

Die Bezeichnung »Koch« soll wegen der besseren Unterscheidbarkeit in dieser Arbeit nur für ausgebildete Berufsköche⁷ genutzt werden. Grundrechtsträger ohne entsprechende Berufsausbildung werden hier als »Kochende« bezeichnet.

2.2 Abgrenzung des sachlichen Schutzbereichs der Kunstfreiheit

2.2.1 Vorüberlegung: Keine Einigkeit im Kunstbegriff

In dieser Arbeit geht es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen und ggf. mit welcher Rechtsfolge Situationen, die mit dem Kochen im obigen Sinne zusammenhängen, in den Schutzbereich der Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG fallen.

Auch 70 Jahre nach Verabschiedung des Grundgesetzes fehlt es allerdings an einem allgemein anerkannten, subsumtionsfähigen Obersatz für die Eröffnung des Schutzbereichs der Kunstfreiheit.

Der Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG lautet: »Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei.« Betrachtet man isoliert nur den Wortlaut bezüglich der Kunst, ergibt sich die Aussage: »Kunst ist frei«. Wenn aber die Kunst frei ist, bietet es sich zur Aufstellung eines Obersatzes zunächst einmal an, zu definieren, was Kunst ist.

In Literatur und Rechtsprechung herrscht weitgehend die Ansicht, dass ein allgemeingültiger verfassungsrechtlicher Kunstbegriff bisher nicht zufriedenstellend definiert und wohl auch nicht definierbar ist⁸. Schon in seiner in dieser Frage grundlegenden Mephisto-Entscheidung erklärte das Bundesverfassungsgericht: »Wie weit die Verfassungsgarantie der Kunstfreiheit reicht und was sie im Einzelnen bedeutet, lässt sich ohne tieferes Eingehen auf die sehr verschiedenen Äußerungsformen künstlerischer Betätigung in einer für alle Kunstgattungen gleichermaßen gültigen Weise nicht erschöpfend darstellen.«⁹ Ein solches »tieferes Eingehen«¹⁰, bzw. eine für alle Kunstgattungen

7 Bzw. Berufsköchinnen. Aus Gründen der Lesbarkeit wird im Folgenden die maskuline Form verwendet, gemeint sind stets Menschen egal welchen Geschlechts, auch solche, die sich keinem bestimmten Geschlecht zugehörig fühlen.

8 Für viele: H. Jarass, in: ders./B. Pieroth: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 5 Rn. 118.

9 BVerfGE 30, 173, 189.

10 Ebd.

bzw. -erscheinungsformen erschöpfende Darstellung bleibt aber ebenso »Desiderat«¹¹ wie ein konsens- und subsumtionsfähiger verfassungsrechtlicher Kunstbegriff. Auch das Bundesverfassungsgericht selbst erkennt, dass die Versuche einer Bestimmung des verfassungsrechtlichen Kunstbegriffs regelmäßig »nur Teilaspekte« treffen¹². Es spricht von der »Unmöglichkeit, Kunst generell zu definieren«¹³, und führt dies auch auf die fehlende Klarheit der Kunsttheorie selbst über ihren Gegenstand zurück¹⁴.

In den vom Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit der Kunstfreiheit zu entscheidenden Fällen war bisher die Subsumtion des streitigen Sachverhalts unter den Schutzbereich der Kunstfreiheit in der Regel nicht der springende Punkt. Vielmehr bejahte das Gericht regelmäßig anhand einer kombinierten Anwendung des materialen, formalen und offenen Kunstbegriffes¹⁵ das Vorliegen von Kunst ohne auch nur den Versuch zu unternehmen, den Kunstbegriff umfassend zu definieren oder auf andere Weise die Voraussetzungen zur Eröffnung des Schutzbereiches abschließend zu definieren¹⁶.

Eine Entscheidung über den zutreffenden oder gar »wahren« Kunstbegriff wird auch in dieser Arbeit nicht getroffen. Viel spricht dafür, dass ein solcher nicht existiert bzw. bereits durch eine abschließende inhaltliche Definition der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG unsachgemäß eingeengt würde¹⁷. Erschwerend kommt hinzu, dass nicht nur Juristen und Kunsttheoretiker, sondern auch Künstler selbst eigene Kunstbegriffe entwickelt haben, und so mancher dieser Begriffe wird oder wurde auch in der »Kunstwelt« nicht sofort, nicht einheitlich oder gar nicht anerkannt¹⁸.

11 Ausdruck bei F. Wittreck in: H. Dreier (Hg.): Grundgesetz, Art. 5 III GG, Rn. 41.

12 BVerfGE 67, 213, 225; grundlegend auch F. Müller: Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, S. 37: »Ein auch nur definitorisch fixiertes Kunstverständnis ist der Verbürgung des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG nicht zu unterlegen.«

13 BVerfGE 67, 213, 225.

14 So auch BVerfGE 75, 369, 377; ähnlich auch Wittreck in: Dreier, Art. 5 III GG, Rn. 41.

15 Hierzu sogleich (2.2.21, 2.2.2.2, 2.2.23).

16 So geschehen etwa bei BVerfGE 30, 173, 189; BVerfGE 67, 213, 226; BVerfGE 119, 1, 20f.

17 Ähnlich C. Fuchs: Avantgarde und Erweiterter Kunstbegriff, S. 121.

18 Allein der Begriff »Kunstwelt« ist schon problematisch, denn, solange Uneinigkeit darüber herrscht, was Kunst ist, gibt es auch keine klar abgrenzbare »Kunstwelt«. Wird ein vom Künstler entwickelter Kunstbegriff von niemandem außer diesem anerkannt, stellt sich die Frage, ob überhaupt Künstler ist – ein zirkuläres Problem. Zur Relevanz des Selbstverständnisses ausführlich unten (2.2.2.8). Des Weiteren stellt etwa A. Käsmayr selbstkritisch die Frage nach der Kunsteigenschaft ihrer Arbeit in dies. (Hg.):

Entsprechend der kumulativen Anwendung von Kunstbegriffen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist es aber auch in dieser Arbeit nicht erforderlich, eine abschließende Entscheidung für einen einzigen anwendbaren Kunstbegriff zu treffen.

Entscheidend für die Geeignetheit eines Kunstbegriffs zur Bildung des hier benötigten Obersatzes ist allein, ob sich der jeweilige Begriff zur Subsumtion eines mit dem Kochen zusammenhängenden Sachverhalts eignet. Anders ausgedrückt ist der Maßstab, an dem sich eine Definition messen lassen muss, der, dass man mithilfe dieser Definition überhaupt entscheiden können muss, ob ein mit dem Kochen zusammenhängender Sachverhalt unter sie fällt oder nicht. Denn es ist nicht Ziel dieser Arbeit, Kunst abschließend zu definieren, sondern herauszufinden, unter welchen Voraussetzungen der Schutzbereich der Kunstfreiheit für Situationen, die mit dem Kochen zu tun haben, eröffnet ist.

Im Folgenden werden die relevantesten in Rechtsprechung und Literatur kursierenden Kunstbegriffe dargestellt und jeweils darauf untersucht, ob sie sich zur Subsumtion von Sachverhalten, die mit dem Kochen zu tun haben, eignen.

Das Bundesverfassungsgericht zieht zur Bestimmung des Schutzbereichs der Kunstfreiheit regelmäßig den materialen Kunstbegriff, den auf Friedrich Müller zurückgehenden formalen Kunstbegriff sowie den offenen (auch: zeichentheoretischen) Kunstbegriff heran. In der Vergangenheit gab es zudem Versuche, den Schutzbereich der Kunstfreiheit von Vorneherein »rechtskonform« zu begrenzen sowie rechtlicher Ausformung und Ausgestaltung gegenüber zu öffnen (»normoffener Kunstbegriff« nach Bernhard Schneider, und die Anwendung der Begriffe zu differenzieren. Angesichts der Besonderheiten avantgardistischer Kunst entwickelte Christine Fuchs den »Erweiterten Kunstbegriff«. Zu klären ist daraufhin die rechtliche Relevanz des Selbstverständnisses des Grundrechtsträgers. Abschließend wird ein Obersatz aufgestellt, anhand dessen im Einzelfall festgestellt werden kann, ob eine Situation in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fällt.

No ART Around; Über die (Un)Möglichkeit, ein Restaurant als Kunst zu betreiben; Berlin 2012.; hierzu ausführlich unten (3.2.4.2).

2.2.2 Verfassungsrechtliche Kunstbegriffe in Rechtsprechung und Literatur

2.2.2.1 Materiale Kunstbegriff

Der sog. materiale Kunstbegriff geht auf die für die rechtliche Behandlung der Kunstfreiheit grundlegende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Roman »Mephisto« von Klaus Mann¹⁹ zurück. In dieser Entscheidung stellte das Bundesverfassungsgericht fest, »[d]er Lebensbereich »Kunst« [sei] durch die vom Wesen der Kunst geprägten, ihr allein eigenen Strukturmerkmale zu bestimmen.«²⁰ »Das Wesentliche der künstlerischen Betätigung« sei ferner »die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht« würden²¹. »Alle künstlerische Tätigkeit [sei] ein Ineinander von bewußten und unbewußten Vorgängen, die rational nicht aufzulösen« seien²². Dabei wirkten »[b]eim künstlerischen Schaffen Intuition, Phantasie und Kunstverstand zusammen; es [sei] primär nicht Mitteilung, sondern Ausdruck und zwar unmittelbarster Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers.«²³ Diese (Teil-)Definition wurde bzw. wird als schwammig und unbrauchbar, zudem die Kunst übermäßig idealisierend kritisiert²⁴, vom Bundesverfassungsgericht aber zumindest zur teilweisen Definition (die für eine Bejahung der Eröffnung des Schutzbereiches ausreichte) noch 2007 verwendet²⁵.

Christine Fuchs strukturiert diesen materialen Kunstbegriff in drei Einzelmerkmale²⁶, nämlich

1. das Merkmal der »schöpferischen Gestaltungstätigkeit«, welches die künstlerische Tätigkeit über die Herstellung eines Werkes definiere,

19 BVerfGE 30, 173.

20 BVerfG, a.a.O., 188.

21 Ebd.

22 BVerfG, a.a.O., 189.

23 Ebd..

24 F. Wittreck in: H. Dreier (Hg.): Grundgesetz, Art. 5 III GG, Fn. 158 bezeichnet den materialen Kunstbegriff als »heute obsolet[...]«; H. Jarass in H. Jarass/B. Pieroth, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 5 Rn. 118 zählt den materialen (dort: »materiellen«) Kunstbegriff aber ohne eine solche Einschränkung auf.

