

BODO PIEROTH

Kunstfreiheit  
im Verfassungswandel

---

Mohr Siebeck

Bodo Pieroth

Kunstfreiheit im Verfassungswandel





Bodo Pieroth

# Kunsthfreiheit im Verfassungswandel

Mit einem Gespräch über Kunstfreiheit  
und Identitätspolitik zwischen Bodo Pieroth,  
Antoinette Maget Dominicé und Jens Kersten

Mohr Siebeck

*Bodo Piero*th, geboren 1945; Westfälische Wilhelms-Universität Münster.

*Antoinette Maget Dominicé*, geboren 1980; Ludwig-Maximilians Universität München.

*Jens Kersten*, geboren 1967; Ludwig-Maximilians Universität München.

ISBN 978-3-16-160735-6 / eISBN 978-3-16-160736-3

DOI 10.1628/978-3-16-160736-3

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

In diesem Spätherbst und Winter erleben wir die „zweite Welle“ der Corona-Pandemie. Die Corona-Verordnungen schränken auch Kunst und Kultur stark ein: Die künstlerische Kreativität und die wirtschaftliche Existenz vieler Künstler\*innen steht auf dem Spiel. Lesungen und Konzerte finden nicht mehr statt. Kinos, Theater und Museen sind geschlossen. Sicherlich, Kunst und Kultur suchen sich auch neue und dies sind in der Pandemie vor allem digitale Wege. Doch nicht nur Kunst- und Kulturschaffende, sondern auch viele Bürger\*innen stellen sich die Frage: Welche Werte haben Kunst und Kultur in der Krise? Welcher Wert wird ihnen von Gesellschaft und Politik gerade in dieser Pandemie beigemessen? Waren und sind die Einschränkungen von Kunst- und Kultur noch verhältnismäßig? Und: Welche langfristigen Folgen wird die gegenwärtige Krise für Kunst und Kultur entfalten?

Zu Beginn dieser „zweiten Welle“ der Corona-Pandemie kam Bodo Pieroth im Herbst 2020 als Fellow an das Center for Advanced Studies (CAS) der Ludwig-Maximilians-Universität München, um mit uns im Rahmen des Schwerpunkts „What about Art?“ über die aktuellen Herausforderungen der Kunstfreiheit zu diskutieren. Dieser interdisziplinäre CAS-Schwerpunkt widmet sich seit dem März 2019 den Entwicklungen von Kunst und Kultur, die sich insbesondere mit Identitätspolitik verbinden. Dies gibt Barbara Vinken (Romanistik), Kerstin Pinther (Kunstgeschichte), Uta Wehrlich (Museum Fünf Kontinente) und uns die Möglichkeit, die identitätspolitischen Kunst- und Kulturkonflikte gemeinsam mit Studierenden in Seminaren, mit Gästen in Vorträgen und mit Kolleg\*innen in Workshops in den Blick zu nehmen.

In diesem Zusammenhang hat Bodo Pieroth seinen Vortrag über die „Kunstfreiheit im Verfassungswandel“ gehalten, der zugleich den Hauptteil des vorliegenden Bandes bildet. Der Abendvortrag war an ein interdisziplinäres Publikum gerichtet, an dem 150 Teilnehmer\*innen – Studierende, Promovierende, Professor\*innen und Praktiker\*innen – aus den unterschiedlichsten Fächern in einem digitalen Format zusammen-

kamen; und so wurden in der anschließenden Diskussion nicht nur die rechtlichen, sondern auch die soziologischen und ästhetischen Bedingungen und Folgen des von Bodo Pieroth beschriebenen Verfassungswandels der Kunstfreiheit zum Thema. Auf der Grundlage haben wir sodann am folgenden Tag gemeinsam mit Bodo Pieroth ein Gespräch „Kunstfreiheit und Identitätspolitik“ geführt, das im Anschluss an diesen Vortrag ebenfalls abgedruckt ist. Aus beidem – dem Vortrag und dem Gespräch – entstand dieser Band, der die Kunstfreiheit in ihrer aktuellen Krisenlage reflektiert, aber in seiner Summe auch einem grundrechtlichen und demokratischen Optimismus in diesen unsicheren Zeiten Ausdruck verleiht.

