

# Kunst und Recht

WOLFGANG KNIES

## I.

Ich beginne mit einem Zitat, das ich natürlich – wie könnte es anders auch sein – aus dem Zusammenhang reiße, und ich frage also: Hatte Heinrich Böll recht, als er 1966 in seiner Wuppertaler Rede über die „Freiheit der Kunst“ von der Kunst sagte:

„Was sie braucht, einzig und allein braucht, ist Material – Freiheit braucht sie nicht, sie ist Freiheit; es kann ihr einer die Freiheit nehmen, sich zu zeigen – Freiheit geben kann ihr keiner; kein Staat, keine Stadt, keine Gesellschaft kann sich etwas darauf einbilden, ihr das zu geben oder gegeben zu haben, was sie von Natur ist: frei.“<sup>1</sup>

Man hört und staunt, auch heute noch, zwölf Jahre später: Ist also der Versuch, der Kunst von Rechts wegen, von Verfassungen wegen Freiheit zu garantieren, verfehlt, nutzlos und überflüssig? Verdient demnach die Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes nicht mehr und nichts anderes als jene spöttisch-überlegene Randnote, die schon das Entstehen der ersten rudimentären Kunstfreiheitsgarantie in der deutschen Rechts- und Kunstgeschichte im Jahre 1849 begleitet hat und zugleich auch wieder erstickt hat? Eine gesetzliche Bestimmung, daß die Ausübung der Kunst frei sei: dies sei – so meinte damals ein Mitglied der Königlich-Preußischen Akademie der Künste – „eine gewöhnliche *captatio benevolentiae* des Tages, welche billig wegfällt“<sup>2</sup>.

Billig wegfällt? Wir werden zögern, in diese Melodie einzustimmen, schon deshalb zögern, weil wir zu deutlich noch (oder wieder) ein ganz anderes Lied im Ohr haben: ein Klagelied, das aus den unterschiedlichsten Anlässen regelmäßig, wenn auch in unregelmäßigen Abständen ertönt; ein Klagelied, mit dem beklagt und angeklagt wird, daß – wieder einmal oder permanent – die Freiheit der Kunst, ja die Freiheit des Geistes überhaupt, eingeschnürt, mißachtet oder verjagt werde, daß sie – diese Freiheit – aus den Wunden ihrer vielfachen Verletzung zu verbluten und zu erlöschen drohe.

Auch dieses Klagegedicht werden wir nicht ohne weiteres mitsingen wollen, und sicher nicht in allen seinen Strophen. Die Erinnerung an eine Zeit totalitärer Kunstpolitik und wirklichen Ausblutens der Kunstfreiheit ist noch zu nah, zu klar und zu beklemmend, und zu nah, zu klar und zu beklemmend liegt für uns auch die Gegenwart totalitärer Kunstpolitik vor der Tür, als daß wir zu melodramatisch überzogenen Worten und leichtfertig überzeichneten Bildern greifen dürften, um die Wirklichkeit der Bundesrepublik Deutschland zu beschreiben. Die Scham vor den

<sup>1</sup> Heinrich Böll, Die Freiheit der Kunst. Dritte Wuppertaler Rede (1966), in: Aufsätze – Kritiken – Reden, Köln-Berlin, 1967, S. 488.

<sup>2</sup> Diese Randnote des – unbekannt gebliebenen – Autors findet sich auf dem „Entwurf zu einem (preußischen) Gesetz über die Organisation der Kunstangelegenheiten“ aus dem Jahre 1849. Quelle: Wilhelm Klein, Der Preußische Staat und das Theater im Jahre 1848 (Schriften der Gesellschaft für Theatergeschichte, Band 33), 1924, S. 189.

Opfern kunstfreiheitsfeindlicher politischer Systeme in Gegenwart und kurzer Vergangenheit sollte es verbieten, in der Anklage nicht maßzuhalten und die Sprache nicht zu zügeln.

Und noch zweierlei kann uns ein solcher Rück- und Seitenblick auf totalitäre Kunstpolitik lehren. Einmal: „Der Staat“ kann der Kunst mehr nehmen als „nur“ die Freiheit, sich zu zeigen<sup>3</sup>. Es ist bittere und aktuelle Erfahrung, daß ein politisches System der Kunst die notwendige Lebensluft abschnüren kann. Die Kunstpolitik eines jeden totalitären Regimes zielt gerade auf den Freiheitsvollzug, der dem schöpferisch-künstlerischen Akt ebenso exemplarisch innewohnt wie den Vorgängen individueller Kunst-Rezeption und die beide dem Totalitätsanspruch irritierend zuwiderlaufen. Totalitäre Kunstpolitik ist herrschaftsfunktional: Sie bringt den Künstler in ideologische und existentielle Abhängigkeit, um seine schöpferische Aktivität voraussehbar und damit beherrschbar zu machen, vor allem aber, um seine Produktivität für die politisch-ideologischen Ziele des Herrschaftssystems „in Dienst“ zu nehmen – oder sie bringt den Künstler zum Verstummen.

Weil es richtig ist, mit Georg Jellinek zu sagen, daß alle Grundrechte „durch den Kontrast mit der früheren Staatsordnung hervorgerufen“ sind<sup>4</sup>, deshalb muß auch (und gerade) die Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes als die polemische Antwort der Verfassung auf das kunstfreiheitsfeindliche System des Nationalsozialismus verstanden werden.

Und doch: Es wäre ein Irrtum, anzunehmen, daß eine verfassungsgesetzliche Freiheitsgarantie dazu bestimmt und in der Lage wäre, dem Totalitätsanspruch eines Herrschaftssystems auf dem Gebiet der Kunst zu wehren und zu widerstehen. Solche Zauberkräfte kann nur der von ihr erwarten, der davon ausgeht, daß die Grundrechte die Garantie ihres politischen Lebens und Überlebens in sich selbst tragen – ein gleichermaßen naiver und gefährlicher Aberglaube, der teils politischer Ahnungslosigkeit, teils aber auch politischem Defaitismus entspringt und der keineswegs nur ganz vereinzelt gepflegt wird. Auch für die Kunstfreiheitsgarantie gilt, daß die Schutzwirkung verfassungsgesetzlicher Grundrechte nur in einem Zustand relativer staatlicher Normalität sich entfalten und effektiv werden kann.

So sehr also die Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes vor dem historischen Hintergrund als das freiheitliche Kontrastbild zur totalitären Indienstnahme der Kunst durch die politische Herrschaft gesehen werden muß: Ihre reale verfassungspolitische Aufgabe – und dies wäre die zweite Einsicht in diesem Zusammenhang –, die reale und gegenwärtige verfassungspolitische Aufgabe der Kunstfreiheitsgarantie bleibt in der Bundesrepublik Deutschland bescheidener, wenn auch wichtig genug. Bevor wir dem weiter nachgehen, reiße ich noch einmal ein Zitat aus dem Zusammenhang:

„Einer, der mit ihr (der Kunst) zu tun hat, braucht keinen Staat – er braucht eine gewisse provinzielle Administration, für die er ja Steuern zahlt, Laternenanzünder, die ihm, wenn er betrunken heimkommt, ein wenig Licht auf dem Heimweg bereiten, die Müllabfuhr, die ihn von seinen Abfällen befreit.“<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Im übrigen: Ohne daß Kunst „sich zeigt“, also sichtbar oder hörbar wird, „ist“ sie nicht. Kunst ist, indem sie sinnfällig in Erscheinung tritt, Gestalt annimmt.

<sup>4</sup> Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1912 (Nachdruck 1963), S. 95.

<sup>5</sup> Heinrich Böll, a. a. O. (N. 1) S. 491. Vgl. auch S. 489 („Einer, der mit ihr zu tun hat, braucht keinen Staat, er weiß aber, daß fast alle anderen ihn brauchen . . .“) und S. 490 („Wer mit ihr . . ., der Kunst, zu tun hat, braucht keinen Staat; ich brauche keinen, aber Sie brauchen ihn, und sie kann Ihnen den Staat nicht ersetzen.“)

Wir hören und staunen abermals. Dieser biedermeierliche Satz wird hier nämlich nicht als Beleg für die Tatsache zitiert, daß auch literarische Äußerungen von extremer Naivität jedenfalls den Schutz der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie genießen. Wenn er von Goethe stammte, so könnten wir ihn mit der Sentenz übergehen, daß manchmal halt auch der wackere Homer schläft. Aber der Satz soll die Beschreibung gegenwärtigen Künstlerdaseins sein: Er ist erst 1966 geschrieben und gesprochen worden; er ist aus der – offenbar wirklichkeitsblind machenden – Sicherheit einer sozialen Position heraus geschrieben und gesprochen worden, die ihr Autor natürlich durch eigene Leistung geschaffen hat, die er aber pikanterweise nur kraft und dank auch des staatlichen Urheberrechts schaffen konnte und ausmünzen kann. Der Satz stammt von einem Mann, der wenig später nur zu den Geburtshelfern der gewerkschaftlichen Organisation von Schriftstellern gehörte<sup>6</sup>, deren materielle Forderungen zur Gewährleistung sozialer Sicherheit für die Schriftsteller sich ja nicht nur an die privaten Verlage richten, sondern auch und nicht zuletzt an die öffentlichen Hände und Haushalte. Der zitierte Satz hat wenig bis nichts mit der durchschnittlichen, der typischen sozialen Existenzform heutigen Künstler-Daseins zu tun; er beschreibt nicht einmal die soziale Wirklichkeit Heinrich Bölls selbst; denn auch und gerade die soziale „upper class“ unter den Schriftstellern und Künstlern nährt sich unmittelbar aus öffentlichen Fleischtöpfen.

Wie es um die wirtschaftliche und soziale Lage der Schriftsteller und Künstler wirklich bestellt ist, das haben der aus privater Initiative zustande gekommene sogenannte „Autorenreport“ (1972)<sup>7</sup> und der auf eine parlamentarische Initiative der CDU/CSU-Fraktion zurückgehende<sup>8</sup> sogenannte „Künstlerbericht“ der Bundesregierung<sup>9</sup> in Erfahrung zu bringen und darzulegen versucht<sup>10</sup>.

Wir dürfen uns nicht von einigen Stargagen oder vereinzelt extrem hoch erscheinenden Ankaufpreisen blenden lassen, und wir dürfen die scheinbar endlos sprudelnden Honorare der bestsellernden „happy-few“ unter den Autoren nicht mit den Einkommensverhältnissen der deutschen Schriftsteller verwechseln. Auch wenn sich der eine oder andere methodische Einwand gegen die eine oder andere empirische Erhebung der Autoren- und Künstler-Enqueten vorbringen lassen sollte: Soviel wird man ihnen jedoch zuverlässig entnehmen können:

<sup>6</sup> Vgl. „Ende der Bescheidenheit“. Die Texte der Gründungsveranstaltung (am 8. 6. 1969 in Köln) des Verbands deutscher Schriftsteller (VS), hrsg. vom Verband deutscher Schriftsteller (VS), 1969, mit dem Referat von Heinrich Böll, Ende der Bescheidenheit. Zur Situation der Schriftsteller in der Bundesrepublik (S. 11 ff.).