25 BVerfGE 119, 1, 20f.

26 C. Fuchs: Avantgarde und Erweiterter Kunstbegriff, S. 26.

2. das Merkmal »Medium einer bestimmten Formensprache«, das den Aspekt der für jede künstlerische Tätigkeit konstitutiven Formgebung enthalte und
3. die subjektiven, inhaltlichen Merkmale »Ausdruck persönlicher Erlebnisse und Erfahrungen und »unmittelbarer Ausdruck der Persönlichkeit des Künstlers«.

Die Herausarbeitung dieser drei Merkmale verleiht dem recht langen und nicht auf Anhieb verständlichen materialen Kunstbegriff eine überzeugende Struktur. Es bleibt jedoch schwierig, Kunst von Handwerk zu unterscheiden, wenn der Grundrechtsträger sich dafür entscheidet, seine Werke in der Formensprache eines tradierten Handwerks herzustellen²⁷.

Denn nahezu jede menschliche Tätigkeit, insbesondere solche, die Gegenstände herstellen oder bearbeiten, können bei genauer Betrachtung vom materialen Kunstbegriff erfasst sein. Es ist nicht auszuschließen, dass jemand seine Lebenserfahrung und Persönlichkeit in der bestimmten Formensprache eines produzierenden Handwerks, etwa der Schneiderei oder eben des Kochens durch schöpferische Tätigkeit zur Anschauung bringt. Dass Kochen Ausdruck individueller Lebenserfahrung und Emotion sein kann, werden gerade auch nicht-professionelle Kochende bestätigen können. Nicht umsonst lautete ein erfolgreicher Werbeslogan »Backen ist Liebe«²⁸.

Die Subsumtion eines zubereiteten Lebensmittels unter den materialen Kunstbegriff kann also im Einzelfall allein von dessen subjektiver Komponente – will der vermeintliche Künstler hier etwas ausdrücken? – abhängen, die sich dem Betrachter bzw. Rechtsanwender nicht durch Betrachtung des Werks alleine erschließt. Ob sich der materiale Kunstbegriff zur Subsumtion von mit dem Kochen zusammenhängenden Sachverhalten eignet, sei hier beispielhaft anhand von gekochten Möhren (Abbildung 1), Mettigeln (Abbildung 2) und einem Schaustück aus Zucker und Krokant (Abbildung 3) geprüft.

27 Ähnlich Amtsgericht Lübeck: Urteil vom 17.06.2015, Az. 61 OWI 751 Js 122336/15 (64/15).

28 So auch ein gleichnamiges, vom Margarinehersteller Sanella initiiertes Backbuch: K. Schanzenbach u.a.: Backen ist Liebe; Die schöne Welt des Backens, München 1998.

Abbildung 1: Gekochte Möhren²⁹

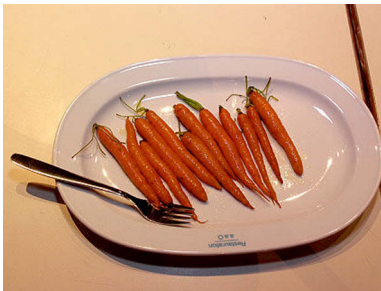


Abbildung 2: Mettigel³⁰



Abbildung 3: Schaustück³¹



29 Quelle: Dieter Froelich, <https://www.restoration-a-a-o.de/fockemuseum/pages/P5221144.html>.

30 Quelle: Dieter Froelich, <https://www.restoration-a-a-o.de/fockemuseum/pages/P1060150.html>.

31 Quelle: Astrid Fleisch, privat.

Alle drei – potentiellen – Werke sind von einem – potentiellen – Künstler hergestellt, sodass das Merkmal der schöpferischen Gestrastrukturelle Parlungstätigkeit erfüllt ist. Alle Schöpfer haben sich eines bestimmten Mediums (Möhren, Mett und Zwiebeln bzw. Zucker und Krokant) bedient. Es kommt also entscheidend darauf an, ob die Mettigel, Möhren oder das Schaustück unmittelbarer Ausdruck der Persönlichkeit des Künstlers, dessen individueller Erlebnisse und Erfahrungen sind.

Manch einem Betrachter wird auf den ersten Blick das Schaustück künstlerischer, da mit mehr offener Kreativität und schöpferischem Aufwand visuell gestaltet, vorkommen. Rein äußerlich wirkt es wie eine Skulptur. Gleichzeitig können bei rein formaler Betrachtungsweise die Mettigel ebenfalls als figürliche Skulpturen betrachtet werden. Ob aber die gekochten Möhren Teil eines gründlich durchdachten Konzeptkunstwerks sind und individuelle Erfahrungen des Künstlers ausdrücken, ist ohne Erforschung der Intention des Künstlers (oder nicht-Künstlers) nicht erkennbar. Gleichzeitig kann das Schaustück ohne jede eigene Kreativität bis auf das letzte Detail die Nachahmung eines auf Zuckerschaustücke fokussierten Anleitungsbuchs³² oder Videos sein. Auch hier ist allein durch Betrachtung des Werks nicht erkennbar, ob persönliche Erlebnisse oder Erfahrungen des Künstlers ausgedrückt werden.

Möglich und vertretbar ist, dass jede kochende Tätigkeit irgendwie, möglicherweise auch unbewusst, von persönlichen Erfahrungen des Kochenden geprägt und daher Ausdruck seiner Persönlichkeit ist. Genauso gut ist aber auch vertretbar, dass jedes menschliche Verhalten mal bewusster, mal unbewusster Ausdruck der jeweiligen Persönlichkeit und Erfahrungen ist. Würde dies genügen, das Verhalten als Kunst zu betrachten, wäre jeder Mensch ununterbrochen dabei, unbewusst Kunst zu schaffen³³. Bei Anwendung des materialen Kunstbegriffs trafe dies erst recht auf jede schöpferische Tätigkeit zu (Schreiben eines Textes jedweder Art, Handarbeiten jeder Art usw.). Aus kunsttheoretischer Sicht mag dies überzeugen – die differenzierte Gewährleistung von Freiheitsrechten nach dem Grundgesetz wäre aber ausgehebelt, würde jegliches menschliche Verhalten in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fallen. Diese Betrachtungsweise ist mit der Systematik des Grundgesetzes

32 Etwa: E. Notter: Zucker und Pastillage; Inspiration, Techniken, Schaustücke, Stuttgart 2012.

33 Joseph Beuys' Kunstbegriff war entsprechend weit und umstritten, dazu etwa H. Lemke: Die Kunst des Essens, S. 62ff.

nicht vereinbar und wird vom Bundesverfassungsgericht als Urheber des materialen Kunstbegriffs auch nicht vertreten. Wenn jeder ständig unbewusst Kunst schüfe, so fiel jeder Sachverhalt unter den schrankenlos gewährleisteten Schutzbereich der Kunstfreiheit, und jedes andere, unter bestimmten Schranken gewährleistete Grundrecht verschwände in der Bedeutungslosigkeit. Insbesondere die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG wäre bei der soeben skizzierten Betrachtungsweise obsolet.

Festzuhalten ist: Für Dritte, seien es Konsumenten oder Rechtsanwender, ist der materiale Kunstbegriff nur dann zur Subsumtion geeignet, wenn die subjektive Komponente erkennbar ist. Ohne über das Werk hinausreichende Informationen wird in der Regel nicht zu erkennen sein, ob Ersteres etwa im Rahmen handwerklicher Produktionstätigkeit oder alltäglicher Versorgung hergestellt wurde, oder ob es sich um den Ausdruck der Persönlichkeit des Herstellenden handelt. Die Intention des Handelnden ist also von entscheidender Bedeutung. Sofern der Rechtsanwender diese nicht kennt, eignet sich der materiale Kunstbegriff nicht zur Bestimmung, ob ein Sachverhalt in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fällt oder nicht.

2.2.2.2 Formaler Kunstbegriff

Nach dem formalen Kunstbegriff³⁴ liegt Kunst dann vor, wenn »bei formaler, typologischer Betrachtung die Gattungsanforderungen eines bestimmten Werktyps erfüllt sind«³⁵, d.h. wenn »eine der klassischen Formen künstlerischer Äußerung«³⁶ (so etwa Lyrik, Malerei, Theater) vorliegt. Es liegt auf der Hand, dass bei dieser Definition »der Kunstbegriff [...] auf einem bestimmten Entwicklungsniveau eingefroren zu werden droht«³⁷, d.h. dass gerade Werke der Avantgarde, die es darauf anlegt, neue Formen künstlerischer Äußerung zu finden, nicht unter den formalen Kunstbegriff fallen³⁸. In der Praxis hat sich der formale Kunstbegriff allerdings dann als hilfreich erwiesen, wenn der streitige Sachverhalt jedenfalls schon unter diesen subsumiert werden und auf diese Weise eine langwierige Erörterung über die Eröffnung des

34 Im Wesentlichen zurückgehend auf die Idee der »Gattungstypik« bei F. Müller, a.a.O., S. 40ff.

35 BVerfGE 67, 213, 226f.

36 Ebd..

37 F. Wittreck in: H. Dreier (Hg.): Grundgesetz, Art. 5 III GG, Rn. 38.

38 Kritisch und ausführlich Schutzlücken aufzeigend daher auch C. Fuchs: Avantgarde und Erweiterter Kunstbegriff, S. 33.

Schutzbereichs vermieden werden konnte³⁹. Vorteilhaft ist am formalen Kunstbegriff auch seine Wertungsneutralität: Da das Vorliegen von Kunst schon dann bejaht wird, wenn ein Werk einer überkommenen Gattung vorliegt, findet eine inhaltliche Kontrolle oder gar Bewertung des Werks durch den Richter nicht statt⁴⁰. Die die Freiheit der Kunst womöglich schon auf Schutzbereichsebene einengende Prüfung der Ernsthaftigkeit der künstlerischen Intentionen, der schöpferischen Leistung, oder auch der Anstößigkeit des Werkes⁴¹ unterbleibt⁴².

