Kunst im Recht

1. Der Zeit ihre Kunst, der Kunst ihre Freiheit

1.1 Ein Postulat auf dem Prüfstand

Die 1897 gegründete Wiener Künstlervereinigung Secession (vollständige Bezeichnung: Vereinigung bildender Künstler Wiener Secession) ahnte wohl nicht, dass das Postulat „Der Zeit ihre Kunst – Der Kunst ihre Freiheit" auf ihrem Ausstellungsgebäude in Wien 100 Jahre später einer gerichtlichen Überprüfung unterzogen werden würde, als in deren Ausstellung *Das Jahrhundert künstlerischer Freiheit* vom 3. April bis 21. Juni 1998 das Gemälde *Apokalypse* des österreichischen Malers Otto Mühl gezeigt wurde. Das 450 mal 360 Zentimeter große Gemälde zeigte eine Collage verschiedener Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens wie Mutter Teresa, den österreichischen Kardinal Hermann Groer und den ehemaligen FPÖ-Chef Jörg Haider in sexuellen Posen. Während die nackten Körper dieser Figuren gemalt sind, wurden die Köpfe und Gesichter mit ausgeschnittenen Fotos aus Zeitungen dargestellt. Die Augen einiger der porträtierten Personen waren mit schwarzen Balken verdeckt. Unter diesen Personen war auch Walter Meischberger, bis 1995 Generalsekretär der FPÖ, der zum Zeitpunkt der Ereignisse Nationalratsabgeordneter (bis April 1999) war. Kurz nach Beginn der Ausstellung wurde das Gemälde von einem vandalierenden Besucher [1] beschädigt, der einen Teil, der Meischberger zeigte, mit roter Farbe überschüttete. Als Folge dieses Vorfalls war der gesamte gemalte Körper dieses

[1] Zur Identität der Person siehe https://www.favorartis.at/recht-der-kunst/egmr/apokalypse (25.03.2024).

Politikers und ein Teil seines Gesichts mit roter Farbe bedeckt. Im Zuge eines von Meischberger im Juni 1998 eingeleiteten Prozesses gegen die Vereinigung bildender Künstler Wiener Secession kam es im Februar 2000 zu einem Ausstellungsverbot per einstweiliger Verfügung, das erst nach Erhebung der Beschwerde durch die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte EGMR vom 25.01.2007 [2] aufgehoben wurde.

In dieser Entscheidung ist der Fall *Apokalypse* genau beschrieben. Das Bild kann aus urheberrechtlichen Gründen hier nicht veröffentlicht werden. Auf der Website des Verfassers [3] wird die Möglichkeit zur Verlinkung genützt. Der Versuch, Fragen zur postulierten Freiheit der Kunst am Beispiel des konkreten Falles *Apokalypse* anschaulich zu beantworten, liegt nahe. Er versteht sich als Einleitung zum ersten Teil *Kunst im Recht* und hat die Fragen, ob es einen Rechtsbegriff Kunst gibt, was Gerichte als Kunst ansehen und wo die Grenzen der Kunstfreiheit liegen, zum Gegenstand.

1.1.1 Gibt es einen Rechtsbegriff Kunst?

Wenn zunächst der Zeit ihre Kunst gehören soll, ist dies ein zutreffender Hinweis darauf, dass in unterschiedlichen Epochen (und wohl auch an verschiedenen Orten) voneinander abweichende Kunstbegriffe vorherrschten. Die Kunstgeschichte als Wissenschaft erklärt uns diese Epochen vorzüglich.

Richtet man den Blick zurück ins 20. Jahrhundert, so ist man in der römisch-germanischen Rechtsfamilie und im Common Law (sohin die Rechtsordnungen des Fernen Ostens, Indiens, des Islam und Afrikas außer Acht lassend) in Etappen mit moderner Kunst und der Änderung des Kunstbegriffes konfrontiert. Man kehrt in Avantgarde-Schritten dem idealistischen Konzept der klassischen

[2] EGMR 25.01.2007, 68.354/01 (Vereinigung Bildender Künstler gegen Österreich).
[3] https://www.favorartis.at/recht-der-kunst/egmr/apokalypse, (25.03.2024).

