

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 102

# Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik

Von

Friedrich Müller



Duncker & Humblot · Berlin

**FRIEDRICH MÜLLER**

**Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 102**

# Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik

Von

Dr. Friedrich Müller



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

**Alle Rechte vorbehalten**  
**© 1969 Duncker & Humblot, Berlin 41**  
**Gedruckt 1969 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65**  
**Printed in Germany**

## Vorwort

Freiheit der Kunst bleibt nur so lange terra incognita, als nicht erforscht wird, was innerhalb ihrer Grenzen liegt. Das soll hier durch eine in der Sache abgestützte Dogmatik des Grundrechts geschehen.

Die bisherige Behandlung der Freiheitsgarantie in Rechtspraxis und Rechtslehre kennzeichnet sich vor allem durch zwei Merkmale: Zum einen wird der Anknüpfungsbegriff „Kunst“ in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG als inhaltlich normierender Wertbegriff mißverstanden. Demgemäß wird die hierfür denkbar ungeeignete Frage, was Kunst „sei“, zum Angelpunkt verfassungsrechtlicher Entscheidung gemacht. Es nimmt nicht wunder, daß ein so erfragter „Kunst“begriff nicht über ideologische Vorgriffe oder tautologische Formeln hinauskommt. Zum andern entfernen sich die Versuche, mit Hilfe von Gemeinschaftsvorbehalten, für „immanent“ erklärten Schrankenprojektionen, mit Nichtstörungsschranken, der Übertragung von Grenzen anderer Grundrechte, Güterabwägung oder allgemeinen Mißbrauchsgesichtspunkten das ohne Vorbehalt garantierte Grundrecht zu begrenzen, vom geltenden Recht. Voreilig verallgemeinern sie von den Schranken her gedachte Aussagen dort, wo statt dessen Struktur und sachliche Eigenart des als „frei“ verbürgten Normbereichs zu untersuchen und wo auf dieser Grundlage die Elemente einer Bereichsdogmatik des Einzelgrundrechts zu entwickeln sind, die dem Verfassungsgesetz nicht Gewalt antut und für die der Sache nach die Erarbeitung des normativen Geltungsgehalts ineins mit der Bestimmung der Grundrechtsgrenzen fällt.

Die folgende Arbeit liefert also nicht eine Kasuistik aller möglichen Kunstfreiheits-Fälle im Sinn einer auf Vollständigkeit abzielenden Kommentierung des Grundrechtsartikels, sondern die Grundzüge seiner dogmatischen Erfassung.



# Inhaltsverzeichnis

## 1. Teil

### **Typen bisheriger Versuche einer Begrenzung der Kunstfreiheitsgarantie. Neue Problemstellung**

I. Zur Vorbehaltlosigkeit der Kunstfreiheitsgarantie .....	11
1. Kunstfreiheit als „Höchstwert“? .....	11
2. Selbständigkeit grundrechtlicher Garantie .....	13
II. Spezielle Schrankenkonstruktionen für Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ..	14
1. „Institutionelle“ Deutung? .....	14
2. Schrankenschluß .....	16
III. Begrenzungsversuche mittels der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG, immanenter Gemeinschaftsvorbehalte oder allgemeiner Nicht- störungsschranken .....	18
IV. Begrenzungsversuche durch Güterabwägung und den Vorbehalt der „allgemeinen Gesetze“ .....	20
1. „Totalität des verfassungsrechtlichen Wertsystems“? .....	20
2. Einheit der Verfassung .....	21
3. Wertabwägung .....	22
4. Interpretation und Dogmatik der Grundrechte .....	24
V. Gesichtspunkte des Grundrechtsmißbrauchs .....	25
1. „Mißbrauchs“urteil als Subsumtionsurteil .....	25
2. Zu Art. 18 GG .....	27
3. Zur „Mißbrauchs“praxis der Bundesprüfstelle .....	27
4. Grundrechts„mißbrauch“ als Frage materialer Vorrangigkeit? ..	28
VI. Ideologische Verengung des „Kunst“begriffs in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG .....	31
1. Inhaltliche Unterstellungen .....	31
2. Kunst als Mechanismus der „Veredelung“ .....	32