Nach Friedrich Müller, dem geistigen Vater des formalen Kunstbegriffs⁴³ sollen auch nach diesem nicht nur etablierte WerkGattungen in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG fallen, sondern auch solche, die »Merkmale an sich [...] tragen [...], die sie potentiell als konventionsbildend ausweisen.«⁴⁴ Der der Einordnung als Kunst allein nach Gattungstypen innewohnenden Gefahr des »Herausdefinierens« von Werken der Avantgarde war sich also auch der Urheber des formalen Kunstbegriffs bereits bewusst. Eine zufriedenstellende Erläuterung dazu, wie sich eine Gattung als »potentiell konventionsbildend« qualifizieren kann, bleibt er seinen Lesern allerdings schuldig. Eine in Neuschnee geritzte Zeichnung könne diesen Anforderungen jedenfalls – ohne dass dies weiter erläutert wird – nicht genügen⁴⁵. Müller vertraut aber darauf, dass sich ein »Konsens von Kunstpublikum und/oder Rechtslehre und Rechtsprechung [...] jedenfalls erzielen lassen [wird], in welchem Sinne auch immer die Entscheidung zu einzelnen neuen, aus anderen Gründen problematischen oder problematisch gewordenen WerkGattungen ausfallen mag.«⁴⁶ Im Ergebnis lagert Müller damit die Definitionshoheit über neue Erscheinungen der Kunst (oder solche, die »problematisch geworden«⁴⁷ sind (!)) an die Verkehrsauffassung des Kunstpublikums (das auch erst zu definieren wäre)

39 So etwa in BVerfGE 67, 213, 226f.; BVerfGE 81, 278, 291.

40 Eingehend zur Gefahr »künstlerisch wertende[r] Vorentscheidungen der rechtsanwendenden Organe« F. Müller, a.a.O., S. 38; zur Unstatthaftigkeit einer richterlichen Niveau- oder Inhaltskontrolle auch BVerfGE 75, 369, 377.

41 Trotz »Anstößigkeit« wurde die Kunsteigenschaft etwa ausdrücklich bejaht in BVerfGE 81, 278, 291.

42 Ausführlich und mit zahlreichen weiteren Nachweisen F. Müller, a.a.O., S. 35f.

43 F. Müller, a.a.O., S. 42f.

44 Ebd.

45 Ebd.

46 Ebd., S. 43.

47 Ebd.

»und/oder«⁴⁸ (sic!) Rechtsanwender aus, was einer völligen Kapitulation des formalen Kunstbegriffs bezüglich seiner Anwendbarkeit auf neuartige oder sich nicht (mehr) im Konsens bewegendem Werkgattungen gleichkommt. Denn ob sich »das Kunstpublikum« gerade bei neuen Erscheinungsformen von Kunst darauf festlegen kann, was »potentiell als konventionsbildend« zu betrachten ist, und ob dies für die Rechtsanwender bindend sein soll (falls der Konsens nicht auch mit diesen zustande kommt), ist nicht vorhersehbar. Das Vertrauen auf die Konsensbildung über neue Kunstgattungen ist gerade deshalb problematisch, weil sich der Konsens genauso auch dahingehend bilden kann, dass eine neue Kunstform nicht mehrheitlich als Kunst anerkannt wird und der Schutz des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG dann nicht auf sie angewandt wird. Gerade solche nicht mehrheitsfähigen Ausdrucksformen und Ergebnisse der Kunst benötigen aber den Schutz der verfassungsrechtlich gewährten Kunstfreiheit. Hinzu kommt, dass, selbst wenn sich ein Konsens bilden sollte, hierfür zunächst ein gewisser Zeitablauf, währenddessen sich der konsensbildende Diskurs entwickeln kann, erforderlich ist. Die ersten, gerade wegen der Neuartigkeit ihrer Tätigkeit besonders schutzbedürftigen Künstler der anzuerkennenden Gattung, müssten also abwarten, ob sich der Konsens zu ihren Gunsten bildet. In diesem Szenario entstünde also bereits auf zeitlicher Ebene eine Schutzlücke gerade da, wo der Schutz des Grundrechts besonders relevant wäre⁴⁹. Der Grundrechtsträger hätte keinen a priori verfassungsrechtlich gewährleisteten Schutz seiner Freiheit sowie keine Rechtssicherheit, sondern müsste auf eine Konsensbildung innerhalb eines nicht näher definierten Personenkreises hoffen.

Der recht einfachen Praktikabilität des formalen Kunstbegriffs in Fällen, die unstreitig einer überkommenen (und nicht »problematisch geworden«⁵⁰) Werkgattung zuzuordnen sind, steht also die Gefahr des »Einfrierens« der Kunstentwicklung⁵¹ entgegen.

Im Rahmen dieser Arbeit besteht zudem die Schwierigkeit, dass die Kunst-eigenschaft von Ausdrucksformen beurteilt werden soll, die bislang durch die einfachgesetzliche Rechtsordnung und deren Anwender in der Mehrzahl der Fälle ohne nähere Prüfung nicht als Kunst sondern beispielsweise als Gewerbe und/oder Handwerk eingeordnet werden. Im Bereich des Kochens zeigt sich

48 Ebd.

49 Hierzu auch ausführlich C. Fuchs: Avantgarde und Erweiterter Kunstbegriff, S. 33.

50 F. Müller, a.a.O., S. 43.

51 So auch F. Wittreck in: H. Dreier (Hg.): Grundgesetz, Art. 5 III GG, Rn. 38 m.w.N.

deutlich, dass ein Konsens zwischen Rechtsanwendern, Publikum, Kunsttheoretikern und Künstlern bei realistischer Betrachtung nicht zu erwarten ist. Wie gezeigt vertreten u.a. namhafte Vertreter der Kunsttheorie und Gastrosophie, Kochen sei eine grundlegende Kunstgattung, und teilweise, jedes Kochen sei stets Kunst⁵². Andererseits ist Kochen an vielen Kunsthochschulen nicht Teil des Lehrplans, was gegen einen Konsens der Anerkennung als Kunstgattung spricht.

Im alltäglichen Sprachgebrauch wiederum ist es durchaus üblich, beim Anblick eines (in der Regel aufwendig zubereiteten) Gerichts spontan von einem »Kunstwerk« zu sprechen. Besonders leicht lässt sich dies in sozialen Netzwerken nachverfolgen: unter dem Stichwort #pastryart etwa sind derzeit⁵³ rund 650.000 Beiträge auf Instagram zu finden. Der Tagesspiegel portraitierte 2017 unter dem Titel »Backe, backe Kunstwerk« drei Grundrechtsträger, die in unterschiedlicher Weise derart mit Kuchen, Zucker und Schokolade umgingen, dass die Zeitung ihre Erzeugnisse ohne Ironie als Kunstwerke bewertete⁵⁴. Ob die Mehrheit des Publikums Kochen ernsthaft als Kunstgattung einordnet, ist statistisch weder in Deutschland noch international erfasst. Ein Konsens, wie er etwa hinsichtlich der Malerei als im allgemeinen Sprachgebrauch vielleicht am festesten etablierter Kunstgattung besteht, ist hier nicht auszumachen. Eine ernsthafte Diskussion über die Anerkennung des Kochen als Kunstgattung im verfassungsrechtlichen Sinne findet in der breiten Öffentlichkeit ebenfalls nicht statt.

Durch einfachgesetzliche Normen wird Kochen in der Regel als Gewerbe und/oder Handwerk eingeordnet. Indizien hierfür sind etwa die ausnahmslose Einordnung der lebensmittelverarbeitenden Berufe als Ausbildungsberufe und die Zulassungspflicht der Berufe Konditor, Bäcker und Fleischer nach § 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 iVm. Anlage A Nr. 30, 31, 32 der Handwerksordnung⁵⁵. Diese grundsätzliche Einordnung auf gesetzlicher Ebene führt in der Regel dazu, dass das Vorliegen von künstlerischer Tätigkeit im Einzelfall nicht

52 Siehe oben (1.).

53 Am 17.07.2019. Zusätzlich gibt es Beiträge unter den verwandten Stichwörtern #pastryarts, #artpastry, #pastryartist, #pastryartworldwide, #artofpastry, #pastryisart, #pastryartlife u.v.m.

54 S. Leimstoll: Backe, backe Kunstwerk, Der Tagesspiegel vom 03.11.2017, S. 16.

55 Gesetz zur Ordnung des Handwerks (Handwerksordnung – HwO), in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. September 1998 (BGBl. I S. 3074; 2006 I S. 2095), die zuletzt durch Artikel 21 des Gesetzes vom 22. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3256) geändert worden ist.

geprüft wird. Backt ein Grundrechtsträger beispielsweise eine Torte, liegt die Einordnung unter den Rechtsbegriff »Konditorei« (also: Handwerk) derart nahe, dass die Anerkennung der Torte als Kunstwerk in den allermeisten Fällen nicht geprüft wird⁵⁶.

Diese naheliegende und in den allermeisten Fällen wohl auch unangefochtene rechtliche Einordnung unterscheidet das Kochen von gänzlich neuen Ausdrucksformen, für die noch gar keine rechtlichen Begriffe zur Verfügung stehen (etwa das Happening). Die erste rechtliche Einordnung eines Happenings kommt an der Prüfung des Vorliegens einer neuen Kunstgattung nicht vorbei. In diesen Fällen stellt sich also nach dem formalen Kunstbegriff die Frage, ob etwa das Happening »konventionsbildende Merkmale« an sich trägt, die Anlass zur Anerkennung einer neuen Kunstgattung geben. Bei dem Beispiel der Torte besteht bereits eine etablierte rechtliche Kategorie (die Konditorei), nur ist diese – bisher – keine etablierte oder jedenfalls verfassungsrechtlich nicht anerkannte Kunstgattung. Es geht also weniger um die Einordnung eines neuen Phänomens unter den Begriff der Kunst als um die Neu- oder Umordnung eines seit jeher bestehenden Phänomens. Hier einen Konsens zu erreichen wird nahezu unmöglich sein, insbesondere, da die Definition des formalen Kunstbegriffs keine Aussage darüber enthält, zwischen wem der Konsens bestehen muss.

Der formale Kunstbegriff hilft also bei der Frage, ob der Schutzbereich der Kunstfreiheit auch das Kochen umfassen kann, nicht weiter. Da das Kochen bisher keine nach allgemeinem Konsens etablierte Kunstgattung ist, müsste die Subsumtion immer verneinend ausfallen. Ob das Kochen potentiell konventionsbildende Merkmale an sich trägt, also als Gattung anerkannt werden kann, ist ebenfalls nicht subsumtionsfähig, da diese Voraussetzung nirgends näher konturiert wird.