Wir danken vor allem Bodo Pieroth für seinen pointierten Vortrag über die „Kunstfreiheit im Verfassungswandel“ und das äußerst kurzweilige Gespräch über Kunstfreiheit und Identitätspolitik im CAS. Darüber hinaus danken wir der Geschäftsführerin des CAS Annette Meyer und der wissenschaftlichen Koordinatorin für Geistes-, Sozial- und Kulturwissenschaften Julia Schreiner. Annette Meyer und Julia Schreiner haben im Rahmen des CAS-Schwerpunkts „What about Art?“ ein akademisches Forum geschaffen, das in seiner wissenschaftlichen Inspiration und intellektuellen Offenheit seinesgleichen sucht: ganz herzlichen Dank dafür! Unser besonderer Dank gilt Jana Raspotnig für die Unterstützung bei der Klärung der Bildrechte und dem Lektorat des Bandes. Schließlich möchten wir dem CAS für die sehr großzügige Übernahme des Druckkostenzuschusses für die Publikation des vorliegenden Bandes danken.

München, im Dezember 2020

Antoinette Maget Dominicé  
und Jens Kersten

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
I. Einleitung .....	1
II. Vorgeschichte .....	3
1. Weimarer Verfassung .....	3
2. Parlamentarischer Rat .....	6
III. Verfassungsentwicklung unter dem Grundgesetz .....	7
1. Begriff des Verfassungswandels .....	7
2. 1950er und 1960er Jahre .....	8
3. Mephisto (1971) .....	11
4. Anachronistischer Zug (1984) .....	14
5. Strauß-Karikatur (1987) .....	16
6. Herrnburger Bericht (1987) .....	18
7. Bundesflagge (1990) .....	19
8. Josefine Mutzenbacher (1990) .....	23
9. Förderung der Kunst .....	25
IV. Ende der Kunstfreiheit im neuen Kulturkampf? .....	27
1. Der neue Kulturkampf .....	27
2. Im Museum .....	28
3. Im öffentlichen Raum .....	33
4. Fazit .....	38
Literaturverzeichnis .....	41
Abbildungsnachweise .....	45
 Kunstfreiheit und Identitätspolitik. Ein Gespräch zwischen <i>Bodo Pieth, Antoinette Maget Dominicé und Jens Kersten</i> .....	 47



## I. Einleitung\*

Als ich die schöne Einladung erhielt, an das Center for Advanced Studies der LMU zu kommen und diesen Vortrag zu halten – wofür ich Herrn Kersten und Frau Maget Dominicé sehr herzlich danken möchte –, wies mich Herr Kersten auf das Buch von Hanno Rauterberg „Wie frei ist die Kunst?“ hin. Da ich es noch nicht kannte, habe ich es mir sogleich gekauft und gelesen. Ich fand es höchst interessant, informativ, gedankenreich und brillant geschrieben. Es hat aber eine Leerstelle, die es selbst benennt: Es will sich „nur am Rande“ mit den „juristischen Aspekten der Kunstfreiheit“, mit „legalistischen Erwägungen“ und dem, „was sich auf dem Rechtswege einklagen lässt“, beschäftigen<sup>1</sup>. Das ist aber nun genau das, womit ich mein ganzes Berufsleben verbracht habe. Sodann stellte ich fest, dass sich der Essay von Rauterberg vor allem mit dem Wandel befassen will, nämlich dem „gewandelten Verständnis dessen, was die Freiheit der Kunst noch bedeutet und verlangt“<sup>2</sup>. Und schon hatte ich mein Vortragsthema: „Kunstfreiheit im Verfassungswandel“.

Ich werde also die juristische Bedeutung, d. h. die Tragweite und die Grenzen, der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Kunstfreiheit beleuchten, die sie in den vergangenen 100 Jahren – denn so lange existiert sie in Deutschland – durchlaufen hat. In dieser Zeit hat ein enormer Wandel, eben ein Verfassungswandel, stattgefunden, als dessen wichtigster Akteur das Bundesverfassungsgericht hervorzuheben ist. In unserem System mit einer ausgebauten und mächtigen Verfassungsgerichtsbarkeit erweist sich das Recht und insbesondere das Verfassungsrecht als ausgesprochen dynamisch. Im Anschluss daran will ich der Frage nachgehen,

---

\* Ich widme diesen Vortrag meinem Lehrer Friedrich Müller, dessen Buch „Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik“ von 1969 mich zu seinem begeisterten und zutiefst dankbaren Schüler gemacht hat. – Meinen Freunden und Kollegen Janbernd Oebbecke und Bernhard Schlink danke ich herzlich für ihre anregenden Rückmeldungen im Anschluss an meinen Vortrag.