VII. Entwicklung des verfassungsrechtlichen Anknüpfungsbegriffs „Kunst“ in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG .....	35
1. Verfehltheit inhaltlicher Definition von „Kunst“ im Verfassungsrecht .....	35
2. „Kunst“ in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG als Anknüpfungsbegriff ..	37
3. Fehlen eines Gesetzesvorbehalts .....	39
4. Strukturelle Vielfalt des Normbereichs „Kunst“ .....	40
5. Gattungstypik .....	40
6. Abgrenzung der Werktypen .....	42
7. „Kunst“ in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG als Rechtsbegriff .....	45
VIII. Zur Problemstellung einer Bereichsdogmatik der Kunstfreiheit ..	47

## 2. Teil

### Grundlagen einer Bereichsdogmatik der Kunstfreiheit

I. Ausschaltung von Drittwirkungsfragen .....	49
II. Zur Rolle des Normbereichs für Interpretation und Dogmatik der Grundrechte .....	50
III. Zur Bedeutung der Gesetzesvorbehalte für die Grundrechtsdogmatik .....	52
1. Keine Vorbehaltsgesetze zu Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG .....	52
2. Normative Rangunterschiede .....	54
3. Wechselseitige Begrenzung von Verfassungsnormen .....	55
IV. Die Vorbehaltlosigkeit der Kunstfreiheitsgarantie als normativer Ansatzpunkt .....	56
1. Tatbestandsabgrenzung und Kollision .....	56
2. Konkurrenz .....	58
3. Vorbehaltsgesetze .....	59
4. Maßstäblichkeit des Grundrechts .....	60
5. Sozialbezug der Grundrechte des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG .....	62
6. Zur Rolle des Übermaßverbots .....	62
V. Dogmatische Fragerichtungen im Normbereich der Kunstfreiheitsgarantie .....	63
1. Normative Unterscheidungen „im“ Freiheitsrecht .....	63
2. „Typische“ Grundrechtsverwirklichung .....	64

## 3. Teil

**Untersuchung des Normbereichs „Kunst“ —  
Grundzüge der Dogmatik des Grundrechts**

I. Sachliche Einheitlichkeit des Normbereichs .....	67
1. Eigengesetzlichkeit der geschützten „Sache“ .....	67
2. Untrennbarkeit der Elemente des Normbereichs .....	68
II. Werkcharakter von Kunst .....	70
1. Werk: „Form“, „Inhalt“, Dinglichkeit, Objektivität. Folgerungen für die Interpretation .....	70
2. Sozialbezug. L'art pour l'art. Stilbegriff .....	74
III. Zur Stellung der Künstler in der Gesellschaft .....	75
1. Unzulässige Unterscheidungen (l'art pour l'art; „Klassiker“) ..	75
2. Zur sozialen Stellung von Künstler und Kunst .....	78
3. Grundrechtliche Freiheit von staatlichem Dirigismus .....	82
IV. Zur Unsicherheit ästhetischer Wertung .....	83
V. Relativität in der Kunstgeschichte .....	85
1. Das Kunstwerk innerhalb und außerhalb geschichtlicher Zu- sammenhänge .....	85
2. Vieldeutbarkeit; „utopischer“ Überschuß; Offenhalten der Be- wertung .....	87
VI. Künstlerische Kreativität und Psychoanalyse .....	90
VII. „Kunst“ als der minimal objektivierbare grundrechtliche Normbe- reich — Kunstfreiheit und Gewissensfreiheit .....	92
1. Objektive Fixierbarkeit der „Sache“ Kunst, Wissenschaft, Ge- wissen .....	92
2. Strukturelle Definitionen .....	94
3. Strukturvergleich: „Kunst“ — „Gewissen“ .....	95
VIII. Werkbereich und Wirkungsbereich der Kunstfreiheitsgarantie .....	97
1. Recht des Schaffens, Recht des Verbreitens. Gleichwertige „Stu- fen“ des Freiheitsrechts .....	97
2. Der Schutz des Werkbereichs .....	99
3. Der Schutz des Wirkungsbereichs .....	101