Versuch der Etablierung einer bekannten Tätigkeit als Kunstgattung: Vorüberlegung
Nichtsdestoweniger soll an dieser Stelle der Versuch unternommen werden, die Kochkunst grundsätzlich als Kunstgattung zu etablieren. Wie soeben erläutert überzeugt der formale Kunstbegriff aus dogmatischen Gründen nicht. Insbesondere wird auch der folgende Versuch, an der Kochkunst »konventionsbildende Merkmale« auszumachen, im Endeffekt daran krankem, dass er

56 Bestimmte Torten wurden als Kunstwerke anerkannt in AG Lübeck, Urteil vom 17. 06.2015, Az. 61 OWI 751 Js 12336/15 (64/15), hierzu noch näher unten (3.2.7.3).

nur eine Einzelmeinung, aber keinen Konsens darzustellen vermag. Andererseits macht die Wertungsfreiheit des formalen Kunstbegriffs zumindest den Versuch lohnenswert, das Kochen generell als Kunstgattung zu etablieren. Denn der reine Formalismus hat jedenfalls für die etablierten Gattungen den Vorteil, dass staatliche Qualitätskontrolle vermieden wird. Im Folgenden soll also versucht werden, Kriterien aufzustellen, anhand derer eine Kunstgattung erkennbar ist. Es soll geprüft werden, ob eine bestimmte, bereits ausgeübte Tätigkeit (das Kochen) als Kunstgattung anerkannt werden kann. Die Frage ist also hier nicht »Was ist Kunst?« sondern »Woran erkennt man eine Kunstgattung?«.

Diese Fragestellung unterscheidet sich von der unbeantwortbaren Frage nach einer erschöpfenden Definition von Kunst. Es soll hier nicht der Anspruch aufgestellt werden, das Wesen der Kunst erschöpfend zu definieren oder letztgültig zu erkennen. Im Folgenden sollen vielmehr typische Merkmale einer etablierten Kunstgattung (der Musik) aufgezählt und dargestellt werden, die gegebenenfalls auch, und auch gehäuft, beim Kochen vorkommen. Denn potentiell konventionsbildende Merkmale einer gegebenenfalls anzuerkennenden Kunstgattung könnten insbesondere solche sein, die eine strukturelle (nicht: inhaltliche) Ähnlichkeit der anzuerkennenden Gattung mit einer anerkannten, gewissermaßen klassischen Kunstgattung begründen. Bei der Entwicklung bzw. dem Aufzeigen potentiell konventionsbildender Merkmale ist also nach strukturellen Parallelen zu mindestens einer anerkannten Kunstgattung zu suchen.

Daher sollen im Folgenden strukturelle Ähnlichkeiten des Kochens mit der Musik beispielhaft aufgezeigt werden⁵⁷. Unschädlich ist dabei, dass auch andere Tätigkeiten ggf. grundsätzlich strukturelle Parallelen zu etablierten Gattungen aufweisen. Strukturelle Parallelen zwischen der Musik und der Kochkunst bestehen ggf. in vielerlei Hinsicht auch zu anderen Tätigkeiten, etwa der Gärtnerei. Das heißt aber nicht, dass deshalb die Kochkunst keine Kunst sein kann – es heißt höchstens, dass möglicherweise auch die Gärtnerei Kunst ist. Ziel des Aufzeigens »konventionsbildender Merkmale« oder Parallelen zu etablierten Kunstgattungen ist schließlich nicht, den Schutzbereich der Kunstfreiheit so eng wie möglich zu halten, sondern eine sachgerechte Abgrenzung vorzunehmen, die im Sinne der grundsätzlichen Zielrichtung des Freiheitsrechts steht.

57 Parallelen zwischen der Kochkunst und insbesondere der Musik zieht auch J. Dollase: *Kulinarische Intelligenz*, S. 122ff.

Unschädlich ist außerdem, dass die hier aufgezeigten strukturellen Parallelen zwischen den Gattungen Musik und Kochkunst zumindest teilweise auch zu anderen Kunstgattungen bestehen. So wird die Kochkunst auch mit dem Theater⁵⁸ oder der Architektur⁵⁹ verglichen. Ziel dieser Sichtbarmachung der strukturellen Parallelen zwischen zwei Gattungen ist es nicht, Ähnlichkeiten zu anderen Kunstgattungen auszuschließen. Es geht vielmehr darum, aufzuzeigen, inwiefern strukturelle Parallelen zwischen der (noch nicht verfassungsrechtlich allgemein als Kunstgattung anerkannten) Kochkunst und einer unstreitig als klassische Gattung anerkannten Kunstform aufzuzeigen. Dass die Musik eine anerkannte Gattung im Sinne des formalen Kunstbegriffs ist, muss nicht weiter diskutiert werden. Dass sie nicht die einzige anerkannte Kunstgattung ist und im Zweifel strukturelle Parallelen auch zu anderen anerkannten Kunstgattungen aufweist, ist ebenfalls unstreitig und steht der hier vertretenen These, dass auch die Kochkunst strukturelle Parallelen zur Musik aufweist, nicht entgegen. Im Gegenteil: Je mehr die hier besprochenen Gemeinsamkeiten zwischen der Kochkunst und der Musik auch in weiteren etablierten Gattungen auftauchen, desto mehr spricht dies für eine Aufnahme der Kochkunst in den Kanon der anerkannten Kunstgattungen im Sinne des formalen Kunstbegriffs.

Strukturelle Parallelen zwischen der Musik und der Kochkunst

Sowohl die Kochkunst als auch die Musik sind menschliche Tätigkeiten, die in einer Situation resultieren. Diese Situation, anders als etwa ein Gemälde oder ein Roman, ist für den Konsumenten multisensorisch wahrnehmbar, wobei nicht die visuelle Wahrnehmung die primäre Rolle spielt. Bemerkenswert ist auch, dass sowohl die Musik als auch die Kochkunst auch ohne verbale Kommunikation auskommen. Ihre Wirkung auf den Konsumenten ist rein intuitiv-assoziativ-emotional. Gleichzeitig kann sich der Konsument der Situation schwer entziehen: Anders als den Roman, dessen Lektüre man jederzeit unterbrechen und an der gleichen Stelle wiederaufnehmen kann, füllen Klangwellen derart den Raum, dass der einzelne Konsument, sofern er sich in der Situation eines klangerfüllten Raumes befindet, sich dem nicht ohne Weiteres entziehen kann. Er kann auch nicht mit der gleichen, absoluten Wirkung weghören, wie er etwa bei einem Gemälde oder Film einfach in eine andere Richtung schauen

58 Etwa Michel Guérard in: M. Guérard/B. Peeters: *Mémoire de la Cuisine Française*, S. 191.

59 Etwa Ian Ritchie: *Architektur backen*, in: P. Hodgson Hagen/R. Toyka (Hg.): *Der Architekt, der Koch und der gute Geschmack*, S. 146.

oder sich die Augen zuhalten kann. Zugehaltene Ohren haben nur das Beenden der auditiven Wahrnehmung zufolge, wenn die Klänge von vorneherein sehr leise sind. Bei der Kochkunst verhält es sich ähnlich, wenn auch die Sinneseindrücke nicht wie Klangwellen regelmäßig den ganzen Raum füllen. Dies ist allenfalls bei stark duftenden Speisen der Fall. Hat der Konsument jedoch einmal mit dem Verzehr der angebotenen Speise begonnen, so kann er sich ihm schwerlich noch entziehen. Zwar kann er jede Speise, auch zerkaut, noch spontan ausspucken. Dies ist aber eine andere Art, den Kunstgenuss zu unterbrechen als etwa eine Pause beim Lesen eines Romans oder beim Betrachten eines Bildes. Denn genau der ausgespuckte Teil der Speise lässt sich kein zweites Mal genießen, und man kann den Happen auch nicht nach einer zeitlichen Unterbrechung weiterkauen und -verzehren. Dies wäre allenfalls rein theoretisch und nur mit stark verändertem sensorischen Eindruck möglich, und in der Regel entspricht dies nicht der Intention des Kochenden. Hat der Konsument also einmal zu essen begonnen, so befindet er sich in einer Situation, in der multiple Sinneseindrücke auf ihn einwirken, ohne dass er sich dem entziehen kann. Der Tastsinn, der Geruchs-, Geschmacks- und Gehörsinn sind ununterbrochen Eindrücken ausgesetzt, deren Wirkung erst nach dem vollständigen Verzehr wenigstens des einen sich in der Mundhöhle befindenden Happens nachlässt. Diese Sinneseindrücke kann der Konsument nicht mehr bremsen, nicht unterbrechen, in ihrer zeitlichen Abfolge und Intensität kaum beeinflussen. Auch der Dauer der sensorischen Wirkung (etwa Nachgeschmack) ist der Konsument ausgesetzt – ähnlich wie bei einem Musikstück, das den Raum erfüllt, solange es eben klingt. Der Künstler hat durch Musik oder Kochkunst daher eine wesentlich größere Einflussnahmemöglichkeit auf das Erleben des Konsumenten als etwa ein Maler, Autor oder Bildhauer. Sofern sich der Konsument dem Musik- oder Verzehrerlebnis überhaupt auszusetzen bereit ist (also nicht den Raum verlässt oder die Speisen ausspuckt) gibt er sich der sensorischen Fremdbestimmung durch den Künstler wesentlich stärker hin als dies etwa ein Leser oder Betrachter eines Bildes tut. Damit verbunden ist das Zeitmoment, das beim Erleben von sowohl Musik als auch Kochkunst zwangsläufig eine Rolle spielt: Ein Musikstück beginnt, verläuft während eines bestimmten Zeitraums, und ist dann vorbei. Ebenso ist der Verzehr von Speisen zeitgebunden. Zwar ist der Zeitraum, den der Verzehr einer bestimmten Speise einnimmt, weniger klar definiert als die Dauer eines Musikstücks. Auch ist die Dauer des Musikstücks für alle sich im Raum Befindenden gleich. Der Verzehr einer Speise hingegen kann individuell sehr unterschiedlich lange dauern. Er

ist aber ohne Ausnahme zeitlich begrenzt⁶⁰. Nach dem letzten Schluckvorgang hören die sensorischen Eindrücke auf, der Kunstgenuss ist beendet und nicht genau so wiederholbar. Er ist momentgebunden. Auch der zeitliche Ablauf und insbesondere die Reihenfolge der sensorischen Eindrücke ist in der Regel nicht vom Konsumenten, sondern allein durch den Zubereitenden bestimmbar. Wer eine Speise zubereitet, weiß in der Regel, welche sensorischen Eindrücke in welcher Reihenfolge auf den Konsumenten im Laufe des Verzehrs einwirken werden. Dabei geht es nicht nur darum, dass jeder die Speise regelmäßig erst sieht, dann riecht, und dann erst schmeckt (das Ertasten und Hören findet je nach Gericht zu weniger verallgemeinerbaren Zeitpunkten statt). Auch noch in der Mundhöhle entwickelt ein Happen erst seine Wirkung im zeitlichen Verlauf. Es findet ein Ertasten der Texturen durch die Zunge, Riechen und Schmecken statt, außerdem werden ggf. verschiedene Temperatureindrücke wahrgenommen⁶¹. Dies alles geschieht in einer vom Kochenden mehr oder weniger vorhersehbaren zeitlichen Abfolge. Sofern er seine Kunst beherrscht, kann der Kochende weitgehend beeinflussen, welche sensorische Erfahrung der Essende mit einer bestimmten Speise machen wird.

