

Erschienen in: *Institut suisse de droit comparé et al. (Hrsg.), Liberté de l'art et indépendance de l'artiste / Kunstfreiheit und Unabhängigkeit der Kunstschaffenden, Zürich 2004, 91-111.*

Der Kunstbegriff des Rechts im Kontext der Gesellschaft

von Christoph Beat Graber¹

I. Definitionsverbot vs. Definitionsgebot

Die Kunstfreiheit ist in Art. 21 der Schweizer Bundesverfassung (BV) statuiert. Mit der Aufnahme der Kunstfreiheit in den Katalog der Grundrechte gewährleistet das staatliche Recht die Autonomie der Kunst.

Damit stellt sich das Problem der rechtlichen Definition von Kunst: Steht die Definition der Kunst durch das Recht nicht im Widerspruch zu ihrer grundrechtlich garantierten Autonomie? Besteht die Freiheit der Kunst nicht gerade darin, dass sie sich einer Definition durch das Recht verschliesst?

Für ein rechtliches Definitionsverbot der Kunst argumentieren nicht nur das deutsche Bundesverfassungsgericht, z.B. im Urteil "Anachronistischer Zug" von 1984,² sondern auch ein Teil der Lehre.³

Was aber fängt das Bundesamt für Kultur mit einem Definitionsverbot an? Wenn es die Kunst fördert, dann muss es einen Begriff dessen haben, was Kunst ist, denn jeder Förderentscheid setzt eine Unterscheidung zwischen Kunst und Nichtkunst voraus. Kunst, die sich nicht bestimmen lässt, kann auch nicht geschützt werden.

¹ Ordinarius für Kommunikationsrecht und theoretische Rechtssoziologie und Leiter der Forschungsgruppe i-call (International Communications and Art Law Lucerne) an der Universität Luzern. Für Anregungen und Hinweise danke ich Vanessa Duss und Andrea Raschèr. Dieser Text ist im Rahmen eines von der Mercator Stiftung Schweiz unterstützten Forschungsprojektes entstanden. Die grosszügige Förderung sei bestens verdankt.

² BVerfGE 67, 213 ff.; vgl. aber BVerfGE 75, 369 ff. (Strauss gegen Hachfeld).

³ Ein Definitionsverbot bejahen z.B.: BREUNUNG, L./NOCKE, J., „Die Kunst als Rechtsbegriff oder wer definiert die Kunst“ in: B. Dankert/L. Zechlin (Hrsg.), *Literatur vor dem Richter*, Baden-Baden, 1988, 245; HOFFMANN, J., „Kunstfreiheit und Sacheigentum, Bemerkungen zum "Sprayer"-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts“ in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1985, 238; KNIES, W., „Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem“, München, 1967, 41. Gegen eine "abschliessende Definition des Kunstbegriffs" wenden sich nun auch MEYER, CH./HAFNER, F., "St. Galler Kommentar zu Art. 21 BV", in: B. Ehrenzeller et al. (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung*, Zürich, 2002, Rn. 3: "Eine abschliessende Definition des Kunstbegriffs drängt sich aber auch nicht auf. Im Gegenteil schützt der offene Kunstbegriff gerade vor der staatlichen Definition der richtigen Kunst".

In der Schweiz werden Entscheide im Bereich der selektiven Kunstförderung durch unabhängige Fachkommissionen gefällt. Solche Kommissionen unterliegen jedoch rechtlichen Vorschriften, die Zusammensetzung und Verfahren dieser Behörde regeln und dem Gesuchsteller ein Rechtsmittel an eine übergeordnete Instanz garantieren. Das Beispiel der Fachkommission im Filmbereich zeigt, dass die Delegation der heiklen Aufgabe an eine unabhängige Behörde nichts daran ändert, dass deren Entscheid über Kunst oder Nichtkunst in einem rechtlichen Begründungskontext ergeht, dem Staat zugerechnet wird und von diesem filmpolitisch verantwortet werden muss.⁴ Illustrativ hierzu ist der Wirbel, den die staatliche Förderung des Kasernenhofklamauks "Achtung, fertig, Charlie!" verursachte. "Achtung, fertig, Charlie!" ist ein Kinospießfilm, der von der zuständigen Fachkommission mit einem Herstellungsbeitrag von 480 000 Franken unterstützt wurde. Die Neue Zürcher Zeitung (NZZ) kritisierte dies wie folgt:

"Eine Produktionsbeihilfe in dieser Höhe, auf der Basis eines solchen Drehbuchs (...), ist gelinde gesagt erstaunlich. Vor allem, wenn man hört, wie sich dieselbe Kommission bei anderen Projekten nicht scheut, 15 Franken 40, die ihrer Meinung nach zu viel budgetiert sind, erbarmungslos zu streichen. ... Wir dürfen gespannt sein, ob wir damit Zeugen eines Paradigmenwechsels in der Filmförderung geworden sind. Nicht mehr Qualität hiesse dann die Devise, sondern (vermuteter) Erfolg beim Publikum."⁵

Mit ihrer Kritik erinnert die NZZ daran, dass nach Schweizer Filmrecht Entscheide über die Unterstützung eines Werks nach Massgabe von dessen künstlerischer Qualität zu erfolgen haben.⁶

Nicht nur in der Kunstförderung, sondern auch im Urheberrecht muss zwischen Kunst und Nichtkunst unterschieden werden. Offensichtlich ist dies bei der Definition des urheberrechtlich geschützten Werks, wie das kürzlich ergangene "Mummenschanz"-Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen zeigt: Die international bekannte Gruppe "Mummenschanz" hatte sich mit der Berufung auf das Urheberrecht gegen die Usurpation ihrer Nummer "Slinky

⁴ GRABER, C.B., *Zwischen Geist und Geld. Interferenzen von Kunst und Wirtschaft aus rechtlicher Sicht*, Baden-Baden, 1994, 71 f.

⁵ *Neue Zürcher Zeitung* vom 19. September 2003, <<http://www.nzz.ch/2003/09/19/fi/page-article921N2.html>>

⁶ Siehe Art. 8 des Bundesgesetzes über Filmproduktion und Filmkultur vom 14. Dezember 2001 (SR 443.1) und Art. 4 Abs. 2 lit. a der Verordnung des EDI über die Filmförderung vom 20. Dezember 2002 (SR 443.113).

Man" durch einen als "Veniamin" bekannten Artisten gewehrt.⁷ Veniamin war mit einer ähnlichen Nummer in Louis Knies österreichischem Nationalzirkus aufgetreten, der in der Ostschweiz gastiert hatte. Mummenschanz gelang es in diesem Verfahren zu zeigen, dass ihre Nummer ein Kunstwerk im Sinne des Urheberrechts ist, d.h. individuellen Charakter hat.⁸

Das Urheberrecht kann jedoch auch als Schranke der Kunstfreiheit wirksam werden. Das trifft z.B. dann zu, wenn es einen Dritten, der sich auf die Kunstfreiheit beruft, daran hindert, ein Plagiat zu veröffentlichen. Im eben erwähnten Fall Mummenschanz hätte Veniamin die Anrufung der Kunstfreiheit also nichts gebracht.

Weitere Schranken können der Kunst auch vom Strafrecht oder vom zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz her erwachsen. Im Bereich des Persönlichkeitsrechts hat das Bundesgericht vor kurzem im Fall Julen ein interessantes Urteil gefällt:

Der in Zermatt lebende Künstler Heinz Julen berief sich vor Bundesgericht auf die Kunstfreiheit, um sich gegen ein Urteil des Kantonsgerichts Wallis vom Dezember 2002 zu wehren. Jenes hatte die Ausstellung zweier von Julen angefertigter Porträts als widerrechtlichen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Porträtierten beurteilt und deren Konfiskation angeordnet.⁹

Auch in einem solchen Verfahren setzt die Berufung auf den Rechtfertigungsgrund der Kunstfreiheit grundsätzlich voraus, dass überhaupt ein Kunstwerk vorliegt. Im konkreten Fall umging das Bundesgericht diese Frage jedoch, indem es direkt die Argumentation der Vorinstanz schützte, dass die im konkreten Fall eingetretene Persönlichkeitsverletzung nicht über die Kunstfreiheit gerechtfertigt werden könne.¹⁰

⁷ Kantonsgericht St. Gallen, *Mummenschanz c. Zirkusdirektor Y.*, Urteil vom 19. Juni 2002, teilweise abgedruckt in: *sic!* 2/2003, 116-125.

⁸ Gemäss Art. 2 Abs. 1 URG sind Werke geistige Schöpfungen der Literatur oder Kunst, die individuellen Charakter haben. Individueller Charakter ist nach Lehre und Rechtsprechung dann gegeben, wenn das fragliche Werk eine "statistische Einmaligkeit" auszeichnet, d.h., das Werk Bekanntem nicht so nahe ist, dass auch beliebige andere die gleiche Form schaffen könnten. Zum Kunstbegriff des Urheberrechts vgl. BARRELET, D./EGLOFF, W., *Das neue Urheberrecht. Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*, 2. Aufl., Bern, 2000, N 8 zu Art. 2 URG.

⁹ Bundesgerichtsentscheide vom 27. Mai 2003 (5C.26/2003 und 5P.40/2003), teilweise abgedruckt in: *medialex* 3/2003, 177 f.

¹⁰ Die Ausstellung der Porträts war von einem Flugblatt begleitet worden, das die Porträtierten scharf angriff. Das Bundesgericht wertete die Bilderinstallation Julens in diesem Kontext als einen "Akt der Abrechnung": "Bei dieser Sachlage kann sich der Beklagte nicht darauf berufen, das Kantonsgericht habe bei der Interessenabwägung das Persönlichkeitsrecht des Klägers zu stark und die Kunstfreiheit zu wenig gewichtet" (E. 3.3).

Erst kürzlich stellte sich auf der Ebene des Europarechts die interessante Frage, ob sich die kommerzielle Fernsehveranstalterin RTL auf die Kunstfreiheit berufen könne, um sich dagegen zu wehren, dass ein von ihr hergestellter und ausgestrahlter Fernsehfilm als Programm betrachtet wird, wofür gemäss Artikel 11 Abs. 3 der EG-Fernsehrichtlinie strengere Vorschriften bezüglich der Unterbrecherwerbung gelten.