<sup>7</sup> Karla Fohrbeck/Andreas J. Wiesand, Der Autorenreport, Reinbek bei Hamburg, 1972.

<sup>8</sup> Der die Bundesregierung zur Berichterstattung auffordernde Beschluß des Deutschen Bundestages vom 30. 4. 1971 (vgl. BT-Drucksache VI/2081) geht zurück auf einen Antrag der Fraktion der CDU-CSU vom 2. 3. 1970 (BT-Drucks. VI/467).

<sup>9</sup> Bericht der Bundesregierung über die wirtschaftliche und soziale Lage der künstlerischen Berufe (Künstlerbericht vom 13. 1. 1975, BT-Drucksache 7/3071). Die an den Bericht anknüpfende Bundestagsdebatte findet man im Stenogr. Bericht der 144. Sitzung am 24. 1. 1975, S. 9960 D ff.

<sup>10</sup> Im Gefolge des Künstlerberichts der BReg. und der durch ihn ausgelösten politischen Diskussion stehen auch parlamentarische Initiativen und Regierungsaßerungen auf Landesebene: vgl. z. B. die Antwort des Kultusministeriums Rheinland-Pfalz auf die Große Anfrage der Fraktion der CDU (Landtags-Drucks. 8/1976) zur „Situation der Kunst und Künstler in Rheinland-Pfalz“ (Landtags-Drucks. 8/2243 vom 5. 7. 1977) und die Antwort der Regierung des Saarlandes zu der Großen Anfrage der CDU-Fraktion (Landtags-Drucks. 7/470) betr. die „Situation der Künstler und Förderung der Kunstpflege im Saarland“ (Landtags-Drucks. 7/612 vom 18. 1. 1977; zur sich hieran anschließenden parlamentarischen Debatte vgl. Landtag des Saarlandes, 7. Wahlperiode, Stenogr. Bericht der 26. Sitzung am 25. 5. 1977, S. 1391–1413).

- Einmal: Die Zahl der in künstlerischen Berufen Tätigen ist deutlich rückläufig, und zwar nicht nur absolut, sondern auch relativ<sup>11</sup>.
- Sodann: Es ist eine deutliche Zunahme der abhängigen Beschäftigung gegenüber der freiberuflich-selbständigen Tätigkeit bei den künstlerischen Berufen zu erkennen<sup>12</sup>.
- Und schließlich: Die öffentliche Hand, oder genauer: die öffentlichen Hände sind in nahezu allen Bereichen der Kunstpflege zum ersten und wichtigsten Arbeit- und Auftraggeber sowie Ankäufer geworden. Und auch dort, wo die öffentlichen Hände vielleicht nicht die erste und wichtigste Rolle spielen (wie etwa im Bereich der bildenden Kunst), spielen sie doch eine typische, unentbehrliche und unersetzliche Rolle.

Öffentliche Kunstpflege und Kunstförderung heißt eben nicht nur: Bühnen und Museen in staatlicher und kommunaler Trägerschaft. Manche assoziieren mit diesem Stichwort ohnedies nur noch das Reizthema „Kulinarisches Operntheater“, um alsdann hurtig ihr kultur- und sozialkritisches Mütchen an dieser millionenverschlingenden Institution und an dieser angeblich so überholten, toten und vor allem: undemokratischen Kunstform zu kühlen.

In Wirklichkeit gibt es „heute kaum mehr einen Bereich der Kunst, in dem der Staat (oder sagen wir genauer: die öffentlichen Hände) nicht fördernd tätig wäre(n)“. Diese regierungsamtliche Erklärung entspringt nicht obrigkeitlicher Anmaßung und Selbstüberschätzung. Denn die Feststellung, daß Theater und Orchester, Museen und Sammlungen, daß Ausbildungsstätten für den künstlerischen Nachwuchs erheblicher öffentlicher Zuschüsse bedürfen (sofern sie nicht überhaupt vom Staat getragen werden) – diese Feststellung trifft die Wirklichkeit ebenso wie die ministerielle Behauptung, daß Künstler auf Staatsaufträge, öffentliche Ankäufe, auf Dozenturen, Beihilfen und auf staatliche Hilfs- und Sicherungsmaßnahmen im sozialen Bereich angewiesen sind<sup>13</sup>.

Natürlich gibt es noch private Initiative, private Veranstaltungen und private Unternehmen im Bereich der Kunstpflege. Aber wir müssen uns auch hier vor optischen Täuschungen und vor Kurzsichtigkeit hüten: Auch was als private Initiative, als private Veranstaltung in Erscheinung tritt (denken wir nur an Privattheater und Kunstvereine), ist vielfach und weitgehend in seinem Entstehen und in seiner Existenz abhängig von dem öffentlichen Zuschuß, ist vielfach und weitgehend angewiesen auf die tragende oder unterstützende Hilfe der öffentlichen Hände, zehrt von einem öffentlichen Haushalt.

Bei diesen öffentlichen Haushalten dürfen wir im übrigen nicht nur an den Bund, die Länder und die Gemeinden denken; wir müssen vor allem auch an die Etats der Rundfunkanstalten, an Hörfunk und Fernsehen denken, die öffentlich-rechtlich organisiert und über Gebühren öffentlich finanziert sind. Die Rundfunkanstalten sind jedenfalls im Bereich der sogenannten Wortautoren, der Musik und der darstellenden

<sup>11</sup> Künstlerbericht a. a. O. (N. 9), S. 9 links.

<sup>12</sup> Künstlerbericht a. a. O. (N. 9), S. 9 links.

<sup>13</sup> Antwort des Kultusministeriums Rheinland-Pfalz zur Großen Anfrage über die „Situation der Kunst und der Künstler in Rheinland-Pfalz“, a. a. O. (oben Note 10), S. 2 rechts. In diesen Passagen folgt die „Antwort“ Ausführungen, die Hans Maier als bayerischer Kultusminister in einem Vortrag zum Thema „Kunst und Staat. Probleme staatlicher Kunstförderung“ beim Deutschen Künstlerbund in Berlin am 12. 12. 1975 gemacht hat. Der Vortrag ist veröffentlicht in: Hans Maier, Kulturpolitik. Reden und Schriften, München 1976 (dtv 1212), S. 178 ff.

Kunst einer der bedeutendsten Arbeit- und Auftraggeber und für „freie“ Produktionsgesellschaften der unentbehrliche Abnehmer. Die finanziellen, personellen und sächlich-technischen Mittel der öffentlichen Rundfunkanstalten bilden weitgehend die Existenzgrundlage für die Urheber und Interpreten zeitgenössischer Musik; ja, es läßt sich wohl ohne Übertreibung sagen, daß ohne diese Ressourcen der Rundfunkanstalten die moderne Musik selbst nicht oder jedenfalls weitgehend nicht existieren würde.

Dieses Beispiel ruft uns den Konnex von Künstlerförderung und Kunstpflege in Erinnerung. Künstlerförderung geschieht um der Kunstförderung willen. Die Unterstützung und Förderung der Künstler durch die öffentlichen Hände ist auch ein sozialpolitisches, in erster Linie aber ein kulturpolitisches Thema. Es ist der Kulturstaat (und nicht, jedenfalls nicht primär, der Sozialstaat), der hier pflegend, fördernd, helfend, stützend, tragend tätig wird. Zugespitzt, vielleicht auch überspitzt, aber im Grunde doch zutreffend läßt sich sagen, daß dem Sozialstaat Genüge getan ist, wenn er Sozialversicherung und Sozialhilfe auch für die Künstler – wie für jeden anderen Bürger – offen- und bereithält. Unter dem Aspekt des Sozialstaatsprinzips gibt es für den Künstler und Schriftsteller keinen Anspruch auf einen herausgehobenen sozialen und ökonomischen Status. Insoweit kann er nur Nutznießer der ökonomisch-sozialen Reflexe sein, die von den kulturstaatlichen Aktivitäten der öffentlichen Hände ausgehen.

Mit den Stichworten:

- verfassungsrechtliche Kunstfreiheitsgarantie,
  - Abhängigkeit der Künstler und der Kunst von den öffentlichen Händen und Kassen,
  - und schließlich: Handlungs- und Leistungspflichten des Kulturstaates
- sind drei wichtige Markierungen bezeichnet, die das Problemfeld abstecken, in dem sich aus der Sicht des Staats- und Verfassungsrechtlers das Thema: Kunst und Recht, Kunst und staatliches Recht und damit auch: Kunst und Staat bewegt und bewegen muß.

Sie werden vielleicht einige Erwägungen zu einem weiteren Markierungspunkt dieses Problemfeldes vermißt haben: einige Ausführungen nämlich zur Gegenwartslage der Kunst. Ich möchte zu diesem uferlosen Komplex in diesen ersten Bemerkungen, die unser Problemfeld umreißen sollen, bewußt nichts sagen. Denn das Wagnis, sich zu diesem Thema zu äußern, ist ja nicht nur und nicht einmal in erster Linie eine Frage des persönlichen Kunstverständes und damit eine Frage individueller Potenz; es ist vielmehr und vor allem eine Frage staatsrechtlicher Kompetenz. Ich habe ja hier den Auftrag, unser Tagungsthema aus der Perspektive des Staatsrechts zu beleuchten, und da empfiehlt sich von vornherein – auch ohne daß wir schon Genaueres über die Kunstfreiheitsgarantie der Verfassung wüßten – Zurückhaltung mit Bezug auf alle Versuche des Staates und des Rechts (und damit auch des Staatsrechts), die Situation, den Begriff oder gar das „Wesen“ der Kunst zu umschreiben und zu bestimmen.

## II.

Der Einwand gegen solche Zurückhaltung liegt nahe: Wenn das Grundgesetz in Art. 5 Abs. 3 spartanisch knapp und scheinbar apodiktisch klar verkündet: „Kunst ist frei“ („Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei“), so muß man doch wissen, wem oder für was da grundrechtliche Freiheit verheißen wird. „Denn Kunst“ – so hat

Adolf Arndt seinerzeit diesen Einwand auf eine knappe Formel gebracht<sup>14</sup> – „die sich nicht bestimmen ließe, könnte auch nicht geschützt werden.“

Wie also steht es mit dem verfassungsrechtlichen Begriff der Kunst?

Ich kann nun in diesem Punkt (wie übrigens auch später) nicht auf verfassungsrechtliche Details eingehen. Damit nähme ich keine Rücksicht auf die nichtjuristische Hälfte dieses Auditoriums. Und ich würde damit auch dem erklärten Ziel dieser Bitburger Gespräche zuwiderhandeln, Kunst und Recht, Künstler und Juristen aus den gegenseitigen Sprach- und Verständnisschwierigkeiten ein wenig herauszubringen und sie in ein gegenseitiges Gespräch hineinzubringen. Deshalb beschränke ich mich auf die (verfassungs-)rechtlichen Grundlinien und Schwerpunkte.

Kein Detail, sondern ein Punkt von Gewicht und Folgen ist nun aber der zweite Grund, der die Juristen veranlaßt, sich auf die Suche nach einem für das Verfassungsrecht brauchbaren Begriff der Kunst zu machen:

Artikel 5 des Grundgesetzes gliedert sich in drei Absätze. Absatz 1 garantiert als Grundrechte die Meinungsfreiheit, die Informationsfreiheit, die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film; er enthält weiter das Verbot der Zensur.

