Hrsg.), Kunstgeschichte. Eine Einführung, 7. Aufl., Dietrich Reimer: Frankfurt a.M. 2008, 267–295
- SCHNEIDERS BENEDIKT, Die Grundrechte der EU und die EMRK. Das Verhältnis zwischen ungeschriebenen Grundrechten, Grundrechtecharta und Europäischer Menschenrechtskonvention (Diss. Bochum), Nomos: Baden-Baden 2010
- SCHNELLE MICHAEL ALEXANDER, Der Abwanderungsschutz von Kulturgütern im Lichte der Freihandelsordnung von AEUV und GATT (Diss. Leipzig), Nomos: Baden-Baden 2016
- SCHÖNENBERGER BEAT, Restitution von Kulturgut, Stämpfli: Bern 2009
- SCHOTT MARKUS, Staat und Wettbewerb. Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigungen in der Schweiz und in der Europäischen Union (Habil. Zürich), Dike: Zürich/St. Gallen 2010

- SCHRÖDER MEINHARD, Die Je-desto-Formel des Bundesverfassungsgerichts in der Esra-Entscheidung und ihre Bedeutung für Grundrechtsabwägungen, DVBL 123 (2008) 3, 146–150
- SCHUBARTH MARTIN (Hrsg.), Der Fahrner-Prozess. Ein Beispiel für die Problematik von Kunst und Justiz, Lenos: Basel 1983 (zit. AUTOR, in Schubarth, Fahrner-Prozess)
- SCHUETZ CHRISTOPH, Was folgt auf die Totgeburt von Art. 37a E-URG?, medialex 21 (2016) 89–91
- SCHULTE MARTIN, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehre (Hrsg.), Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 2005, de Gruyter Recht: Berlin 2006, 110–145
- SCHULZ GABRIELE/RIES CAROLIN/ZIMMERMANN OLAF, Frauen in Kultur und Medien. Ein Überblick über aktuelle Tendenzen, Entwicklungen und Lösungsvorschläge, Deutscher Kulturrat: Berlin 2016
- SCHULZ GABRIELE/ZIMMERMANN OLAF/HUFNAGEL RAINER, Arbeitsmarkt Kultur. Zur wirtschaftlichen und sozialen Lage in Kulturberufen, Berlin 2013 (<<http://www.kulturrat.de/wp-content/uploads/2016/04/studie-arbeitsmarkt-kultur-2013.pdf> zuletzt besucht am 24.4.2019)
- SCHÜRMAN LEO, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Aufl., Stämpfli: Bern 1994
- SCHWANDER VERENA, Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit im Spannungsfeld rechtlicher und gesellschaftlicher Entwicklungen (Diss. Bern), Paul Haupt: Bern 2002
- SCHWANDER VERENA, Von der akademischen Lehrfreiheit zum Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit. Entwicklung der Wissenschaftsfreiheit in der Schweiz aus verfassungsrechtlicher Sicht, ZBl 107 (2006) 6, 285–308
- SCHWARZ BIRGIT, Auf Befehl des Führers. Hilter und der NS-Kunstraub, Theiss: Darmstadt 2014
- SCHWEIZER RAINER J., Der neue Kulturartikel der Bundesverfassung, ZSR 120 (2001) 1/2, 187–204
- SEIFERT FEDOR, Realität oder Fiktion – Dichtung und allgemeines Persönlichkeitsrecht, in: Rainer Jacobs/Hans-Jürgen Papier/Peter-Klaus Schuster (Hrsg.), Festschrift für Peter Raue zum 65. Geburtstag, Carl Heymanns Verlag: Köln/Berlin/München 2007, 695–709
- SENN MISCHA, Satire und Persönlichkeitsschutz. Zur rechtlichen Beurteilung satirischer Äußerungen auf der Grundlage der Literatur- und Rezeptionsforschung (Diss. Zürich), Stämpfli: Bern 1998
- SENN MISCHA, Der «gedankenlose» Durchschnittsleser als normative Figur?, medialex (1998) 3, 150–155
- SENN MISCHA, Die Rechtsfigur des Durchschnittsrezipienten, KUR 1 (2013) 17 ff.
- SENN MISCHA, Wo liegen die rechtlichen Grenzen der Satire?, Plädoyer 33 (2015) 3, 13
- SIEGHART OTT, Kunst und Staat. Der Künstler zwischen Freiheit und Zensur, Deutscher Taschenbuch Verlag: München 1968

- SIEHR KURT, Freizügigkeit und Kulturgüterschutz in der Europäischen Union, in: Immenga Ulrich et al. (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag, Nomos: Baden-Baden 1996, 483–496
- SIMENSKY MELVIN/SELZ THOMAS D./LIND ROBERT C./BUNETT BARBARA A/PALMER CHARLES A./DOUGHERTY F. JAY, Entertainment Law, 3. Aufl., LexisNexis: Newark/San Francisco/Charlottesville 2003
- SMEND RUDOLF, Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer von 1927, de Gruyter: Berlin/Leipzig 1928, 44–74
- SMITH TERRY, What is Contemporary Art?, University of Chicago Press: Chicago 2009
- SNELL LUDWIG, Der Geist der neuen Volksschule in der Schweiz nebst den Hoffnungen, welche der Menschen- und Vaterlandsfreund daraus schöpft, J. Fr. Wartmann: St. Gallen 1840
- SONTAG SUSAN, Das Leiden anderer betrachten (orig. Regarding the pain of Others [2003]), 4. Aufl., Frankfurt a.M. 2013
- SONTAG SUSAN, Kunst und Antikunst. 24 literarische Analysen, Fischer: Frankfurt a.M. 1982
- SONTAG SUSAN, Über Fotografie (orig. On Photography, 1977), Frankfurt a.M. 1980
- SPANKE DANIEL, Moderne Meister – «Entartete» Kunst. Grundlagen und Begriffe, in: Frehner Matthias/Spanke Daniel (Hrsg.), Moderne Meister. «Entartete» Kunst im Kunstmuseum Bern, Prestel: München/London/New York 2016, 15–68
- SSENYONJO MANISULI, Economic, Social and Cultural Rights in International Law, 2. Aufl., Bloomsbury: Oxford/Portland 2016
- STABEN JULIAN, Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung. Strukturen eines verfassungsrechtlichen Arguments (Diss. Hamburg), Mohr Siebeck: Tübingen 2016
- STADLER HANSJÖRG, Die verfassungsrechtlichen Befugnisse des Bundes zur Förderung der Kultur (Diss. Freiburg), Juris: Zürich 1984
- STADLER PETER, Pestalozzi: Geschichtliche Biografie, 2 Bände, Verlag Neue Zürcher Zeitung: Zürich 1988–1993
- STAMATOPOULOU ELSA, Cultural Rights in International Law. Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights and Beyond, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston 2007
- STEFANOVIC JELENA, Als aus Basel «Tschernobâle» wurde: die Bevölkerungsproteste in Folge der Chemikatastrophe von Schweizerhalle am 1. November 1986 (Lizenziatsarbeit Universität Basel), Basel 2008
- STEINHAUER FABIAN, Bildregeln. Studien zum juristischen Bilderstreit, Wilhelm Fink Verlag: München 2009
- STEINHAUER FABIAN, Das eigene Bild. Verfassungen der Bildrechtsdiskurse um 1900, Duncker Humblot: Berlin 2013
- STELZL ULRIKE, Die zweite Stimme im Orchester, in: Pusch Luise F. (Hrsg.), Feminismus. Inspektion der Herrenkultur, Suhrkamp: Frankfurt a.M. 1983