RTL machte vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) geltend, die Freiheit des Produzenten, Fernsehsendungen unter Einbeziehung von Werbeunterbrechungen zu gestalten, werde (u.a.) vom Gemeinschaftsgrundrecht der Kunstfreiheit umfasst, "das sowohl die Erstellung des Kunstwerks als auch dessen Ausstrahlung und Übertragung" schütze. RTL folgerte daraus, dass die Werbebeschränkungen, die Artikel 11 Absatz 3 der Richtlinie für die Ausstrahlung von Fernsehfilmen vorsieht, in die Kunstfreiheit eingriffen. Es stelle sich somit die Frage, ob dieser Grundrechtseingriff durch das Gemeinschaftsrecht gerechtfertigt sei.¹¹

Der EuGH indessen konnte in einer Auslegung, nach der die weitergehende Schutzregelung des Artikels 11 Absatz 3 der EG-Fernsehrichtlinie auch auf Fernsehfilme anwendbar ist, keinen Verstoß gegen die Grundrechte erkennen.¹² Der damit verbundene stärkere Schutz könne zwar wohl einen Eingriff in die Meinungsfreiheit im Sinne von Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) darstellen. Im konkreten Fall jedoch sei der Eingriff durch überwiegende Verbraucherschutzinteressen im Sinne von Art. 10 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt, weil die Massnahme dem Schutz des Fernsehpublikums diene. Sie schütze vor übermässiger kommerzieller Werbung und erleichtere dem Publikum somit den Zugang zu Programmen guter Qualität.¹³ Mit dieser Begründung konnte der EuGH die Frage unbeantwortet lassen, ob die Gestaltung von Werbeunterbrechungen im Rahmen eines Fernsehfilms eine Tätigkeit sei, die den Schutz der Kunstfreiheit verdiene.

¹¹ EuGH, Urteil vom 23. Oktober 2003, Rs. C-245/01, *RTL Television GmbH gegen Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk* (noch nicht in der Slg. veröffentlicht), Rn. 42-44; teilweise abgedruckt in: *medialex* 1/2004, 54, mit Anmerkung von C. B. Graber.

¹² EuGH, a.a.O., Rn. 67.

¹³ EuGH, a.a.O., Rn. 69 f.; dazu besonders interessant auch die Rnrn. 36, 38 sowie 50 f. der Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs in diesem Fall.

II. Rechtliche Definition der Kunst als Paradoxie

Wenn es in der Literatur auch Stimmen gibt, die den Konflikt zwischen dem Definitionsverbot der Kunst und dem Definitionsgebot als künstlich überhöht bezeichnen,¹⁴ bleibt doch im Kern ein ungelöstes erkenntnistheoretisches Problem. Wir stehen, um mit Gunther Teubner zu sprechen, vor "einem unversöhnlichen Konflikt zwischen epistemischer Autonomie und Heteronomie".¹⁵

Der Konflikt zwischen der Autonomie der Kunst und ihrer Fremdbestimmung durch staatliches Recht ist die Paradoxie des Kunstbegriffs.¹⁶ Diese Paradoxie ist letztlich die Ursache dafür, dass sich die rechtliche Dogmatik, wie sie sich auch dreht und wendet, in einem hermeneutischen Zirkel bewegt.¹⁷ Die Paradoxie des Kunstbegriffs lässt sich nicht vermeiden. Sie ist vielmehr die notwendige Konsequenz davon, dass sich das Recht zur Kunst äussert.

Dabei handelt es sich nicht etwa um ein Sonderproblem der Kunst: Paradoxien zeigen sich auch dann, wenn das Recht Freiräume anderer Phänomenbereiche der Gesellschaft wie z.B. Wirtschaft, Wissenschaft, Erziehung oder Religion bestimmt. Bedient man sich der Terminologie der soziologischen Systemtheorie, so lässt sich formulieren, dass Paradoxien immer dann entstehen, wenn die Autonomie eines gesellschaftlichen Subsystems fremdbestimmt wird.¹⁸ Heteronome Beschreibungen autonomer gesellschaftlicher Subsysteme finden sich in der Schweizer Bundesverfassung (BV) nicht nur in der Kunstfreiheit, sondern z.B. auch in der Religionsfreiheit (Art. 15 BV), der Wissenschaftsfreiheit (Art. 20 BV) und der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV). Die genannten Grundrechte bestimmen normativ einen Raum, innerhalb dessen die freie Entfaltung der Eigengesetzlichkeit des spezifischen gesellschaftlichen Subsystems geschützt ist.

Es lässt sich somit festhalten, dass Paradoxien notwendige und unvermeidliche Folgen jeglicher Autonomiegarantie durch das Recht sind. So entsteht auch die Paradoxie des rechtlichen Kunstbegriffs, weil das Recht die Autonomie der Kunst durch die grundrechtliche Reformulierung in der Verfassung heteronom festlegt. In der Formulierung von Gunther

¹⁴ Für Nachweise vgl. GRABER, 1994, a.a.O., 69.

¹⁵ TEUBNER, G., „Die Episteme des Rechts. Zu erkenntnistheoretischen Grundlagen des reflexiven Rechts“ in: D. Grimm (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden, 1990, 130.

¹⁶ Vgl. dazu z.B. BREUNUNG/NOCKE, 1988, a.a.O., 235.

¹⁷ A.a.O.

¹⁸ GRABER, 1994, a.a.O., 70.

Teubner befindet sich die Dogmatik hier in einer "epistemischen Falle", aus der es keinen Fluchtweg zu geben scheint.

III. Unterscheidung zwischen Kunstsystem und Rechtssystem als Strategie der Entparadoxierung

Paradoxien waren ein Lieblingsthema Niklas Luhmanns.¹⁹ Sie entstehen, "wenn die Bedingungen der Möglichkeit einer Operation zugleich die Bedingungen ihrer Unmöglichkeit" sind.²⁰ Ein bekanntes Beispiel für eine Paradoxie ist jenes des kretischen Philosophen Epimenides, der im 6. Jahrhundert vor Christus behauptete, dass alle Kreter Lügner sind. Ist diese Aussage nun wahr oder falsch? Für Luhmann sind Paradoxien logisch nicht auflösbar. Die oben diskutierte Problematik der selektiven Filmförderung bestätigt diese These: Durch die Delegation der Unterscheidung zwischen Kunst und Nichtkunst an eine unabhängige Kommission wird die Paradoxie des rechtlichen Kunstbegriffs nicht aufgelöst, sondern bloss mystifiziert.

Luhmann hat jedoch gezeigt, dass sich Paradoxien entfalten lassen, indem man sie temporalisiert, hierarchisiert oder asymmetrisch setzt.²¹ Folgen wir seinem Rat, so ist Asymmetrisierung die Strategie der Wahl zur Entparadoxierung des rechtlichen Kunstbegriffs. Asymmetrisch gesetzt wird die Paradoxie, indem wir die Unterscheidung zwischen Kunstsystem und Rechtssystem einführen.

Als theoretisches Fundament dieser Asymmetrisierung kann die Theorie autopoietischer sozialer Systeme dienen. Diese Theorie geht davon aus, dass die moderne Gesellschaft nicht mehr segmentär oder stratifikatorisch, sondern funktional differenziert ist. Im Rahmen dieser Differenzierungsform hat die moderne Gesellschaft Funktionssysteme ausgebildet, die sich über die spezifische Funktion unterscheiden, die sie in der Gesellschaft erfüllen. So besteht z.B. die Funktion des Rechtssystems in der Generalisierung von Verhaltenserwartungen in zeitlicher, sozialer und sachlicher Hinsicht.²² Wichtig ist die Erkenntnis, dass jedes System seine spezifische Funktion ausschliesslich und für die gesamte Gesellschaft erfüllt. Da es

¹⁹ Vgl. z.B. LUHMANN, N., „Tautologie und Paradoxie in der Selbstbeschreibung der modernen Gesellschaft“, in: *Zeitschrift für Soziologie* 1987, 161-174; DERSELBE, „Sthenographie und Euryalistik“, in: H.U. Gumbrecht/K.L. Pfeiffer (Hrsg.), *Paradoxien, Dissonanzen, Zusammenbrüche*, Frankfurt a.M., 1991, 58-82; DERSELBE, „Die Paradoxie der Form“, in: D. Baecker (Hrsg.), *Probleme der Form*, Frankfurt am Main, 1993, 45-69; DERSELBE, „Die Paradoxie des Entscheidens“, in: *Verwaltungsarchiv* 1993, 287-310.

²⁰ BARALDI, C./CORSI, G./ESPOSITO, E., *GLU. Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, 3. Auflage, Frankfurt a.M., 1999, 131.

²¹ LUHMANN, N., *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt a.M., 1986, 16 ff.

²² LUHMANN, N., *Rechtssoziologie*, 3. Auflage, 1987, 99 ff.

keine zwei Systeme gibt, die dieselbe Funktion erfüllen, ermöglicht die Frage nach der Funktion die Identifikation eines Teilsystems der Gesellschaft.

Die Paradoxie des rechtlichen Kunstbegriffs ist folglich auf der tiefenstrukturellen Ebene von *Funktionsdifferenzen* zu entfalten.²³ Damit ist im nächsten Schritt die Frage zu beantworten, welche Funktion die Kunst in der Gesellschaft erfüllt.

IV. Kunstbegriff des Kunstsystems

Luhmanns These entsprechend hat die funktionale Differenzierung des Gesellschaftssystems darüber entschieden, auf welche Art "funktionsbezogene autopoietische Teilsysteme" ausgebildet wurden.²⁴ Was sind autopoietische Systeme? *Poiesis* ist griechisch und heisst Produktion, *Autopoiesis* heisst demnach Selbstproduktion. Nach Luhmann sind autopoietische Systeme autonom und produzieren die Elemente, aus denen sie bestehen, aus sich selbst heraus. Die Kunst als autopoietisches System zu begreifen bedeutet deshalb, sie als ein "sich selbst bestimmendes, sich selbst produzierendes, sich an inneren Kohärenzen und Widersprüchen orientierendes System" zu sehen.²⁵

Ein amüsanter Beispiel für die Autopoiesis der Kunst ist der Fall des *Sprayers* von Zürich. Ende der 1970er Jahre "verschönerte" Harald Nägeli nächtens die Betonwände Zürichs mit charakteristischen Strichmännchen. 1981 wurde Nägeli vom Zürcher Obergericht wegen Sachbeschädigung im Sinne von Art. 145 des Strafgesetzbuches zu einer Strafe von neun Monaten Gefängnis und einer hohen Busse verurteilt. Der Prozess fand in Abwesenheit des Angeklagten statt, weil sich Nägeli der Verhaftung mit Flucht nach Deutschland entzogen hatte. Nägelis Aktion fand in Künstlerkreisen und in den Medien breite Beachtung. Trotz einer Petition von Peter Handke, Max Frisch und Otto F. Walther sowie Aufrufen und Appellen von Künstlern wie Grass, Böll, Tinguely, Luginbühl und Beuys wurde Naegeli schliesslich an die Schweiz ausgeliefert und hier verhaftet.²⁶ Die Autopoiesis der Kunst manifestierte sich darin, dass Naegelis Verhaftung, der Prozess und die ihm auferlegten drakonischen Strafen vom Kunstsystem als Teil eines Gesamtkunstwerks rezipiert wurden. Seine Strichmännchen auf Betonwänden schienen nun die Betonqualität einer staatlichen

²³ GRABER, 1994, a.a.O., 71.