Ein Beispiel: Schon eine klassische Kombination aus Vanilleeis mit heißen Himbeeren und gerösteten Mandelsplittern bietet ein komplexes und doch für den Zubereitenden vorhersehbares multisensorisches Erlebnis. Zunächst betrachtet der Konsument das Ganze und nimmt die verschiedenen Farben, Texturen und ggf. die Bewegung der (am Eis herabrutschenden) Himbeeren wahr. Beim Eintauchen des Löffels ist ein leises Geräusch zu hören, beim Abtrennen eines Löffels voll Eis, Himbeeren und Mandeln ein weiteres. Sobald der Konsument den vollen Löffel in den Mund nimmt, nimmt er zunächst v.a. Kälte wahr, welche das eigentliche Schmecken im ersten Moment unmöglich macht. Sobald das Eis durch die Körpertemperatur in der Mundhöhle und die Vermischung mit den Himbeeren schmilzt, entwickelt es seine Aromen von Vanille, Sahne, Süße usw. Gleichzeitig ist es nun möglich, die Wärme, leichte Säure und Fruchtaromen der Himbeeren wahrzunehmen. Die eher wässrige Textur der Himbeeren bildet gleichzeitig einen Kontrast zur eher fettigen Grundlage des Eises. Die unterschiedlichen Grundlagen der beiden im Endeffekt flüssig-

60 Ähnlich P. Kubelka (siehe oben 1) im Interview mit B. Boerger am 03. April 2001, in: Revolver, Zeitschrift für Film, Heft 5 <https://www.revolver-film.com/hefte/heft-05-kubelka/>.

61 Ausführlich J. Dollase: *Geschmacksschule*, S. 43–50.

cremigen Elemente sorgen für zwei unterschiedliche Gefühle im Mund, welche sich nach und nach mischen. Die Mandeln sind zunächst nur ertastbar und entwickeln ihren eigentlichen Geschmack erst, wenn sie zerkaut werden. Sie zwingen den Konsumenten außerdem zum Kauen (das Schlucken unzerkauter Mandelsplitter ist sehr unangenehm), was sein Erlebnis für den Zubereitenden noch vorhersehbarer macht. Sofern die heißen Himbeeren keine passierte Sauce oder reines Fruchtpüree waren, ist außerdem vorhersehbar, dass sich durch das Kauen Himbeerkerne in den Zähnen bzw. Zahnzwischenräumen des Konsumenten verfangen werden.

Wird musiziert, ist die Vorhersehbarkeit der sensorischen Eindrücke noch absoluter. Der Musiker weiß, wann welcher Ton in welcher Lautstärke, mit welcher Betonung und in welchem Tempo erklingen wird. Er hat über die zeitliche Abfolge der sensorischen Eindrücke eine noch umfassendere Kontrolle als der Kochende. Der Konsument als Hörender hat noch weniger Einflussnahmemöglichkeit an der zeitlichen Abfolge seiner Wahrnehmungen als als Essender. Nichtsdestoweniger besteht in diesem Aussetzen des Konsumenten einer für den Künstler sehr vorhersehbaren sensorischen Wahrnehmung eine strukturelle Parallele zwischen der Musik und der Kochkunst. Dass diese strukturelle Parallele auch zu anderen Kunstformen (etwa: Film, Theater, Tanz) bestehen mag, spricht erst recht für die strukturelle Ähnlichkeit der Kochkunst mit etablierten Kunstgattungen.

Eine strukturelle Parallele zwischen der Musik und der Kochkunst besteht außerdem in ihrer zeitlichen wie örtlichen Universalität. An jedem Ort der Welt musizieren und kochen Menschen. Die Vielfalt der kulinarischen Stile ist dabei so unüberschaubar und facettenreich wie die der musikalischen. Beiden Gattungen gemein ist dabei, dass Kochen stets als Kochen und Musik stets als Musik erkennbar ist, auch wenn die Ausgestaltung im Einzelnen sehr unterschiedlich ausfällt. Musik der indigenen Bevölkerung des Amazonasbeckens ist intuitiv für jeden Hörer genauso als Musik zu erkennen wie gregorianische Gesänge, indische klassische Musik, zeitgenössische Opern oder Techno. Ob der einzelne Hörer diese Musik als angenehm empfindet oder nicht, er erkennt sie intuitiv als Musik. Ebenso intuitiv und ohne weitere Analyse ist Lebensmittelzubereitung als solche zu erkennen. Auch hier unterscheiden sich die Inhalte, Methoden und Stilrichtungen über die Kontinente so wesentlich, dass sie bei näherer Betrachtung kaum etwas miteinander zu tun zu haben scheinen: Sashimi in Japan, Buchweizengrütze in Estland und Bananenchips in Ecuador werden aus unterschiedlichen Rohstoffen mit unterschiedlichen Methoden hergestellt, schmecken und riechen unterschiedlich, sehen unter-

schiedlich aus, haben unterschiedliche Nährwerte und Konsistenzen. Nichts ist ihnen gemein, außer, dass alle drei Gerichte eindeutig und intuitiv als das Ergebnis der Kochkunst identifiziert werden können. Jeder Erwachsene erkennt sowohl Werke der Kochkunst als auch der Musik ohne Weiteres.

Dem steht nicht entgegen, dass sowohl zeitgenössische Spitzenköche als auch zeitgenössische Musiker bzw. Komponisten wie Künstler anderer Gattungen auch versuchen, die Grenzen ihrer Gattungen auszureizen, zu überdehnen und ggf. aufzubrechen. So ist es gerade das Bezeichnende an John Cages Werk »4'33«, dass es Diskussionen darüber provoziert, ob es sich hier überhaupt um ein Werk der Gattung Musik handelt⁶². Ähnlich serviert René Redzepi Moose oder auch lebende Garnelen mit Ameisen (die Ameisensäure soll eine ähnliche gustatorische Funktion wie die traditionelle Zitrone übernehmen), um die Essenden zum Nachdenken darüber, was eigentlich Nahrungsmittel sind, anzuregen⁶³. Dass aber einzelne Vertreter einer Gattung sich mit den Grenzen der Gattung beschäftigen, bekräftigt eher noch die allgemeine Beobachtung, dass die Zuordnung von Situationen zu dieser Gattung in der Regel ohne Weiteres und intuitiv möglich ist.

Die Universalität sowohl der Musik als auch des Kochens zeigt sich auch daran, dass sowohl Essen als auch Musik jeden Menschen mehr oder minder ständig begleitet. Beide Kunstformen sind Teil des menschlichen Alltags. Dementsprechend kann ihre Ausübung ebenso wie ihr Konsum sehr niedrigschwellig und unauffällig bleiben: Das Schlaflied am Bett des Kindes ist ebenso der Musik zuzuordnen wie der Popsong im Radio oder die Opernpremiere, und das Käsebrot vor dem Fernseher gehört ebenso zur Kochkunst wie das aufwendige Menü im Restaurant oder eine Tasse Tee. Dass das Kochen in unserem Alltag allgegenwärtig ist, spricht also nicht ohne Weiteres gegen eine Einordnung als Kunstgattung. Das Beispiel der Musik zeigt, dass eine Kunstgattung problemlos Teil unseres Alltags sein kann, ohne dass es zu einer unkontrollierten Ausuferung des Schutzbereichs der Kunstfreiheit oder ständigem Rechtsmissbrauch kommt. Vielmehr kann sowohl Musik als auch Kochkunst unser Leben ständig begleiten und bereichern, ohne dass

62 Bei diesem Stück in drei Sätzen spielt der Interpret keinen Ton, es handelt sich also um ein stilles Stück, was das Publikum zum Nachdenken über Stille anregt – für viele: L. Lütkehaus: Am Nullpunkt der Stille, in: Neue Zürcher Zeitung, Artikel vom 27.12.2008, https://www.nzz.ch/am_nullpunkt_der_stille-1.1601801.

63 T. Jenkins: 7 Iconic Dishes from René Redzepi, in: Fine Dining Lovers, Artikel vom 04.09.2018, <https://www.finedininglovers.com/article/7-iconic-dishes-rene-redzepi>.

es zum Rechtsmissbrauch kommt. Wie auch in der Musik ist die Zahl der rechtlichen Konflikte, die sich aus einer grundsätzlichen Einordnung der Kochkunst als Kunstgattung im Sinne des formalen Kunstbegriffs ergeben, sehr gering⁶⁴. Selbst wenn jedes Käsebrod und jede Tasse Tee als Kunstwerk betrachtet werden⁶⁵, ergeben sich daraus in der Regel keine Konflikte, erst recht keine rechtlichen. Dass die Kochkunst tagtäglich in unserem Leben eine Rolle spielt, spricht also nicht gegen ihre Anerkennung als Kunstgattung im Sinne des formalen Kunstbegriffs. Vielmehr könnte umgekehrt ihre Anerkennung als Kunstgattung dazu führen, dass sich so mancher der eigenen kreativen Leistung beim Zubereiten von Lebensmitteln bewusster wird und dieser größere Aufmerksamkeit und Wertschätzung entgegenbringt. Anarchische Zustände und Rechtsmissbrauch sind dabei aller Wahrscheinlichkeit nach nicht zu erwarten. Die Wertschätzung der kreativen Leistung bei der Zubereitung von Lebensmitteln im Zusammenhang mit ihrer Anerkennung als Kunstform würde diese vielmehr auf das Niveau der alltäglich gehörten und möglicherweise produzierten Musik heben.

Eine bemerkenswerte Parallele zwischen der Musik und der Kochkunst besteht außerdem darin, dass es in beiden Disziplinen üblich (wenn auch nicht notwendig) ist, abstrakte Konzepte und Anleitungen für die Ausführenden eines Werkes zu notieren. Sowohl Noten als auch Rezepte sind als Ausführungsanweisungen der Notierenden zu verstehen. Nichtsdestoweniger ist keine Ausführung aufgrund dieser Notation bzw. des Rezepts ganz gleich. Keine zwei Musiker spielen dasselbe Stück ganz genau gleich, und kein Rezept wird zweimal zum ganz genau gleichen Ergebnis führen⁶⁶. Je höher der Grad an Professionalität sowohl in der Musik als auch in der Kochkunst, desto stärker sind sich die Ausführenden dieser Einzigartigkeit jeder Ausführung bewusst, was sich am bewussten Einsatz derselben zeigt⁶⁷. Professionelle Dirigenten klassischer europäischer Musik etwa versuchen nicht primär, ein Orchesterstück möglichst genauso aufzuführen, wie ein anderer Dirigent es getan hat oder wie es notiert ist. Dass das Orchester die richtigen Töne im

64 Hierzu noch unten (4.).

65 Wie etwa Beuys das tut, dazu ausführlich H. Lemke: *Die Kunst des Essens*, S. 62ff.

66 So auch P. Kubelka, Interview geführt von B. Boerger am 03. April 2001, in: *Revolver*, Zeitschrift für Film, Heft 5 <https://www.revolver-film.com/hefte/heft-05-kubelka/>.