Kunstgattungen Architektur, Skulptur, Malerei und Grafik der Ästhetik, den schönen Künsten und unserer Vorstellung von Kunst als Erbauung und Wohlgefallen den Rücken. Exemplarisch seien für die Bildkunst Kasimir Malewitschs *Schwarzes Quadrat auf weißem Grund* (1915), Marcel Duchamps L.H.O.O.Q (1919), Salvatore Dalis *Lobster Telephone* (1936), Robert Rauschenbergs *Erased de Kooning Drawing* (1953) sowie Andy Warhols *Campbell's Soup Cans* (1962) und *Brillo-Boxen* (1964) erwähnt. John Cages *4'33* (1952) und Andy Warhols *Empire* (1965) seien als Beispiele aus den Genres Musik und Filmkunst hinzugefügt. Richtet man den Blick in die Gegenwart, so ist man mit neuen Kunstformen wie Konzeptkunst und Aktionskunst (Performance) konfrontiert.

Bevor wir uns dem Rechtsbegriff Kunst in der Europäischen Menschenrechtskonvention EMRK und in nationalen Gesetzen zuwenden, bedarf es der Erwähnung, dass es von 1933 bis 1945 eine Zeit beispielloser Vernichtung von Kunst gab: Unter nationalsozialistischer Herrschaft wurden in Deutschland alle Formen moderner Kunst diffamiert, 1936 wurde jegliche Kunst der Moderne verboten. Als „entartete Kunst" galt alles, was der sogenannten „Deutschen Kunst" widersprach, darunter Werke des Expressionismus, Surrealismus, Kubismus oder Fauvismus. Werke aus über hundert Sammlungen in über siebzig Städten wurden beschlagnahmt, aus den Museen entfernt und entweder für die Ausstellung *Entartete Kunst* vorgesehen, ins Ausland verkauft oder zerstört. Maler, Schriftsteller und Komponisten erhielten – soweit sie nicht emigriert waren – Arbeits- und Ausstellungsverbot. Die Entrechtung der jüdischen Bevölkerung bewirkte, dass zahlreiche Kunstwerke aus deren Privatbesitz in die Hand des Staates fielen. 1937 wurde in München die Ausstellung *Entartete Kunst* eröffnet, in der 650 konfiszierte Kunstwerke aus 32 Museen gezeigt wurden. Die Ausstellung wanderte und die reichsweite Vorführung *Entartete Kunst* wurde von über zwei Millionen Besuchern gesehen. In weiteren Beschlagnahmeaktionen ab August

1937 wurden insgesamt etwa 20.000 Kunstwerke von 1400 Künstlern aus über 100 Museen entfernt.

Die alsbald nach 1945 entstandenen Erklärungen und Verträge des internationalen Rechts (wie etwa die von der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 10.12.1948 verabschiedete Allgemeine Erklärung der Menschenrechte [4] oder die Europäische Menschenrechtskonvention EMRK vom 04.11.1950 [5] und manche nationalen Verfassungen (wie etwa das am 23.05.1949 erlassene Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland [6]) standen zweifelsohne unter dem Eindruck des Zweiten Weltkrieges. Man sah die Verfolgung, Vertreibung und Ermordung der Künstler und Künstlerinnen und den abgrundtiefen und beispiellosen Akt der systematischen Vernichtung ihrer Werke. Die Bedeutung der kunstimmanenten Elemente des künstlerischen Schaffens, des Kulturgüterschutzes, des Rechts auf kulturelle Teilhabe und der Kunstfreiheit war den Verfassern und Verfasserinnen all dieser Rechtsakte angesichts dieser Abgründe stets und klar vor Augen.

Vanessa Rüegger [7] weist in ihrer Habilitationsschrift *Kunstfreiheit* an der Juristischen Fakultät der Universität Basel auf diese Umstände hin und regt zu Recht an, bei Beurteilung der mitunter komplexen (Gewährleistung der) Kunstfreiheit diese Erkenntnis in Erinnerung zu behalten.