- STENDEL KARL, Zur Problematik der rechtlichen Ordnung der Subventionen, ZBl 89 (1988) 7, 285–306
- STERN KLAUS, Die Freiheit der Kunst und der Wissenschaft als Grundlage der Kulturstaatlichkeit, in: Zimmerli Walter C./Knopp Lothar (Hrsg.), Freiheit von Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre – was heisst das nach Bologna?, Nomos: Baden-Baden 2012, 69–83
- STOCKER PETER, Gottfried Keller und die Verfassung, unveröffentlichte Bachelorarbeit an den Universitären Fernstudien Schweiz (2017)
- STÖHR JÜRGEN, Das Sehbare und das Unsehbare: Abenteuer der Bildanschauung. Théodore Géricault, Frank Stella, Anselm Kiefer, arthistoricum.net: Heidelberg 2018 (DOI: 10.11588/arthistoricum.328.449)
- STONOR SAUNDERS FRANCES, The Cultural Cold War. The CIA and the World of Arts and Letters, The New Press: New York/London 2013
- STÖRI GILG, Verhaltenssteuerung durch Subventionen. Zur Bedeutung von Struktur und Funktion der Zulässigkeit der Subvention (Diss. Zürich), Schulhess: Zürich 1992
- STRATENWERTH GÜNTHER/WÖHLERS WOLFGANG, Strafgesetzbuch. Handkommentar, 3. Aufl. 2013 (zit. AUTOR, StGB-Handkommentar Art. N)
- STRICKLER JOHANNES (Hrsg.), Actensammlung aus der Zeit der Helvetischen Republik (1798–1803), Band 3, Stämpfli'sche Buchdruckerei: Bern 1889
- STROBEL JOCHEN, August Wilhelm Schlegel. Romantiker und Kosmopolit, Theiss Verlag: Darmstadt 2017
- SULLIVAN KATHLEEN M./FELDMAN NOAH, Constitutional Law, 19. Aufl., Foundation Press: St. Paul 2016
- SULLIVAN KATHLEEN M./FELDMAN NOAH, First Amendment Law, 6. Aufl., Foundation Press: St. Paul 2016 (separater Druck von Kapitel 11–14 aus Dies., Constitutional Law [16. Aufl.]
- SYKORA SANDRA, «Lichtbildschutz reloaded»: Der «Schutz der nicht individuellen Fotografie» im neuen Entwurf für die Modernisierung des Schweizer Urheberrechts, KUR 20 (2018) 2, 45–56
- SYKORA SANDRA, Aktuelle Entwicklungen des Schweizer Urheberrechts, KUR 20 (2018) 1, 10–14
- TEUBNER GUNTHER, Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts?, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1 (2008) 9–36, zit. aus: Amstutz Marc/Fischer-Lescano Andreas (Hrsg.), Kritische Systemtheorie, Bielefeld 2013, 327–363
- THOMI MATTHIAS, Künstler mit nonkonformistischem Gedankengut provozieren die Schweiz. Zu den Skandalen um Kurt Fahrner und Josef Felix Müller im 20. Jahrhundert, nicht-publizierte Masterarbeit der Philosophischen Fakultät der Universität Freiburg 2012
- THORNTON SARAH, Sieben Tage in der Kunstwelt, 3. Aufl., Fischer: Frankfurt a.M. 2013
- TIEDEMANN ANJA, Entartete Moderne und ihr amerikanischer Markt. Karl Buchholz und Curt Valentin als Händler verfemter Kunst. Akademie Verlag: Berlin 2013