<sup>1</sup> Rauterberg, S. 12.

<sup>2</sup> Rauterberg, S. 10 f.

welche Rolle die Kunstfreiheit auf ihrem heute erreichten Geltungsstand in Deutschland für den von Rauterberg beschriebenen „neuen Kulturkampf“ spielt bzw. spielen kann<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Einen anderen „Kulturkampf“ sieht *Ulrich* zwischen essenzialistisch (in Ostdeutschland) und pluralistisch (in Westdeutschland) gepolten Überzeugungen im Kulturbereich.

## II. Vorgeschichte

### 1. Weimarer Verfassung

Die Kunstfreiheit des Grundgesetzes hatte einen weitgehend textidentischen Vorläufer mit Art. 142 Satz 1 der Weimarer Verfassung von 1919, der lautete: „Die Kunst, die Wissenschaft und ihre Lehre sind frei“<sup>1</sup>. Das war überhaupt das erste Mal in der deutschen Verfassungsgeschichte, dass die Freiheit der Kunst verfassungsrechtlich gewährleistet wurde. Dabei handelt es sich zwar um altliberales, in der Aufklärung wurzelndes Gedankengut, das aber bis dahin nicht eigenständig in den Verfassungen normiert war, sondern allenfalls als Unterfall der Meinungs- und Pressefreiheit angesehen wurde, wie es ja auch heute noch in der Verfassung der USA der Fall ist.

Darüber, aus welchen Gründen die Verfassungsgebende Nationalversammlung damals die Kunstfreiheit aufgenommen hat, gibt es nur einen einzigen Hinweis, nämlich wegen der Erinnerung „an frühere unfreie Zustände“<sup>2</sup>. In der Tat war ja das Kaiserreich, gerade unter Kaiser Wilhelm II., gegenüber jeglichen neuen Bestrebungen in der Kunst feindlich eingestellt und repressiv tätig. Zensur, Verbote und Strafen gegen „zersetzende“ und „unsittliche“ Werke der Literatur und bildenden Kunst waren an der Tagesordnung<sup>3</sup>. Insbesondere trafen sie fast alle Theaterautoren von Rang, von Gerhart Hauptmann über Arthur Schnitzler bis zu Frank Wedekind<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Vgl. vor allem die Kommentierung von *Anschütz* und den Handbuchartikel von *Kitzinger*; zu den geschichtlichen Grundlagen vgl. auch v. *Arnauld*, Rn. 25 ff.; *Hufen*, Rn. 3 ff.; *Wittreck*, Rn. 2 ff.

<sup>2</sup> *Kitzinger*, S. 455. Die Anregung kam vom preußischen Kultusminister.

<sup>3</sup> Überblick bei v. *Beyme*, S. 525 ff.

<sup>4</sup> Überblick bei *Pieroth*, S. 26 ff.; umfangreichste Darstellung bei *Houben*.

Das wollte man unter der Weimarer Verfassung ändern<sup>5</sup>, allerdings erwies sich das verfassungsrechtliche Instrumentarium als noch nicht scharf genug. Zum einen wurden die Grundrechte vielfach nicht als aktuelles Recht, sondern als unverbindliche Programmsätze verstanden und deshalb bei der konkreten Rechtsanwendung außer Acht gelassen. Zum andern wandte man auf Werke der Kunst die gesetzlichen Schranken für Meinungsäußerungen an, so dass die Kunstfreiheit vor allem nicht gegen strafrechtliche Verurteilungen wegen Beleidigung, Gotteslästerung und unzüchtige Äußerungen schützte. In der Staatsrechtslehre setzte sich zwar die fortschrittliche Auffassung durch, dass die Strafgesetze kein Sonderrecht gegen die Kunst enthalten dürfen<sup>6</sup>; danach wären Eingriffe verboten, die damit begründet würden, dass die Kunst „minderwertig“ sei. Aber derartige Begrenzungen erreichten nicht die höchst-richterliche Praxis<sup>7</sup>.