Der EGMR führt in seinen Entscheidungen regelmäßig die nationalen Rechtsgrundlagen an, sodass aus der Entscheidung vom 25.01.2007 [8] für Österreich entnommen werden kann:

---

[4] https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights, (25.03.2024).
[5] https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung/Bundesnormen/10000308/EMRK%2c%20Fassung%20vom%2025.03.2024.pdf, 40-58 (25.03.2024).
[6] https://www.gesetze-im-internet.de/gg/GG.pdf, (25.03.2024).
[7] RÜEGGER, VANESSA: Kunstfreiheit, Basel, 2020, S. 108.
[8] EGMR 25.01.2007, 68.354/01 (Vereinigung Bildender Künstler gegen Österreich).RZ 20.

Die künstlerische Freiheit ist durch Art 17a des Staatsgrundgesetzes gewährleistet, der Folgendes vorsieht: Das künstlerische Schaffen, die Vermittlung von Kunst sowie deren Lehre sind frei.

Art 17a StGG wurde am 16.06.1982 als eigenständige Bestimmung in die österreichische Verfassung aufgenommen. In Österreich musste die 1897 gegründete Wiener Künstlervereinigung Secession mithin mit dem Postulat „Der Kunst ihre Freiheit“ noch 85 Jahre warten, bis die Freiheit der Kunst Verfassungsgesetz wurde. In der Bundesrepublik Deutschland erfolgte dies schon 1949 mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes [9].

Dem Wortlaut nach ist die Kunstfreiheit in Art 17a StGG (und auch in Art 5 Abs 3 GG) vorbehaltslos formuliert: der einfache Gesetzgeber wird nicht ermächtigt, Kunst zu definieren, zu regeln oder einzuschränken.

Wenn es jedoch in Art 17a StGG mit der Erwähnung des künstlerischen Schaffens als dem Werkbereich und der Vermittlung von Kunst als dem Wirkbereich einen verfassungsrechtlichen Kunstbegriff gibt und die Eingangsfrage somit zu bejahen ist, besteht auch bei Vorbehaltslosigkeit immer noch die Gefahr, dass durch staatliches Kunstrichtertum definiert wird, was Kunst ist oder welche Kunstformen unter die Freiheitgarantie fallen und welche nicht.

Richter Oliver Wendall Holmes Jr. hat schon 1903 in der US-amerikanischen Gerichtsentscheidung des Supreme Court *Bleistein v. Donaldson* in einer vielzitierten Passage [10] es

---

[9] https://www.gesetze-im-internet.de/gg/art_5.html, (26.03.2024), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Art 5 (3): Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei.

[10] Übersetzung durch den Verfasser. Das Originalzitat lautet wie folgt: “It would be a dangerous undertaking for persons trained only to the law to constitute themselves 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

als ein gefährliches Unterfangen für rechtskundige Personen bezeichnet, wenn sie sich selbst zu endgültigen Richtern über den Wert bildlicher Darstellungen außerhalb der engsten und offensichtlichsten Grenzen einsetzen und bezweifelt, ob die Radierungen von Goya oder die Gemälde von Manet bei ihrem ersten Erscheinen schutzfähig gewesen wären.

Seit Aufnahme des Begriffes Kunstfreiheit in die nationalen Verfassungen in Europa (die EMRK enthält keinen Kunstbegriff) wurde mitunter in Kommentaren stilisiert, dass von Gerichten vorgenommene Kunstdefinitionen in Blamagen geendet hätten. Allerdings haben die Rechtsanwender und Rechtsanwenderinnen im Kunstprozess ohnedies nicht die Wahl, über Kunst oder Nichtkunst nicht zu entscheiden, sie entscheiden daher auch darüber, ob wir es wollen oder nicht. Kunst zu definieren ist sowohl schwierig als auch subjektiv. Gerichte vermeiden zwar den Auftritt als Kunstkritiker, aber sie definieren Kunst am Ende, egal wie vorsichtig sie an die Frage herangehen. Dies führt mitunter zu Widersprüchlichkeiten in der gerichtlichen Argumentation. Es bleibt daher nicht aus, diese heikle Funktion der Gerichte anzuerkennen und sie zu ermutigen, die Zusammenarbeit mit der Kunstgemeinschaft zu suchen.