²⁴ LUHMANN, N., „Das Kunstwerk und die Selbstreproduktion der Kunst“, in: H.U. Gumbrecht (Hrsg.), *Stil - Geschichten und Funktionen eines kulturwissenschaftlichen Diskurselements*, Frankfurt a.M., 1986, 624.

²⁵ LUHMANN, 1986, a.a.O., 620.

²⁶ GRABER, 1994, a.a.O., 80.

Ordnung zu entblößen, die zum Schutz des Sacheigentums subtile künstlerische Meinungsäußerungen rigide unterdrückt.

Die These, wonach sich die Kunst als autonomes Funktionssystem der Gesellschaft ausdifferenziert hat, wurde zuerst von Max Weber vertreten. Weber schrieb in seinen 1920 publizierten Aufsätzen zur Religionssoziologie: "Die Kunst konstituiert sich nun als Kosmos immer bewusster erfasster selbständiger Eigenwerte".²⁷ Über die Beobachtung von Techniken der Kunstproduktion kam Weber zum Schluss, dass sich die künstlerisch stilisierten Ausdrucksmuster gegenüber dem religiösen Kulturbetrieb verselbständigten.²⁸ Massgebliche Voraussetzung der Ausdifferenzierung des Kunstsystems war die Entwicklung von einer zunächst höfisch-mäzenatischen zu einer bürgerlich-kapitalistischen Kunstproduktion.²⁹ Die Pluralisierung der Geldquellen im Übergang zur bürgerlich-kapitalistischen Finanzierungsform reduzierte das Fremdbestimmungspotential früherer Förderungsmodelle und ermöglichte damit die Ausdifferenzierung einer autonomen, oder um es mit Kant zu sagen, lediglich der "zweckfreien Wohlgefälligkeit"³⁰ verpflichteten Kunst.

Die Emanzipation gegenüber den alten Bindungen der stratifizierten Gesellschaft ging einher mit der gesellschaftlichen Einbettung der Kunst als autonomes Funktionssystem. Damit ist gesagt, dass die Gesellschaftlichkeit der Kunst nicht als statische "Gegenposition zur Gesellschaft" verstanden werden kann.³¹ Ihre spezifische Funktion erfüllt die Kunst nicht gegen die Gesellschaft, sondern in der Gesellschaft: Die Kunst produziert die Wahrnehmungen der Gesellschaft.³² In ihren Werken macht sie die "Gesellschaft und die Welt dieser Gesellschaft sichtbar, fühlbar, hörbar, erlebbar" und verweist gleichzeitig auf die Kontingenz solcher Wahrnehmungen.³³ Sie ist eine Kraft, welche die Tendenz zur Formalisierung der Gesellschaft immer wieder von neuem unterwandert und damit ein dynamisches Gleichgewicht in der Gesellschaft fördert.

²⁷ WEBER, M., *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, Band 1, Tübingen, 1920, 555.

²⁸ HABERMAS, J., *Theorie des kommunikativen Handelns*, Band 1, Frankfurt a.M., 1981, 225 ff.

²⁹ Siehe zu diesem Prozess im Einzelnen GRABER, 1994, a.a.O., 29-68.

³⁰ KANT, I., *Kritik der Urteilskraft*, Werkausgabe, herausgegeben von W. Weischedel, Band. III, Frankfurt a.M., 1988, 64 ff. und 124.

³¹ ADORNO, Th.W., *Ästhetische Theorie*, 9. Auflage, Frankfurt a.M., 1989, 334.

³² BAECKER, D., *Wozu Kultur?*, 2. erweiterte Auflage, Berlin, 2001, 26.

³³ BAECKER, 2001, a.a.O., 27; GRABER, C.B., *Handel und Kultur im Audiovisionsrecht der WTO. Völkerrechtliche, ökonomische und kulturpolitische Grundlagen einer globalen Medienordnung*, Bern, 2003, 13.

Die Formalisierung der modernen Gesellschaft hatte Max Weber mit dem Bild der "Entzauberung der Welt" beschrieben.³⁴ Die Entzauberung ist gewissermassen der Preis, den die Moderne dafür zu bezahlen hatte, dass sie dem Rationalismus der empirischen Wissenschaft zum Durchbruch verhalf. Der Kunst erkannte Weber die Funktion einer Gegenkraft zu: "Sie übernimmt die Funktion einer, gleichviel wie gedeuteten, innerweltlichen Erlösung: vom Alltag und, vor allem, auch von dem zunehmenden Druck des theoretischen und praktischen Rationalismus".³⁵

Als Gegenkraft zur Formalisierung der Gesellschaft wird die Kunst auch von der Systemtheorie verstanden. Funktionale Differenzierung der Gesellschaft setzt eine Generalisierung von Verhaltenserwartungen in den Strukturen autonomer Systeme voraus. Solche Generalisierungen sind die Voraussetzung dafür, dass die Interaktionspartner im kommunikativen Prozess immer nur soviel Unsicherheit generieren, als für das spezifische System sinnvoll ist. Die Folge ist eine Formalisierung gesellschaftlicher Kommunikation in den Systemsprachen des Rechts, der Politik, der Wirtschaft, der Wissenschaft etc., denn Ambiguität würde nur unnötige Reibung bewirken und damit die Effizienz der informationsorientierten Prozesse hemmen. Während alle übrigen Funktionssysteme (vielleicht mit Ausnahme der Religion)³⁶ die Formalisierung vorantreiben, wirkt die Kunst nicht als Öl, sondern als Sand im Getriebe.³⁷ Zwar ist auch die Kunst ein Funktionssystem dieser Welt; ihre Funktion besteht aber gerade darin, auf die Kontingenz der Weltversionen hinzuweisen, d.h. deutlich zu machen, dass die übrigen Funktionssysteme eine Welt konstruieren, die auch ganz anders aussehen könnte. Auf den Punkt gebracht besteht die Funktion der Kunst darin, die Kontingenz im Bereich formalisierter Kommunikationsbereiche sichtbar zu machen, um damit die Vielfalt von Kommunikationsaussichten zu vergrössern.

Die Funktion der Kunst ist damit komplementär zu jener der Wissenschaft: Die Funktion des Wissenschaftssystems besteht darin, komplexe Erscheinungen auf Theorien zu reduzieren, die Wahrheit beanspruchen können.³⁸ Die Kunst dagegen stellt solche Wahrheiten in Frage, um Raum für Veränderung zu schaffen. Eine nach wissenschaftlichen Kriterien "unwahre" Aussage in einem Gedicht kann aus künstlerischer Sicht dennoch stimmig sein.

³⁴ WEBER, 1920, a.a.O., 564; vgl. dazu ADORNO, 1989, a.a.O., 86 f.

³⁵ WEBER, a.a.O.

³⁶ Zur Funktion der Religion vgl. LUHMANN, N., *Die Religion der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 2002, 115-147; DERSELBE, *Funktion der Religion*, 2. Auflage., Frankfurt a.M., 1982.

³⁷ GRABER, 1994, a.a.O., 84, in freier Anlehnung an einen Aphorismus von Günther Eich.

³⁸ LUHMANN, N., *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 1990, 271 ff., 374 ff.

Wie aber unterscheidet sich die ästhetische Form von der alltagssprachlichen oder der politischen Meinungsäußerung? Diesbezüglich ist auf Erkenntnisse hinzuweisen, die insbesondere im Bereich der Semiotik, d.h. der Lehre von den Zeichensystemen, erlangt wurden. Für Umberto Eco sind *Ambiguität* und *Autoreflexivität* die beiden Hauptmerkmale der ästhetischen Form.³⁹

Ambiguität ist die primäre Wirkung eines Kunstwerkes. Das findet in der Kunsttheorie breite Anerkennung: Theodor W. Adorno spricht in diesem Zusammenhang vom "Rätselcharakter der Kunst":⁴⁰ "Dass Kunstwerke etwas sagen und mit dem gleichen Atemzug es verbergen, nennt den Rätselcharakter unterm Aspekt der Sprache".⁴¹ Für alle Zeichensysteme gilt, dass Kunst Ambiguität erzeugt, indem sie bestehende Formen der Alltagskommunikation deformiert und als sprachliche Gegenwirklichkeit inszeniert. Die Variationsbreite möglicher Deformationen ist unendlich gross. Marcel Duchamp zum Beispiel warf Rätsel auf, indem er manufakturierte Waren in den feierlichen Kontext des Museums verpflanzte und sie als *Readymades* dem Publikum präsentierte.⁴² Der Betrachter ist irritiert und fragt sich, was das Pissoir im Museum verloren habe. Ihn fasziniert die "negative Präsenz" dieser Werke, die zu sagen scheinen: "Kunst ist nicht das, was man sieht; sie ist in den Lücken".⁴³ Über Duchamp hinaus lässt sich für die gesamte moderne Kunst beobachten, dass die Diskrepanz zwischen der Realität und der vom Kunstwerk geschaffenen Gegenrealität *Spannung* erzeugt.⁴⁴ Das Kunstwerk formuliert Rätsel, die entschlüsselt sein wollen. Hier nun erhält die Autoreflexivität, Umberto Ecos zweites Merkmal der ästhetischen Form, ihre Bedeutung: Irritiert durch die Ambiguität des Kunstwerks wird der Betrachter auf die Frage nach der Einheit der Form zurückgeworfen und beginnt im Werk selbst nach Decodierungserleichterungen zu suchen.

Die ästhetische Vieldeutigkeit ist somit der Hauptunterschied zwischen der Kunst und der Form der Meinungsäußerung in Politik oder Massenmedien, die auf informatorische Eindeutigkeit abzielt.⁴⁵ Ein weiterer Unterschied ist darin zu sehen, dass die Sprache der Meinungen aus denotativen Sätzen besteht, während die künstlerische Kommunikation

³⁹ ECO, U., *Einführung in die Semiotik*, dt. Übersetzung, 5. Auflage, München, 1985, 145 f.

⁴⁰ ADORNO, 1989, a.a.O., 182 ff.

⁴¹ ADORNO, 1989, a.a.O., 182.

⁴² Zur Theorie der Readymades bei Duchamp ausführlich BOCOLA, S., *Die Kunst der Moderne. Zur Struktur und Dynamik ihrer Entwicklung*, München/New York, 1994, 300-304.

⁴³ Duchamp, Zitat nach BOCOLA, 1994, a.a.O., 303.