- TOBLER CHRISTA, *Introducing Visualisation Into the Assessment of Learning in Legal Studies*, in: Bartholomew Paul/Branch John/Nygaard Claus (Hrsg.), *Assessing Learning in Higher Education*, Libri: Faringdon 2016, 59–86
- TOMAN JIRÍ, *Cultural Property in War: Improvement in Protection. Commentary on the 1999 Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, UNESCO Publishing: Paris 2009
- TOMAN JIRÍ, *The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict. Commentary on the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its Protocol*, Dartmouth: Brookfield 1996
- TÖNDURY ANDREA, *Befangenheit bei Überkreuz-Beurteilungen. Zur Ausstandspflicht bei der Behandlung von Filmförderungsgesuchen*, Jusletter 31. Mai 2010
- TÖNDURY ANDREA, *Kultur zwischen Einheit, Vielfalt und Föderalismus*, in: Hotz Sandra/Zelger Ulrich (Hrsg.), *Kultur und Kunst. Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich*, Dike: Zürich/St. Gallen 2010, 175–232
- TÖNDURY ANDREA, *Toleranz als Grundlage politischer Chancengleichheit. Eine ideengeschichtliche Spurensuche: Überlegungen mit Blick auf die schweizerische Verfassungsordnung (Habil. Zürich)*, Dike: Zürich/St. Gallen 2017
- TORTAROLO EDOARDO, *The Invention of the Free Press. Writers and Censorship in Eighteenth Century Europe*, Springer: Dordrecht 2016
- TRAUTMANN FELIX, *Das Imaginäre der Demokratie. Politische Befreiung und das Rätsel der freiwilligen Knechtschaft (Diss. Frankfurt a.M.)*, Konstanz University Press: Konstanz 2020
- TRAUTMANN FELIX, *Die leere und imaginäre Mitte des Volkes. Über die Selbstdarstellung des Volkes in der Volksherrschaft*, NZZ vom 29. Mai 2013, 49
- TRECHSEL STEFAN, *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar*, Dike: Zürich 2008 (zit. AUTOR, in: *StGB-Praxiskommentar Art. N*)
- TSCHANNEN PIERRE, «Öffentliche Sittlichkeit»: *Sozialnormen als polizeiliches Schutzgut?*, in: Bovay Benoît/Son Nguyen Minh (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Moor. Théorie du droit – Droit administratif – Organisation du territoire*, Stämpfli: Bern 2005, 553–568
- TSCHANNEN PIERRE, *Die Auslegung der neuen Bundesverfassung*, in: Zimmerli Ulrich (Hrsg.), *Die neue Bundesverfassung. Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft*, Stämpfli: Bern 2000, 223–248
- TSCHANNEN PIERRE, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 4. Aufl., Stämpfli: Bern 2016
- TSCHANNEN PIERRE, *Stimmrecht und politische Verständigung, Beiträge zu einem erneuerten Verständnis von direkter Demokratie*, Basel/Frankfurt a.M. 1995
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl., Stämpfli: Bern 2014

- TSCHENTSCHER AXEL, Dialektische Rechtsvergleichung – Zur Methode der Komparatistik im öffentlichen Recht, *JuristenZeitung* 62 (2007) 17, 807–816
- TSCHENTSCHER AXEL, *Kantische Letztbegründung. Die Beziehung des Letztbegründungsanspruchs in der Transzendentalpragmatik zur Epistemologie Kants*, Jurisprudencia Verlag: Würzburg 2002
- TUSHNET MARK V./CHEN ALAN K./BLOCHER JOSEPH, *Free Speech Beyond Words. The Surprising Reach of the First Amendment*, New York University Press: New York 2017
- TUSHNET MARK, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, 2. Aufl., Edward Elgar Publishing: Cheltenham 2018
- TUSHNET MARK, *Art and the First Amendment*, *Columbia Journal of Law and the Arts* 35 (2012) 2, 169–220
- UHLMANN FELIX, *Die Kunst des Richtens – Kunstbewertung durch Verwaltung und Gerichte*, *KUR* 1 (2013) 23–27
- UHLMANN FELIX, *Die Neutralität der Verwaltung*, *ZBl* 108 (2007) 4, 211–225
- UHLMANN FELIX/BOGNUDA CRISTINA, *Zehn Thesen zu Kunstfreiheit und Kunstförderung*, *ZSR* 127 (2008) 1/4, 363–380
- UHLMANN MATTHIAS, *Die Filmzensur im Kanton Zürich von den Anfängen bis 1945*, [Verlag nicht ermittelbar]: Zürich 2009
- UJICA MATEI/LOEF ROBERT C.J., *Quod licet jovi, non licet bovi. Was darf die Kunst, was die Medien nicht dürfen?*, *ZUM* (2010) 670–677
- ULLRICH WOLFGANG, *Tiefer hängen. Über den Umgang mit der Kunst*, 4. Aufl., Wagenbach: Berlin 2007
- ULLRICH WOLFGANG, *Was war Kunst?. Biographien eines Begriffs*, 2. Aufl., Fischer Taschenbuch Verlag: Frankfurt a.M. 2006
- VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER/LEHNE JENS, *Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung. Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts*, 4. Aufl., Stämpfli: Bern 2006
- VAN MILLS DAVID, *Free Speech and the State. An Unprincipled Approach*, Palgrave Macmillan: Basingstoke 2017
- VAN RAADEN ROLF, *Battlefield Stars and Stripes – Künstlerisch-politische Aneignung der US-Flagge*, in: Babius Marius/Waldvogel Florian (Hrsg.), *Freedom of Speech*, König: Köln 2011, 81–91
- VISMANN CORNELIA, *Akten. Medientechnik und Recht*, Fischer: Frankfurt a.M. 2000
- VISMANN CORNELIA, *Bildregime des Rechts – Rechtsregime des Bildes*, in: Joly Jean-Baptiste/Vismann Cornelia/Weitin Thomas (Hrsg.), *Bildregime des Rechts*, merz & solitude: Stuttgart 2007, 15–32
- VISMANN CORNELIA, *Das Schöne am Recht*, Merve: Berlin 2012
- VISMANN CORNELIA, *Medien der Rechtsprechung*, hrsgg. von Alexandra Kemmerer und Markus Krajewski, Fischer: Frankfurt am Main 2011