67 Ähnlich T. A. Vilgis: *Geschmack und Genuss; Ein kunstvolles Arrangement von Physik, Chemie, Biologie und Materialforschung* in: A. Käsmayr (Hg.): *No ART Around; Über die (Un)Möglichkeit, ein Restaurant als Kunst zu betreiben*, S. 75.

richtigen Rhythmus mit der notierten Dynamik im notierten Tempo spielt, wird (anders als im Laienbereich) vorausgesetzt. Auf Basis dieser Grundlage interpretiert aber jeder Dirigent persönlich die immer gleiche Sinfonie, was geübte Hörer auch deutlich heraushören. An ungeübten Hörern gehen freilich Nuancen, die feiner sind als offensichtlich schiefe Töne, oft unbemerkt vorbei. Ähnlich ist es in der Kochkunst: Geübte Esser schmecken den Unterschied zwischen einem mit echter Vanilleschote und einem mit dem synthetischen Aromastoff Vanillin aromatisierten Eis möglicherweise nicht heraus. Sie merken es allenfalls, wenn das Eis stark kristallisiert oder geschmolzen ist. Je professioneller und anspruchsvoller aber der Zubereitende, desto mehr wird er auch einem scheinbar alltäglichen Erzeugnis wie Vanilleeis nach seiner persönlichen Interpretation herstellen. Und wie beim Aufführen eines Musikstücks, das der Interpret nicht selbst komponiert hat, und es dennoch durch seine Interpretation zum Ausdruck seiner persönlichen Erfahrungs- und Gefühlswelt macht, so kann auch der Kochende, selbst wenn er einem Rezept folgt, durch Nuancierung in der Ausführung seine persönliche Note einfließen lassen. Sowohl in der Musik als auch in der Küche kann dies intuitiv und selbstverständlich geschehen, ohne explizite verbale Erklärungen. In der Regel erreicht die ausgedrückte Erfahrungs- und Gefühlswelt durch die non-verbale Kommunikationsmittel Musik oder Essen auch direkt die intuitiv-emotionale Seite der Hörer oder Esser, auch ohne, dass diese sich dessen bewusst wären⁶⁸. Bewusst sind sich dessen allenfalls andere professionelle Musiker bzw. Kochende, sowie Hörer bzw. Esser mit ausgebildeter musikalischer bzw. kulinarischer Intelligenz⁶⁹. Beim Essen wie beim Hören kann man lernen, Nuancen wahrzunehmen, Qualität unabhängig von persönlichen Vorlieben zu beurteilen, fachgerecht zu kritisieren und auch Aspekte wie die übermittelten Emotionen und Assoziationen in seine Beurteilung miteinzubeziehen. Natürlich ist hier, sowohl in der Musik als auch in der Kulinarik, die kulturelle Prägung des Konsumenten mitentscheidend für dessen spontane

68 Zur non-verbale Kommunikation durch Essen u.a. H. Lemke, Die Kunst des Essens, S. 159f., zur »emotionalen Berührung« beim Essen u.a. A. Käsmayr: Der Geschmack der emotionalen Berührung oder kann ich das nochmal haben, bitte? Epikur Journal für Gastrosophie, 01/2019, ohne Seitenangabe, <https://www.epikur-journal.at/de/ausgabe/detail.asp?id=574&art=Artikel&tit=Der%2520Geschmack%2520oder%2520emotionalen%2520Beruehrung%2520oder%2520kann%2520oich%2520das%2520nochmal%2520haben%2C%2520bitte%3F>.

69 Zum Begriff der kulinarischen Intelligenz ausführlich: J. Dollase, Kulinarische Intelligenz, S. 14–34.

Assoziationen und Emotionen beim Hören bestimmter Schallwellen oder Verzehr bestimmter Lebensmittel. So erinnern bestimmte Kekse, sogar oft allein der Einsatz von Zimt, Angehörige des deutschen Kulturkreises spontan und intuitiv an die Weihnachtszeit, wie dies im Übrigen auch bestimmte Melodien tun.

Sowohl in der Musik als auch in der Kochkunst spielen bei der Beurteilung einerseits allgemeingültige Qualitätskriterien⁷⁰, andererseits persönliche Vorlieben und Abneigungen eine Rolle. Wie bei der Musik grundsätzlich beurteilbar ist, ob etwa ein Sänger die Töne sauber erreicht oder ein Instrumentalist sein Instrument beherrscht, so ist auch in der Kochkunst allgemein feststellbar, ob ein Gericht technisch gelungen ist. Zwar kann es in beiden Gattungen zu (oft unzureichendem Vorwissen des Konsumenten geschuldeten) Missverständnissen kommen, etwa wenn ein deutscher Esser das Steak eines französischen Restaurants als zu roh zurückweist oder ein Hörer Vierteltöne in einer zeitgenössischen Komposition als schief empfindet. Derartige Missverständnisse spielen sich aber in beiden Gattungen eher in der Laiensphäre ab. Je mehr einschlägige Vorbildung beim Konsumenten vorhanden ist, desto klarer kann er Urteile über die Qualität der technisch-handwerklichen Ausführung eines Musikstücks oder Gerichts fällen. Wer sich mit Klaviermusik nicht auskennt, den stört die Verwendung eines Synthesizers statt eines Klaviers wenig – ähnlich stören sich viele in dieser Hinsicht ungebildete Esser nicht an der Verwendung von Margarine statt Butter.

Sowohl die Musik als auch die Kochkunst weisen außerdem eine erhebliche Bandbreite an Subgattungen auf. In der Musik reicht diese von indischer Klassik über arabische Schlager hin zu zeitgenössischer amerikanischer Oper und Dubstep – demgegenüber stehen in der Kochkunst vielfältige Subgattungen von japanischem Sashimi über marokkanische Tajines bis hin zu Softeis oder Champagnercocktails. Mancher Konsument kann mit bestimmten Gattungen (etwa Schlager oder Softeis) grundsätzlich nichts anfangen, eine andere Gattung bringt ihm grundsätzlich Freude (etwa Kammermusik oder Sushi). Hier spielen persönliche Vorlieben oder eben Abneigungen eine Rolle, denen durch Argumente schwer beizukommen ist – in diesem Sinne gilt der oft angeführte Grundsatz, über Geschmack lasse sich nicht streiten. Auseinandersetzungen über Geschmack im Sinne von persönlichen Vorlieben führen tatsächlich in der Regel nicht weiter – Geschmack im Sinne des multisensorischen Eindrucks beim Essen ist hingegen wie jeder andere Sinneseindruck der ästheti-

70 Hierzu auch J. Dollase: Kulinarische Intelligenz, S. 35–39.

schen Beurteilung und Auseinandersetzung zugänglich⁷¹. Wenn auch die Intensität der individuellen Geschmacksempfindungen variieren⁷² – wie das im Übrigen auch die Sensibilität des Gehörs oder das Sehvermögen tun – so besteht doch wie in der Musik oder anderen Bereichen der Ästhetik die Möglichkeit, über die Qualität eines Geschmackserlebnisses bzw. einer Speise (und den damit verbundenen multiplen Sinneseindrücken), eine Auseinandersetzung zu führen, die über rein subjektive Vorlieben oder Abneigungen hinausgeht. Wie etwa in der Musik der Einsatz von Tempi, bestimmten Akkorden, Tonarten oder auch technischen Elementen (etwa in der elektronischen Musik), so kann in der Kochkunst etwa der Einsatz bestimmter Gewürze, Texturen, farblicher Elemente oder Garmethoden diskutiert werden. Wie in der Musik saubere Töne oder die Atemtechnik im Gesang objektive Kriterien sind, die jeder geübte Hörer bemerken wird, so sind dies in der Kochkunst etwa der Gargrad, die Stabilität einer Emulsion oder saubere Schnitte⁷³. Sowohl in der Musik als auch in der Kochkunst bestehen also Qualitätskriterien, über die sich die professionelle Welt weitgehend einig ist, auch wenn die individuell empfundene Freude aufgrund eines einzelnen Hör- oder Esserlebnisses trotzdem sehr unterschiedlich ausfallen kann. In beiden Gattungen ist es möglich, mit Traditionen zu brechen, bewusst Elemente einzusetzen, die nach der klassischen Schule als schlecht gelten, oder Stilrichtungen zu verweben. Beispiele hierfür sind in der Musik die von vielen Hörern intuitiv als unangenehm empfundene Zwölftonmusik oder der Einsatz von Vogelgesang in elektronischer Musik⁷⁴. In der Kochkunst war die Kombination von Foie Gras und Essig in einem Salat erstmal ein Skandal⁷⁵.

Zwischenergebnis

Zwischen der Kochkunst und der Musik als anerkannte Kunstgattung bestehen zahlreiche strukturelle Parallelen. Zur Anerkennung der Kochkunst

71 Ausführlich hierzu: H. Lemke, *Die Kunst des Essens*, S. 151–192, ebenso J. Dollase: *Kulinarische Intelligenz*, S. 102f., 124.

72 Vgl. J. Dollase: ebd., zur körperlichen Wahrnehmung von Essen ausführlich etwa T. A. Vilgis: *Geschmack und Genuss*; Ein kunstvolles Arrangement von Physik, Chemie, Biologie und Materialforschung in: A. Käsmayr (Hg.): *No ART Around*; Über die (Un)Möglichkeit, ein Restaurant als Kunst zu betreiben, S. 75–87.

73 Vgl. J. Dollase: *Kulinarische Intelligenz*, S. 124.

74 Wie Dominik Eulberg dies tut, <https://dominik-eulberg.de/>.

75 Durch Michel Guérard, vgl. M. Guérard/B. Peeters: *Mémoire de la Cuisine Française*, S. 79.

als Kunstgattung im Sinne des formalen Kunstbegriffs reicht dies aber nicht aus, da diesbezüglich kein Konsens besteht. Der Anwendung des formalen Kunstbegriffs steht insbesondere die Unklarheit darüber, wie ein Konsens feststellbar sein und zwischen wem dieser bestehen soll, entgegen. Grundsätzliche dogmatische Bedenken sprechen also gegen die Anwendung des formalen Kunstbegriffs, auch wenn sich gute Argumente für die grundsätzliche Anerkennung des Kochens als Kunstgattung finden lassen.