Absatz 2 weist nun mit dem Finger nach oben auf Absatz 1 und erklärt, daß „diese Rechte“, also die eben zitierten Freiheitsrechte des Absatzes 1, ihre Schranken finden in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.

Erst dann, in Absatz 3, garantiert Artikel 5 die Freiheit der Kunst (im Verbund mit der Freiheit der Wissenschaft, Forschung und Lehre). Dabei ist bemerkenswert, daß dieser Absatz 3 keine (dem Absatz 2 vergleichbare) Schrankenklausele enthält<sup>15</sup>.

Aus diesem Befund haben insbesondere auch das Bundesverwaltungsgericht<sup>16</sup> und das Bundesverfassungsgericht<sup>17</sup> einen folgenreichen Schluß gezogen. Natürlich sind sie nicht so weit gegangen, zu behaupten, die Verfassung gewährleiste die Kunstfreiheit als absolut schrankenloses Recht. Die Parole „Kunst darf alles“ blieb die Auffassung eines Einzelgängers (übrigens keines juristischen Professors, sondern eines Generalstaatsanwaltes!)<sup>18</sup>. Sie zu äußern, verlangte schon eine Portion intellektueller Verwegenheit und also eine Eigenschaft, die unseren Richtern glücklicherweise noch abgeht. Aber der von den Gerichten und den weitaus meisten Stimmen in der Literatur gezogene Schluß blieb folgenreich genug. Aus der Tatsache, daß die Schrankenklausele des Absatzes 2 sich auf die Freiheitsrechte des Absatzes 1 (also auf die *Meinungsfreiheit* etc.) bezieht, wird gefolgert, die *Kunstfreiheit* des Absatzes 3 unterliege *nicht* den (in Absatz 2 genannten) Schranken, also nicht den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, nicht den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und nicht dem Recht der persönlichen Ehre, sondern allenfalls einer – um im Bilde zu bleiben – niedrigeren Schranke im Vergleich mit der Meinungsfreiheit.

Ich halte diesen Schluß – auch nach der „Mephisto“-Entscheidung des Bundesverfas-

<sup>14</sup> Adolf Arndt, Die Kunst im Recht (Art. 5 III GG), NJW 1966, 26 ff., 28; wieder abgedruckt in: ders., Gesammelte juristische Schriften, hrsg. von Ernst-Wolfgang Böckenförde und Walter Lewald, 1976, S. 433 ff, 437.

<sup>15</sup> Die sogenannte Treueklausele für die Lehrfreiheit in Art. 5 Abs. 3 S. 2 GG wird natürlich nicht übersehen.

<sup>16</sup> BVerwGE 1, 303 (305–307 – „Sünderin“-Urteil –.

<sup>17</sup> BVerfGE 30, 173 (191 f.) – „Mephisto“ –.

<sup>18</sup> Nachweise bei Knies, Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, 1967, S. 25 in Note 10.

sungsgerichts und bei allem Respekt vor ihr – weder logisch noch exegetisch für zwingend; im Gegenteil<sup>19</sup>. Ich glaube, daß hier zu sehr auf die äußere Gliederung der Fassade des Art. 5 GG und zu wenig auf den inneren Aufbau, auf Verbindungsgänge und Trennungslinien im inneren Gefüge der Verfassungsnorm gesehen worden ist. Aber das soll nicht unser Thema sein. Uns sollen die Konsequenzen dieses angeblichen Schrankengefälles zwischen Kunstfreiheit und Meinungs- und Pressefreiheit, dieses Schrankenprivilegs für die Kunstfreiheit, interessieren.

Wegen der niedrigeren Schranke verheißt die Berufung auf die Kunstfreiheitsgarantie nun mehr, größere Freiheit, als sie das Grundrecht der Meinungs- und Pressefreiheit gewähren könnte. Die Kunstfreiheit wird also durch ein Schrankenprivileg im Verhältnis zur Meinungs- und Pressefreiheit (vermeintlich) aufgewertet. Die erfolgreiche Berufung auf die Kunstfreiheitsgarantie verhilft also zu einem im Vergleich mit der Meinungsfreiheit privilegierten Grundrechtsstatus. Das aber nötigt dazu, „Kunst“ und „Meinungsäußerung“ begrifflich zu scheiden.

Es war ein von Anfang an untauglicher Versuch, aus den Erscheinungen der Kunst und damit auch aus dem Begriff der Kunst das Element der „Meinung“, der „Stellungnahme“, der Tendenz auszuschneiden. Denn: „Von Aischylos bis Brecht, von Phidias bis Calder birbt die Kunst von Meinungen“ (Adolf Arndt<sup>20</sup>).

Wenn also politisches Theater und politische Lyrik nicht mit dem Scheidewasser der „Meinungshaltigkeit“ aus dem Phänomen und dem Begriff der „Kunst“ herausgelöst werden konnten und können, so mußte doch ein Kriterium gefunden werden, das eine künstlerische Meinungsäußerung von einer „einfachen“, nicht-künstlerischen Meinungsäußerung abhob und damit zugleich den sachlichen Grund dafür angab, daß die künstlerische Meinungsäußerung am privilegierten Grundrechtsschutz der Kunstfreiheit partizipiert und nicht nur die bescheideneren Früchte der erden- und bürger-nahen allgemeinen Meinungsfreiheit genießen kann. Dieses Kriterium ist – und konnte immanent folgerichtig nur sein – der Gesichtspunkt qualitativer Besonderheit und Höherwertigkeit der Kunst, die eine künstlerische Meinungsäußerung eben in eine meinungshaltige Kunstäußerung verwandelt und damit zugleich in jenen höheren Adelsstand versetzt, welcher der privilegierten Kunstfreiheit teilhaftig wird und nicht nur der „gemeinen“ Meinungs- und Pressefreiheit.

Damit aber sind wir unausweichlich bei der Kunst als einem Qualitätsbegriff, bei einem material-qualitativen Kunstbegriff angelangt. Bei aller Anerkennung der um Offenheit, Weite und Pluralität des Kunstbegriffes bemühten Definitionsanstrengungen: Wer der grundrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie einen – wenn auch noch so weit geöffneten – material-qualitativen Begriff der „Kunst“ unterlegt, ist schließlich zur Unterscheidung von „Kunst“ und „Nichtkunst“ nach einem qualitativen Maßstab genötigt<sup>21</sup>.

Der Nichtjurist und Kritiker Joachim Kaiser hat sehr deutlich – und ich glaube: deutlicher als die meisten Juristen – die Paradoxie und die Gefahr dieses begrifflichen

<sup>19</sup> Meine Gegenposition ist dargestellt und begründet in meinen „Schranken der Kunstfreiheit“, bes. S. 56–77 und 230 ff.

<sup>20</sup> NJW 1966, 28 = Ges. jurist. Schriften (wie N. 14), S. 437.

<sup>21</sup> Das zeigt sich in unverhüllter Deutlichkeit, ja Deftigkeit in der Entscheidung des BVerwG vom 12. 1. 1966 (E 23, 104 ff., 106): „Denn Nichtkunst ist eben keine Kunst, und eines Anhaltspunktes bedarf es nicht für diese Verneinung, vielmehr für die Annahme, daß das GG entgegen seinem Wortlaut die Nichtkunst der Kunst gleichstelle.“ Der Kunstbegriff dürfe nicht dadurch „ausgehöhlt“ werden, daß die Nichtkunst der Kunst gleichgestellt werde.

Ansatzes empfunden: Die Juristen – so meint Joachim Kaiser<sup>22</sup> – sprächen von der Kunst und ihrer Freiheit mit allerhöchstem Respekt, mit größerer „prokünstlerischer Voreingenommenheit, als sie bei Menschen zu beobachten ist, die tagtäglich mit Kunst zu tun haben oder gar selber Künstler sind“. Auf diese Weise entstehe ein „gefährliches Dualismus-Denken: entweder etwas ist ‚Kunst‘, dann . . . – oder etwas ist keine Kunst, dann nicht . . .“

Warum ist dieses „Dualismus-Denken“ gefährlich? Nun: Es sind staatliche Behörden oder staatliche Gerichte, welche die Trennungslinie zwischen Kunst und Nichtkunst nach einem qualitativen Maßstab ziehen, die – ich zitiere aus einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>23</sup> – eine „untere Grenze“ festlegen und z. B. „die unterhalb ihrer liegende anspruchslose Unterhaltungsliteratur ‚ausscheiden‘“ – ausscheiden ja nicht nur aus einem Begriff von Kunst, sondern damit zugleich ausscheiden aus dem Grundrechtsschutz der Kunstfreiheitsgarantie. Das darf ja nicht verkannt werden: Was hier im Gewande einer bloßen Definition und Subsumtion erscheint, erweist sich in Wirklichkeit als ein staatlich-autoritatives Dictum über Kunst und künstlerisches Können. Es ist die Paradoxie dieses aus der Aufwertung der Kunstfreiheit geborenen qualitativen Kunstbegriffs, daß in seinem Gefolge zwangsläufig und unausweichlich ein staatliches Kunstrichtertum steht, das im Namen der Kunstfreiheit ausgeübt wird, das aber der Freiheit der Kunst auf das empfindlichste widerstreitet.

Nicht selten liest man – auch als Jurist – die Zeugnisse eines solchen administrativen oder justitiellen Kunstrichtertums mit Beklemmung und mit einem Gefühl peinlicher Betroffenheit. Etwa dann, wenn ein Oberverwaltungsgericht den „Wahrheitsgehalt“ eines Romans überprüft und aus zwei Aphorismen von Goethe und Thomas Mann die Maximen dichterischer Berufsethik bezieht, an denen ein Autor gemessen und der Pflichtvergessenheit geziehen wird: Weil er „die Forderung an den Künstler, wie sie Thomas Mann formuliert“, „mißachtet“, „macht (er) dadurch(!) sein Werk als Kunstwerk wertlos“ – so lautet das bündige Verdikt<sup>24</sup>.

Oder dann, wenn dem Autor zunächst zwar „schriftstellerisches Talent“ konzidiert, dann aber doch attestiert wird, daß er „sich mit dem Thema übernommen hat“<sup>25</sup>. Oder dann, wenn ein Gericht in dem Pasolini-Film „Salò – Die 120 Tage von Sodom“ „irgendwelche Spuren von Kunst nicht erkennen“ kann<sup>26</sup>.

Kaum anders sind die Gefühle aber auch dann, wenn das kunstrichterliche Votum positiv ausfällt. Dann nämlich, wenn der „Kunstwert“ (wie es so treffend heißt) von Behörden und Gerichten in – wer weiß? – progressiver Aufgeschlossenheit, in modischer oder auch ängstlicher Anpassung schnell und mit gleicher „Kompetenz“ „anerkannt“ wird, wobei sogenannte „Sachverständige“ nützliche Alibi-Dienste leisten.