- VOGT URSULA, Die Freiheit der Kunst im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz (Diss. Zürich), Juris: Zürich 1975
- VON BECKER BERNHARD, Verbotene Bücher – eine Anmerkung zum Urteil LG München – *Maxim Biller*, ZUM (2003) 675–677
- VON HARTLIEB HOLGER/SCHWARZ MATHIAS, Handbuch des Film-, Fernseh- und Videorechts, 5. Aufl., C.H. Beck: München 2011
- VON MATT PETER, Die tintenblauen Eidgenossen, C. Hanser: München 2004
- VON MATT Peter, Recht, Gerechtigkeit und Sympathie. Über die Gerichtsbarkeit der Literatur und ihre Strategien, Dike: Zürich 2013
- VON SCHNURBEIN GEORG, Der Schweizer Stiftungssektor im Überblick. Daten, Tätigkeiten und Recht 2009, Uni Basel: Basel 2009
- VON SCHORLEMER SABINE/STOLL PETER-TOBIAS (Hrsg.), The UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions. Explanatory Notes, Springer: Berlin/Heidelberg 2012
- VONAU EVA/SLOPEK DAVID, Böhmermann als Buhmann?. Context does matter!, KUR 18 (2016) 66–69
- VOSGERAU ULRICH, Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht als Universalschranke der Kunstfreiheit. Ein Irrweg der Rechtsprechung, Der Staat 48 (2009) 1, 107–125
- VOSS JULIA, Hilma af Klint. «Die Menschheit in Erstaunen versetzen»: Biographie, S. Fischer Verlag: Frankfurt a.M. 2020
- WAGNER ANNE/SHERWIN RICHARD K. (Hrsg.), Law, Culture and Visual Studies, Springer: Dordrecht 2014
- WALDMANN BERNHARD, Wegkreuze und Gipfelkreuze im Visier, in: Zufferey Jean-Baptiste/Dubey Jacques/Previtali Adriano (Hrsg.), L'homme et son droit. Mélanges en l'honneur de Marco Borghi, Schulthess: Zürich 2011, 591–608
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Bundesverfassung. Basler Kommentar, Helbing Lichtenhahn: Basel 2015 (zit. AUTOR, BSK BV)
- WALDMANN BERNHARD/WEISSENBERGER PHILIPPE, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Schulthess: Zürich 2009 (zit. AUTOR, VwVG Praxiskommentar Art. N)
- WALDRON JEREMY, Foreign Law and the Modern Ius Gentium, Harvard Law Review 119 (2005) 1, 129–147
- WEBER MAX, Die drei reinen Typen der legitimen Herrschaft (ca. zwischen 1917 und 1919/20), in: Hanke Edith (Hrsg.), Wirtschaft und Gesellschaft. Herrschaft. Max Weber Gesamtausgabe (MWG) I/22–4, Mohr Siebeck: Tübingen 2005, 726–742
- WECHSLER MAX, Wölflin und Walser: eine Abschweifung über Kongruenzen im Unvergleichlichen, in: Adolf-Wölflin-Stiftung Kunstmuseum Bern (Hrsg.), Adolf Wölflin. Schreiber. Dichter. Zeichner. Componist, Wiese: Basel 1996, 207–211

- WEGEL MELANIE/KAMENOWSKI MARIA/HARTMANN ANDREA BARBARA/HOFER ROGER, Wissenschaftliche Begleitstudie zum Theater im Strafvollzug «Tell vor Gericht», ZHAW 2017 (erhältlich auf Anfrage)
- WEIGEL SIGRID, *Grammatologie der Bilder*, Suhrkamp: Berlin 2015
- WEILER JOSEPH et al. (Hrsg.), *International Law. Critical Concepts in Law*, Routledge: London 2011
- WEILER-ESSER JULIA, *Kunstfreiheit und Sachbeschädigung*, KUR 21 (2019) 2, 73
- WELLER MATTHIAS, *Rethinking EU Cultural Property Law: Towards Private Enforcement*, Nomos: Baden-Baden 2018
- WERNLI MARTINA, *Schreiben am Rand – «Die Bernische kantonale Irrenanstalt Waldau» und ihre Narrative (1895–1936)*, Transcript: Bielefeld 2014
- WHITNEY CHADWICK, *Women, Art, and Society*, 5. Aufl., Thames & Hudson: New York 2012
- WIERTZ WENDY, *A Lack of a Name, of Artistic Value, and of a Positive Perception: Overlooking Amateur Artists in Scholarly Research*, *History of Humanities* 5 (2020) 1, 111–129
- WILLIAMS DAVID, *Condorcet and Modernity*, Cambridge University Press: Cambridge 2004
- WILLIAMS ROBERT, *Art Theory. An Historical Introduction*, 2. Aufl., Blackwell: Malden 2009
- WIMALASENA JAN PHILIP, *Die Durchsetzung sozialer Menschenrechte: Rechtsfortbildung am Beispiel des Internationalen Sozialpakts von 1966*, *Kritische Justiz* 41 (2008) 1, 2–23
- WINKLER ROLAND, *Die Grundrechte der Europäischen Union. System und allgemeine Grundrechtslehren*, Springer: Wien 2006
- WITTECK FABIAN, *Esra, Mephisto und Salomo. Konflikte zwischen Persönlichkeitsschutz und Kunstfreiheit nach der «Esra»-Entscheidung des BVerfG (BVerfGE 119,1)*, *Jura* 2 (2009) 128–136
- WOHLERS WOLFGANG, *Strafbarkeit des Umgangs mit Kinderpornographie*, *AJP* (2020) 389–399
- WOLF HARALD (Hrsg.), *Das Imaginäre im Sozialen. Zur Sozialtheorie von Cornelius Castoriadis*, Wallstein-Verlag: Göttingen 2012
- WOLF UWE, *Spötter vor Gericht. Eine vergleichende Studie zur Behandlung von Satire und Karikatur im Recht der Bundesrepublik, Frankreichs, Englands und der USA (Diss. Köln)*, Peter Lang: Frankfurt a.M. 1996
- WÖFLI ADOLF, «o Grad o/ooo: Entbrannt von Liebes,=Flammen». *Gedichte*, Fischer: Frankfurt a.M. 1996
- WRASE MICHAEL, *Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit. Zur Methode und Dogmatik der Konkretisierung materialer Grundrechtsgehalte (Diss. Berlin)*, Berlin 2016
- WÜRKNER JOACHIM, *Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst (Diss. Frankfurt a.M.)*, Verlag Franz Vahlen: München 1994
- WÜRTEMBERGER THOMAS, *Rechtliche Grenzen politischer Kunst in historischer Betrachtung*, in: Mühleisen Hans-Otto (Hrsg.), *Grenzen politischer Kunst*, Schnell & Steiner: München/Zürich 1982