Da sich letztlich einzelfallbezogen entscheidet, wie weit Kunst als Begriff reicht (und welche Schranken der Kunstfreiheit bestehen – siehe dazu später), mögen die hier besprochenen 45 Fälle sozusagen als Case Law zum besseren Verständnis der Differenziertheit, Vielfältigkeit und Vielseitigkeit des mittlerweile anerkannten offenen Kunstbegriffes (und zu den Schranken der Kunstfreiheit) beitragen.

---

sure of protection when seen for the first time. […]" (Bleistein v. Donaldson Lithographing Co., 188 US 239, 251–52 (1903).

1.1.2 Was sehen Gerichte als Kunst an?

So lässt sich zum Kunstbegriff für Österreich an sechs Beispielen darstellen, dass der Oberste Gerichtshof OGH 2013 im Fall *Romanfigur Dr. B* [11] der Ansicht des Oberlandesgericht OLG Wien, dass der Roman *6 Österreicher unter den ersten 5* Kunst sei, nicht widersprach, der OGH 2010 im Fall *Lieblingshauptfrau* [12] eine im Wahlkampf verwendete Grafik als Parodie anerkannte, die unter dem Schutz der Kunstfreiheit stand, das Landesgericht LG Salzburg 2003 im Fall *Fledermaus* [13] die Salzburger Festspiele als Veranstalter der Aufführung der gleichnamigen Operette wegen sonstiger Einschränkung der Kunstfreiheit vor Rückzahlung des Eintrittsgeldes schütze, der Verfassungsgerichtshof VfGH 1998 im Fall *Zetteldichter* [14] auf die Frage der Kunstfreiheit für an frequentierten Orten angebrachte Pflückgedichte nicht einging und das OLG Wien 1992 im Fall *Erzherzog Jörgerl* [15] dem Texter des gleichnamigen Musikstückes der Musikgruppe EAV und dem Tonträger den Status Künstler und Kunst zuerkannte und vor medienstrafrechtlicher Verurteilung und Beschlagnahme bewahrte.

Für die Bundesrepublik Deutschland können zum Kunstbegriff elf Beispiele angeführt werden: 1971 erging die erste Entscheidung zur Kunstfreiheit des Art 5 Abs 3 1. Satz GG durch das Bundesverfassungsgericht im Fall *Mephisto,* [16] wodurch Klaus Manns 1936 im Exil erschienenes Werk *Mephisto – Roman einer Karriere* als Kunst anerkannt wurde. Aus späteren Entscheidungen des

---

[11] OGH 17.12.2013, 4 Ob 154/13w, MR 2014,66 - Dr. Braun de Praun.

[12] OGH 13.07.2010, 4 Ob 66/10z, ÖBl 2010/55 S 285 - ÖBl 2010,285 = JBl 2010,799 = MR 2010,327 (Thiele/Walter) = ecolex 2011/25 S 57 (Schumacher) - ecolex 2011,57 (Schumacher) = ZUM 2011,275 (Handig) = Handig, ÖBl 2011/15 S 58 - Handig, ÖBl 2011,58 = SZ 2010/82 = HS 41.176 = HS 41.177 – Lieblingshauptfrau.

[13] LG Salzburg, 10.03.2003, 53 R 417/02h.

[14] VfGH 11.12.1998, B 339/97.

[15] OLG Wien 29.1.1992, 27 Bs 25/92, MR 1992, 17.

[16] BVerfG 24.02.1971, 1 BvR 435/68.