IX. Dogmatische Differenzierungen .....	103
1. Zur praktischen Rolle des Wirkungsbereichs .....	103
2. Zur praktischen Rolle des Werkbereichs .....	104
3. Begrenzbarkeit des Werkbereichs der Kunstfreiheit .....	106
X. Weitere Grundzüge der Dogmatik der Kunstfreiheit .....	109
1. Spezifische Maßstäblichkeit .....	109
2. Formaler Kontext .....	112
3. Kombinationen .....	114
4. Zweckentfremdung .....	116
5. Gattungstypik von Werken und Wirkungsweise .....	116
6. Besonderheiten des Films .....	119
7. Jugendschutz .....	122
8. Polizeirechtliche Generalklausel .....	123
9. Baukunst .....	126
10. Kunstförderung .....	128
11. Strafrechtliche Fragen: Grundrecht und Strafrechtsnormen ....	130
12. Strafrechtsprobleme im Wirkungsbereich der Kunstfreiheit .....	132
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>136</b>

## 1. Teil

# Typen bisheriger Versuche einer Begrenzung der Kunstfreiheitsgarantie. Neue Problemstellung

## I. Zur Vorbehaltlosigkeit der Kunstfreiheitsgarantie

### 1. Kunstfreiheit als „Höchstwert“?

Die Freiheit der Kunst, noch vor kurzer Zeit das „unbekannte Grundrecht“, erweist sich auch gegenüber den ihr jüngst gewidmeten monographischen Gesamtdarstellungen<sup>1</sup> als widerständig. Das liegt nicht nur an der Eigenart des grundrechtlichen Normbereichs, den Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG mit dem Stichwort „Kunst“ andeutet. Auch die Tatsache ihrer vorbehaltlosen Garantie hat die Kunstfreiheit einer Reihe von Fehldeutungen ausgesetzt. Dabei wird das Grundrecht der freien Kunst angesichts seiner der Sprachgestalt der Verfassung zu entnehmenden „Schrankenlosigkeit“ in der Regel vorschnell isoliert. Das belastet dann den Normbereich „Kunst“ mit dem Odium, als grundgesetzlich anerkannter „Höchstwert“ behandelt werden zu müssen.

Diese Aussicht hat Rechtsprechung und Literatur zu unermüdlichen Versuchen veranlaßt, die Garantie der Kunstfreiheit durch Auslegung mit gebührenden Schranken auszustatten, da solche „als vom Verfassungsgeber gewollt angesehen werden“<sup>2</sup> müßten. Die normative und sachliche Verbindung mit der Gewährleistung der Wissenschaftsfreiheit pflegt wegen der Treueklausel des Art. 5 Abs. 3 Satz 2 GG übersehen zu werden. Diese wendet sich gegen unwissenschaftlich einseitige, politisierende Stellungnahmen; nicht aber versieht sie das Grundrecht der freien Wissenschaft mit einer zusätzlichen Beschränkung<sup>3</sup>. Die Garantien des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG sind nur durch die Verfassung begrenzt.

---

<sup>1</sup> *Ropertz*, Freiheit der Kunst, 1966; *Erbel*, Inhalt und Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie, 1966; *Knies*, Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, 1967; ebd., 1 ff. zur traditionellen Vernachlässigung des Rechts der Kunstfreiheit. — Vgl. schon *Lorenz Stein*, Die Verwaltungslehre, Bd. 5, 1868, 282 ff., 284.

<sup>2</sup> *Maunz*, Deutsches Staatsrecht, <sup>16</sup>1968, § 14 IV 4, 109. — Vgl. die Zusammenstellung der dahingehenden Versuche seit Inkrafttreten von Art. 142 Satz 1 WRV bei *Erbel*, 102 ff.

<sup>3</sup> *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, <sup>2</sup>1968, 153 f. m. Nw.en; ebd., 153 zur Begrenzung der Freiheiten des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG nur durch die Verfassung selbst.