Das berühmteste Beispiel ist die Grafik „Christus mit der Gasmasken“ von George Grosz (Abb. 1). Er wurde wegen Gotteslästerung durch die Grafik angeklagt. Zweimal wurde er vom Berliner Landgericht freigesprochen (Vorsitzender war ein liberaler Jurist, der 1933 aus dem Dienst entfernt wurde). Die Begründung war plausibel: Grosz habe Christus nicht schmähen, sondern in zeitgenössischer Form mitleidend zeigen und die der christlichen Lehre widersprechende Kriegstreiberei der Kirche anprangern wollen. Beide Mal wurde der Freispruch vom Reichsgericht aufgehoben und Grosz verurteilt, weil der Straftatbestand „das religiöse Gefühl der Anhänger der Lehre einer Religionsgemeinschaft“ schütze und wörtlich: „Sobald die Kritik so scharf wird, dass sie zu einer Beschimpfung ausartet, ist sie gegenwärtig ebenso strafbar, wie sie es vorher gewesen ist“<sup>8</sup>. Abgesehen davon, dass man unter dem Grundgesetz, wie ich noch zeigen werde, die Tatsache, dass es sich bei der Grafik um ein Kunstwerk handelt, nicht so leicht unter Berufung auf das Strafrecht beiseiteschieben kann, ist der Straftatbestand der Gotteslästerung seit 1969 abgeschafft. An seine Stelle getreten ist die

---

<sup>5</sup> Vgl. *Kitzinger*, S. 457: Kunst als „besonders köstliche Offenbarungen menschlichen Denkens, Fühlens und Schaffens“.

<sup>6</sup> Vgl. *Anschütz*, Anm. 3; *Kitzinger*, S. 458 ff.

<sup>7</sup> So auch *v. Arnould*, Rn. 31: „praktisch wenig wirkungsvoll“.

<sup>8</sup> Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt), Band 64, S. 121 (127); zu den Prozessen vgl. auch *v. Becker*; *B. Schlink/W. Schlink*. Weitere Rechtsprechung bei *Schack*, Rn. 605.

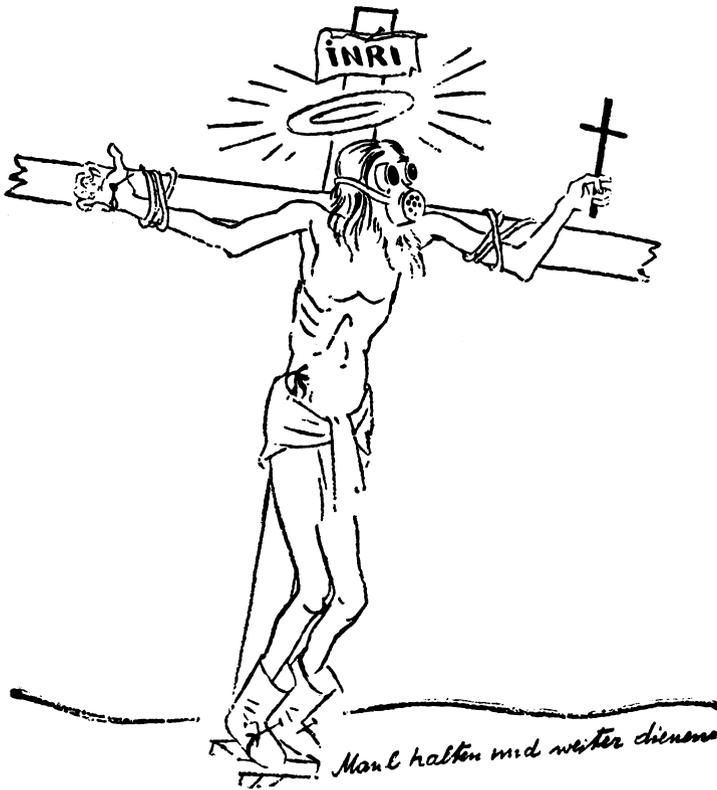


Abb. 1: George Grosz, *Christus mit der Gasmaske*, 1928.

„Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen“, allerdings nur insoweit als sie „geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören“. Da auch dieser Straftatbestand wegen der Kunstfreiheit einengend interpretiert werden muss, hat er praktisch seine Bedeutung weitgehend verloren<sup>9</sup>. Hinzu kommt, dass aus moderner theologischer Sicht darauf hingewiesen wird, dass Gott keinen strafgesetzlichen Schutz benötige<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Vgl. v. Arnould, Rn. 157 ff., 171 ff.; Rox, S. 81 ff.

<sup>10</sup> Vgl. Schieder, S. 220.

## 2. Parlamentarischer Rat

Die Mitglieder des Parlamentarischen Rates, der von September 1948 bis Mai 1949 das Grundgesetz ausgearbeitet hat, standen unter dem Eindruck des gerade erst zu Ende gegangenen furchtbaren Krieges und eines von allen rechtsstaatlichen Fesseln gelösten Unrechtssystems auf deutschem Boden, in dem wie alle Freiheiten auch die Kunstfreiheit keine Geltung mehr hatte. Daraus ergaben sich die zwei wohl wichtigsten Einflussfaktoren für die Arbeit am künftigen Grundgesetz: Zum einen sollte nach der vollständigen Rechtlosigkeit im Nationalsozialismus der Rechtsstaat wiederhergestellt werden.

Zum anderen sollten die Freiheit und die Gleichheit aller Menschen Ausgangs- und Zielpunkt allen staatlichen Handelns sein. Daher wurde der Satz „Die Würde des Menschen ist unantastbar“ an die Spitze des Verfassungstexts gestellt, gefolgt von dem Bekenntnis „zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten“. Und daran schließt der Satz an, durch den die genannte Schwäche der Grundrechte der Weimarer Verfassung behoben werden sollte: „Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.“

Für die Mitglieder des Parlamentarischen Rates war selbstverständlich, dass in eine solche neue Verfassungsordnung auch die Kunstfreiheit aufgenommen werden musste. So wurde in den Beratungen des Parlamentarischen Rates<sup>11</sup> überhaupt nicht daran gezweifelt, dass Satz 1 des Art. 142 der Weimarer Verfassung in einer fast textidentischen Fassung ins Grundgesetz zu übernehmen ist. Kurz im Ausschuss beraten wurde lediglich die Frage, ob auch Satz 2 des Art. 142 übernommen werden sollte, wonach der Staat der Kunst Schutz gewährt und an ihrer Pflege teilnimmt. Aus dem generellen Bestreben heraus, auf soziale und ökonomische Rechte zu verzichten, um die Geltungskraft der Grundrechte nicht durch faktisch unerfüllbare Forderungen zu schwächen, wurde diese Übernahme mit großer Mehrheit abgelehnt<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Vgl. v. Doemming/Füßlein/Matz, S. 89–92; v. Arnould, Rn. 33 ff.; Hufen, Rn. 11; Wittreck, Rn. 10.

<sup>12</sup> Vgl. v. Doemming/Füßlein/Matz, S. 90.

### III. Verfassungsentwicklung unter dem Grundgesetz

#### 1. Begriff des Verfassungswandels<sup>1</sup>

Art. 5 Abs. 3 GG lautet: „Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung.“ Uns interessiert hier nur die Kunst, die ohne jeglichen Zusatz von gesetzlichen oder sonstigen Schranken, d.h. vorbehaltlos, als frei gewährleistet wird. Der Wortlaut ist seit dem 23. Mai 1949 bis zum heutigen Tag unverändert geblieben. Aber Verfassungsrecht ändert sich nicht allein durch die Änderungen des Verfassungstextes. Die Veränderungen der geschichtlich-sozialen Wirklichkeit lassen das Verfassungsrecht nicht unberührt<sup>2</sup>. Die Änderung von Sinn und Verständnis der Verfassungsrechtsnormen ohne eine Änderung des Verfassungstextes nennen wir Verfassungswandel. Beides zusammen, Verfassungswandel und Verfassungstextänderung, fasst man auch unter dem Oberbegriff der Verfassungsentwicklung zusammen<sup>3</sup>. Verfassungsentwicklung ist unvermeidlich und notwendig. Ohne sie würde das Verfassungsrecht seine Steuerungswirkung verlieren.