2.2.2.3 Offener Kunstbegriff

Nach dem offenen Kunstbegriff liegt »das kennzeichnende Merkmal einer künstlerischen Äußerung darin [...], daß es wegen der Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehalts möglich ist, der Darstellung im Wege einer fortgesetzten Interpretation immer weiterreichende Bedeutungen zu entnehmen, so dass sich eine praktisch unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergibt«⁷⁶. Es wird vertreten, der offene Kunstbegriff laufe nicht Gefahr, Kunstformen von vorneherein auszugrenzen (wie etwa der formale Kunstbegriff, s.o.)⁷⁷. Dem ist zuzustimmen, insofern der offene Kunstbegriff keine Aussage darüber enthält, ob ein Werk einer anerkannten Gattung zugehörig sein oder einer tradierten Form entsprechen muss. In der Praxis besteht allerdings die Gefahr, dass der Rechtsanwender Werke nicht als Kunst anerkennt, weil er die »unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung« nicht als solche zu erkennen weiß. Gerade bei Werken ungewohnter Art, zu denen (noch) wenig interpretierende Literatur vorliegt, ist es nicht unwahrscheinlich, dass ein Rechtsanwender dem fraglichen Kunstwerk nur eine sehr wenig weitreichende, einseitige Interpretationsmöglichkeit zu entnehmen in der Lage ist, möglicherweise auch gar keine. Das Vorliegen »unerschöpflicher« Interpretationsmöglichkeiten als Voraussetzung der Anerkennung eines Werkes als Kunstwerk ist ein hohes Ideal, dem nicht jedes Werk gerecht werden dürfte. Bei diesem Kunstbegriff kommt es zudem nicht nur auf das Werk und die diesem innewohnenden Interpretationsmöglichkeiten, sondern mindestens ebenso sehr auch auf die Fähigkeit des Betrachters, diese zu erkennen, an. So fragt Peter Kubelka anhand jeder (!) Wiener Cremeschnitte »wenn das keine theoretische Abhandlung ist, dann weiß ich nicht, was soll das sonst

76 BVerfGE 67, 213, 227 m.w.N.

77 Gemäß F. Wittreck in: H. Dreier (Hg.): Grundgesetz, Art. 5 III GG, Rn. 39.

sein?⁷⁸, und Anna Bürkli schreibt über ein Menü aus klarer Wildbrühe mit Brot, Fasan mit Linsen und Spätzle, klarer Wildsülze mit Ackersalat und Grießschnitten mit eingemachten Kirschen eine ausführliche Interpretation, nach der es »ein in reale Essen umgesetztes Stillleben, das seine komplexe Botschaft als »memento mori« nicht an die Bildungsbürgergesellschaft, sondern an eine bürgerlich-bäuerliche Mischkultur richtet«⁷⁹ sei. Umgekehrt kann nicht jeder Betrachter selbst einem für die Kunstgeschichte so wesentlichen Werk wie Marcel Duchamps »Fountain«, einem signierten Pissoir, oder einer einfarbig angemalten Leinwand, eine »unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung« entnehmen. Gerade, als diese Werke Neuheiten und daher besonders schutzbedürftig waren, dürfte die Vielstufigkeit ihres Aussagegehalts nicht jedem vermittelbar gewesen sein⁸⁰. Auch Joseph Beuys' »Badewanne«, welche mit Heftpflastern, Mullbinden, Fett und Kupferdraht versehen war und von Uneingeweihten »gesäubert« und zum Gläserspülen benutzt wurde⁸¹, verdeutlicht das Problem, dass sich die Vielschichtigkeit der Informationsvermittlung bei Kunst nicht jedem gleichermaßen erschließt.

Der offene Kunstbegriff birgt daher aufgrund seines hohen Anspruchs nicht nur an das Werk, sondern auch an den Betrachter, die Gefahr, dass gerade schwer zugängliche, neuartige Werke nicht als solche anerkannt werden. Kehrt man zum Beispiel der Mettigel, gekochten Möhren und dem Schaustück zurück, ist es allein durch Betrachten der Werke und mit etwas Fantasie und/oder Kunstverständnis durchaus möglich, diesen unerschöpfliche Interpretationsmöglichkeiten zu entnehmen. Gleichzeitig ist allein anhand der Betrachtung oder des Verspeisens der Werke nicht zu erkennen, ob der jeweilige Schöpfer überhaupt eine vielstufige Informationsvermittlung oder aber allein die Sättigung und/oder den sinnlichen Genuss des Konsumenten anstrebt. Auch der offene Kunstbegriff eignet sich folglich nur zur Subsumtion von Werken oder Sachverhalten, zu denen Hintergrundinformationen, Interpretationshilfen und hierbei insbesondere Informationen über die Intention des Schöpfers vorliegen.

78 Interview mit Peter Kubelka, geführt von B. Boerger am 03. April 2001, in: *Revolver*, Zeitschrift für Film, Heft 5 <https://www.revolver-film.com/hefte/heft-05-kubelka/>.

79 A. Bürkli: Kochprojekte in der Kunst der Gegenwart, in: *kunsttexte* Sektion Gegenwart, Nr. 3/2009, S. 1–7, S. 1f.

80 Zur besonderen Schutzbedürftigkeit der Avantgarde auch C. Fuchs: *Avantgarde und Erweiterter Kunstbegriff*, S. 39.

81 Hierzu etwa J. Lutteroth: *Gescheuerte Kunst*, in: *Spiegel*, Artikel vom 09.12.2011, <https://www.spiegel.de/geschichte/skandal-um-beuys-badewanne-a-947414.html>.

Der offene Kunstbegriff eignet sich also nur dann zur Abgrenzung des Schutzbereichs der Kunstfreiheit, wenn die Intention des (potentiellen) Künstlers im Moment des zu beurteilenden Verhaltens dem Betrachter bekannt ist. Ist dies nicht der Fall, bietet nahezu jede Situation und jeder Gegenstand dem einen unerschöpfliche Interpretationsmöglichkeiten, dem anderen nicht.

Gleichzeitig birgt der offene Kunstbegriff das Problem, dass nicht jeder Künstler selbst seinem Werk unerschöpfliche Interpretationsmöglichkeiten entnehmen kann oder will. Manch ein Bild soll womöglich nur schön sein oder strebt die möglichst realitätsnahe Wiedergabe dessen, was der Maler sah, an. Manch ein Roman oder Film soll vielleicht keine vielstufige Informationsvermittlung sein, sondern »nur« eine Geschichte erzählen. Welcher Popsong oder Schlager unerschöpfliche Interpretationsmöglichkeiten birgt, ist nicht immer unstreitig feststellbar. Der Schutzbereich der Kunstfreiheit schützt aber gerade nicht nur gelungene, vieldeutige, »tiefgehende« Werke, sondern auch »banale« Kunst⁸². Die isolierte Anwendung des offenen Kunstbegriffs kann also im Einzelfall zu einer staatlichen Inhalts- oder Niveauekontrolle führen, die dem Schutzzweck der Kunstfreiheit zuwiderliefe⁸³. Wenn also einerseits die Intention des Schöpfers, künstlerisch tätig zu sein, vorhanden sein muss, so muss dies andererseits auch genügen. Vom Künstler die Intention und den Erfolg zu verlangen, vielstufige Informationsvermittlung mit unerschöpflichen Interpretationsmöglichkeiten zu schaffen, würde den Schutzbereich der Kunstfreiheit derart eng begrenzen, dass »banale« Werke von vorneherein nicht als Kunst betrachtet würden. Diese Niveauekontrolle auf Schutzbereichsebene ist Einfallstor staatlichen Kunstrichtertums⁸⁴ und kann zum Ausschluss ganzer Richtungen, wie etwa rein dekorativer Kunst oder »nur schöner« Musik führen, denen der Rechtsanwender keine vielstufige Informationsvermittlung abgewinnen kann. Der Ausschluss »banaler« Werke bietet restriktiven Rechtsanwendern zudem die Möglichkeit, unliebsame, gegebenenfalls regierungs- oder systemkritische Werke als »banal« abzutun und

82 Historisch interessant zur Differenzierung zwischen »ernster« und »unterhaltender« Kunst vor Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung J. Würkner: Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst, S. 25–27.

83 So, allerdings ohne Bezugnahme speziell auf den offenen Kunstbegriff, auch BVerfGE 75, 369, 377: »eine Niveauekontrolle, also eine Differenzierung zwischen »höherer« und »niederer«, »guter« und »schlechter« [...] Kunst liefe demgegenüber auf eine verfassungsrechtlich unstatthafte Inhaltskontrolle hinaus«, m.w.N.

84 Begriff u.a. bei I. Pernice in: H. Dreier: Grundgesetz, Art. 5 III (Kunst), Rn. 13.

sie auf diese Weise von vorneherein aus dem Schutzbereich der Kunstfreiheit auszunehmen. Die staatliche Beurteilung künstlerischer Qualität kann dabei mit der Einordnung als Kunst oder »Nichtkunst« verschwimmen⁸⁵.

Die Subsumtion gerade des Kochens unter den offenen Kunstbegriff setzt beim Rechtsanwender ein hohes Maß an Problembewusstsein sowie die Bereitschaft und Fähigkeit voraus, vielstufige Informationsvermittlung in Essbarem überhaupt als solche zu erkennen und anzuerkennen. Wenn auch der Gastrokritiker Dollase vertritt, »dass jeder kulturelle Dünkel gegenüber der Kochkunst sich aus einer gravierenden Unkenntnis nährt«⁸⁶, so kann insbesondere aufgrund des mangelnden gesellschaftlichen Konsenses hinsichtlich der Kunsteigenschaft des Kochens nicht davon ausgegangen werden, dass jeder Rechtsanwender vielstufige Informationsvermittlung in Speisen erkennt. Zudem kann auch ein Werk der Kochkunst »nur« dem Wohlgeschmack und der Ästhetik⁸⁷ gewidmet sein, wie auch Werke anerkannter Gattungen – etwa Bilder – »nur schön« sein können. Dass Köche in ihren Werken zitieren, andeuten, überraschen, provozieren usw. ist – wie in vielen hochspezialisierten Bereichen – nur wenigen Experten bekannt⁸⁸. Die oben abgebildeten Mettigel und gekochten Möhren etwa waren Teil einer Aktion des Künstlers Dieter Froelich, der 2009 im Rahmen seiner umfangreichen Arbeit zum Kochen als Kunstgattung ein »Gastmahl« mit dem Thema »Manierismus in der Speisengestaltung« veranstaltete⁸⁹. Die Speisen enthalten eine auf Froelichs ausführlicher theoretischer Arbeit beruhende vielstufige Informationsvermittlung⁹⁰. Für den Betrachter bzw. Esser ist dies aber nicht ohne Weiteres erkennbar. Mettigel mögen bei dem einen Assoziationen an eine Familienfeier, bei dem anderen Widerwillen und beim Dritten Belustigung auslösen. Dass sie im konkreten Fall Teil und Ausdruck einer ironisch-kritischen Auseinandersetzung mit »Manierismus in der Speisegestaltung« sind, weiß nur, wer sich mit Froelichs Arbeit bereits beschäftigt hat. Noch schwerer zu erkennen ist dies im Falle der gekochten Möhren, die für viele einfach nur Nahrung ohne jegliche Interpretationsmöglichkeit darstellen dürften.