Bundesverfassungsgerichts lässt sich erkennen, dass 1987 im Fall *Strauß-Karikatur* [17] eine Darstellung des Politikers Franz Josef Strauß als Schwein zwar als Kunst begriffen wurde, aber beleidigend war, 1990 im Fall *Mutzenbacher* [18] ein pornografischer Roman Kunst im Sinne des Art 5 Abs 3 1.Satz des GG sein konnte, 2000 im Fall *Germania 3* [19] ein gleichnamiges Drama von Heiner Müller als Kunst qualifiziert wurde, 2000 im Fall *Deutschland muss sterben* [20] das gleichnamige Lied der Punkgruppe Slime als Kunst bezeichnet und die Kunstfreiheit mit Hinweis auf Heinrich Heines 1844 erschienenes Gedicht *Die schlesischen Weber* argumentiert wurde, ebenfalls 2000 im Fall *Esra* [21] ein gleichnamiger autobiografischer Liebesroman als Kunst gewertet, aber – heftig umstritten – verboten wurde und 2007 im Fall *Contergan-Film* [22] zugunsten der öffentlich-rechtlichen Fernsehanstalt WDR und der Produktionsfirma entschieden wurde, dass ein Spielfilm als Werk der Filmkunst (neben der Freiheit der Rundfunkberichterstattung) dem Art 5 Abs 3 GG unterfällt. Das Kammergericht Berlin ermöglichte 2012 im Fall *Unlike U* [23] dem Produzenten und Regisseur des gleichnamigen Dokumentarfilms über die Berliner Graffiti-Kultur die Berufung auf Kunst und Kunstfreiheit. 2019 sah das Bundesverfassungsgericht im Fall *Rapunzel 4* [24] das von einer Malerin angefertigte gleichnamige Porträt einer Minderjährigen als Kunst an und 2021 urteilte der Bundesgerichtshof im Fall *Die Auserwählten,* [25] dass die den gleichnamigen Film ausstrahlende öffentlich-rechtliche Fernsehanstalt WDR und die Produktionsfirma den Schutz der gemäß

[17] BVerfG 8.06.1987, 1 BvR 313/85.
[18] BVerfG 27.11.1990, 1 BvR 402/87.
[19] BVerfG 29.06.2000, 1 BvR 825/ 98.
[20] BVerfG 3.11.2000, 1 BvR 581/00.
[21] BVerfG 13.06.2007, 1 BvR 1783/05.
[22] BVerfG 29.08.2007, 1 BvR 1223/07.
[23] Kammergericht Berlin 25.10.2012, 10 U 136/12.
[24] BVerfG 28.01.2019, 1 BvR 1738/16.
[25] BGH 18.08.2021, VI ZR 441/19.

Art 5 Abs 3, Abs 1 GG grundrechtlich garantierten Kunst- und Filmfreiheit genießen.

Aus der Judikatur des EGMR (und der Kommission) lassen sich zum Kunstbegriff sieben weitere Fälle nennen: 1976 wurde im Fall *Little Red Schoolbook* [26] darüber, ob ein gleichnamiges Schulbuch mit einem 26seitigen Abschnitt über Sex als Kunst zu werten ist, nicht entschieden. 1988 entschied der EGMR im Fall *Fri Art 81,* [27] dass drei Gemälde des Schweizer Malers Josef Felix Müller mit Darstellung sexueller Beziehungen vor allem zwischen Männern und Tieren zwar Kunstwerke sind, aber die verhängte Geldstrafe ebenso wie die Beschlagnahme der Gemälde zum Schutz der Moral als notwendig anzusehen war. Im Fall *Human Earrings* [28] ließ die Kommission 1991 nach der Ausstellung einer Skulptur mit der Verwendung zweier gefriergetrockneter Föten von 3 bis 4 Monaten Tragezeit als Ohrringe die innerstaatliche Anwendung der Common Law Straftat des „Verstoßes gegen den öffentlichen Anstand" gegen den Galeristen S und den Künstler G unbeanstandet, obwohl damit die Minimierung des Kunstthemas verbunden war. In den Verfahren gegen Österreich 1994 im Fall *Liebeskonzil* [29] wurde der gleichnamigen Film als Kunst anerkannt (aber dessen Zensur durch die nationalen Gerichte bestätigt) und 2007 im Ausgangsfall *Apokalypse* [30] Otto Mühls gleichnamiges Gemälde (knapp, aber doch) als Kunst gewertet. Im Jahr 2000 wurde im Fall *Gärtner* [31] ein gleichnamiges Gemälde Van Goghs nicht nur als Kunst angesehen, sondern dessen Erklärung zum nationalen Kulturerbe Italiens gutgeheißen. Schließlich urteilte der EGMR 2018 im Fall *Pussy Riot,* [32] dass