Die sachliche Selbständigkeit und Eigengeprägtheit ihrer Normbereiche<sup>4</sup> hebt sie vom weit weniger konturierten Grundrecht der freien „Meinung“ als gesonderte Verbürgungen ab<sup>5</sup>. Der für sich allein noch nicht ausreichende Befund des Wortlauts von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG wird somit durch die „teleologischen“ Interpretationsgesichtspunkte ebenso bestätigt wie durch den gesetzestechnischen Aufbau des Art. 5 GG: Da „Kunst“ und „Wissenschaft“ i. S. des Abs. 3 nicht unter den Begriff „diese Rechte“ in Abs. 2 fallen, bezieht sich Abs. 2 mit seinen Grenzvorbehalten nur auf die Freiheiten von Art. 5 Abs. 1 GG<sup>6</sup>. Der Vorbehalt der „allgemeinen Gesetze“ ergibt sich für die Freiheiten des Art. 5 Abs. 3 GG auch nicht aus dem genetischen Material, demzufolge Kunst- und Wissenschaftsfreiheit ihre Aufnahme in den Art. 5 GG nur dem Bestreben nach stärkerer Textkonzentration verdanken sollen. Rückgriffe auf Äußerungen einzelner Mitglieder der verfassungsgebenden Versammlung und Hinweise auf die Dokumentation der redaktionellen Entstehungsgeschichte können den übrigen Auslegungsaspekten nur bestätigend beigesellt werden. Nicht aber ist mit ihrer für die Ermittlung des „objektivierten Willens“ des Verfassungsgebers unmaßgeblichen Hilfe das Ergebnis der auf Text und Kontext der verfassungsgesetzlichen Vorschrift gegründeten Konkretisierung umzustoßen<sup>7</sup>. Die Gesetzesmaterialien erlauben es nicht, den objektiven Normgehalt auf die subjektiven — sachlichen wie redaktionellen — Vorstellungen der (verfassungs-)gesetzgebenden Instanzen zu reduzieren. Das gilt auch für die systematische Interpretation, die hier in ihrer Übereinstimmung mit den übrigen Hilfsgesichtspunkten der Konkretisierung nicht durch die Tatsache der „nur redaktionellen“ Hinzufügung des Absatzes 3 zu den Absätzen 1 und 2 des Art. 5 GG entwertet wird<sup>8</sup>. Hingegen ergibt das Gesetzesmaterial in einem die Auslegung bestätigenden Sinn, daß in allen Stadien der Arbeit des Parlamentarischen Rats bis zur redaktionellen Zusammenfassung die Freiheit von Kunst und Wissenschaft als

---

<sup>4</sup> Zu diesem Begriff F. Müller, Normstruktur und Normativität, 1966, z. B. 107 f., 117 f., 125 f., 131 ff., 137 ff., 142 ff., 184 ff., 201 ff.; ders., Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1968. Zum Verständnis der Grundrechte als je sachlich eigenständiger verfassungsrechtlicher Schutzverbürgungen für bestimmte Lebensbereiche vgl. schon Scheuner, VVDStRL 22, z. B. 45 ff., 50 f.; ders., DÖV 1967, 585 ff., 586.

<sup>5</sup> Vgl. Scheuner, VVDStRL 22, 8 f.; Hesse, Grundzüge, 153. — Der in der tief dringenden Untersuchung von Knies, 56 ff. bei der Auslegung des Art. 5 GG aufgewendete Scharfsinn ist wegen des dort vertretenen formell-technischen Grundrechtsverständnisses im Ergebnis wenig fruchtbar.

<sup>6</sup> So auch Knies, 60 ff., 63 m. Nw.en; Nw.e zum folgenden ebd., 62 ff., 64 ff.

<sup>7</sup> Das kommt in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts etwa in BVerfGE 1.312; 8.307; 10.244; 11.130 f.; 13.268 zur Geltung.