In dieser Hinsicht, im Blick also auf den Sachverständigen, scheint die „prokünstlerische Voreingenommenheit“ der Juristen übrigens kaum eine Grenze zu kennen. Daß ein Schriftsteller, der selbst von einem „ungeheuerlichen Fall des öffentlichen Mordes durch die Staatsgewalt“ gesprochen hat<sup>27</sup> und daher offenbar als besonders sachver-

<sup>22</sup> Joachim Kaiser, Darf Mephisto nicht erscheinen? Die Begründung des Bundesverfassungsgerichts – literarisch betrachtet, in: SZ Nr. 182 vom 31. 7./1. 8. 1971 (o. Seitenangabe – Wochenendbeilage).

<sup>23</sup> BVerwGE 23, 104 (106).

<sup>24</sup> OVG Münster AS 14, 185 (197) = JZ 1959, 716 (720).

<sup>25</sup> Bundesprüfstelle, Entsch. Nr. 1162 vom 5. 10. 1962 (Vorgänge 1963, 58).

<sup>26</sup> Vgl. Saarbr. Zeitung Nr. 47 vom 25. 2. 1976.

<sup>27</sup> So – nach einem offenen Brief des Verlegers Klaus Wagenbach (vgl. SZ Nr. 10 vom 14. 1. 1975, S. 21) – Heinrich Böll.

ständig gelten kann, in einem Strafverfahren gegen einen anderen Schriftsteller, der wegen des in einem Leserbrief(!) geäußerten und gegen die Berliner Polizei gerichteten Vorwurfs des „Vorbeugemords“ angeklagt ist, als Sachverständiger auftritt mit der gutachterlichen Erklärung, die „Verbalität“, die Wörtlichkeit eines Autors sei eine andere als die der Legislative oder Exekutive<sup>28</sup> – dies könnte man vielleicht noch als eine kameradschaftliche Hilfeleistung unter PEN-Brüdern erklären, werten und damit zugleich auch abtun, wenn nicht ein Gericht sich auf diese Expertise eingelassen und auf sie einen Freispruch gegründet hätte. Da kam denn auch einem Ur- und Erzliberalen<sup>29</sup> zum Thema Kunstfreiheit die zweifelnde Frage, ob denn ein Dichter auch in einem Leserbrief „Mord“ schreiben dürfe, während etwa der Schlossermeister wegen des gleichen Wortes vor den Kadi kommen mag. Kaum vier Wochen später war übrigens unser eben erst mit sachverständiger Hilfe freigesprochener Schriftsteller selbst zum Sachverständigen avanciert: Er gutachtete nun seinerseits hilfreich in einem gleichartigen Verfahren, daß die Vokabel „Mord“ an sich keinen negativen Wert habe. Das Strafverfahren endete auch hier mit einem Sieg des Sachverständigen: Freispruch<sup>30</sup>. Da beginnt man dann doch am „kritischen Geist“ ein wenig zu zweifeln – am kritischen Geist jedenfalls von einigen Richtern<sup>31</sup>.

„Einzelfälle“ wird man die oben erwähnten Beispiele zu beiden Seiten der Medaille nennen. Einzelfälle – gewiß. Aber keine Zufälle, keine zufälligen Unfälle, sondern Konsequenzen der – mehr oder minder geschickten – Handhabung eines materialqualitativen Kunstbegriffes im Gefolge der aufgewerteten Kunstfreiheitsgarantie.

Wer den sonst so selbstsicheren Juristen einmal verlegen-hilflos erleben will, der braucht ihn nur bei der verzweifelten Suche nach dem verfassungsrechtlich maßgebenden Begriff von Kunst zu begleiten. In seiner Ratlosigkeit greift der Jurist – wie ein Ertrinkender nach dem Strohalm – zu jeder sich bietenden definitorischen Hilfe. So kommt es zum Sieg der Brockhaus-Definition von „Kunst“, die lange Zeit unangefochten die verfassungsrechtliche Szene beherrscht hat. Eine verantwortungslose Lexikon-Redaktion hat aber den Juristen diesen rettenden Strohalm inzwischen wieder schnöde entrisen, als sie nämlich in der 17. Auflage des „Großen Brockhaus“ das Stichwort „Kunst“ durchaus abweichend von der Voraufgabe umschrieb<sup>32</sup>. Was nun?

Aber nicht nur Lexika, auch Zitatenschatze wurden juristisch anverwandelt, wobei sich Goethe wieder einmal als besonders ergiebig und allseitig verwendungsfähig erwiesen hat.

Der Griff nach der lexikalischen Definition, die Flucht in dichterische Rhetorik, in Tautologien oder in blanke Leerformeln: dies sind die Symptome und Folgen einer

<sup>28</sup> Vgl. SZ Nr. 22 vom 26./27. 1. 1974, S. 6, über das Hamburger Strafverfahren gegen Erich Fried.

<sup>29</sup> Nämlich Ernst Müller-Meinigen jr.; vgl. dessen Beitrag in: SZ Nr. 22 vom 26./27. 1. 1974, S. 4.

<sup>30</sup> Vgl. den Bericht in der FAZ Nr. 47 vom 25. 2. 74, S. 18. Über die Reaktion der Berliner Polizei auf das Urteil: s. SZ Nr. 46 vom 23./24. 2. 1974, S. 12.

<sup>31</sup> So meint N.(ikolas) B.(enckiser), es sei schwer begreiflich, daß ein Jurist eine solche Aufweichung der Begriffe gelten läßt (FAZ Nr. 48 v. 26. 2. 1974, S. 2).

<sup>32</sup> Vgl. das Stichwort „Kunst“ einerseits in der 16. Aufl. des „Großen Brockhaus“, Bd. 6, Sp. 706 („die Gestaltung eines seelisch-geistigen Gehalts durch eine eigenwertige Form nach bestimmten Gesetzen“) und andererseits in der 17. Aufl., der „Brockhaus-Enzyklopädie“, Bd. 10 (1970), S. 756 („schöpferisch-gestaltende Tätigkeit, die sich durch Bearbeitung innerer und äußerer Erfahrungsinhalte mit der Welt auseinandersetzt und auf Wertsetzung im Kunstwerk und Werterlebnis des Betrachters abzielt“).

methodologischen Absence, die ich in ihrem – teilweise schon grotesken – Detail hier nicht weiter verfolgen und referieren kann<sup>33</sup>.

Das Bundesverfassungsgericht greift bei seinem Versuch einer Bestimmung des verfassungsrechtlichen Begriffs der Kunst höher, sehr hoch: Es rekurriert auf das „Wesen der Kunst“. Im „Mephisto“-Beschluss<sup>34</sup> hat es erklärt, der Lebensbereich „Kunst“ sei durch die vom Wesen der Kunst geprägten, ihr allein eigenen Strukturmerkmale zu bestimmen. Von ihnen habe die Auslegung des Kunstbegriffes der Verfassung auszugehen.

Von diesem Ausgangspunkt her will das Bundesverfassungsgericht „das Wesentliche der künstlerischen Betätigung“ in der „freie(n) schöpferische(n) Gestaltung“ erkennen, „in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden. Alle künstlerische Tätigkeit ist ein Ineinander von bewußten und unbewußten Vorgängen, die rational nicht aufzulösen sind. Beim künstlerischen Schaffen wirken Intuition, Phantasie und Kunstverstand zusammen; es ist primär nicht Mitteilung, sondern Ausdruck, und zwar unmittelbarster Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers.“

Joachim Kaiser<sup>35</sup> hat zu dieser Umschreibung des Bundesverfassungsgerichts respektvoll-anerkannt gemeint, sie sei „behutsam und souverän formuliert“; er hat jedoch sogleich hinzugefügt, sie – die Umschreibung – sei „aber gültig, doch nur als Credo expressiver Ausdruckskunst, also indirekt wirkender Kunst. Daß ein direkter Informationswert, ein wohlbedachter Propagandaeffekt, eine Tendenz und ein Ziel sich sehr wohl mit Kunst vertragen können . . ., das bleibt außerhalb dieser Definition.“ In der Tat: Nicht nur und nicht erst Klaus Staeck mit seinen politisch agitierenden Montagen wird sich und sein Werk in der Umschreibung des Bundesverfassungsgerichts nicht oder nicht vollständig wiederfinden; auch und schon das Athenische Festspieltheater<sup>36</sup> würde aus ihr herausfallen. Wenig Platz wäre gleichermaßen auch für weite Bereiche der mittelalterlichen Kunst und für die Produkte der Pop-Art, weil für beide Originalität und damit der Ausdruck der individuellen Künstlerpersönlichkeit im Werk keinen eigenen Wert, kein Ziel bildet, man denke einen Augenblick einmal gleichzeitig an die anonyme mittelalterliche Skulptur und an Andy Warhols Konservendosen-Bilder<sup>37</sup>. Wer schließlich gar mit Arnold Hauser etwa behauptet, „daß die Kunst nie bloß darstellen, sondern immer zugleich überreden will“, daß die Kunst „nie lediglich Ausdruck, sondern immer auch Ansprache“ sei, der widerspricht nicht allein der These des Bundesverfassungsgerichts, daß das künstlerische Schaffen primär nicht Mitteilung, sondern Ausdruck ist. Er hat vielmehr und zugleich eine andere Vorstellung vom Wesen der Kunst, indem er davon ausgeht, daß „das Rhetorische eines ihrer Wesenselemente“ ist<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> Wegen der Einzelheiten und der Nachweise darf ich auf meine „Schranken der Kunstfreiheit“, Kapitel 3 (S. 128 ff.), verweisen.

<sup>34</sup> BVerfGE 30, 173 (188 f.).

<sup>35</sup> A. a. O. (N. 22).

<sup>36</sup> Über seinen Charakter als wichtiges „Propagandamittel der Polis“ sowie über die Geschichte der (literarischen) Tendenz-Kunst: Arnold Hauser, Soziologie der Kunst (1974), S. 236 f.

<sup>37</sup> Zur Pop-Art weist Hauser (wie N. 36. S. 694 f.) auf die „entpersönlichte Manier der Ausdrucksweise, die Neutralisierung der ‚Handschrift‘, die Nachahmung der industriellen Produktionsmethoden, die Darstellung der aus zweiter Hand gewonnenen Erlebnisse, die Flächigkeit und Substanzlosigkeit der dargestellten Gegenstände“ hin.

<sup>38</sup> Hauser a. a. O. (wie N. 36).

Zweifel sind also erlaubt, ja geboten, ob das Bundesverfassungsgericht mit seiner Definition, mit seiner Umschreibung das „Wesen“ der Kunst eingefangen hat oder ob es in Wirklichkeit nicht nur – wie andere vor ihm auch – einen sachlich und historisch *relativen* Kunstbegriff formuliert hat und ihn mit dem ontologischen Königsmantel des „Wesenhaften“ ziert. Genauere Analyse würde – so meine ich – sehr konkrete kunst- und ideengeschichtliche Bezüge auch dieser Formel ergeben. Auf diese Analyse müssen wir hier ebenso verzichten wie auf das reizvolle Gedankenspiel, das Netz des bundesverfassungsgerichtlichen Kunstbegriffes und Kunstverständnisses einmal über die Exponate und Aktionen der vorjährigen Kasseler *documenta* zu werfen, um dann zu sehen, was in den Maschen bleibt, vor allem aber, was durch die Maschen fällt. Nicht erst angesichts einer Kunstszene, die durch Stichworte wie Antikunst, Kunst der Kunstlosigkeit, die durch den Versuch einer Auflösung der Grenzen zwischen Kunst und Nichtkunst, zwischen Künstler und Publikum gekennzeichnet ist – nicht erst angesichts einer solchen aktuellen Kunstszene, sondern schon im Blick auf die Vielzahl und den Wandel der Auffassungen, Erscheinungen und Funktionen der Kunst in der Geschichte scheint es mir ein riskantes Wagnis zu sein, von dem „Wesen“ der Kunst, also einem Wesen eines Phänomens auszugehen und zu sprechen.