- WÜRTEMBERGER THOMAS, Zur Geschichte der Kunstfreiheit, in: Geis Max-Emanuel/Winkler Markus/Bickenbach Christian (Hrsg.), Von der Kultur der Verfassung. Festschrift für Friedhelm Hufen zum 70. Geburtstag, C.H. Beck: München 2015, 137–150
- YORK-GOTHART MIX (Hrsg.), Kunstfreiheit und Zensur in der Bundesrepublik Deutschland, de Gruyter: Berlin/Boston 2014
- ZECH HERBERT/ANGER CHRISTIAN, Die Zerstörung urheberrechtlich geschützter Werke, in: Fankhauser Roland et al. (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Thomas Sutter-Somm, Schulthess: Zürich 2016, 1149–1168
- ZIMMERMANN OLAF/GEISSLER THEO (Hrsg.), Künstlerleben zwischen Hype und Havarie, Berlin 2010
- ZIMMERMANN OLAF/GEISSLER THEO, Arbeitsmarkt Kultur: Vom Nischenmarkt zur Boombranche, Berlin 2012
- ZÖBELEY GÜNTER, Zum Schutzbereich der Kunstfreiheitsgarantie bei fotografischen Darstellungen, in: Fürst Walther/Herzog Roman/Umbach Dieter C. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, de Gruyter: Berlin/New York, 1525–1538
- ZÖBELEY GÜNTER, Zur Garantie der Kunstfreiheit in der gerichtlichen Praxis, NJW 38 (1985) 5, 254–258
- ZUFFEREY NATHALIE/AUBRY PATRICE, Loi sur le cinéma, Stämpfli: Bern 2006 (zit. AUTOR, Commentaire LCin Art. N)
- ZWEIG STEFAN, Phantastische Nacht, 2. Aufl., S. Fischer: Frankfurt a.M. 1988

Abkürzungsverzeichnis

a.M.	anderer Meinung
aArt.	frühere Fassung des betreffenden Artikels
AB	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
AB N	Amtliches Bulletin des Nationalrates
AB S	Amtliches Bulletin des Ständerates
Abs.	Absatz
ACHPR	African Commission on Human and Peoples' Rights
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (Universal Declaration of Human Rights), von der Generalversammlung der Vereinten Nationen verabschiedet am 10. Dezember 1948 (UN Doc. GA A/Res/217)
AfP	Zeitschrift für das gesamte Medienrecht (Archiv für Presserecht)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Lachen)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BAK	Bundesamt für Kultur
BB	Bundesbeschluss
BBl	Bundesblatt
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer-Urteil	Nicht-publiziertes Urteil des Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK ZGB	Hausheer Heinz et al. (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Einleitung. Art. 1–9 ZGB, Stämpfli: Bern 2012
BRB	Bundesratsbeschluss
BSK BV	Basler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung von Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung. Basler Kommentar, Helbing Lichtenhahn: Basel 2015
Bst.	Buchstabe
bswe	beispielsweise
BVerfG	Bundesverfassungsgericht der Bundesrepublik Deutschland
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (amtliche Sammlung)

BVGer	Bundesverwaltungsgericht
BVK	Kommentar zur Bundesverfassung von Biaggini Giovanni, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Orell Füssli: Zürich 2017
CESCR	Committee on Economic, Social and Cultural Rights (Sozialausschuss)
CIA	Central Intelligence Agency
Corodis	Commission romande de diffusion de spectacles
d.h.	das heisst
Ders.	Derselbe
Dies.	Dieselbe/Dieselben
DOI	Digital Object Identifier
DVBL	Deutsches Verwaltungsblatt
E.	Erwägung
ECHR	European Court of Human Rights (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte; EGMR)
EDA	Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten
EDI	Eidgenössisches Departement des Innern
EDK	Schweizerische Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f./ff.	und folgende (Seite/Seiten)
f.w.H.	für weitere Hinweise
FLAG	Führen mit Leistungsauftrag und Globalbudget
Fn.	Fussnote
g.	gegen
GC	General Comment
GGK	Kommentar zum Grundgesetz von Dreier Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band I (Artikel 1–19), Mohr Siebeck: Tübingen 2013
gl.M.	gleicher Meinung
GRUR	Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
GSMB	Gesellschaft der Schweizer Maler und Bildhauer

HRC	Human Rights Committee (UN-Menschenrechtsausschuss)/Human Rights Council (UN-Menschenrechtsrat)
Hrsg.	Herausgeber
hrsgg.	herausgegeben
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.	in Sachen
i.w.S.	im weiteren Sinne
ICOMOS	Landesgruppe Schweiz des Internationalen Rates für Denkmalpflege
insbes.	insbesondere
ISOS	Inventar schützenswerter Ortsbilder der Schweiz
Kap.	Kapitel
KBK	Konferenz der kantonalen Kulturbeauftragten
KKR	Kommentar zum Kunstrecht von Mosimann Peter/Renold Marc-André/ Raschèr Andrea F., Kunst. Kultur. Recht, Schweizerisches und Internatio- nales Recht, Helbing Lichtenhahn: Basel 2009
komm.	kommentiert
Kommentar KV LU	Richli Paul/Wicki Franz (Hrsg.), Kommentar der neuen Kantonsverfassung Luzern, Stämpfli: Bern 2010
Kommentar KV ZH	Häner Isabelle/Rüssli Markus/Schwarzenbach Evi (Hrsg.), Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Schulthess: Zürich/Basel/Genf 2007
KTI	Kommission für Technologie und Innovation
KUR	Kunst und Recht – Journal für Kunstrecht
m.A.n.	meiner Ansicht nach
m.H.	mit Hinweis
m.H.a.	mit Hinweis(en) auf
m.V.a.	mit Verweis auf
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MEDIA	Mesures pour Encourager le Développement de l'Industrie Audiovisuelle
N	Note(n); Randnote(n)
nachf.	nachfolgend
NB	Schweizerische Nationalbibliothek
NEA	National Endowment for the Arts
Nr.	Nummer
NSDAP	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
S.	Seite