<sup>8</sup> Was Knies mit seiner Subjektivierung des systematischen topos, mit der Entgegensetzung eines „ordnenden Willens“ und des Ergebnisses „bloßen Zufalls“ annehmen will, ebd., 65.

selbständige Gewährleistungen und ohne Erwähnung eines Schrankenproblems behandelt worden waren<sup>9</sup>.

## 2. Selbständigkeit grundrechtlicher Garantie

Sind die Grundrechte freier Kunst und Wissenschaft von ihren Sachgarantien her als dogmatisch eigenständige Verbürgungen statt als Unterfälle der allgemeinen Meinungsfreiheit erkannt, so entfällt die Berechtigung, ihr Verhältnis zu den anderen Vorschriften der Verfassung auf die Relation zur Meinungsfreiheit einzuengen und die Fragestellung nur noch dahin gehen zu lassen, ob die Garantien des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG gegenüber denen des Art. 5 Abs. 1 GG „materiell aufgewertet“ seien oder nicht und ob ihnen das Grundgesetz ein „Schrankenprivileg“ eingeräumt habe oder nicht<sup>10</sup>. Auch eine „Privilegierung“ etwa der Grundrechte der Art. 4 Abs. 1 und 2 GG oder Art. 8 Abs. 1 GG gegenüber dem aus Art. 5 Abs. 1 GG wird nicht diskutiert. Historische Querverbindungen, traditionelle kulturstaatliche Ansichten und andere Überschneidungen außerrechtlicher Art sind kein zureichender Grund dafür, selbständige Verbürgungen des positiven Verfassungsrechts mit Inhalts- und Begrenzungsaspekten anderer selbständiger Verbürgungen zu überfremden. Das ist gegenüber der Freiheit der Kunst immer in dem Bestreben geschehen, eine „Aufwertung“ oder „Privilegierung“ des Grundrechts im Sinn eines die Einheit der Verfassung sprengenden isolierten „Höchstwerts“<sup>11</sup> zu verhindern. „Absolute Schrankenlosigkeit“ in

---

<sup>9</sup> Nachweise bei *Knies*, 61 f., Anm. 44 (B), 69 ff. — Die von Knies kritisierte Art der Auslegung des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG in BVerwGE 1.303.306 f. wird damit noch nicht verteidigt.

<sup>10</sup> Das ist aber durchgängig die Fragestellung bei *Knies* (Anm. 1). Er faßt „Meinung“ zum Teil als Oberbegriff auch für künstlerische Bewußtseinsinhalte auf und unterwirft die hiernach von Art. 5 Abs. 1 GG umfaßten Aspekte individueller Kunstfreiheit den Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG unmittelbar. Mittelbar tut er das wegen einer „Übereinstimmung der Konflikt-situationen für alle Kunstformen“, auch für die seiner Meinung nach dem Abs. 3 des Art. 5 GG unterfallenden Partikel der Kunstfreiheit, weil mit dem „Wegfall des Wert Gesichtspunkts als Legitimation eines Schrankenprivilegs jeder Grund für eine Vorzugsstellung der Kunstfreiheit gegenüber anderen Formen der Geistesfreiheit“ schwinde; ebd., 243 ff., 257 ff., 287. Die von vornherein verengte Fragestellung versperrt trotz aller subtilen Argumentation im einzelnen den Blick für den Ausgangspunkt: daß Kunst- und Wissenschaftsfreiheit vom Grundgesetz als eigenständige Grundrechte vorbehaltlos garantiert sind; daß damit aber noch keineswegs ihre „Privilegierung“ oder „absolute Schrankenlosigkeit“ im Sinn einer Exemption aus der (Verfassungs-)Rechtsordnung normiert wird; daß es also nicht erforderlich ist, um der Vermeidung eines solchen (in der Tat abwegigen) Ergebnisses willen durch Überbeanspruchung einzelner Elemente der Verfassungsauslegung die Schranken anderer, gleichfalls selbständig gewährleisteter Grundrechte, hier jener des Art. 5 Abs. 1 GG, auf die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit zu übertragen.

<sup>11</sup> Diese Befürchtung findet sich neustens wieder im Urte. des Bundes-