Von solchen skeptischen Vorbehalten ganz abgesehen, wird man von der bundesverfassungsgerichtlichen Formel sagen müssen, daß sie einen „operationalisierbaren“ Rechtsbegriff von Kunst schwerlich abgibt, daß man also mit dieser Formel juristisch-praktisch nur sehr begrenzt arbeiten kann. Es scheint mir keineswegs ein Zufall zu sein, daß das Bundesverfassungsgericht in dem Streitfall, in dem es seine Kunst-Definition entwickelt hat, das Streitobjekt – nämlich den „Mephisto“-Roman von Klaus Mann – gar nicht am Maßstab seiner eigenen Begriffsbestimmung gemessen hat. Es hat vielmehr das positive künstlerische Qualitäts-Urteil der Instanzgerichte akzeptiert und gebilligt („mit Recht“) und dessen „Übereinstimmung . . . mit dem Urteil aller kompetenten Sachverständigen“ hervorgehoben.

Da ist er wieder – der Sachverständige in Kunstfragen. Von ihm erwartet besonders die Justiz die befreiende Erklärung, ob ein Werk, ein Verhalten „Kunst“ sei, ob ihm „Kunstwert“ zukomme und ob es also den sogenannten Kunstvorbehalt des Grundgesetzes für sich in Anspruch nehmen könne.

Das Prinzipielle dieses Vorganges wäre durchaus verkannt, wenn man in der Heranziehung von Sachverständigen in Kunstfragen nur einen Akt juristischer Selbstbeurteilung sehen wollte. In Wirklichkeit soll die künstlerische Bewertung des Sachverständigen das Fehlen eines verfassungsrechtlichen Kunstbegriffes auf seiten des Gerichts und jedenfalls den Mangel seiner genügend dichten inhaltlichen Formulierung ausgleichen. Das Vertrauen in die Urteilsfähigkeit des Sachverständigen tritt an die Stelle begrifflicher Sicherheit und Gewißheit. Das Kunst(wert)-Urteil des Sachverständigen wird zum punktuellen Ersatz eines grundrechtlichen Kunstbegriffes. Damit wird der Sachverständige vom Helfer des Richters im buchstäblichen Sinne zur entscheidenden Instanz. Weil ihm ein inhaltlich geklärter sachhaltiger grundrechtlicher Kunstbegriff nicht vorgegeben ist, entscheidet er – der Sachverständige – mit seiner konkreten Bewertung eines Werkes zugleich auch weitgehend über die Frage, welche Elemente den grundrechtlichen Kunstbegriff inhaltlich konstituieren.

Das Aufatmen in Kunstprozessen, wenn ein sogenannter Sachverständiger einem streitbefangenen Objekt den „Kunstwert“ schließlich attestiert hatte, ist manchmal förmlich zu hören gewesen. Aber wer kann sich darüber eigentlich wundern, und wer

darf sich gar darüber empören? Hätte es ein Gericht etwa wagen können, den Kunstcharakter, den „Kunstwert“ des „Mephisto“ ernstlich in Zweifel zu ziehen, ohne sofort eine publizistische Kampagne mit bösen Soupçons zu provozieren? Solche Zweifel zu äußern darf sich wohl nur ein Feuilleton-Chef von Rang, vor allem aber auch vom Einfluß Joachim Kaisers ungestraft zutrauen. Ich zitiere ihn noch einmal<sup>39</sup>.

„Mephisto‘, also als Sprachkunstwerk verstanden, in dem Wirklichkeitspartikel zu einer neuen Realität zusammenschließen . . . Ehrlich gesagt: Ich glaube das nicht. Ich glaube nur, daß das in vielen Kritiken und vor allem Gutachten stand, wo kameradschaftliche Literaten ein juristisch angefochtenes Buch heraushauen wollten, indem sie es zur ‚Kunst‘ deklarierten. (So wurden ja auch unentwegt hübsche harmlose Unzuchtbücher zwischen ‚Fanny Hill‘ und der ‚Mutzenbacherin‘ von netten Kollegen als echt künstlerische, zeitgeschichtlich unschätzbare Dokumente hochstilisiert, nur damit sie nicht eines sehr anfechtbaren Paragraphen wegen verboten werden konnten.)“

Aber auch das nicht kollegialiter-gefälligkeitshalber erstattete Gutachten muß die Hoffnung auf ein objektives Kunsturteil des Sachverständigen enttäuschen. Dies nicht nur nach der Selbsteinschätzung und dem Selbstverständnis der im literatur- und kunstkritischen Geschäft Tätigen. Die Subjektivität der Urteile belegen die Literaturteile schon zweier Zeitungen; und ein Blick in die Geschichte künstlerischer Fehlurteile – des Mißverstehens und Verkennens künstlerischer Leistungen ebensowohl wie der Überschätzung kunstloser Produkte – lehrt uns, daß diese Geschichte weitgehend eine Geschichte der Fehlurteile von Sachverständigen ist und nicht von verständnislosen oder böswilligen Kunstignoranten. Die Subjektivität des künstlerischen Werturteils und die Schwierigkeiten, die sich der Definition eines qualitativen Kunstbegriffes entgegenstellen, sie haben die nämliche Ursache: das Fehlen verbindlicher künstlerischer Bewertungsgrundlagen und Bewertungsmaßstäbe.

Eines muß ich wohl deutlich noch hervorheben: Ich polemisiere hier nicht etwa generell gegen die Tätigkeit von Kunstsachverständigen und gegen den unvermeidbar subjektiven Gehalt in ihren künstlerischen Bewertungen. Meine Einwände richten sich vielmehr gegen eine juristische Doktrin, welche die Inanspruchnahme des Grundrechts der Kunstfreiheit von einer staatlich-autoritativen Unterscheidung von Kunst und Nichtkunst nach einem qualitativen Maßstab abhängig macht, von einer künstlerischen Bewertung also. Daß in diesem Zusammenhang der Kunstsachverständige herangezogen wird, daß also von seiner künstlerischen Bewertung abhängt, ob ein Bürger sich mit Erfolg auf das Grundrecht der Kunstfreiheit berufen kann – diese Rolle des Kunstsachverständigen und nur diese findet meine Kritik.

Lassen Sie mich noch einmal folgenden Punkt in Erinnerung rufen: Die Schwierigkeiten und Aporien, in die ein qualitativer Kunstbegriff im Rahmen des Art. 5 Abs. 3 GG führt, sind Folgen einer Aufwertung der Kunstfreiheit, sind Folgen des ihr von der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre eingeräumten Schrankenprivilegs im Verhältnis zur Meinungs- und Pressefreiheit.

Dieses Schrankenprivileg bedeutet nun folgendes: Wer sich auf die Kunstfreiheit berufen kann (und nicht nur auf die Meinungs- und Pressefreiheit), genießt mehr, genießt größere grundrechtlich geschützte Freiheit. Denn sein grundrechtlich geschützter Freiheitsgebrauch stößt erst später als beim Grundrecht der Meinungs-

<sup>39</sup> A. a. O. (N. 22).

freiheit auf rechtliche Grenzen. Das Ausmaß rechtlichen Dürfens ist also bei der Kunstfreiheit größer – immer verglichen mit der Meinungs- und Pressefreiheit.

Praktische Konsequenzen äußert die Doktrin vom Schrankenprivileg der Kunstfreiheit nicht zuletzt im Bereich der politisch engagierten Kunst. Die politisch engagierte Kunst wird von ihren Urhebern verstanden und gehandhabt als ein Instrument der politischen Auseinandersetzung und Meinungsbildung, ja als ein Mittel des politischen Kampfes. Hier führt die Aufwertung der Kunstfreiheit zur grundrechtlichen Bevorzugung des mit künstlerischen Formen und Mitteln politisch Operierenden.

Aber kann das, darf das wirklich sein? Kann es auf dem Felde der politischen Auseinandersetzung ein grundrechtliches Prae für den geben, der sich künstlerischer Mittel bedient? Dürfte sich Erich Fried etwa mit politischer Lyrik auch dann und dort noch unter sicherem grundrechtlichem Schutz wissen, wenn und wo der schmucklos schreibende politische Pamphletist längst eine Begegnung mit Staatsanwalt oder Privatkläger gehabt hätte? Ist für Klaus Staeck der Raum rechtlichen Dürfens, das Maß des rechtlich Erlaubten und grundrechtlich Geschützten nur deshalb größer, weil er – Staeck – eine oft schonungslose politische Agitation nicht kunstlos-verbal betreibt, sondern dazu das Mittel der Montage verwendet?

Ich halte dies alles – offen gesagt – für unhaltbar. In der politischen Auseinandersetzung, im Wettbewerb und im Kampf der politischen Meinungen kann es keinen grundrechtlichen Kunst- und Künstlerbonus geben. Und nicht nur in der politischen Auseinandersetzung, auch im übrigen verleiht die Kunstfreiheitsgarantie keinen privilegierten Status. Sie ist eben kein Kunst„vorbehalt“, kein „Kunstprivileg“. Diese falschen Termini reflektieren und evozieren falsche Vorstellungen. Sie ist eine Freiheitsgarantie und keine „Kunstschutzgarantie“. Art. 5 Abs. 3 GG schützt nicht die Kunst (im Gegensatz zur Nicht-Kunst); er schützt vielmehr die Freiheit auf dem Gebiet der Kunst. Die Verfassungsnorm ist nicht auf den kulturellen Wert der Kunst zentriert, sondern auf die Freiheitlichkeit des kulturellen Lebensbereiches „Kunst“. Deshalb darf der grundrechtliche Kunstbegriff nicht material-qualitativ aufgefüllt werden, sondern muß er technisch-formal gefaßt werden; deshalb darf auch nicht das Maß der grundrechtlichen Freiheit nach dem Maß der künstlerischen Qualität differenziert werden. Und weil gleiche Freiheit auch heißt: Gleichheit in der Freiheitsbeschränkung, so kann es auch keine Differenzierung der Grundrechtsschranken nach dem Maß der künstlerischen Qualität geben und also kein Schrankenprivileg für „Kunst“ in einem qualitativen Sinne. Deshalb halte ich auch den Kunstvorbehalt in § 88a Abs. 3 des Strafgesetzbuches nicht für verfassungsgeboten, sondern im Gegenteil für das Ergebnis eines Denkens, das die Kunstfreiheitsgarantie als ein strafrechtliches Kunst- und Künstlerprivileg mißdeutet. Wenn es sich wirklich als notwendig erwiesen hat, die staats- und verfassungsgefährdende Befürwortung bestimmter Gewalttaten unter Strafe zu stellen, so kann diese Handlung ja wohl nicht dann und deshalb sozialadäquat, also rechtmäßig und straffrei sein, wenn und weil sie (auch) „der Kunst dient“ – so aber unser Strafgesetz.