⁴⁴ Für ADORNO, 1989, a.a.O., 82, ist Spannungsverlust der schwerwiegendste Einwand, der gegen einen Anspruch auf Kunst vorgebracht werden kann.

⁴⁵ ADORNO, Th.W., *Eingriffe. Neun kritische Modelle*, Frankfurt a.M., 1963, 83.

expressiv strukturiert ist. Meinungen werden geäußert, um etwas zu sagen, künstlerische Äußerungen dagegen versuchen zu zeigen, was die Alltagssprache nicht sagen kann.⁴⁶

Was aber unterscheidet Kunst von Kultur? Die Kultur ist kein Funktionssystem, sondern das "Gedächtnis der Gesellschaft", d.h. ein "Filter von Vergessen/Erinnern und die Inanspruchnahme von Vergangenheit zur Bestimmung des Variationsrahmens der Zukunft".⁴⁷ Die Kunst ist für die Kultur deshalb von besonders grosser Bedeutung, weil sie der Gesellschaft Beobachtungen zur Verfügung stellt, "aus denen gelernt werden kann".⁴⁸

V. Kunstfreiheit und Verfassung

Wie wir gesehen haben, erfüllt die Kunst in der Gesellschaft eine spezifische Funktion, die sich von der Funktion jedes anderen Subsystems der Gesellschaft unterscheidet. Solche Subsysteme haben sich als eigengesetzliche Sphären sozialer Handlung im Prozess der sozialen Differenzierung herausgebildet und ihre Autonomie wurde durch komplementäre Grundrechte abgesichert. Diese Parallelität ist nicht auf die Kunst beschränkt; vielmehr ging die Differenzierung der modernen Gesellschaft historisch mit der Emergenz von Grundrechten als zentrale soziale Institutionen einher.⁴⁹

Für die vormoderne, stratifikatorisch differenzierte Gesellschaft wäre die Herausbildung eines grundrechtlichen Schutzes individueller Handlungssphären nicht vorstellbar gewesen.⁵⁰ Von individuellen Rechten war ohnehin nicht die Rede, denn das Individuum war vollständig in intime, allumfassende und dauerhafte Beziehungen eingebunden. Die rechtliche Formel war "Status" und nicht "Vertrag", wie Sir Henry Maine in einem berühmten Werk gezeigt hat.⁵¹

⁴⁶ GOODMAN, N., *Ways of Worldmaking*, 2. Auflage, Indianapolis, 1988, 18.

⁴⁷ LUHMANN, N., *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Band 1, Frankfurt a.M., 1997, 588; ähnlich definiert Jürgen Habermas Kultur als "Wissensvorrat, aus dem sich die Kommunikationsteilnehmer, indem sie sich über etwas in einer Welt verständigen, mit Interpretationen versorgen". HABERMAS, J., *Theorie des kommunikativen Handelns*, Band 2, 4. Auflage, Frankfurt a.M., 1987, 209.

⁴⁸ BAECKER, 2001, a.a.O., 28; zur Unterscheidung Kunst und Kultur aus der Sicht des Rechts ausführlich GRABER, 2003, a.a.O., 11-14.

⁴⁹ GRABER, C.B./TEUBNER, G., „Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere?“, in: *Oxford Journal of Legal Studies* 1998, 64; vgl. auch GRIMM, D., *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a.M., 1991, 67 ff.

⁵⁰ LUHMANN, N., *Grundrechte als Institution*, Berlin, 1965, 33 ff.

⁵¹ Sir Henry Maine konstatierte 1861, dass "the history of progressive societies had hitherto been one of a movement from social relations based on status to relations of contract" (zitiert nach COTTERRELL, R., *The Sociology of Law*, 2nd edition, London/Dublin/Edinburgh, 1992, 119). Auch der Begriff "ius" war kein "Recht" im modernen Sinne, zumal er sich auf konkrete Rechtsverhältnisse bezog, in denen Rechten jeweils entsprechende Bindungen gegenüberstanden. Dazu LUHMANN, N., *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., 1992, 483.

Erst die funktionale Differenzierung befreite das Individuum von den alten Bindungen, und die parallel dazu hervortretenden Grundrechte sicherten diese neuen Freiräume ab.

Die soziologisch-historische Analyse zeigt damit ein Bild der Grundrechtsentwicklung, das sich vom klassisch-juristischen Verständnis der Grundrechte als Abwehrrechte stark unterscheidet. Weil Grundrechte komplementär zur Ausdifferenzierung autonomer gesellschaftlicher Sphären hervortreten, ist es verkürzend, ihre Funktion auf die Abwehr staatlicher Eingriffe zu beschränken. Es trifft zwar zu, dass in der Rechtswirklichkeit die Abwehrfunktion während längerer Zeit im Zentrum stand. Das ist aber historisch bedingt: Das gegen Ende des 18. Jahrhunderts in Europa und Nordamerika autonom gewordene politische System (mit dem Staat als seiner Selbstbeschreibung) legte seine inneren Beschränkungen ab und tendierte nun dazu, den Rest der Gesellschaft zu politisieren.⁵² Dem aber trat allmählich der grundrechtliche Schutz der weiteren autonomen Kommunikationssphären wie Religion, Erziehung, Wirtschaft, Wissenschaft, Recht, Massenmedien und Kunst entgegen. Diese Grundrechte wirkten nun als Gegenpol zu der vom expansionistischen Staat ausgehenden Gefahr einer Entdifferenzierung der Gesellschaft.

Die primäre Funktion der Grundrechte liegt somit nicht in der Abwehr staatlicher Eingriffe, sondern im Schutz der sozialen Differenzierung gegen selbstzerstörerische Tendenzen in der Gesellschaft. Grundrechte sind nicht eine Erfindung des Rechts, sondern gehen dem Recht voraus. Sie sind eine soziale Institution.⁵³ Das bestätigt beispielsweise die Situation in England, wo Grundrechte rechtlich nur schwach institutionalisiert sind, obwohl ihnen als soziale Institution grosse Bedeutung zukommt.⁵⁴ Diese These erklärt auch, weshalb die Umsetzung internationaler Menschenrechtsstandards sich in gewissen Transformationsländern, wo Grundrechte sozial nicht institutionalisiert wurden, als besonders schwierig erweisen kann.⁵⁵

Diese soziologisch informierte Analyse führt uns zur Erkenntnis, dass die Grundrechte nicht ausschliesslich gegen den Staat gerichtet sind. Der Staat ist nicht in einer Dichotomie zur Gesellschaft zu verstehen; vielmehr differenziert sich die Gesellschaft als Vielzahl von Funktionssystemen, wozu auch der Staat gehört. Grundrechte sichern die funktionale

⁵² GRABER/TEUBNER, 1998, a.a.O., 65.

⁵³ LUHMANN, 1965, a.a.O.

⁵⁴ BARENDT, E., "Is There a United Kingdom Constitution?", in: *Oxford Journal of Legal Studies* 1997, 137-146.

⁵⁵ GRABER/TEUBNER, 1998, a.a.O., 65.

Differenzierung ab, die nicht bloss durch staatliche Politisierung, sondern generell durch expansive Tendenzen starker Systeme gefährdet sein kann. So macht z.B. die Eigendynamik des Wissenschaftssystems in der Gentechnologie oder den Reproduktionstechniken Gefährdungen anderer Handlungssphären der Gesellschaft sichtbar, die durch Grundrechte abgesichert werden müssen. Ein Problem sind auch Gefahren "struktureller Korruption" (Gunther Teubner), die vom Wirtschaftssystem ausgehen. Sichtbar werden diese z.B. bei privatwirtschaftlich finanzierter Forschung an Universitäten, wo Anliegen der Forschungsfreiheit unternehmerischen Strategien untergeordnet werden,⁵⁶ oder bei der Vermengung von Information und Werbung im Mediensystem.⁵⁷ Im Kunstbereich zeigen Freiheitseinbussen von Künstlern, die sie durch Sponsoringverträge mit bestimmten Wirtschaftsunternehmen erleiden,⁵⁸ oder Hollywoods Dominanz der Filmmärkte,⁵⁹ dass Bedrohungen für die Ausdifferenzierung des Kunstsystems heute weniger vom Staat als vielmehr vom Wirtschaftssystem ausgehen.

Aber nicht nur die Frage, *gegen wen* sich die Grundrechte richten, muss neu gestellt werden, sondern auch die, *was* zu ihrem Schutzbereich gehört. Die Wirkung der Grundrechte beschränkt sich nicht auf den Schutz individueller Ansprüche: Die klassisch individualistische Interpretation der Grundrechte ist durch eine institutionelle zu ergänzen. Auf dieser Ebene treten die Möglichkeitsbedingungen der Grundrechtsausübung in den Vordergrund. Was wäre die Garantie freier Meinungsäusserung, ohne die Möglichkeit, sich aus einem hinreichend vielfältigen Angebot unabhängiger Informationen eine eigene Meinung bilden zu können? Was nützte Liebhabern von Art-Filmen ihr durch Art. 15 Abs. 1 lit. a UNO-Sozialpakt garantiertes "Recht auf Teilnahme am kulturellen Leben",⁶⁰ wenn die Strukturen des Kinomarktes dazu führen, dass solche Filme gar nicht erst im Angebot erscheinen?

Das institutionelle Verständnis der Kunstfreiheit dient somit als Basis für die Rechtfertigung positiver staatlicher Leistungen für die Kunst. In Situationen, wo Leistungen des Staates an Kriterien künstlerischer Qualität geknüpft werden, ist eine Definition von Kunst indessen nicht zu vermeiden. Die Problematik eines Eingriffs in die Autonomie der Kunst wird

⁵⁶ TEUBNER, G., „Ein Fall von struktureller Korruption?“, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 3-4/2000, 400.

⁵⁷ Für den Bereich von Radio und Fernsehen: GRABER, C.B., „Danaergeschenk für die Meinungsfreiheit? Zur Vermischung von Werbung und Programm in Radio und Fernsehen“, in: *medialex* 1/1998, 35-43.

⁵⁸ Siehe dazu die Beispiele für die Kommerzialisierung der Kunst bei GRABER, 1994, a.a.O., 131-150.

⁵⁹ Siehe dazu GRABER, 2003, a.a.O., 45 ff.

⁶⁰ Art. 15 Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (hiernach: UNO-Sozialpakt), für die Schweiz in Kraft seit dem 18. September 1992, AS 1993 725, SR 0.103.1.

weitgehend dadurch entschärft, dass die Entscheide über Kunst/Nichtkunst - wie oben erwähnt - von unabhängigen Fachkommissionen gefällt werden, die aus Mitgliedern der *artistic community* zusammengesetzt sind. Weil sie in einem rechtlichen Begründungskontext ergehen, bleiben sie jedoch Produkte eines rechtlichen Kunstbegriffs. Wichtig ist jedoch die Erkenntnis, dass die damit notwendig verbundene Definition der Kunst durch das Recht eine bloss vorläufige ist, die aus einer kunstfremden und zwangsläufig beschränkten Perspektive erfolgt. Das Kunstsystem lässt sich durch diese Festlegung nicht binden und setzt seine Reproduktion nach Massgabe eigener Gesetzmässigkeiten fort.