Andererseits muss Verfassungsrecht in ausreichend bestimmter Weise Kontinuität im geschichtlichen Wandel gewährleisten; an das Verfassungsrecht knüpft sich eine gesteigerte Stabilitätserwartung. Es ist Aufgabe der Verfassungsinterpretation, das rechte Maß zwischen Statik und

---

<sup>1</sup> Ausführlich *Badura, Becker/Kersten, Bryde, Grimm, Volkmann, Voßkuhle, Walter und Würtenberger*.

<sup>2</sup> *Becker/Kersten*, S. 3, sprechen anschaulich von den „Verbindungs- und Schnittpunkten zwischen Sein und Sollen“; die Einbeziehung der sozialen Wirklichkeit in die Verfassungsinterpretation durch die Unterscheidungen von Normprogramm sowie Sachbereich und Normbereich, Fall und Entscheidungsnorm ist auch das Anliegen von *Friedrich Müllers* „Juristische Methodik“, 1. Aufl. 1971, 11. Aufl. (mit *Ralph Christensen*) 2013.

<sup>3</sup> Dagegen fasst *Kersten*, S. 57, den Verfassungswandel als kurzfristige und die Verfassungsentwicklung als langfristige Veränderung von Sinn und Verständnis der Verfassungsrechtsnormen ohne eine Änderung des Verfassungstextes auf.

Dynamik zu finden. Unter dem Grundgesetz mit seiner ausgebauten Verfassungsgerichtsbarkeit kommt diese Aufgabe in erster Linie dem Bundesverfassungsgericht zu, das letztinstanzlich über das Verständnis des geltenden Verfassungsrechts entscheidet und dessen Entscheidungen nicht nur die Exekutive und Judikative binden, sondern in bestimmten Fällen sogar Gesetzeskraft haben<sup>4</sup>. Kurz gesagt: Karlsruhe manifestiert den Verfassungswandel. Im Folgenden will ich zeigen, wie das Bundesverfassungsgericht seine Aufgabe, das rechte Maß zwischen Statik und Dynamik der Kunstfreiheitsgarantie zu wahren, gemeistert hat. Dabei ist die effektive Geltung der Kunstfreiheit ganz erheblich verstärkt worden<sup>5</sup>.

## 2. 1950er und 1960er Jahre

Kennzeichnend für die ersten beiden Jahrzehnte der Bundesrepublik war hier wie bei manchen anderen Verfassungsfragen eine weitgehende Anknüpfung an die Verfassungsrechtslage in Weimar<sup>6</sup>. Man nahm die vorbehaltlos gewährleistete Kunstfreiheit noch nicht richtig ernst: Zum einen verharrte man bei einem restriktiven Kunstbegriff, der im Rückblick als „ideologische Verengung“<sup>7</sup> bezeichnet werden muss. Gerichte erklärten Kunst als ein „Erzeugnis, das den Durchschnittsbürger über den Alltag erhebt und ihm das Edelste darstellt, was er sich vorstellen kann“, und beriefen sich darauf, dass „schon vor 100 Jahren“ Adalbert Stifter erkannt habe, dass eine „freche Darstellung primitiver Dinge das Abendland gefährdet“. Kunst war nur, was schön und edel war.

Zum ändern wandte man, wie schon in Weimar, die Schranken anderer Grundrechte auf die Kunstfreiheit an. Dabei zog man nicht nur die Schranken der Meinungs- und Pressefreiheit heran, sondern auch diejenigen des Grundrechts der freien Entfaltung der Persönlichkeit. Da danach auch nicht gegen das „Sittengesetz“ verstoßen werden darf, kann

<sup>4</sup> Kritisch *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger*.

<sup>5</sup> *Wittreck*, Fn. 12 spricht von einer Entwicklung, „die einer richterrechtlichen Neukodifikation der Kunstfreiheit nahekommt“; *Rauterberg*, S. 9 stellt fest, dass „sich die Grenzen des Sag- und Zeigbaren aus Sicht der Gerichte [...] ausgeweitet“ haben. Es gibt bisher (Anfang 2020) rund 50 einschlägige veröffentlichte Entscheidungen.

<sup>6</sup> Für die Kunstfreiheit hat man daher von einer „Restaurationszeit“ gesprochen, so *Hufen*, Rn. 11.