Ich habe vor gut zehn Jahren die Meinung vertreten, daß auch die Kunstfreiheit den gleichen Schranken unterliege wie die Meinungs- und Pressefreiheit, und ich habe dazutun versucht, daß dieses egalitäre Unterworfenensein unter die Schranken, die für andere Grundrechte des geistigen Ausdrucks und Austausches gelten, der Kunst nicht zum Schaden gereicht. Ich bin mit dieser Überzeugung weitgehend Einzelgänger geblieben, und ich will für sie auch jetzt keine Proselyten zu machen versuchen, obwohl gerade dieses Auditorium sehr dazu verlocken könnte. Aber Sie werden

sicher erlauben, daß ich noch einen Gewährsmann zitiere, der einer kunstfeindlichen Voreingenommenheit gewiß ebenso unverdächtig ist wie mangelnden Gefühls für literarische Freiheit. Ich zitiere eine Stelle aus Manès Sperbers Rede zur Eröffnung der Buchmesse 1977, eine Stelle, die in der Berichterstattung über diese Rede bemerkenswerterweise nahezu untergegangen ist<sup>40</sup>:

„Die in der parlamentarischen, pluralistischen Demokratie von der Verfassung verbürgten Menschenrechte gewähren jedem einzelnen die Freiheit des Glaubens und des Meinens, das Recht zu denken, wie er es versteht, zum Beispiel anders als die Regierung oder die Mehrheit seiner Mitbürger. Er ist frei, Zustimmung und Gegnerschaft öffentlich zum Ausdruck zu bringen. Diese Freiheiten genügen dem Schriftsteller vollauf; er braucht keine Privilegien, nichts rechtfertigt . . . die Forderung, daß ihm etwas erlaubt werde, was das Gesetz anderen untersagt.“

### III

Mit der Frage nach dem Verhältnis von Kunst und Recht im Bereich der öffentlichen Kunstpflege und Kunstförderung betreten wir ein besonders schwieriges und von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft nur wenig erhelltes Gelände. Auch das Grundgesetz selbst läßt uns hier im Stich: Es schweigt zu diesem Thema. Anders noch die Weimarer Reichsverfassung aus dem Jahre 1919: Sie statuierte im Anschluß an die Garantie der Freiheit von Kunst und Wissenschaft und im Verbund mit ihr eine kulturstaatliche Selbstverpflichtung des Gemeinwesens: „Der Staat gewährt ihnen (also: Kunst und Wissenschaft) Schutz und nimmt an ihrer Pflege teil“ – so hieß es damals in Satz 2 des Art. 142 der Weimarer Reichsverfassung. Damit war jedenfalls klargestellt, daß Kulturvorsorge und eine positive, eine aktive staatliche Kunstpolitik auch in verfassungsrechtlicher Sicht legitime Aufgaben und legitime Betätigungen des modernen Staates sind.

Bedeutet nun das Schweigen des Grundgesetzes zu unserem Thema den Rückfall in ein radikales Trennungdenken frühliberaler Prägung? Bedeutet es Abwendung, ja Trennung und Distanzierung – des Staates von Kunst und Kultur?

Natürlich bedeutet es das alles nicht. Die Enthaltensamkeit des Grundgesetzgebers hat sehr viel einfachere Gründe, insbesondere den, daß nach seiner eigenen Kompetenzverteilungsordnung die Kulturhoheit prinzipiell Ländersache ist. Der Verzicht auf eine ausdrückliche kulturstaatliche Verpflichtungserklärung im Grundgesetz war auch deshalb unbedenklich, weil die schon vor ihm erlassenen Landesverfassungen sich fast ausnahmslos zu kulturellen Schutz- und Förderungspflichten des Staates bekennen; spätere Landesverfassungen sind ihnen darin gefolgt. Das Verfassungsbild eines föderativen Staatsgebildes wie der Bundesrepublik Deutschland erhält seine prägenden Züge ja nicht allein aus der Verfassung des Bundes, sondern auch aus den Verfassungen der Länder. Es ist also richtig, trotz des Fehlens einer entsprechenden Staatszielbestimmung im Grundgesetz von der Bundesrepublik Deutschland als einem Kulturstaat zu sprechen.

Es braucht daher gar nicht das juristische Kunststück, aus der Kunstfreiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 GG, also aus den drei Worten „Kunst ist frei“, auch die Verpflich-

<sup>40</sup> Weder die FAZ, die ausführlich die Rede Sperbers referierte (vgl. H. S., Die Bücher und die Freiheit, FAZ Nr. 237 vom 12. 10. 1977, S. 25), noch die SZ, die einen großen Auszug aus der Rede Sperbers brachte („Alle Schöpfung ist abgerungene Freiheit“, SZ Nr. 235 vom 12. 10. 1977, S. 33), haben die hier zitierte Stelle erwähnt; lediglich „Die Welt“ hielt sie für erwähnenswert: vgl. Alfred Starkmann, „Autoren brauchen keine Privilegien“ („Die Welt“ Nr. 238 vom 12. 10. 1977, S. 23). Ich zitiere nach dem vollständigen Abdruck der Rede im „Börsenblatt“ Nr. 82 vom 14. 10. 1977, S. 8 ff. (9).

tung des Staates zum Schutz und zur positiven Pflege der Kunst herauslesen zu wollen und auf diese Weise den vom Verfassungsgeber bedacht weggelassenen kulturstaatlichen „Nachsatz“ zur Kunstfreiheitsgarantie doch wieder in das Grundgesetz hineinzubringen, wie das jüngst wieder in einer Kommentierung zu Art. 5 Abs. 3 des Grundgesetzes geschehen ist<sup>41</sup>. – Ich gestehe offen, daß ich diesen Gedanken auch dort nicht nachvollziehen kann, wo auf seine Begründung nicht von vornherein verzichtet wird<sup>42</sup>. Die Behauptung, die Garantie der Kunstfreiheit in Art. 5 Abs. 3 gewährleiste als objektive Wertentscheidung (auch) die Pflege und Förderung der Kunst als Teil der grundgesetzlichen Kulturverfassung<sup>43</sup> – dies ist eine beweisbedürftige These und nicht etwa bereits der Beweis dieser These.

Wenn man in Art. 5 Abs. 3 GG eine „Wertentscheidung“ sehen will und kann, so ist es allein die Wertentscheidung der Verfassung für die *Freiheit* der Kunst, nicht aber zugleich eine Wertentscheidung für die staatliche Pflege und Förderung der Kunst<sup>44</sup>. Art. 5 Abs. 3 GG ist auch keine „Sachbereichsgarantie“ (Martin Heckel<sup>45</sup>), sondern eine Freiheitsgarantie für den Sach- und Lebensbereich Kunst. Er garantiert nicht die Kunst; er garantiert nicht, daß Kunst entsteht und existiert; er garantiert vielmehr einen Raum der Freiheit, in dem Kunst entstehen kann – oder auch nicht.

Jeder Versuch, der Kunstfreiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 GG durch kühne interpretatorische Operationen zusätzliche kulturstaatliche Bedeutungsgehalte einzupflanzen – ein jeder solcher Versuch läuft Gefahr, den freiheitsrechtlichen Gehalt der Garantie zu verdunkeln und zu verkürzen. Wer die Kunstfreiheitsgarantie zugleich auch als kulturstaatliche Verpflichtungsnorm liest, leistet weiter dem Mißverständnis Vorschub, als sei die staatliche Kunstpflege und Kunstförderung nur ein Unterfall, nur eine Bedeutungsschicht, nur eine Emanation des Kunstfreiheitsgedankens. Er verkürzt damit die selbständige Bedeutung des kulturstaatlichen Prinzips ebenso, wie er die durchaus andere Funktion und Wirkung der Kunstfreiheitsgarantie im Bereich staatlicher Kunstpflege und Kunstförderung zudeckt. Er leistet schließlich einem vorschnellen Harmoniedenken Vorschub, während in Wirklichkeit das Verhältnis von individueller Kunstfreiheit und kulturstaatlicher Pflege und Förderung der Kunst keineswegs spannungsfrei ist und spannungsfrei sein kann.

Das Verhältnis des Staates zur Kunst als einem kulturellen Lebensbereich ist also durch zwei Prinzipien bestimmt, die durchaus selbständig sind, aber natürlich nicht beziehungslos nebeneinanderstehen: Es ist – einmal – das Prinzip der Freiheit der Kunst. Und es ist – zum zweiten – das Prinzip der kulturstaatlichen Verantwortung des Staates (auch) für die Kunst.

<sup>41</sup> Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz. Kommentar (Stand: Mai 1977), Art. 5 III GG RdNr. 5–9, 16, 21. 41.

<sup>42</sup> Ich vermag also auch Martin Heckel nicht zu folgen, in dessen „Staat – Kirche – Kunst“ (1968) sich der wohl gewichtigste Begründungsversuch für diese These findet (bes. S. 90 ff).

<sup>43</sup> So Scholz a. a. O. (N. 41).

<sup>44</sup> Dem „Schallplatten“-Urteil des BVerfG (E 36, 321 ff., 331) kann ich daher insoweit zustimmen, als es Art. 5 III GG eine „objektive Wertentscheidung für die Freiheit der Kunst“ entnimmt. Dagegen kann ich dem Urteil nicht mehr im vollen Umfange folgen, wenn es hieraus folgert: „Als objektive Wertentscheidung für die Freiheit (!) der Kunst stellt sie (scil.: die Verfassungsnorm des Art. 5 Abs. 3 GG) dem modernen Staat, der sich im Sinne einer Staatszielbestimmung auch als Kulturstaat versteht, zugleich die Aufgabe, ein freiheitliches Kunstleben zu erhalten und zu fördern.“ Die Freiheitlichkeit des Kunstlebens zu erhalten und zu fördern – dies und dies allein kann aus der Freiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 GG als staatliche Aufgabe gefolgert werden. Die staatliche Aufgabe, das Kunstleben (auch ein freiheitliches Kunstleben) als solches zu fördern und zu erhalten, erwächst dagegen nicht aus der Freiheitsgarantie, sondern allein aus den kulturstaatlichen Verpflichtungen des Staates. – Kritisch auch Lerche AfP 1974, 593 (597).

<sup>45</sup> A. o. O. (N. 42), S. 71 ff.

In großer Abstraktionshöhe und mit Hilfe dialektischer Formeln lassen sich beide Prinzipien durchaus vereinen und versöhnen. Wer allerdings Jurisprudenz noch immer als eine praktische, also auf die Praxis bezogene und ihr dienende Wissenschaft versteht, wird darin keinen übermäßigen Gewinn sehen, und er wird sich auch nicht mit der Rede vom „Spannungsverhältnis“, das ausgehalten, nicht gelöst werden will, begnügen wollen. Daß es hier aber keine kantenreinen „Lösungen“ und keine glatt aufgehenden juristischen Rechnungen gibt – darüber sollten wir uns von vornherein im klaren sein.