Im folgenden Abschnitt soll für den Bereich der Kunstfreiheit untersucht werden, inwieweit sich Elemente einer institutionellen Grundrechtstheorie in den Bestimmungen der neuen Schweizer Bundesverfassung wiedererkennen lassen.

VI. Institutioneller Schutz der Kunstfreiheit in der Bundesverfassung?

Die neue Schweizer Bundesverfassung garantiert die Kunstfreiheit in Art. 21 BV ausdrücklich als Grundrecht. Sie hat damit den nach Praxis des Bundesgerichts lediglich im Rahmen der (ungeschriebenen) Meinungsfreiheit⁶¹ bestehenden Schutz der Kunst zumindest in symbolischer Hinsicht verbessert.⁶² Diese Lösung ist aus der oben gewonnen soziologischen Erkenntnis heraus zu begrüssen, dass die Kunst eine besondere Funktion in der Gesellschaft exklusiv erfüllt und die gesamte Gesellschaft davon profitiert, dass sie dies ohne kolonisierende Fremdeinwirkung durch starke Systeme tun kann. Sinnvoll ist es auch, die Kunst als ein gegenüber der Meinungsäusserungsfreiheit verselbständigt Grundrecht zu schützen, weil sich künstlerische Äusserungen - wie gesehen - von ihrer kommunikativen Form her von alltagssprachlichen und politischen Meinungsäusserungen unterscheiden.

Die neue Bundesverfassung ist dem Konzept verpflichtet, "das *geltende* Verfassungsrecht möglichst vollständig und in verständlicher Form zum Ausdruck" zu bringen.⁶³ Zum

⁶¹ Das Bundesgericht hatte den Schutz der Meinungsfreiheit auch auf das Kunstschaffen ausgedehnt. Vgl. dazu insbesondere den Bundesgerichtsentscheid vom 19. September 1962, in: *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl)* 1963, 363 ff.; BGE 101 Ia 155; für weitere Hinweise zur alten Praxis vgl. GRABER, 1994, a.a.O., 193.

⁶² Vgl. Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BB1 1997 I 163 f. (hiernach: Vorentwurf 1996 zur Bundesverfassung). Im Vorentwurf 95 war die Kunstfreiheit noch mit der Wissenschaftsfreiheit in einer Bestimmung zusammengefasst. Angesichts der im Vernehmlassungsverfahren geäusserten Kritik, dass zu wenig Berührungspunkte zwischen den beiden Bereichen bestünden und die Kunstfreiheit einen unabhängigen Platz im Grundrechtskatalog verdiene, wurde sie im Vorentwurf 96 als eigener Artikel konzipiert.

⁶³ Vorentwurf 1996 zur Bundesverfassung, BB1 1997 I 29; Hervorhebung im Original.

geltenden Recht gehört auch das für die Schweiz massgebliche Völkerrecht. Für die Interpretation der Kunstfreiheit ist Art. 15 Abs. 1 des UNO-Sozialpakts,⁶⁴ der die Kunstfreiheit garantiert, somit ebenso von Bedeutung wie Art. 19 Abs. 2 des UNO-Zivilpakts⁶⁵ und Art. 10 EMRK,⁶⁶ welche die Meinungs- und Informationsfreiheit auch in der Form der Kunst schützen.

Die bundesrätliche Botschaft zum Verfassungsentwurf fasst das geltende Recht dahingehend zusammen, dass die Kunstfreiheit nicht nur das Schaffen von Kunst und ihre Präsentation, sondern auch das Kunstwerk selbst schützt.⁶⁷ Hinsichtlich der Wirkung der Kunstfreiheit stellt die Botschaft folgendes klar: "Die Kunstfreiheit hat vor allem Schutzfunktion gegenüber staatlichen Eingriffen in den Bereichen des Kunstschaffens."⁶⁸ Die Beschränkung auf die Abwehrfunktion wurde im schliesslich verabschiedeten Verfassungstext jedoch in zweifacher Hinsicht durchbrochen:

Erstens durch Art. 69 Abs. 2 BV, der den Bund ermächtigt, kulturelle Bestrebungen von gesamtschweizerischem Interesse zu unterstützen sowie die Ausbildung in den Bereichen Kunst und Musik zu fördern. Der Begriff "gesamtschweizerisches Interesse" erinnert daran, dass gemäss Art. 69 Abs. 1 BV die Kantone für die Kultur zuständig sind, und die Bundeskompetenz somit bloss eine subsidiäre ist.⁶⁹ Der Begriff "kulturelle Bestrebungen" umfasst insbesondere auch das Kunstschaffen. Damit findet sich in Art. 69 Abs. 2 BV die verfassungsmässige Grundlage sowohl für die kunstfördernden Aktivitäten der Stiftung Pro Helvetia als auch für weitere Leistungen des Bundes im Dienste der Kunstförderung, die im Rahmen des zu schaffenden Kulturförderungsgesetzes erfolgen. Voraussetzung ist in beiden Fällen jedoch, dass es sich um Bestrebungen von "gesamtschweizerischem Interesse" handelt. Der Begriff ist nicht im Sinne des räumlich-geographischen Ursprungs einer Aktivität zu

⁶⁴ Siehe den Fundstellennachweis in Fn. 60.

⁶⁵ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2).

⁶⁶ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101).

⁶⁷ Vorentwurf 1996 zur Bundesverfassung, BBl 1997 I 164. Auf die Kunstfreiheit kann sich somit nicht bloss der Künstler berufen, sondern dies können auch alle natürlichen Personen tun, die Kunst vermitteln wie z.B. Galeristen, Buchverleger, Filmproduzenten oder Kinobesitzer. Die Besucher von Kunstausstellungen oder Kinovorführungen, das Publikum von Musik- und Theaterveranstaltungen und andere Kunstkonsumenten sind durch die Informationsfreiheit geschützt. BGE 120 Ia 192 (Zwyszig). Vgl. BARRELET, D., „Les libertés de la communication“, in: D. Thürer/J.F. Aubert/J.P. Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich, 2001, § 45, Rz. 54.

⁶⁸ Vorentwurf 1996 zur Bundesverfassung, BBl 1997 I 164.

⁶⁹ Siehe SCHWEIZER, R.J., „St. Galler Kommentar zu Art. 69 BV“, in: B. Ehrenzeller et al. (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung*, Zürich, 2002, Rn. 7 sowie RASCHÈR, A./CHRISTEN, C./TRIBOLET, Th., „Kulturförderung des Bundes - Chancen und Grenzen des neuen Kulturartikels“, in: *Allgemeine Juristische Praxis (AJP)* 2001, 1037-1039.

verstehen. Ein gesamtschweizerisches Interesse ergibt sich dann, wenn einer Bestrebung eine Ausstrahlung und Bedeutung zuzumessen ist, die über kantonale Grenzen hinausreicht. Die Kompetenz des Bundes zur Förderung der musischen Ausbildung tritt zu jener der Kantone hinzu und hat die auf Volks- und Mittelschulstufe bestehende Schulhoheit der Kantone (Art. 62 BV) zu beachten.⁷⁰

Zweitens geht Art. 71 BV über die Abwehr staatlicher Eingriffe hinaus. Diese Bestimmung ermächtigt den Bund, die Schweizer Filmproduktion und die Filmkultur zu fördern und formuliert damit nicht bloss eine auf die Abwehr staatlicher Eingriffe gerichtete Zuständigkeit. Aus Art. 35 BV erwächst dem Staat der Auftrag, zur Verwirklichung der Grundrechte beizutragen, indem er für angemessene Rahmenbedingungen sorgt, die für die Ausübung der Kunstfreiheit nötig sind.⁷¹ Für den Bereich der Filmkunst hat die Bundesverfassung diese "strukturelle Grundrechtswirkung"⁷² ausdrücklich verankert. Art. 71 Abs. 2 BV ermächtigt den Bund, nötigenfalls wirtschaftslenkende Vorschriften zu erlassen und dabei von der Wirtschaftsfreiheit abzuweichen.⁷³ Der Zweck dieser Vorschrift liegt darin, ein vielfältiges Angebot an Filmen und filmkulturellen Ereignissen in der Schweiz zu schaffen.⁷⁴ Der Bund übernimmt damit die Verantwortung dafür, dass sich die dem Film inhärente Spannung zwischen wirtschaftlichen und künstlerischen Kräften nicht zu Lasten der Angebotsvielfalt auf dem Schweizer Kinomarkt auswirkt.

Diese Analyse zeigt, dass die Bundesverfassung dem 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 nachlebt. Dieser Befund ist jedoch insofern unvollständig, als Art. 191 BV alle rechtsanwendenden Behörden zur verfassungs- und völkerrechtskonformen Auslegung verpflichtet.⁷⁵ Daraus folgt, dass eine bundesrechtliche Norm, deren Wortlaut und Sinn nicht

⁷⁰ SCHWEIZER, 2002, a.a.O., Rn. 18; RASCHER/CHRISTEN/TRIBOLET, 2001, a.a.O., 1045 f.; AUER, A./MALINVERNI, G./HOTTELIER, M., *Droit constitutionnel suisse, Volume II, Les droits fondamentaux*, Berne, 2000, 291.

⁷¹ Vorentwurf 1996 zur Bundesverfassung, BB1 1997 I 163 f.

⁷² Zur Theorie der strukturellen Grundrechtswirkung siehe GRABER, 1994, a.a.O., 156 ff.

⁷³ GEISER, TH./GRABER, C.B., „St. Galler Kommentar zu Art. 71 BV“, in: B. Ehrenzeller et al. (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung*, Zürich, 2002, Rn. 11.

⁷⁴ Vgl. GEISER/GRABER, 2002, a.a.O., Rn. 6; GRABER, C.B./HÖRDEGEN, ST., „Filmförderung als sektorale Strukturpolitik“, in: P. Richli (Hrsg.), *Strukturpolitik im Bundesverwaltungsrecht*, Zürich (im Erscheinen).