---

[26] EGMR 24.11.1993, 5.493/72 (Handyside gegen Vereinigtes Königreich).
[27] EGMR 24.05.1985, 10.737/84 (Müller gegen Schweiz).
[28] EGMR (Kommission), 02.09.1991, 17.364/91 (S and G gegen Vereinigtes Königreich).
[29] EGMR 20.01.1994, 73.470/87 (Otto-Preminger-Institut gegen Österreich).
[30] EGMR 25.01.2007, 68.354/01 (Vereinigung Bildender Künstler gegen Österreich).
[31] EGMR 05.01.2000, 33.202/96 (Beyeler gegen Italien).
[32] EGMR 17.07.2018, 38.004/12 (Alekhina gegen Russland).

ein von der gleichnamigen russischen Musikgruppe am 21.2.2012 in der Moskauer Christ-Erlöser-Kathedrale aufgeführtes Punk-Gebet mit dem Titel *Jungfrau Maria, Verjage Putin!* Kunst ist und mit der Verurteilung von drei Mitgliedern der Musikgruppe zu mehrjährigen Haftstrafen nicht nur die Rechte auf Freiheit und auf ein faires Verfahren, sondern auch auf Freiheit der Meinungsäußerung verletzt wurden.

Aus diesen 24 Fallbeispielen lässt sich zunächst erkennen, wie nationale Gerichte in Österreich und der Bundesrepublik Deutschland und der EGMR über die letzten sechs Jahrzehnte den Rechtsbegriff Kunst interpretierten und von welchen Rechtsauffassungen sie ausgingen, wenn sie Kunst beurteilen. Dem Leitspruch „Der Zeit ihre Kunst" folgend ist die Entwicklung dynamisch und niemals abgeschlossen.

1.1.3 Sind der Kunstfreiheit Schranken gesetzt?

Wendet man sich nun dem zweiten Postulat „Der Kunst ihre Freiheit" zu, hat man sich sogleich zu fragen, ob und gegebenenfalls welche Schranken der Kunstfreiheit (zunächst) in Österreich gesetzt sind. Man unterscheidet, dass die Kunstfreiheit zwar ein vorbehaltloses, aber nicht schrankenloses Grundrecht ist. Es ist dem einfachen Gesetzgeber verboten, der Kunstfreiheit irgendwelche Schranken zu setzen oder gar kunstspezifische Sondergesetze zu erlassen. In Österreich hat der Verfassungsausschuss bei Gesetzwerdung des Art 17a StGG [33] zur Schrankenproblematik u. a. ausgeführt, dass

> weder das künstlerische Schaffen noch die Vermittlung von Kunst und deren Lehre aber in dem Sinn frei sein können, dass sie keinerlei Beschränkungen unterworfen werden dürfen. Schon der Umstand, dass man allen Grund- und Freiheitsrechten das gleiche Gewicht beimessen muss und die Ausübung der gewährleisteten Freiheit durch den einen sich mit

[33] im Bericht vom 29.01.1982, 978 der Beilagen zu den Stenografischen Protokollen des Nationalrates XV. GP, https://www.parlament.gv.at/dokument/XV/I/978/imfname_280761.pdf, (25.03.2024).

dem Freiheitsraum des anderen in Übereinstimmung befinden muss, führt zu typischen Schranken, die vielen Grund- und Freiheitsrechten gemeinsam sind (immanente Schranken).

Darüber hinaus, aber auch damit verbunden, ergeben sich für die Kunstfreiheit wie für die anderen Grundrechtsbereiche jene Schranken, die aus dem geordneten, auf Toleranz aufbauenden Zusammenleben der Menschen folgen. Aus dem Prinzip der freien Entfaltung aller in der Gesellschaft eingebetteten Kräfte, Anschauungen und Bestrebungen kann in schweren Konfliktsituationen des Staates die Aufgabe folgen, unter Beachtung des in unserer Rechtsordnung geltenden Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und der diesbezüglichen verfassungsrechtlichen Grenzen ordnend einzugreifen.