SBFI	Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation
SGK BV	St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung von Ehrenzeller Bernhard/ Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Dike/Schulthess: Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2014
SIKJM	Schweizerisches Institut für Kinder- und Jugendmedien
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SKK	Städtekonferenz Kultur
SNM	Schweizerisches Nationalmuseum
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechts- sammlung)
SRG SSR	Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft
SSV	Schweizerischer Städteverband
u.a.	und andere/unter anderem
UN	United Nations (Vereinte Nationen)
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (Organisation der Vereinten Nationen für Erziehung, Wissenschaft und Kultur)
usw.	und so weiter
v	versus
v.	von/vom
Vorb.	Vorbemerkung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVG Kom- mentar	Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), VwVG. Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren Kommentar, 2. Aufl., Dike: Zürich/St. Gallen 2019
WBK-N	Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrates
z.B.	zum Beispiel
ZaöR	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, bis 1988: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (ZSGB)
ZGB Handkom- mentar	Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland, Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 3. Aufl., Orell Füssli: Zürich 2016
ZHAW	Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften
zit.	zitiert (als)

ZK ZGB	Gauch Peter et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Einleitung. Art. 1–7 ZGB, 3. Aufl., Schulthess: Zürich 1998
ZKM	Zentrum für Kunst und Medien Karlsruhe
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

Erlasserverzeichnis

Die Erlasse sind ihren Abkürzungen entsprechend alphabetisch aufgelistet.

aBV Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (auch zit. als BV1874)

ACHR American Convention on Human Rights, verabschiedet in San José am 22. November 1969

AEMR Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (Universal Declaration of Human Rights), von der Generalversammlung der Vereinten Nationen verabschiedet am 10. Dezember 1948 (UN Doc. GA A/Res/217)

AIG Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG) vom 16. Dezember 2005 (SR 142.20)

BankG Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz) (SR 952.0)

BEHG Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (Börsengesetz) (SR 954.1)

Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst revidiert in Paris am 24. Juli 1971, in Kraft getreten für die Schweiz am 25. September 1993 (SR 0.231.15)

BGG Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz) (SR 173.110)

BGS Bundesgesetz über Geldspiele vom 17. November 2017 (Geldspielgesetz) (SR 935.51)

Bundesgesetz betreffend die Bestrafung des Frauen- und Kinderhandels sowie der Verbreitung und des Vertriebs von unzüchtigen Veröffentlichungen vom 30. September 1925

Bundesgesetz vom 28. Mai 1849 über die Organisation und den Geschäftsgang des Bundesrates (AS 1848 49)

BuPG Bundesgesetz über die Buchpreisbindung (BuPG) vom 18. März 2011 (im Referendum 2012 abgewiesen)

BV Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)

BV1848 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 12. September 1848

BV1874 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (auch zit. als aBV)

Constitution directoriale: Constitution du 5 fructidor an III, 22 août 1795

EMRK Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, für die Schweiz in Kraft getreten am 28. November 1974 (SR 0.101)

EMRK 4. Zusatzprotokoll: Protokoll Nr. 4 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 16. September 1963, von der Schweiz nicht ratifiziert

Europarat, Europäisches Kulturabkommen vom 19. April 1954

FiG Bundesgesetz über Filmproduktion und Filmförderung vom 14. Dezember 2001 (SR 443.1)

FinfraG Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel vom 19. Juni 2015 (Finanzmarktinfrastrukturgesetz) (SR 958.1).

Genfer Konvention I: Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der bewaffneten Kräfte im Felde vom 12. August 1949, in Kraft getreten für die Schweiz am 21. Oktober 1950 (SR 0.518.12)

Genfer Konvention II: Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten, Kranken und Schiffbrüchigen der bewaffneten Kräfte zur See vom 12. August 1949, in Kraft getreten für die Schweiz am 21. Oktober 1950 (SR 0.518.23)

Genfer Konvention III: Genfer Abkommen über die Behandlung der Kriegsgefangenen vom 12. August 1949, in Kraft getreten für die Schweiz am 21. Oktober 1950 (SR 0.518.42)

Genfer Konvention IV: Genfer Abkommen über den Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten vom 12. August 1949, in Kraft getreten für die Schweiz am 21. Oktober 1950 (SR 0.518.51)

Genfer Zusatzprotokoll I: Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll I) vom 8. Juni 1977, in Kraft getreten für die Schweiz am 17. August 1982 (SR 0.518.521)

Genfer Zusatzprotokoll II: Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll II) vom 8. August 1977, in Kraft getreten für die Schweiz am 17. August 1982 (SR 0.518.522)

Genfer Zusatzprotokoll III: Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über die Annahme eines zusätzlichen Schutzzeichens (Protokoll III) vom 8. Dezember 2005, in Kraft getreten für die Schweiz am 14. Januar 2007 (SR 0.518.523)

Geschäftsordnung der Stiftung Pro Helvetia vom 23. November 2011 (SR 442.132.1)

GG Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1)

GRCh Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. 2007 C 303/1 (respektive ABl. 2000, Nr. C 364/1) (Grundrechtecharta)

GwG Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung vom 10. Oktober 1997 (Geldwäschereigesetz) (SR 955.0)

Haager Abkommen (1899): Internationale Übereinkunft betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs vom 29. Juli 1899, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. Juni 1907 (SR 0.515.111)

Haager Abkommen (1907): Abkommen betreffend die Rechte und Pflichten der neutralen Mächte und Personen im Falle eines Landkriegs vom 18. Oktober 1907, in Kraft getreten für die Schweiz am 11. Juli 1910 (SR 0.515.21)

Haager Kulturgutabkommen: Haager Abkommen für den Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten vom 14. Mai 1954, in Kraft getreten für die Schweiz am 15. August 1962 (SR 0.520.3)

Haager Zusatzprotokoll I: Haager Protokoll über den Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten vom 14. Mai 1954, in Kraft getreten für die Schweiz am 15. August 1962 (SR 0.520.32)

Haager Zusatzprotokoll II: Zweites Protokoll zum Haager Abkommen von 1954 für den Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten vom 26. März 1999, in Kraft getreten für die Schweiz am 9. Oktober 2004 (SR 0.520.33)

KAG Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen vom 23. Juni 2006 (Kollektivanlagen-gesetz) (SR 951.31)