⁷⁵ HANGARTNER, Y., „St. Galler Kommentar zu Artikel 191“, in: B. Ehrenzeller et al. (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung*, Zürich, 2002, Rz. 18; WÜGER, D., „Die direkte Anwendbarkeit staatsvertraglicher Normen“, in: Th. Cottier/A. Achermann/D. Wüger/V. Zellweger (Hrsg.), *Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht*, Bern, 2001, 142 ff.; AUER, A./MALINVERNI, G./HOTTELIER, M., *Droit constitutionnel suisse, Volume I*, Berne, 2000, Rz. 1833.

klar sind, so zu interpretieren ist, dass sie mit dem übergeordneten Verfassungsrecht und Völkerrecht vereinbar ist. Dieses Prinzip ist deshalb von grösster Bedeutung, weil es zusammen mit Art. 35 Abs. 1 BV dafür sorgt, dass die Kunstfreiheit in allen Fällen in die Beurteilung eingeschlossen wird, wo Fragen der Kunst tangiert sind. Diese Verpflichtung gilt insbesondere für das Strafrecht (z.B. bei Verboten von Sachbeschädigungen, Störungen religiöser Gefühle oder Verletzungen der Ehre oder sittlicher Gefühle), den Persönlichkeitsschutz des Zivilrechts, das Urheberrecht, das Steuerrecht (z.B. Steuervergünstigungen für Kunstmäzene oder Privilegien für Künstler bei der Mehrwertsteuer) und nicht zuletzt auch für die staatliche Kunstförderung.

Im Zuge einer generell feststellbaren Kommerzialisierung vieler Lebensbereiche hat sich in den letzten Jahren die Sicherung künstlerischer Autonomie gegenüber wirtschaftlicher Fremdbestimmung als Problem wachsender Bedeutung erwiesen. Deshalb sollen im folgenden letzten Abschnitt Vorschläge skizziert werden, wie eine staatliche Kunstförderungspolitik ausgerichtet werden müsste, die den Anliegen der Kunst als ein sich selbst steuerndes und sich selbst produzierendes Funktionssystem möglichst optimal entsprechen würde.

VII. Sicherung wirtschaftlicher Unabhängigkeit der Kunst

Die Gefahr "struktureller Korruption" der Kunst durch wirtschaftliche Kräfte ist dann am geringsten, wenn verhindert werden kann, dass Abhängigkeiten von Künstlern zu einzelnen Geldgebern entstehen. Wie bereits erwähnt, ist diese These historisch belegt: Die Ausdifferenzierung eines autonomen Kunstsystems ist das Ergebnis einer langen Entwicklung, die nach dem Mittelalter schrittweise zur Pluralisierung der zur Finanzierung von Kunst zur Verfügung stehenden Geldquellen geführt hat.⁷⁶ Im Verlauf dieser Entwicklung sind neue Formen der Finanzierung (wie z.B. der Kunstmarkt oder das Kunstsponsoring) aufgekommen, ohne bestehende (die Auftragskunst oder das Mäzenatentum von Gönnern) vollständig zu ersetzen: Lediglich das Schwergewicht verlagerte sich, die Vielfalt indessen nahm zu.⁷⁷

Daraus kann die staatliche Kunstpolitik ihre Lehre ziehen, indem sie ihren Zweck darauf ausrichtet, Rahmenbedingungen zu schaffen, die vermeiden sollen, dass die Kunst in einseitige Abhängigkeit eines bestimmten Geldgebers gerät. Eine solche Politik trägt auch den

⁷⁶ Siehe die Nachweise bei GRABER, 1994, a.a.O., 29-68.

⁷⁷ GRABER, 1994, a.a.O., 131.

Anliegen der Kunstautonomie Rechnung, weil die staatlichen Massnahmen nicht die Operation des Codes des Kunstsystems, sondern die Programme, d.h. die Bedingungen der Möglichkeit der Operation des künstlerischen Codes steuern.⁷⁸ Im Kunstsystem gehört insbesondere der finanzielle Rahmen - neben ästhetischen Parametern (z.B. Material, Technik, Verfahren, Konzept) mit zu den Bedingungen der Entstehung künstlerischer Kommunikation. Dem Ideal einer unabhängigen Kunst dient der Staat am besten, indem er auf eine *Vielfalt der Geldquellen* zielt, die zur Finanzierung des Kunstschaffens bereitstehen.⁷⁹ Die *polyzentrische Förderung* wird damit zum Leitgedanken staatlicher Kunstpolitik.⁸⁰ Damit wird anerkannt, dass eine Pluralität im Bereich der (ökonomischen) Bedingungen der Entstehung von Kunst die beste Garantie für ein eigenständiges Kunstsystem bildet. Das Ziel staatlicher Kunstpolitik ist damit weniger ein künstlerisches, als vielmehr ein finanzielles: die staatliche Kunstpolitik realisiert sich als *Kunstförderungspolitik*. Auf diese Weise wird von vornherein Einwänden begegnet, welche die staatliche Neutralität im Bereich ästhetischer Entscheidungen gefährdet sehen. Bedenken gegen eine "staatliche Kulturpolitik" waren seinerzeit primär verantwortlich für das Scheitern des "Kulturartikels" in der Volksabstimmung von 1986.⁸¹

Vor diesem Hintergrund macht es Sinn, dass die vom Bundesrat und der kantonalen Erziehungsdirektorenkonferenz eingesetzte Steuergruppe in Art. 4 ihres Entwurfs vom 1. Dezember 2003 für ein Bundesgesetz über Kulturförderung des Bundes (EKFG) die Gestaltung von Rahmenbedingungen u.a. für das Kunstschaffen zu einer Kernaufgabe des Bundes erklärt.⁸² Als rechtliche Regeln, die diese Rahmenbedingungen beeinflussen, nennt der Kommentar zum EKFG unter anderem das Urheberrecht, das Steuerrecht, das Stiftungsrecht, das Kartellgesetz im Zusammenhang der Buchpreisbindung und das Radio- und Fernsehgesetz.⁸³

⁷⁸ GRABER, 1994, a.a.O., 134; DERSELBE, „Sponsoring: Eine rechtspolitische Herausforderung für die Steuerung staatlicher Kunstförderung“, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 2/1992, 214 f.

⁷⁹ GRABER, 1992, a.a.O., 215.

⁸⁰ DENNINGER, E., „Freiheit der Kunst“, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, 1989, 869.

⁸¹ Für eine ausführliche Analyse vgl. GRABER, C.B., „Pecunia non olet, oder: Wer rettet die Kunst vor ihren Gönnern?“, in: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)* 2/1991, 237 f.

⁸² Finalisierter Entwurf der Steuergruppe KFG für ein Bundesgesetz über Kulturförderung des Bundes (KFG) vom 1. Dezember 2003, <http://www.kultur-schweiz.admin.ch/index_d.html> (8.12.2003).

⁸³ Vgl. Kommentar der Steuergruppe KFG zu einem Bundesgesetz über Kulturförderung des Bundes vom 1. Dezember 2003, besonderer Teil, Ziffer 1.3; <www.kultur-schweiz.admin.ch/kp/files/011203/d_kfg_kommentar_bt_061103.pdf> (8.12.2003).

Ich bin der Meinung, dass angesichts knapper Bundesgelder⁸⁴ in der Verbesserung der Rahmenbedingungen für die künstlerische Produktion ein grosses Potential für die Entwicklung einer staatlichen Kunstförderung liegt, die dem Ideal einer institutionell verstandenen Kunstfreiheit entspricht. Möglichkeiten zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für das Kunstschaffen durch das Recht sehe ich erstens in der Zusammenarbeit zwischen Staat und Privaten und zweitens in der Mobilisierung der Selbstfinanzierungskraft des Kunstsystems. Nachfolgend sollen einige Vorschläge erwähnt werden, deren Umsetzung im Sinne unserer eingangs angestellten theoretischen Überlegungen zur Förderung der Kunstfreiheit in den beiden Bereichen beitragen könnte.

A. Zusammenarbeit zwischen Staat und Privaten

Die Gestaltung des Verhältnisses zwischen staatlichen und privaten Förderern sollte vom Ziel der polyzentrischen Kunstförderung getragen sein. Die Schaffung einer Vielzahl von nebeneinander bestehenden Quellen zur Finanzierung des Kunstschaffens ist ein wichtiger Beitrag zur Verhinderung einseitiger Abhängigkeiten zu einzelnen (staatlichen oder privaten) Geldgebern.

Der Beitrag des Staates zur Förderung dieses Ziels liegt einerseits darin, dass er selbst die Kunst finanziell unterstützt und auf diese Weise zur Pluralisierung der Geldquellen beiträgt, andererseits in der Schaffung von Rahmenbedingungen, die ein Engagement von privaten Mäzenen und Sponsoren für die Kunst als reizvoll erscheinen lassen. In verschiedenen Ländern wird Privaten, die sich als Mäzene oder Kunstspensoren betätigen, eine Steuererleichterung gewährt. Eine Studie des französischen Senats vom März 2003 zum kulturellen Mäzenatentum in Deutschland, Spanien, Italien, den Niederlanden, England und der Schweiz⁸⁵ hat ergeben, dass mehrere der untersuchten Länder in der jüngsten Vergangenheit Strukturen geschaffen oder verbessert haben, die Beiträge von Einzelpersonen

⁸⁴ Die letzte umfassende Erhebung wurde im Jahre 1989 durchgeführt. Demnach flossen von Seiten privater und öffentlicher Geldgeber total 1,8 Milliarden Franken in die Kultur als Ganzes. Der Anteil des Bundes an dieser Summe betrug dabei lediglich 8% gegenüber 75% der Kantone und Gemeinden und 17 % der Privaten. Siehe GERBER, A., 1999: „Blätter einer Schweizer Kulturpolitikgeschichte“, in: A. Schindler/C. Reichenau (Hrsg.), *Zahlen, bitte! Kulturbericht 1999: Reden wir über eine schweizerische Kulturpolitik*, 15 (mit Verweis auf P. Huber/P. Itin, *Öffentliche und private Kulturförderung*, Bundesamt für Statistik, 1992.) Die neue Ordnung sieht eine Aufgabenteilung zwischen dem Bundesamt für Kultur und der Stiftung Pro Helvetia vor, die - im Bereich der Kunstförderung - ersterem die Personenförderung und letzterer die Projektförderung zuweist. Eine Aufstockung der Mittel ist jedoch nicht zu erwarten.