Für die Bundesrepublik Deutschland führt Michael Kilian [34] aus, dass

es ebenfalls Schranken der Kunstfreiheit gibt, obgleich der Wortlaut der Grundrechtsnorm keine Schranken enthält. Man spricht deshalb von sog. „immanenten Schranken“: Dies sind Schranken, die sich aus den hohen Verfassungsgütern selbst ergeben. Dazu gehören vor allem der öffentliche Friede, die Menschenwürde, das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Ehrenschutz), der Schutz Minderjähriger und auch der Eigentumsschutz etwa in Gestalt des Urheberrechts. Stichwortartig wird etwa angeführt, dass Leib und Leben anderer Menschen sowie der Kinderschutz stets Vorrang haben und auch im Ehrenschutz die Kunstfreiheit (vor allem bei Karikatur und Satire) weichen muss, da die persönliche Ehre als Teil der Menschenwürde gilt. Beim Schutz staatlicher Symbole lassen die Gerichte auch satirische Verzerrungen zu. Beim Eigentumsschutz ist abzuwägen (Sprayer von Zürich), ebenso beim Urheberrecht (Zitate, Stilmittel), beim Urheberrecht ist aber für Fotoaufnahmen von Bauwerken der sog. Panoramablick erlaubt.

[34] *Kilian, Michael:* Kulturstaat und Kulturpolitik Rechtliche Grundlagen in: Die Kunst des Möglichen – Management mit Kunst, Jahrbuch für Kulturmanagement 2013, Bielefeld, S. 281f.

Für das Vereinigte Königreich hilft die Beschreibung von Paul Kearns [35] im 1998 erschienenen Werk *The Legal Concept of Art* kursorisch weiter:

Mit dieser Analyse der Regulierung der Kunst durch das Gesetz hat Dr. Kearns eine innovative Abhandlung mit praktischen und rechtswissenschaftlichen Implikationen vorgelegt. Er untersucht die Behandlung von Kunst innerhalb von sieben verschiedenen traditionellen Rechtssubjekten, nämlich dem Obszönitätsrecht, dem Urheberrecht, dem Verleumdungsrecht, der öffentlichen Kunstförderung, dem Recht der gemeinnützigen Stiftungen, dem Zollrecht und dem Recht über die Bewegung nationaler Kulturgüter, wobei er in jedem die speziellen Probleme identifiziert, mit denen das Recht konfrontiert ist, nicht zuletzt angesichts des Fehlens einer allgemein akzeptierten Definition von Kunst. Der Text stützt sich in erster Linie auf englisches Recht und wird um eine vergleichende Dimension erweitert, die französisches, amerikanisches und europäisches Recht umfasst. Auf diese Weise wird eine einheitliche Vorstellung davon gewonnen, wie das Recht seine Wirkung auf die Kunst angeht. Dies ist die erste Monographie über die ganzheitliche Behandlung des Kunstrechts im Vereinigten Königreich.

In beiden Rechtskreisen (dem römisch-germanischen für Österreich und die Bundesrepublik Deutschland, aber auch für Frankreich, Polen und die Schweiz und dem Common Law für das Vereinigte Königreich und die Vereinigten Staaten von Amerika, aber auch für Malta) erfolgt mithin die Ausformung der Schranken der Kunstfreiheit durch (Straf- und Zivil-) Gerichte und Verwaltungsbehörden.

---

[35] *Kearns, Paul:* The Legal Concept of Art, Oxford 1998. Übersetzung des Verfassers. Die Beschreibung im Original lautet wie folgt: „In this analysis of the regulation of art by law, Dr. Kearns has produced an innovative treatise with both practical and jurisprudential implications. He examines the treatment of art within seven distinct traditional legal subjects, namely obscenity law, copyright law, libel law, the public funding of art, the law of charitable trusts, customs law and the law on the movement of national treasures, identifying in each the specialised problems law faces, not least given the lack of a universally acceptable definition of art. Based primarily on English law, the text achieves an added richness by a comparative dimension including French, American and European Union Law. In this way a unitary idea of how law tackles its operation on art is achieved. This is the first monograph on the holistic treatment of art law in the United Kingdom."

Damit kommt der bereits zum Kunstbegriff angeführten Bedeutung des Case Law ein weiteres Mal besonderes Gewicht zu. Die bereits zum Kunstbegriff kursorisch aufgezählten 24 Fälle entpuppen sich bei näherer Betrachtung überwiegend auch als Beispiele zur Schrankenproblematik. Zusammen mit weitere Fällen (auch aus Frankreich und den Vereinigten Staaten von Amerika und der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs EuGH) lassen sie sich Themenbereichen wie Bildkunst, Blasphemie, Kunst im öffentlichen Raum, Obszönität, Parodie, Persönlichkeitsschutz sowie Urheber- und Vertragsrecht zuordnen, um daraus die Schrankenproblematik zu erfassen.