Im Grundsätzlichen ist einiges immerhin klar. Ich hebe zwei Punkte hervor:

1. Die Beteiligung der öffentlichen Hände an Schutz, Pflege und Förderung der Kunst ist nicht nur legitim. Sie ist vielmehr eine kulturstaatliche Aufgabe, eine kulturstaatliche Verpflichtung des Staates.

Es steht also nicht im politischen Ermessen der Gemeinwesen, es ist vielmehr die verfassungsrechtliche Pflicht aller öffentlichen Hände – des Bundes, der Länder und der Gemeinden –, sich nach Maßgabe der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung an der Pflege und Förderung der Kunst zu beteiligen. Wenn es um Schutz, Pflege und Förderung der Kunst geht, so ist die Rolle des Staates eben eine ganz andere als die eines privaten Mäzens, der nach Willkür und Gutdünken, selbstlos oder eigensüchtig, Künstler und Kunst pflegt, fördert, unterstützt und der sich dazu allenfalls moralisch verpflichtet weiß, nicht aber rechtlich. Für die öffentlichen Hände ist die Beteiligung an der Pflege und Förderung der Künste Rechtspflicht, Verfassungsrechtspflicht. Und weil dem so ist, sollte die Wendung vom staatlichen, vom öffentlichen „Mäzenatentum“ am besten unterbleiben, weil sie nur fehlerhafte Vorstellungen von der Rolle des Staates hervorzurufen oder am Leben zu halten geeignet ist. Kunst ist für ein Gemeinwesen, das sich verfassungsrechtlich als Kulturstaat versteht, eben keine luxuriöse Zutat, kein im Ernstfall überflüssiger Zierat.

2. Der Staat darf auch seine finanzielle Macht nicht dazu verwenden, genauer: nicht dazu mißbrauchen, durch einseitige Förderung bestimmte künstlerische Richtungen, Stile, Schulen aus dem Kunstleben zu verdrängen oder aber auch einseitig zu etablieren. Anderenfalls würde man dem Staat gestatten, mit dem Instrumentarium der Kunstpflege und Kunstförderung das zu betreiben und das zu bewirken, was ihm mit seinem traditionellen Eingriffsinstrumentarium – also mit Gebot, Verbot und Erlaubnis – zu tun und zu bewirken die Kunstfreiheitsgarantie verbietet: sich nämlich zum dirigierenden Herrn über die Kunst aufzuwerfen.

Im Bereich der öffentlichen Kunstpflege und Kunstförderung äußert sich die Verfassungsgarantie der Kunstfreiheit dementsprechend vornehmlich als ein Gebot pluraler, pluralistischer Förderung und Pflege. Weitgehende Gewähr für diese Pluralität bieten allein schon die föderale Staatsform und die Ansiedlung der Kulturhoheit bei den Ländern. Es mag wohl sein, daß wir gelegentlich die große nationale kulturelle Anstrengung entbehren oder jedenfalls erschwert und verzögert sehen. Es mag auch sein, daß wir heute kulturelle Hauptstadtfunktionen nirgendwo und sicher nicht in Bonn wahrnehmen, daß wir also die Konzentration, Bündelung und gegenseitige Befehung der kulturellen Aktivitäten und Interessen in und an einem nationalen Zentrum, an einem national auch akzeptierten Zentrum, bisweilen vermissen. Aber auch und gerade hier sollte lebende nationale Kultur nicht mit nationaler Kulturrepräsentation verwechselt werden. Auch hier könnte der Blick über den Zaun uns zu der Einsicht verhelfen, welch verheerende Folgen eine zentralistische Staatsorganisation gerade im Bereich des Kulturellen hat: Die kulturelle Auszehrung und Austrocknung

der Provinz zur „Provinz“ ist der hohe, und ich meine: der zu hohe Preis für die Zentralisierung des kulturellen Reichtums und Glanzes in der Metropole.

Die Kulturhoheit der Länder ist insofern eine Gewähr für Pluralität in der öffentlichen Kulturpflege und -förderung, als durch sie die Zahl der kulturellen Entscheidungsträger und der Finanzierungskompetenzen vervielfacht wird. Was das eine Land in seiner Pflege und Förderung zurückstellt, vergißt, ja vernachlässigt, wird das andere um so nachdrücklicher betreiben. Die Chance, daß viele (auch gegenläufige) künstlerische Strömungen, Schulen, Stile, Richtungen, Individualitäten gepflegt und gefördert werden, die Chance, daß es nicht zu staatlich subventionierten Richtungsmonopolen und öffentlich ausgehaltenen Cliques kommt, diese Chance ist bei einer föderalistischen „Diversifikation“ der Förderungskompetenzen auf die Länder und – nicht zu vergessen – auf die Gemeinden ungleich größer als im Falle der Zusammenballung der kulturellen Entscheidungs- und Finanzierungsmacht bei einem zentralen Träger.

Werfen wir nun einen Blick auf das Instrumentarium der öffentlichen Kunstförderung, so können wir wohl generalisierende und individualisierende Förderungstechniken unterscheiden. (Mischformen sollen natürlich nicht übersehen werden.) Preise und Prämien: Sie gehören zu den individualisierenden Techniken, weil sie an das einzelne Werk, an die Einzelleistung oder auch an die Lebensleistung eines bestimmten Künstlers anknüpfen. Das generalisierende Instrumentarium knüpft dagegen an gattungsspezifische Merkmale an. Es prämiiert nicht ein bestimmtes einzelnes Werk, es fördert vielmehr die Kunstgattung.

Diese generalisierende Förderungstechnik weckt unsere Aufmerksamkeit. Denn von ihr dürfen wir eine besondere Gewähr für die Einhaltung der Neutralität des Staates bei der Kunstförderung und also eine besonders kunstfreiheitliche Kunstförderung durch den Staat erhoffen. Werfen wir daher einen Blick auf das begünstigende Steuergesetz, das für die generalisierende Förderungstechnik typisch ist.

Das steuerliche Mittel der Kunst- und Kulturförderung ist die sogenannte „Verschonungssubvention“, also die kulturpolitisch motivierte und gezielte Subventionierung nicht durch bare Zahlung, sondern durch Verschonung vor allgemeiner steuerlicher Belastung. Hier beginnen die Probleme – wie so oft – mit Zuständigkeitsfragen. Das Grundgesetz hat die Zuständigkeit für die Steuergesetzgebung weitestgehend beim Bund konzentriert (Art. 105 GG), auch hinsichtlich solcher Steuern, deren Ertrag den Ländern und den Gemeinden zufließt. Kulturelle Förderungszuständigkeiten hat der Bund dagegen nur wenige; im wesentlichen gehören sie zur Kulturhoheit der Länder. Diese ihm nicht zukommenden kulturellen Förderungskompetenzen kann der Bund auch nicht über die ihm zustehende Steuergesetzgebungskompetenz gewinnen und ausüben. Versagt nämlich das Grundgesetz dem Bund die Zuständigkeit für kulturelle Förderungsmaßnahmen durch direkte Finanzhilfen, so kann ihm diese Zuständigkeit auch nicht über den Weg indirekter Finanzhilfen in Gestalt steuerlicher Verschonungssubventionen zuwachsen. Durch den Austausch des Finanzierungsinstrumentes kann die fehlende kulturelle Förderungszuständigkeit des Bundes nicht begründet werden<sup>46</sup>.

Praktisch bedeutet dies, daß schon aus Zuständigkeitsgründen die Möglichkeiten des Steuergesetzes relativ gering sind, durch echte Verschonungssubventionen Kunst- und Künstlerhilfe zu betreiben. Aber auch in diesem eingegrenzten Rahmen hören

<sup>46</sup> Vgl. Knies, Steuerzweck und Steuerbegriff (1976), S. 144 f.

damit die Schwierigkeiten dieser generalisierenden Förderungsmethode nicht auf. Ihr größtes Manko ist, was unter dem Aspekt der Neutralität und „Nicht-Identifikation“ des fördernden Staates und also im Blick auf die Kunstfreiheitsgarantie ihr besonderer Vorzug sein soll: die Generalisierung und Schematisierung bei der Auswahl und der Bestimmung der zu fördernden Sachverhalte und Vorgänge. Diese Förderungsmechanik ist von großer Streubreite, aber von geringer kulturpolitischer Zielgenauigkeit. Sie ist weitgehend blind für Unterschiede – soziale und kulturelle. Sie verteilt die Wohltaten gleichermaßen auf Bedürftige und Nichtbedürftige, auf Würdige und Nichtwürdige. Werden „Konzerte“<sup>47</sup> von der Vergnügungssteuer befreit, so profitiert davon nicht nur das – künstlerisch und finanziell umzitterte – Debüt des jungen Solisten, sondern auch die Schlagerparade, bei der finanzieller Aufwand und künstlerischer Ertrag nicht unbedingt direkt proportional sind. Nur das anderentags im Kulturteil der Zeitung gewürdigte Jazz-Konzert bleibt von der steuerlichen Förderung ausgeschlossen, weil es in einer Lokalität veranstaltet wird, in der außer Musik auch Bier und Gulaschsuppe verabreicht werden. Da mag zwar die Gemütlichkeit anfangen, aber das „Konzert“ hört damit auf – im Sinne des Vergnügungssteuerrechts.

Die sachgerechte und willkürfreie Abgrenzung der steuerbaren und der steuerbefreiten Tatbestände ist eine Sisyphusarbeit des Gesetzgebers, die zudem in der natürlichen Gefahr steht, für neue und vielleicht gerade deshalb unterstützungsbedürftige Formen des Kunstlebens nicht offen zu sein, weil sie an traditionelle Formen, Vorstellungen und Begriffe anknüpft. Der Gesetzgeber ist schließlich auch nicht dagegen gefeit, daß sich in seine offen und neutral konzipierten Gattungsbegriffe bei der Gesetzanwendung wieder einengende Typus- und Qualitätsvorstellungen einschleichen. Denn auch die Gesetzesanwender gehen auf Grund ihrer eigenen Kunsterfahrungen vielfach von traditionellen Kunstformen aus und unterlegen diese Vorstellungen den gesetzlichen Begriffen. Auch dafür liefert die Praxis des Vergnügungssteuerrechts die Belege<sup>48</sup>.

Kehren wir zum Allgemeinen zurück! Generalisierende, paritätische Kunstförderung kann nicht das letzte Wort in dieser Frage sein. Kulturpolitisch ist sie sinnlos; sozialpolitisch ist sie ungerecht; in der Praxis ist sie nicht realisierbar und – glücklicherweise – nicht finanzierbar; und schließlich: von der Kunstfreiheitsgarantie wird sie nicht gefordert.