⁸⁵ Im Rahmen der Revision des Stiftungsrechts berät das Schweizer Parlament über Möglichkeiten, die geltenden zivil- und steuerrechtlichen Regeln anzupassen, um Anreize zu schaffen, die vermögende Leute dazu bewegen, einen Teil ihres Vermögens in gemeinnützige Stiftungen (u.a. mit kulturpolitischer Zweckbestimmung) zu investieren. Vgl. *Neue Zürcher Zeitung* Nr. 295 vom 19. Dezember 2003, 13.

oder privaten Unternehmen an bestimmte Kulturinstitutionen mit Steuervergünstigungen belohnen.⁸⁶ Aus der Perspektive der Kunstfreiheit sind diese Modelle jedoch insofern zu kritisieren, als sie nur unzureichend zwischen dem auf Gegenleistung ausgerichteten Sponsoring und den Förderaktivitäten uneigennütziger "stiller" Förderer unterscheiden. Weil Unternehmen, die sich als Sponsoren betätigen, ihre Leistungen für die Kunst nicht von künstlerischen, sondern von wirtschaftlichen Faktoren abhängig machen, kann das für Künstler oder der Kunstvermittlung verpflichtete Institutionen im Falle einer zu grossen Abhängigkeit von einem Sponsor zu existentiellen Problemen führen. Als Beispiel sei der Ausstieg der UBS als Hauptsponsor bei den Solothurner Filmtagen genannt, der ein tiefes Loch in die Kasse riss und das Festival ins Schlingern brachte, da es sich in Zeiten wirtschaftlicher Rezession als besonders schwierig erwies, innert nützlicher Frist einen Ersatz zu finden. Eine Möglichkeit, derartigen Negativwirkungen auf dem Wege des Rechts zu steuern, wäre z.B., dass das Recht die Möglichkeit der Steuerreduktion an die Voraussetzung knüpft, dass private Geldgeber gewisse Standards befolgen. Solche Standards könnten z.B. im Rahmen eines von der Privatwirtschaft selbst initiierten "Sponsoring"-Kodex formuliert werden. Aus der Sicht des an finanzieller Kontinuität interessierten Kunstschaffens wäre es besonders wünschenswert, wenn in den Kodex auch Vorschriften aufgenommen würden, die private Geldgeber dazu anhalten, ein Engagement längerfristig einzugehen und im Falle eines Ausstiegs ausreichend lange Kündigungsfristen einzuhalten.⁸⁷ Den Beweis, dass solche Modelle regulierter Selbstregulation im Schweizer Recht realisierbar sind, haben die Unternehmen der Filmbranche erbracht, die im Rahmen des Kino- und Filmverleihverbandes Procinema Verpflichtungen zum Schutz der Angebotsvielfalt im Kino eingegangen sind.⁸⁸

B. Mobilisierung der Selbstfinanzierungskraft des Kunstsystems

Historisch gesehen war die Entstehung des nach Prinzipien der kapitalistischen Wirtschaft funktionierenden Kunstmarktes im 19. Jahrhundert ein entscheidender Schritt zur Emanzipation der Künstler von ihren Mäzenen.⁸⁹ Auf dem Markt wurden die Künstler nach dem objektiven Marktwert und nicht mehr nach Belieben eines Gönners entlohnt. Eine

⁸⁶ SENAT (de France), „L'encouragement du mécénat culturel“, in: *Les documents de travail du Sénat, Série Législation comparée*, No. LC 120, Mars 2003 (hiernach: Studie des französischen Senats, 2003), 6.

⁸⁷ Dem Ziel der Kontinuität ist das niederländische Modell verpflichtet, das Gönnern, die sich im Rahmen eines notariell beglaubigten Vertrags zu einem mindestens fünfjährigen Engagement verpflichten, ermöglicht, den gesamten Betrag von der Steuer abzuziehen. Siehe Studie des französischen Senats, 2003, a.a.O., 27.

⁸⁸ Vgl. GRABER, C.B., „Das neue Filmrecht: Durch Selbstregulation zur Vielfalt?“, in: *medialex* 4/2002, 175-176.

⁸⁹ Dazu ausführlich GRABER, 1994, a.a.O., 54 ff.

zentrale Funktion zur Sicherung eines freiheitlichen und vielfältigen Kunstschaffens unter Marktbedingungen kommt dem Urheberrecht zu. Urheberrechte verschaffen Künstlern exklusive Rechte, die sie dazu berechtigen, die Nutzung geschützter Werke zu untersagen oder unter vertraglich vereinbarten Bedingungen (z.B. Bezahlung einer Lizenzgebühr) zu erlauben. Sie ermöglichen damit die Refinanzierung der hohen Kosten, welche die Herstellung eines Werkes verursacht. Vor diesem Hintergrund und im Rahmen eines autopoietischen Ansatzes ist die bereits 1963 formulierte Maxime Helmut Ridders immer noch wegleitend, das Urheberrecht müsse "ein Kernstück einer grundrechtlichen Freiheit der Kunst" sein.⁹⁰

Dem Ziel einer urheberrechtsgestützten Selbstfinanzierung des Kunstsystems scheinen mir drei Instrumente zu dienen, die ich abschliessend kurz anleuchten möchte: a) das Folgerecht für bildende Künstler, b) der *Domaine public payant* und c) die Kunstfonds der Verwertungsgesellschaften.

1. Das Folgerecht

Das Folgerecht der bildenden Künstler steht im Zentrum weiterer in diesem Band vereinter Beiträge; ich kann mich deshalb kurz fassen.⁹¹ Es bezweckt, *bildende* Künstler auch dann am Verkaufserlös teilhaben zu lassen, wenn ein von ihnen geschaffenes Originalwerk vom Erstkäufer oder einem späteren Erwerber weiterveräußert wird.⁹² Von den verschiedenen Spielarten des Folgerechts scheint mir jene dem autopoietischen Begriff der Kunst am besten zu entsprechen, die den Anspruch auf angemessene Vergütung auf den aus der Weiterveräußerung erzielten Erlösen beim Mehrwert anknüpft. Diese Lösung trägt der Tatsache Rechnung, dass Kunstwerke bei der Weiterveräußerung durch Händler oder Sammler oft erhebliche Wertsteigerungen erfahren. Es ist nur gerecht, wenn Künstler, die ihr Werk oft unter materiellen Entbehrungen schaffen, an dem letztlich auf ihre Arbeit zurückzuführenden Mehrwert partizipieren können. Wird am Mehrwert angeknüpft, ist eine Vergütung ausschliesslich für jene Weiterveräußerungen geschuldet, deren Verkaufspreis höher ist als der zuletzt bezahlte Kaufpreis. Diese Lösung, die indessen bloss von einer

⁹⁰ RIDDER, H., *Die Freiheit der Kunst nach dem Grundgesetz*, Berlin/Frankfurt a.M., 1963, 15.

⁹¹ Ausführliche Bibliographien zum Folgerecht finden sich bei KATZENBERGER, P., „Kommentar zu § 26 (Folgerecht)“, in: G. Schricker (Hrsg.), *Urheberrecht*, 2. neubearbeitete Aufl., München, 1999, 472 f. sowie bei WALTER, M.M., „Folgerecht-Richtlinie“, in: M.M. Walter (Hrsg.), *Europäisches Urheberrecht*, Kommentar, Wien, 2001, 960. Siehe auch BULLINGER, W., „§ 26 UrhG“, in: A.-A. Wandtke/W. Bullinger (Hrsg.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, München, 2002, 263-269.

⁹² Zu den Hintergründen des Folgerechts: STOKES, S., *Art & Copyright*, Oxford etc., 2001, 76-81.

Minderzahl der Länder übernommen wurde, die das Folgerecht kennen,⁹³ scheint mir - trotz eines gewissen administrativen Mehraufwands - auch die für den Kunsthandel am wenigsten einschneidende zu sein.

In der Schweiz wurde die Einführung des Folgerechts bereits anlässlich der Revision des Urheberrechts zu Beginn der 1990er Jahre diskutiert.⁹⁴ Obwohl sich der Ständerat für das Folgerecht stark gemacht hatte, drang er damit nicht durch, weil sich der Nationalrat vom massiven Widerstand des Kunsthandels beeinflussen liess, der mit dem Abwandern bedeutender Kunstmessen und Auktionen ins Ausland drohte.⁹⁵ Inzwischen hat die Europäische Union, nach mehr als zehnjährigen Vorarbeiten, eine Richtlinie zum Folgerecht in Kraft gesetzt, die von den Mitgliedstaaten (im Prinzip) bis zum 1. Januar 2006 umzusetzen ist.⁹⁶ Mit Blick auf die europäische Integration der Schweiz ist es sinnvoll, dass die Frage des Folgerechts im Rahmen der laufenden Arbeiten zur Revision des URG neu diskutiert wird.⁹⁷ In diesem Rahmen hat das Institut für geistiges Eigentum (IGE) im Juni 2002 eine Arbeitsgruppe "Folgerecht" gebildet. In seinem Schlussbericht vom 30. September 2003 über die Tätigkeiten der Arbeitsgruppe stellt das IGE indessen mit einiger Ernüchterung fest, dass der Erlass der EG-Richtlinie nichts am grossen Widerstand des Kunsthandels gegenüber dem Folgerecht geändert habe.⁹⁸

2. **Domaine public payant**

Wegbereiter des *Domaine public payant* ist kein geringerer als Victor Hugo. Berühmt ist seine folgende Äusserung:

"J'affirme l'utilité de la redevance perpétuelle... Connaissez-vous rien de plus beau que ceci; toutes les œuvres qui n'ont plus d'héritiers directs tombent dans le domaine public

⁹³ Vgl. WALTER, 2001, a.a.O., 964, mit Hinweis auf geltende italienische und eine inzwischen revidierte portugiesischen Regelung.

⁹⁴ Dazu ausführlich GRABER, 1992, a.a.O., 226-228.

⁹⁵ GRABER, 1994, a.a.O., 230 f.

⁹⁶ Richtlinie 2001/84/EG des europäischen Parlaments und des Rats vom 27. September 2001 über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks, ABl. L 272/32 vom 13.10.2001 (Art. 12). Die Absätze 2 und 3 von Art. 8 eröffnen Mitgliedstaaten, die das Folgerecht bisher nicht kannten, verlängerte Fristen, die spätestens am 1. Januar 2012 ablaufen. Zur Entstehungsgeschichte der Folgerechtsrichtlinie vgl. STOKES, 2001, a.a.O., 81-86.

⁹⁷ Postulat 01.3401, eingereicht von Nationalrätin Regine Aeppli Wartmann am 22. Juni 2001, und Stellungnahme des Bundesrates, <http://www.parlament.ch/afs/data/d/gesch/2001/d_gesch_20013401.html> (6.11.2003).