1 Apokalypse · EGMR 2007 · Österreich

Der EGMR hält in der Entscheidung *Apokalypse* zusammenfassend [36]

nach Abwägung der persönlichen Interessen von Herrn Meischberger, der künstlerischen und satirischen Natur seiner Darstellung sowie der Wirkung der verfahrensgegenständlichen Maßnahme auf die beschwerdeführende Vereinigung

fest, dass

die einstweilige Verfügung der österreichischen Gerichte unverhältnismäßig zu dem von ihr verfolgten Zweck war und daher in einer demokratischen Gesellschaft im Sinne von Art 10 Abs 2 der Konvention nicht als unentbehrlich anzusehen war

und kommt mit 4 gegen 3 Stimmen zum Ergebnis, dass „somit ein Verstoß gegen Artikel 10 der Konvention vorlag".

Der überstimmte Richter Loucaides machte in seiner abweichenden Meinung kein Hehl daraus, dass es sich beim Gemälde nicht um Kunst handle, wenn er [37] u. a. ausführt:

[36] EGMR 25.01.2007, 68.354/01, RZ 38 und 39.

[37] In seiner abweichenden Meinung im vierten Absatz in EGMR 25.01.2007, 68.354/01.

Meiner Ansicht nach kann das fragliche Bild beim besten Willen nicht als satirisch oder künstlerisch bezeichnet werden. Es zeigte eine Reihe von Personen ohne Bezug zueinander (einige politische, einige religiöse) in einer vulgären und grotesken Darstellung und im Kontext von sinnlosen, ekelhaften Bildern von aufrechten und ejakulierenden Penissen und von nackten Figuren, die abstoßende sexuelle Posen annehmen, einige sogar mit Gewalt, mit farbigen und unverhältnismäßig großen Genitalien oder Brüsten. …

Die überstimmten Richter Spielmann und Jebens wiederum sahen das Gemälde zwar als Kunst an, waren aber der Ansicht, dass die Grenzen der Kunstfreiheit überschritten wurden, wenn sie [38] u. a. schreiben:

Im vorliegenden Fall verdient das fragliche Gemälde jedoch, auch wenn es Ausdruck dessen ist, was heute als „engagierte" Kunst (Art engagé) bekannt ist, nicht den uneingeschränkten Schutz von Art 10, eben weil es übermäßig in die Rechte anderer eingreift. Mit anderen Worten: „Es gibt […] Grenzen des Exzesses: man darf nicht übermäßig exzessiv sein."

1.2 Berühmte Frage

Wenn im Ausgangsfall in einem Richtersenat von sieben Richtern drei der Meinung sind, dass das Werk *Apokalypse* entweder „beim besten Willen nicht als künstlerisch bezeichnet werden kann" oder „es Grenzen des Exzesses gibt", lassen sich die laut Berka [39] zwei berühmten Fragen „Ist das Kunst? "und „Was darf Kunst?" als schwierig bezeichnen.

Sie sind als Herausforderungen für alle am Prozess Beteiligten begreifen: Richter und Richterinnen haben (dennoch) über Kunst und Kunstfreiheit zu urteilen und Parteien haben (je nach Interesse) das Risiko oder die Chance, dass entweder

[38] In ihrer gemeinsamen abweichenden Meinung in RZ 7 in EGMR 25.01.2007, 68.354/01.

[39] Berka, Walter: Die Freiheit der Kunst (Art 17a StGG) und ihre Grenzen im System der Grundrechte in: JBl 1983, 283. Die Frage der Definition der Kunst und ihrer zulässigen bzw. notwendigen Grenzen wird als quaestio famosa bezeichnet.

Kunst oder keine Kunst gesehen wird oder es im ersten Fall immanente Schranken gibt, die überschritten wurden oder nicht.

Diese Herausforderung ist nun Gegenstand der folgenden Kapitel des ersten Teiles *Kunst im Recht*.