KFG Bundesgesetz über die Kulturförderung vom 11. Dezember 2009 (Kulturförderungsgesetz) (SR 442.1)

KFV Verordnung über die Förderung der Kultur vom 23. November 2011 (SR 442.11)

KGTG Bundesgesetz über den internationalen Kulturgütertransfer vom 30. Juni 2002 (Kulturgütertransfergesetz) (SR 444.1)

Kulturfördergesetz Kanton Basel-Stadt vom 21. Oktober 2009 (SG BS 494.300)

Kulturförderungsgesetz des Kantons Wallis vom 15. November 1996 (SG VS 440.1)

KV BS Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 23. Mai 2005 (SG BS 111.100)

KVG Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (SR 832.10)

Lieber Code Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (General Orders No. 100) (24. April 1863)

MSG Bundesgesetz über die Museen und Sammlungen des Bundes vom 12. Juni 2009 (Museums- und Sammlungsgesetz) (SR 432.30)

MWSTG Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer (Mehrwertsteuergesetz, MWSTG) vom 12. Juni 2009 (SR 641.20)

NBibG Bundesgesetz über die Schweizerische Nationalbibliothek vom 18. Dezember 1992 (Nationalbibliotheksgesetz) (SR 432.21)

NHG Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (SR 451)

Paulskirchenverfassung: Verfassung des deutschen Reiches vom 28. März 1849

Rahmentübereinkommen des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten vom 1. Februar 1995, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Februar 1999 (SR 0.441.1)

Reglement des Schweizerischen Nationalfonds über die Gewährung von Beiträgen vom 1. Januar 2016

Reglement zur Kulturförderung des Kantons Wallis vom 10. November 2010 (SG VS 440.100)

Richtlinie 2001/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstrechts (27.9.2007)

Richtlinien der Stadt Zürich für das Ressort Bildende Kunst vom 1. Januar 2018

RTVG Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 24. März 2006 (SR 784.40)

Sozialcharta Revidierte Europäische Sozialcharta vom 3. Mai 1996, von der Schweiz nicht ratifiziert

Sozialpakt Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992 (SR 0.103.1)

Staatsbeitragsgesetz des Kantons Bern vom 16.9.1992 (SG BE 641.1)

Staatsbeitragsgesetz des Kantons Luzern vom 17. September 1996 (SG LU 601)

StPO Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)

SuG Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz, SuG) vom 5. Oktober 1990 (SR 616.1)

UN-BRK Übereinkommen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, für die Schweiz in Kraft seit 15. Mai 2014 (SR 0.109)

UN-Charta Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945, für die Schweiz in Kraft getreten am 10. September 2002 (SR 0.120)

UN-KRK Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes, für die Schweiz in Kraft seit 26. März 1997 (SR 0.107)

UN-Rassendiskriminierungskonvention: Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21. Dezember 1965, für die Schweiz in Kraft seit 29. Dezember 1994 (SR 0.104)

UNESCO-Konvention 1970: Übereinkommen über Massnahmen zum Verbot und zur Verhütung der rechtswidrigen Einfuhr, Ausfuhr und Übereignung von Kulturgut vom 14. November 1970, in Kraft getreten für die Schweiz am 3. Januar 2004 (SR 0.444.1)

UNESCO-Kulturförderungskonvention: Übereinkommen über den Schutz und die Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen vom 20. Oktober 2005, in Kraft getreten für die Schweiz am 16. Oktober 2008 (SR 0.440.9)

UNESCO-Kulturgüterschutzkonvention: Übereinkommen zum Schutz des Natur- und Kulturgutes der Welt vom 23. November 1972, in Kraft getreten für die Schweiz am 17. Dezember 1975 (SR 0.451.41)

UNESCO-Verfassung: Verfassung der Organisation für Bildung, Wissen und Kultur (UNESCO) vom 16. November 1945, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. Januar 1949 (SR 0.401)

URG Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992 (SR 231.1)

URV Verordnung über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 26. April 1993 (SR 231.11)

VAG Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen vom 17. Dezember 2004 (Versicherungsaufsichtsgesetz) (SR 961.01)

Verfassung der helvetischen Republik vom 12. April 1798

Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika vom 17. September 1787 (orig. Constitution of the United States of America)

Verordnung des EDI über das Förderungskonzept 2016–2020 zum Programm «jugend+musik» vom 25. November 2015 (SR 442.131)

Verordnung des EDI über die das Förderungskonzept 2016–2020 zur Verlagsförderung vom 25. November 2010 (SR 442.129)

Verordnung über Beiträge der Stiftung Pro Helvetia vom 23. November 2011 (SR 442.132.2)

Verordnung über die Verwendung des Kunstcredits Kanton Basel-Stadt vom 11.6.1991 (SG BS 494.800)

VVG Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (Versicherungsvertrags-gesetz) (SR 221.229.1)

VwVG Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungs-verfahrensgesetz, VwVG) (SR 172.021)

Welturheberrechts-Abkommen: Welturheberrechts-Abkommen vom 6. September 1952, in Kraft getreten für die Schweiz am 30. März 1956 (SR 0.231.0)

WRV Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919 (Weimarer Reichsverfassung)

Zivilpakt Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992 (SR 0.103.2)

Materialienverzeichnis

Die Materialien sind in alphabetischer Reihenfolge aufgelistet.