⁹⁸ Der Schlussbericht des IGE ist verfügbar unter: <http://www.ige.ch/D/jurinfo/pdf/Schlussbericht_d.pdf>. Die Ausführungen zur Arbeitsgruppe Folgerecht finden sich auf Seite 7 des Berichts.

payant, et le produit sert à encourager, à vivifier, à féconder les jeunes esprits! Y aurait-il rien de plus grand que ce secours admirable, que cet auguste héritage légué par les illustres écrivains morts aux jeunes écrivains vivants! C'est là votre indépendance, votre fortune... Nous sommes tous une famille, les morts appartiennent aux vivants, les vivants doivent être protégés par les morts. Quelle plus belle protection pourriez-vous souhaiter?"⁹⁹

Nachdem bereits Italien und Frankreich sowie einige aussereuropäische Staaten Vorschriften zum *Domaine public payant* erlassen hatten,¹⁰⁰ begründete die Deutsche Bundesregierung ihren Entwurf zur Einführung dieses als Urhebernachfolgevergütung bezeichneten Instituts im Rahmen der Revision des Urheberrechts 1962 wie folgt:

"Es ist eine viel kritisierte Tatsache, dass Urheber kulturell wertvoller Werke zu ihren Lebzeiten aus ihren Werken keinen ausreichenden Nutzen ziehen können, während nach Ablauf der Schutzfrist, wenn sich die Werke durchgesetzt haben, Dritte diese Werke mit erheblichem Gewinn verwerten. Durch eine Verlängerung der Schutzfrist kann dieser Unbilligkeit nicht begegnet werden. Mit der im Entwurf vorgeschlagenen Einführung einer Urhebernachfolgevergütung soll versucht werden, sie für die lebenden Urheber wenigstens zu mildern."¹⁰¹

In der Tat erscheint es als Ungerechtigkeit, dass u.a. grosse Verlagshäuser und Musikproduzenten sowie Kunsthändler aus der Verbreitung gemeinfreier¹⁰² Kunstwerke Profit schlagen, während die Möglichkeiten von Künstlern zur Finanzierung ihrer Arbeit in der Regel vor allem zu Beginn ihrer Karriere äusserst beschränkt sind. Das Instrument des *Domaine public payant* schafft eine Möglichkeit zum Ausgleich dieser Ungerechtigkeit, indem es die Verwertung gemeinfreier Kunstwerke mit der Pflicht verbindet, eine Vergütung in einen (idealerweise von den Künstlern z.B. via Berufsverbände oder Verwertungsgesellschaften

⁹⁹ Siehe: <<http://www.aqad.qc.ca/public.asp>> (7.11.2003).

¹⁰⁰ Zu Ursprüngen und Rechtsnatur des *domaine public payant* vgl. insbesondere JEAN RICHARD-DIT-BRESSEL, M., *Ewiges Urheberrecht oder Urhebernachfolgevergütung? (domaine public payant)*, Baden-Baden, 2000, sowie DELP, L., *Die Kulturabgabe ("Le Domaine public payant")*, *Internationale Fragen der Kulturförderung in kultureller, wirtschaftlicher und rechtlicher Betrachtung*, München, 1950; ferner auch FECHNER, F., *Geistiges Eigentum und Verfassung*, Tübingen, 1999, 408-411; zur Diskussion speziell in Deutschland vgl. v.a. KATZENBERGER, P., „Die Diskussion um das ‚domaine public payant‘ in Deutschland“, in: *Festschrift für Georg Roeber zum 10. Dezember 1981*, Freiburg i.B., 1982, 193-230.

¹⁰¹ DEUTSCHE BUNDESREGIERUNG, Regierungsentwurf zu den §§ 73 ff. URG von 1962, Bundestags-Drucksache IV/270, 15 f., 81 ff.

¹⁰² Darunter sind sowohl Kunstwerke zu verstehen, deren Schutzfrist abgelaufen ist, als auch solche, die nie geschützt waren, weil sie vor der Einführung des Urheberrechts geschaffen wurden.

selbst verwalteten) Fonds zu bezahlen, aus dessen Erträgen insbesondere vielversprechende Talente am Anfang ihrer Karriere unterstützt werden sollen. Dieses Kunstförderungsinstrument ist eine Art "Generationenvertrag" der Kunst und kann als Bevorschussung des Urhebers für Früchte verstanden werden, die sein Werk nach Ablauf der Schutzpflicht abwirft.¹⁰³ Es entspricht dem Konzept einer sich selbst organisierenden und reproduzierenden Kunst in doppelter Weise: Erstens weil es schöpferisches Schaffen nicht als Unterfangen eines isolierten Individuums im geschichtslosen Raum, sondern als Kommunikationsprozess im Rahmen der *artistic community* versteht und der Tatsache Rechnung trägt, dass neue Kunst die Erinnerung an und die Reibung mit der Kunstgeschichte voraussetzt.¹⁰⁴ Zweitens, weil es der Kunst eine Möglichkeit zu ihrer Selbstfinanzierung in die Hand gibt, welche die Unabhängigkeit des Kunstschaffens vor Fremdeinflüssen stärkt.

Nachdem seine Einführung in der deutschen Urheberrechtsreform der 1960er Jahre scheiterte¹⁰⁵ und auch in der Anfang der 1990er Jahre in der Europäischen Gemeinschaft geführten Diskussion um die Harmonisierung der urheberrechtlichen Schutzfristen nicht durchdrang,¹⁰⁶ ist der Gedanke des *Domaine public payant* unlängst von der deutschen Industriegewerkschaft Medien wiederbelebt worden.¹⁰⁷

3. Kultur- und Sozialfonds der Verwertungsgesellschaften

Verwertungsgesellschaften in mehreren (vorab europäischen) Ländern haben teilweise mit gesetzlicher Ermächtigung¹⁰⁸ spezielle Fonds zur Förderung des künstlerischen Nachwuchses (bzw. zur Unterstützung in Not geratener Mitglieder) eingerichtet.¹⁰⁹ Finanziert werden diese Fonds aus dem Rückbehalt eines bestimmten Anteils der Nettoeinnahmen, welche die

¹⁰³ RIKLIN, F., *Das Urheberrecht als individuelles Herrschaftsrecht und seine Stellung im Rahmen der zentralen Wahrnehmung urheberrechtlicher Befugnisse sowie der Kunstförderung*, Freiburg i.Ue., 1978, 285; GRABER, 1994, a.a.O., 234; ähnlich bereits HUBMANN, H., „Kulturabgabe (Urhebernachfolgevergütung)“, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)* 1985, 527 ff.

¹⁰⁴ GRABER, 2003, a.a.O., 14.

¹⁰⁵ Vgl. KATZENBERGER, P., „Kommentar zu § 64 (Schutzdauer)“, in: G. Schrickler (Hrsg.), *Urheberrecht*, 2. neubearbeitete Aufl., München, 1999, 1009.

¹⁰⁶ DIETZ, A., „Term of Protection in Copyright Law and Paying Public Domain: A New German Initiative“, in: *European Intellectual Property Review* 2000, 507.

¹⁰⁷ GÜNTNER, J., „Komm Goethe, sei ein Groschenspender. Wie das Urheberrecht sozialisiert werden soll“, in: *Neue Zürcher Zeitung* Nr. 302 vom 28. Dezember 1999, 54; DIETZ, 2000, a.a.O., 507-511.

¹⁰⁸ Im deutschen Recht: Art. 7 und 8 Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten vom 9. September 1965, BGBl. I 1294. Im französischen Recht: Art. L 321-9 Code de la propriété intellectuelle vom 1. Juli 1992; im Schweizer Recht: Art. 48 Abs. 2 URG (SR 231.1).

¹⁰⁹ Für eine Übersicht vgl. WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION, *Collective Administration of Copyright and Neighbouring Rights*, Geneva, 1990, 49 ff.

Verwertungsgesellschaften erzielen.¹¹⁰ Viele Verwertungsgesellschaften folgen der von der CISAC (Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs) in ihren Musterverträgen empfohlenen Regel, die einen Anteil von 10% vorsieht.¹¹¹ Die Verwertungsgesellschaften verwenden diese Einnahmen zu einem bedeutenden Teil zur Förderung ihres Nachwuchses, indem sie Preise ausrichten, Stipendien vergeben, Aufträge zur Schaffung neuer Werke erteilen, Festivals und Veranstaltungen zeitgenössischer Kunst unterstützen, Beiträge an die Produktion und Verbreitung von Ton- und Tonbildträgern oder an Interpreten leisten.¹¹² Damit bilden sie eine weitere wichtige Säule im Konzept eines sich selbst finanzierenden Kunstsystems.¹¹³

VIII. Zusammenfassung in Thesen

- 1) Der rechtliche Begriff der Kunst ist eine Paradoxie.
- 2) Diese Paradoxie kann entfaltet werden, indem zwischen dem Kunstbegriff der Kunst und dem Kunstbegriff des Rechts unterschieden wird.
- 3) Der Kunstbegriff des Rechts erscheint somit als Momentaufnahme aus einer bestimmten Perspektive.
- 4) Die rechtliche Definition der Kunst ist mit Mängeln behaftet, aber unvermeidbar, denn: Was sich nicht definieren lässt, lässt sich auch nicht schützen.
- 5) Im Bereich der Kunstförderung kann der Staat eine inhaltliche Einflussnahme von Geldgebern dadurch minimieren, dass er seine Anstrengungen in den Dienst einer polyzentrischen Fördertätigkeit stellt.
- 6) Mit einer solchen Förderstrategie konzentriert sich der Staat - abgesehen von seiner aus politischen Gründen beschränkten eigenen finanziellen Unterstützung - auf die Gestaltung von optimalen rechtlichen Rahmenbedingungen für die freie Entfaltung der Kunst.

¹¹⁰ GRABER, 2003, a.a.O., 267. Während Art. 48 Abs. 2 URG als Ermächtigung an die Verwertungsgesellschaften interpretiert wird, maximal 10 Prozent ihrer gesamten Nettoeinnahmen für kulturelle und vorsorgerische Zwecke zu verwenden, können in Frankreich 25 Prozent des Verwertungserlöses aus Leerkassettenabgaben zur Förderung französischer Künstler eingesetzt werden. Zum Schweizer Recht vgl. BARRELET/EGLOFF, 2000, a.a.O., Rn. 6 und 7 zu Art. 48 Abs. 2 URG; vgl. auch BBl 1989 III 542.

¹¹¹ DIETZ, 2000, a.a.O., 509.

¹¹² Siehe Ergebnisse der Enquete CISAC CE/88/520 vom 20. Mai 1988 zur kulturellen Wirksamkeit der Urheberrechtsgesellschaften, Confédération internationale des sociétés d'auteurs et compositeurs, Paris, September 1988, 4 f.

¹¹³ Vgl. BRÜGGER, P., „Kulturförderung und Verwertungsgesellschaften“, in: Schweizer Vereinigung für Urheberrecht (Hrsg.), *Festschrift zum 60. Geburtstag von Ulrich Uchtenhagen*, Baden-Baden, 1987, 143 ff., insbesondere 145 und 147, der Verwertungsgesellschaften als "Selbsthilfeorganisationen der Urheber" bezeichnet. Kritisch jedoch FECHNER, 1999, a.a.O., 493-497.