Das allerdings müssen oder müßten diejenigen bezweifeln, die den einzig legitimen Zweck der staatlichen Förderungstätigkeit in der Sicherung und Förderung der Freiheit der Kunst sehen. Kunstförderung als Freiheitsförderung; Förderung nicht der Kunst, sondern der Kunstfreiheit – auf diesen Nenner läßt sich eine keineswegs nur vereinzelt vertretene Auffassung bringen<sup>49</sup>. Hier sehen wir die Folgen einer Doktrin, welche die staatlichen Kunstförderungspflichten in der verfassungsrechtlichen Kunst-

<sup>47</sup> und sonstige musikalische und gesangliche Aufführungen; so z. B. Art. 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. a des Bayer. Vergnügungssteuergesetzes i. d. F. der Bekanntmachung vom 22. 4. 1965 (BayGVBl. 1965, 72).

<sup>48</sup> Vgl. etwa die Rechtsprechung des Bayer. Verwaltungsgerichtshofes zur Frage, ob Beat-Veranstaltungen „musikalische Aufführungen“ sind: BayVGHE n. F. 20, 40 ff. = Kommunale Steuerzeitung 1967, 163 f. (Urt. vom 27. 4. 1967), und BayVGHE n. F. 24, 41 ff. (Urt. vom 17. 2. 1971).

<sup>49</sup> Das ist die Position etwa von Heidemarie Graul, *Künstlerische Urteile im Rahmen der staatlichen Förderungstätigkeit* (1970); Frieder Schäuble, *Rechtsprobleme der staatlichen Kunstförderung*, Diss. iur. Freiburg/Br. (1965); Jürgen Schwarze, *Auswahlentscheidungen bei der staatlichen Kunstförderung und deren richterliche Kontrolle*, AfP 1974, 692 ff.

freiheitsgarantie ansiedelt und die damit Selbständigkeit und Gewicht des Kulturstaatsprinzips und der aus ihm abzuleitenden kulturellen Schutz- und Förderungspflichten verkennt. Ist nicht die Förderung der Kunst, sondern – wie behauptet wird – allein die Förderung der Freiheit der Kunst legitim, so ist es durchaus folgerichtig, dem Staat bei der Kunstförderung qualitative Differenzierungen, künstlerische Bewertungen, die Auswahl nach Qualitäts Gesichtspunkten, mit einem Wort: die künstlerische Qualitätsförderung zu versagen und zu untersagen.

Vor diese letzten Konsequenz werden die Vertreter dieser Lehre glücklicherweise durch die nicht endlos sprudelnden öffentlichen Kassen dann doch noch bewahrt: Weil die öffentlichen Mittel für die Kunstförderung begrenzt seien, sei – so folgert man – eine Auswahl unumgänglich und unvermeidlich. So weit, so richtig. Warum aber diese durch die Knappheit der Ressourcen erzwungene Auswahl des zu Fördernden sich nach einem qualitativen Maßstab vollziehen dürfen – das können uns die Vertreter der Lehre von der Kunstförderung als Kunstfreiheitsförderung nicht plausibel machen.

Aber künstlerische Qualitätsförderung heißt eben nicht: aus der finanziellen Not eine kulturpolitische Tugend machen. Qualitätsförderung wird nur dann verfassungsrechtlich plausibel, wenn sie als eine Aufgabe des Kulturstaates und damit als eine staatliche Kompetenz eigenen Rechts verstanden wird, in deren Ausübung das Prinzip der Kunstfreiheit dirigierend, moderierend und notfalls korrigierend eingreift. Im Ergebnis ganz zu Recht hat daher das Bundesverfassungsgericht<sup>50</sup> ein Gebot paritätischer Förderung, die „gleichmäßig allen Bereichen künstlerischen Schaffens zugute kommen“ müßte, abgelehnt. Damit hat es die staatliche Kunstförderung offengehalten nicht nur für eine Differenzierung nach der wirtschaftlichen Lage einzelner Kunstzweige und der Bedürftigkeit einzelner Künstler; das Gericht hat die öffentliche Kunstförderung damit vor allem auch offengehalten für kulturpolitisch motivierte Differenzierungen<sup>51</sup>. Das Setzen von Akzenten, das Bilden von Schwerpunkten – etwa bei öffentlichen Kunstsammlungen – ist ein kulturpolitisch sinnvolles (und nicht nur durch die Finanzausstattung erzwungenes) Vorgehen der öffentlichen Kunstpflege und Kunstförderung. Diese „Einseitigkeit“ ist nicht kunstfreiheitswidrig. Denn sie erfolgt im Vertrauen auf die Pflege anderer Schwerpunkte anderenorts. Sie will kein Stildiktat und kein Richtungsmonopol etablieren; sie bedeutet keine – gleichheits- und kunstfreiheitswidrige – Diskriminierung der nicht berücksichtigten Stile, Gattungen, Richtungen.

Das aus der Kunstfreiheitsgarantie abgeleitete Verbot der Definition von Kunst und der Differenzierung von Kunst nach einem qualitativen Maßstab<sup>52</sup> gilt nicht für die öffentliche Kunstpflege und Kunstförderung<sup>53</sup>. Es ist die individuelle Kunstfreiheit, die nicht von künstlerisch-qualitativen Wertungen durch die Staatsorgane abhängig gemacht und nach künstlerisch-qualitativen Differenzierungen bemessen werden darf. Alle im Kunstleben Tätigen haben selbstverständlich – so sagt das Bundesverfas-

<sup>50</sup> im „Schallplatten“-Urteil BVerfGE 36, 321 (332). Auch das Bundesverfassungsgericht spricht allerdings von dem „staatlichen Auftrag zur Sicherung der Kunstfreiheit“ (a. a. O. S. 333).

<sup>51</sup> „Bei der Ausgestaltung solcher Maßnahmen hat der Staat vielmehr im Rahmen seiner Kulturpolitik weitgehende Freiheit.“ (BVerfGE 36, 332).

<sup>52</sup> Dazu im einzelnen meine „Schranken der Kunstfreiheit“, S. 217 ff, 224 ff.

<sup>53</sup> Im Grundsätzlichen weitgehend a. A. etwa Graul a. a. O. (N. 49), z. B. S. 66; Schäuble a. a. O. (N. 49), S. 202 ff., 204. – Beide Autoren verlagern das Problem ins Verfahrensmäßige: Qualitätsurteile durch nichtstaatliche Sachverständigengremien als Grundlage der staatlichen Prämierung seien zulässig. – Wie hier jetzt auch Scholz a. a. O. (N. 41), Art. 5 III GG RdNr. 39, 40, 79.

sungsgericht<sup>54</sup> – den gleichen grundsätzlichen Freiheitsanspruch, der sie vor hemmenden Einflüssen der staatlichen Gewalt auf ihre Arbeit sichert. Die öffentliche Kunstpflege und Kunstförderung ist aber nicht negativ auf Hemmung, sondern positiv eben auf „Pflege und Förderung“ der Kunst ausgerichtet. Sie berührt also den Freiheitsstatus des Bürgers grundsätzlich<sup>55</sup> nicht. Gute und schlechte Kunst, Kunstwerk und Machwerk haben Anspruch auf gleiche Freiheit, nicht aber auf gleiche Pflege und Förderung durch den Staat. Es gibt keinen individuellen Anspruch auf Kunstförderung<sup>56</sup>; es gibt nur das Verbot kunstfreiheitswidriger Diskriminierung.

Ich gebe zu: Das gleibt ein vager und prekärer Maßstab. Die Grenzlinie zwischen kulturpolitischer Akzentsetzung einerseits und staatlicher Manipulation andererseits kann ebenso leicht verschwimmen, wie sich hinter einem negativen Qualitätsurteil nur allzu leicht die kunstfreiheitswidrige Diskriminierung einer Kunstrichtung verbergen kann. Auch die Überantwortung der künstlerischen Auswahlentscheidungen an weitgehend oder gänzlich staatsfreie Sachverständigen gremien löst die Probleme nicht; weder theoretisch noch praktisch. Gerade der Gedanke einer freien Kunst kann den Staat von einem völligen Rückzug aus den Auswahlgremien abhalten, kann ihn zu organisatorischen Vorkehrungen veranlassen, durch die der Entstehung und Praktizierung eines Richtungsmonopols im Kreise der künstlerischen Sachverständigen entgegengewirkt wird, bei dessen Hinnahme der Staat seiner Verpflichtung zu einer toleranten und nicht in dogmatische Einseitigkeiten verfallenden Kunstpolitik zuwiderhandeln würde.

Situation und Selbstverständnis der gegenwärtigen Kunst tun ein übriges dazu, staatliche Kunstförderung heute zu einem besonders heiklen und riskanten Geschäft zu machen. Die programmatische Auflösung jeglichen Kunstbegriffs, die Propagierung und Praktizierung der Maxime „Alles ist Kunst, jeder ist Künstler“<sup>57</sup> stellen die staatliche Kunstförderung vor nahezu unlösbare Rätsel. Es kommt hinzu, daß – sicher nicht nur nach meinem Eindruck – die öffentliche Kunstdiskussion auf einem Beine lahmt. Auf uns lastet immer noch die Hypothek einer bösen Vergangenheit, die Hypothek der nationalsozialistischen Kunstpolitik. Sie lähmt die rundum unbefangene und erst dadurch wirklich freie öffentliche Auseinandersetzung mit der Kunst der Gegenwart. Wer etwa Ankaufsentscheidungen öffentlicher Museen kritisiert, sieht sich sofort dem offenen oder versteckten Vorwurf der „Nazimentalität“ ausgesetzt<sup>58</sup>. Das Menetekel „Entartete Kunst“ wird leichtfertig-drohend an die Wand gemalt und als publizistische Waffe eingesetzt. Was Wunder, wenn wir dann im Bereich öffentlicher Kunstförderung nicht gerade selten Zeichen und Beweise der ängstlichen und orientierungslosen Anpassung an das „Anerkannte“, an das Etablierte, an das durch den Kunstmarkt und eine zirkelhafte Publizistik Beglaubigte feststellen. Und was Wunder, daß sich die Kunst weiter ins Exzentrische fortbewegt und der Graben zwischen Künstler und Publikum eher breiter wird, trotz – oder paradoxerweise: wegen – der Bemühungen, Kunst und Leben zu vermählen.

<sup>54</sup> BVerfGE 36, 321 (332).

<sup>55</sup> Über Ausnahmefälle vgl. meine „Schranken der Kunstfreiheit“, S. 227 ff.

<sup>56</sup> BVerfGE 36, 321 (332); OVG Lüneburg AS 25, 331; Scholz a. a. O. (N. 41), Art. 5 III GG RdNr. 7, 40 (mit weiteren Nachw.).

<sup>57</sup> Vgl. etwa: Dieter Wellershof, Die Auflösung des Kunstbegriffes (1976); dort – S. 28 ff. – auch der Beitrag „Alles ist Kunst, jeder ist Künstler“.

<sup>58</sup> Vgl. den Bericht über die Reaktionen auf den Ankauf der „Feuerstätte“ von Joseph Beuys durch die Baseler Kunsthalle zum Preis von 299 000 Franken, in: FAZ Nr. 222 vom 24. 9. 1977, S. 22, und als weiteren Beleg den Kommentar von „rho“ in: SZ Nr. 67 vom 22. 3. 1977, S. 25, zum Ankauf des Environment „Richtkräfte“ von Joseph Beuys durch die Berliner Nationalgalerie zum Preise von 190 000 DM.