Bericht zum Folgerecht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 13.4083 Luginbühl vom 5.3.2013 «Erlös für Schweizer Künstlerinnen und Künstler»

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 (96.091), BBl 1997 I 1 (zit. Botschaft BV)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Art. 27^{ter} betreffend das Filmwesen vom 24. Februar 1954, BBl 108 I 457 (zit. Botschaft Filmwesen)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Organisation und die Aufgaben der schweizerischen Kulturwahrung und Kulturwerbung vom 9. Dezember 1938, BBl 90 II 985 (zit. Botschaft Kulturwahrung und Kulturwerbung)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Strafgesetzbuch vom 23. Juli 1918, BBl 1918 IV 1 (zit. Botschaft StGB)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Artikel 24^{sexies} betreffend den Natur- und Heimatschutz vom 19. Mai 1961, BBl 1961 I 1093

Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Bekämpfung der unzüchtigen Veröffentlichungen vom 25. November 1924, BBl 1924 III 1018 (zit. Botschaft unzüchtige Veröffentlichungen)

Botschaft des Directoriums an die Räte betr. einen Plan zur Neugestaltung des Erziehungswesens vom 18. November 1798, abgedruckt in STRICKLER, Actensammlung Band III, 602–616 (zit. Botschaft Erziehungswesen)

Botschaft zum Bundesgesetz über die Filmproduktion und Filmkultur vom 18. September 2000, BBl 2000 5429 (zit. Botschaft FiG)

Botschaft zum Bundesgesetz über die Kulturförderung vom 8. Juni 2007, BBl 2007 4819 (zit. Botschaft KFG)

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Sittlichkeit und gegen die Familie) vom 26. Juni 1985, BBl 1985 II 1009 (zit. Botschaft Änderung StGB)

Botschaft zu dem Entwurf eines Beschlusses betreffend die Förderung und Hebung der schweizerischen Kunst vom 3. Juni 1887, BBl 1887 III 515 (zit. Botschaft Förderung und Hebung der Kunst)

Botschaft zu einem Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 15. Dezember 1986, BBl 1987 I 369 (zit. Botschaft SuG)

Botschaft zum Entwurf eines Bundesgesetzes über das Filmwesen vom 28. November 1961, BBl 113 II 1029 (zit. Botschaft Filmgesetz)

Botschaft zum Übereinkommen über den Schutz und die Förderung der Vielfalt der kulturellen Ausdrucksformen vom 21. September 2007, BBl 2007 7297 (zit. Botschaft kulturelle Ausdrucksformen)

Botschaft zur «Eidgenössischen Kulturinitiative» vom 18. April 1984, BBl 1984 II 501 (zit. Botschaft Kulturinitiative)

Botschaft zur Genehmigung des Übereinkommens des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (Lanzarote-Konvention) sowie zu seiner Umsetzung (Änderung des Strafgesetzbuchs) vom 4. Juli 2012, BBl 2012 7571 (zit. Botschaft Lanzarote-Konvention)

Botschaft zur Förderung der Kultur in den Jahren 2012–2015 vom 23. Februar 2011, BBl 2011 2971 (zit. Kulturbotschaft 2012–2015)

Botschaft zur Förderung der Kultur in den Jahren 2016–2020 vom 28. November 2015, BBl 2014 497 (zit. Kulturbotschaft 2016–2020)

Botschaft zur Förderung der Kultur in den Jahren 2021–2024 vom 26. Februar 2020 (zit. Kulturbotschaft 2021–2024)

Bundesamt für Kultur, Taschenstatistik Kultur in der Schweiz 2018

Bundesbeschluss betreffend die Errichtung einer Schweizerischen Landesbibliothek vom 28. Juni 1894, BBl 1894 III 140 ff.

Bundesbeschluss vom 22. Dezember 1887 betreffend die Förderung und Hebung der schweizerischen Kunst (BS 4 199)

Bundesbeschluss vom 27. Juni 1890 über die Errichtung eines Schweizerischen Landesmuseums (AS 11 690)

CESCR, GC 21: CESCR, General Comment No. 21, Right of Everyone to Take Part in Cultural Life (art. 15, para. 1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) (21.12.2009) (U.N. Doc. E/C.12/GC/21)

CESCR, GC 17: CESCR, General Comment No. 17, Right of Everyone to Benefit From the Protection of the Moral and Material Interests Resulting From Any Scientific, Literary or Artistic Production of Which He or She is the Author (article 15, paragraph 1(c) of the Covenant) (12.1.2006) (U.N. Doc. E/C.12/GC/17)

Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities (18.12.1992) (U.N. Doc. A/RES/47/135)

Enquête über helvetische Künstler vom 11. Januar 1799, auszugsweise abgedruckt in: Rufer, Actensammlung Band 16

HRC, GC 23: HRC, General Comment No. 23: The Rights of Minorities (Art. 27) (8.4.1994) (CCPR/C/21/Rev.1/Add.5)

HRC, GC 34: HRC, General Comment No. 34, Art. 19 Freedom of Opinion and Expression, (12.9.2011) (U. N. Doc. CCPR/C/GC/34)

HRC, Report of the Independent Expert in the Field of Cultural Rights (3.3.2011) (U.N. Doc. A/HRC/17/38)

HRC, Report of the Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights (3.2.2016) (U.N. Doc. A/HRC/31/59)

Plan d'une Constitution provisoire pour la République Helvétique ou Suisse von Peter Ochs (Januar 1798), abgedruckt in: Kölz, Quellenbuch I, 113 ff.

Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on Protecting and Promoting the Right to Freedom of Expression and the Right to Private Life with Regard to Network Neutrality (CM/Rec(2016)1) (13.1.2016)

Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities (Francesco Caporti) (1979) (U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1)

UNESCO Recommendation Concerning the Status of the Artist (27.10.1980)

UNESCO, Recommendation on Participation by the People at Large in Cultural Life and Their Contribution to It (26.11.1976)

Verfassung und Völkerrecht schützen die künstlerische Freiheit. Die Autorin untersucht die Entstehung der Kunstfreiheit seit der Aufklärung und verankert das Grundrecht in seinen philosophischen, ästhetischen und kunsttheoretischen Bezügen. Auf dieser Grundlage entwickelt sie den Schutzbereich und die Grenzen des Grundrechts und zeigt dessen Tragweite für die Kunstförderung auf. Das erste umfassende Werk zur Kunstfreiheit unter der totalrevidierten Bundesverfassung vermittelt der Praxis wertvolle Leitlinien für die Anwendung des Grundrechts. Die Untersuchung erfolgt unter eingehender Berücksichtigung des internationalen Rechts sowie des deutschen und U.S.-amerikanischen Verfassungsrechts.



ISBN 978-3-7190-4415-2
Helbing Lichtenhahn Verlag

ISBN 978-3-8487-7917-8
Nomos Verlag