<sup>7</sup> *Müller*, S. 31 ff.; die folgenden Zitate S. 32; vgl. auch *Isensee*, S. 26: „Die Geschichte richterlicher Bemühungen um die Kunst ist eine Geschichte richterlicher Blamagen.“



Abb. 2: Georg Baselitz, *Die große Nacht im Eimer*, 1962–1963, Öl auf Leinwand, 250 × 180 cm, Museum Ludwig.

man sich leicht ausmalen, welche Folgen das für die Kunstfreiheit hatte. Ich greife nur einen Fall heraus: Das Gemälde „Die große Nacht im Eimer“ von Georg Baselitz (Abb. 2) wurde 1963 bei dessen erster Einzelausstellung in einer West-Berliner Galerie von der Polizei beschlagnahmt. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wurden zwar die Stimmen immer lauter, die für eine dem Grundgesetz gemäße freiheitliche Auslegung der Kunstfreiheit plädierten, aber die entscheidenden Schritte wurden dann erst ab den 1970er Jahren durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gemacht.

Das Gericht begründete seine Rechtsprechung und damit den Verfassungswandel der Kunstfreiheit mit einigen rechtsdogmatischen Figuren, die es seit Mitte der 1950er Jahre bereits zu anderen Freiheitsrechten entwickelt hatte. Ich will sie kurz vorstellen, bevor ich ihre Anwendung auf

und ihre Wirkung für die Kunstfreiheit anschließend an Hand der wichtigsten einschlägigen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts beleuchten werde.

Ausgangspunkt ist die aus der Menschenwürde und den Freiheits- und Gleichheitsrechten gewonnene Einsicht, dass die Grundrechte nicht nur subjektive Freiheits- und Abwehrrechte darstellen, sondern objektive Wertentscheidungen, die über das Interesse des Einzelnen, Eingriffe in seine entsprechenden Freiheiten abzuwehren, hinausgehen. Grundrechte sind danach objektiv wertvoll, stellen die Wertordnung oder das Wertsystem des Gemeinwesens dar. Hieraus entspringen zusätzliche, über die abwehrrechtlichen hinausgehende Grundrechtswirkungen.

Der dogmatischen Figur der Wertordnung liegen staatstheoretische Veränderungen zugrunde. Der Staatstheorie des 19. und frühen 20. Jahrhunderts war die Vorstellung geläufig, der Einzelne, der Besitz- und Bildungsbürger sei als Glied der bürgerlichen Gesellschaft autark und autonom. Seine Freiheit sei Freiheit vom Staat; die Gesellschaft könne für ihre ökonomischen und kulturellen Belange allein sorgen und brauche den Staat nur zur Abwehr äußerer und innerer Gefahren, als Armee, Polizei und Justiz. Diese Vorstellung wurde schon im 19. und frühen 20. Jahrhundert weder der Wirklichkeit gerecht noch war sie allseits anerkannt. Nachhaltig diskreditiert wurde sie in den Kriegs- und Nachkriegsgesellschaften der beiden Weltkriege. Beide Mal zeigte sich, dass der Einzelne auf staatliche Vorkehrungen, Einrichtungen, Zuteilungen und Umverteilungen fundamental angewiesen ist, dass seine Freiheit gesellschaftliche und staatliche Bedingungen hat, die er selbst nicht gewährleisten kann. An die Stelle der Fiktion des selbstherrlichen Individuums der bürgerlichen Gesellschaft trat das Bild eines zugleich bedürftigen und verantwortlichen Individuums in sozialer Gemeinschaft. Die Vorstellung, der Rechtsstaat dürfe als liberaler in die Freiheit des Einzelnen möglichst wenig eingreifen, wurde um die Vorstellung ergänzt, er müsse als sozialer überhaupt erst die Bedingungen der Freiheit schaffen und sichern.

Mit der Hilfe von Dogmatik und Theorie entwickelte das Bundesverfassungsgericht folgende zusätzliche Funktionen oder Dimensionen der Grundrechte: *Erstens* gelten die Grundrechte nicht nur im Verhältnis zwischen dem Einzelnen und dem Staat, sondern grundsätzlich, wenn auch abgeschwächt, im Verhältnis zwischen den Einzelnen untereinander; man spricht von mittelbarer Drittwirkung oder Ausstrahlung der Grundrechte. Damit wird darauf reagiert, dass Gefahren für die Freiheit und Gleichheit der Menschen im modernen hochkomplexen, industria-