85 Vgl. I. Pernice in: H. Dreier: Grundgesetz, Art. 5 III (Kunst), Rn. 13 m.w.N.

86 J. Dollase: Kulinarische Intelligenz, S. 124.

87 Zum Begriff der Ästhetik bei Speisen ausführlich H. Lemke: Die Kunst des Essens, S. 151–192.

88 Zu teils unbewussten Zitaten und mangelnden Quellenverweisen beim Kochen etwa D. Froelich: Hört auf zu kochen, a.a.O., S. 230.

89 https://www.restauration-a-a-o.de/seiten/fset_aao.html.

90 Ausführlich dazu unten (3.2.5.3).

Gerade im Zusammenhang mit Lebensmitteln bzw. Werken der Kochkunst besteht also die Gefahr, dass eine vielstufige nonverbale Informationsvermittlung nicht wahrgenommen und die Kunsteigenschaft des Werks bzw. die Intention des Kochenden, Kunst zu schaffen, daher verkannt wird. Gerade weil Lebensmittel in unserem Leben allgegenwärtig sind, besteht das Risiko, dass sich jeder für einen Experten hält. Bezüglich anderer Kunstgattungen, wie etwa Malerei oder Musik, weiß der Rechtsanwender in der Regel, ob er sich auskennt, und kann auch einschätzen, wann er Expertise von Dritten benötigt. Jeder weiß, dass er nicht hinsichtlich jeder Kunstgattung selbst Experte ist. Beim Essen aber, das in unser aller Leben täglich eine Rolle spielt, besteht das Risiko, dass manch einer sich schon dadurch für einen Experten hält, dass er täglich isst. Es kann also sein, dass Expertise gar nicht erst eingeholt, Sachverhalte gar nicht erst ausführlich ermittelt werden, weil der Rechtsanwender meint, die Situation auch selbst einschätzen zu können – gekochte Möhren dürfte schließlich jeder beurteilen können. Jeder, der aber meint, gekochte Möhren anhand seiner eigenen Erfahrung ohne Weiteres einordnen zu können, läuft Gefahr, die darin enthaltene vielstufige Information zu verpassen. Gerade hinsichtlich der Kochkunst ist die alleinige Anwendung des offenen Kunstbegriffs zur Beantwortung der Frage, ob ein bestimmter Sachverhalt in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fällt, also nicht geeignet. Wer grundsätzlich nichts Künstlerisches im Kochen vermutet, erkennt möglicherweise nicht, dass das mit seiner mangelnden Auseinandersetzung mit dem Thema zusammenhängt, weil er schließlich täglich isst und daher glaubt, sich mit dem Thema auseinandergesetzt zu haben.

Auch bei der Subsumtion des Kochens unter den offenen Kunstbegriff stellen sich also Abgrenzungs- und Handhabungsschwierigkeiten. Die Einordnung mit dem Kochen zusammenhängender Sachverhalte als Kunst hängt (noch) stärker als bei den bisher betrachteten Begriffen vom Betrachter bzw. Konsumenten ab. Zudem ist der Begriff nicht zur Subsumtion geeignet, solange der Rechtsanwender nicht weiß, ob der vorliegende Sachverhalt als künstlerische Betätigung gemeint ist oder nicht.

2.2.2.4 Begrenzungsversuche auf gesetzeskonformes Handeln

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat zeitweilig versucht, den Schutz der Kunstfreiheit bereits auf Schutzbereichsebene auf gesetzesmäßige Tätigkeiten zu

begrenzen. So schloss es im Falle des »Sprayers von Zürich« Harald Naegeli eine Eröffnung des Schutzbereichs der Kunstfreiheit aus, da dieser in fremdem Eigentum stehende Häuser bemalt hatte⁹¹.

Richtigerweise hat es diesen Ansatz nicht aufrechterhalten. Der Ausschluss von Verstößen gegen einfaches Recht aus dem Schutzbereich der Kunstfreiheit stellt die Dogmatik des vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechts auf den Kopf. Denn die künstlerische Tätigkeit einschränkende einfachgesetzlichen Normen müssen am verfassungsrechtlichen Maßstab der Kunstfreiheit gemessen werden. Schränkt ein Gesetz oder sonstiges staatliches Handeln künstlerische Tätigkeit ein, so ist dies ein Eingriff in den Schutzbereich der Kunstfreiheit. In einem zweiten Schritt kann dieser Eingriff aufgrund spezifischer Rechtfertigungsgründe als zulässig oder unzulässig beurteilt werden⁹². Die Nichteröffnung des Schutzbereiches bei gesetzeswidrigem Handeln lässt es zu dieser zweiten Prüfung gar nicht erst kommen und höhlt den Schutz des Grundrechts dadurch aus. Es ist gerade Sinn der vorbehaltlos gewährleisteten Kunstfreiheit, dass nur verfassungsmäßige Gesetze überhaupt zur Anwendung kommen und jeder Eingriff als Einzelfall anhand der spezifisch für das Grundrecht der Kunstfreiheit entwickelten Maßstäbe geprüft wird.

Ein zeitgenössisches Beispiel dafür, dass gerade der Bruch einfachgesetzlicher Normen die künstlerische Tätigkeit ausmacht, ist das Künstlerkollektiv Yomango⁹³. Es handelt sich hierbei um ein Künstlerkollektiv, das Eigentum grundsätzlich als Diebstahl betrachtet und daher Ladendiebstahl als Kunstaktion organisiert und inszeniert. Wie die Motive Harald Naegelis oder anderer Street-Art-Künstler auf Leinwand oder einem anderen im Eigentum des Künstlers stehenden Untergrund ihren wesentlichen Reiz einbüßen würden, so ginge auch die Kernaussage des Künstlerkollektivs Yomango »Eigentum ist Diebstahl« verloren, wenn es bei seinen Aktivitäten auf den Ladendiebstahl verzichtete. Die unstreitig eigentumsverletzenden Aktionen des Kollektivs fallen also in den Schutzbereich der Kunstfreiheit. Ob sie dennoch als Diebstahl staatlich sanktionierbar sind, ist erst im folgenden Schritt zu prüfen. Diese

91 BVerfG (Vorprüfungsausschuss), Beschluss vom 19.03.1984, 2 BvR 1/84, NJW 1984, 1293–1295.

92 Zur Dogmatik der Eingriffsprüfung ausführlich etwa H. Jarass, in: ders./B. Pieroth: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 5 Rn. 1283–128.

93 Ausführlich dargestellt etwa bei H. Lemke, Die Kunst des Essens, S. 100ff.

Prüfung entfällt aber, wenn man ihnen den Schutz der Kunstfreiheit von vorneherein verwehrt.

In der Literatur

Friedrich Müller vertritt, gesetzeswidriges Handeln »bei Gelegenheit« der Kunstausübung solle vom Schutzbereich der Kunstfreiheit ausgeklammert sein. Als Beispiel führt Müller den Bildschnitzer an, der Holz stiehlt⁹⁴. Auch dieser Ansatz überzeugt jedoch nicht und hat sich auch nicht durchgesetzt. Insbesondere wird bei Müller nicht deutlich, was mit dem Begriff »bei Gelegenheit« gemeint ist⁹⁵ und wer im Einzelfall zu entscheiden befugt ist, ob eine bestimmte, etwa vorbereitende Tätigkeit bereits zum (geschützten) Werkbereich gehört oder nur »bei Gelegenheit« der Kunstausübung anfällt. Über den beispielhaft angeführten und offenbar fiktiven Holzdiebstahl erfährt der Leser nichts, insbesondere nichts zur Motivation des Künstlers, zu den Umständen, zur Erforderlichkeit des Holzes zur Kunstausübung oder dergleichen. Zur Beurteilung, ob der Holzdiebstahl Teil der Kunstausübung oder ein davon losgelöstes Verhalten des Künstlers ist, wären diese Aspekte aber relevant. Müller gibt hierzu genauso wenig Auskunft wie er erklärt, warum der Holzdiebstahl nicht als die Kunstausübung erst ermöglichende und damit zu dieser gehörende Handlung gezählt wird⁹⁶. Zu betonen sei nur, dass künstlerische Tätigkeit schwerlich in die »eigentliche« künstlerische Tätigkeit und in vom Schutzbereich ausgeschlossenes, nur vorbereitendes und nachträgliches Handeln »bei Gelegenheit« unterteilt werden kann.

2.2.2.5 Normoffener Kunstbegriff

Der »normoffene Kunstbegriff« wurde von Bernhard Schneider anlässlich seiner Arbeit zur Baukunst, d.h. Architektur, entwickelt⁹⁷. Angesichts der zahlreichen in die Gestaltungsfreiheit des Architekten eingreifenden Regelungen des öffentlichen Baurechts stellt sich Schneider die Frage, wie diese dogmatisch mit der vorbehaltlos gewährleisteten Kunstfreiheit zu vereinbaren sind.

In dieser Arbeit ist Schneiders Ansatz deshalb von besonderem Interesse, weil die »Baukunst« Parallelen zur Kochkunst aufweist. Beide »Kunst-«Begriffe sind althergebracht und in der Alltagssprache etabliert – ob dies für die ver-

94 F. Müller, a.a.O., S. 105.

95 Kritisch auch B. Schneider: Die Freiheit der Baukunst, S. 146f.

96 Ähnlich B. Schneider, a.a.O., S. 147.

97 B. Schneider, a.a.O., S. 145 ff insbes. S. 164ff.

fassungsrechtliche Einordnung als Kunst reicht, ist damit aber nicht geklärt. Die Objekte bzw. Produkte beider Felder sind zudem solche, die nicht allein der ästhetischen Anschauung dienen. So ist ein Gebäude in der Regel mehr bzw. etwas Anderes als eine begehbare Plastik – es dient dem Wohnen, Arbeiten oder anderen Formen der praktischen Benutzung. Auch die architektonisch spektakulärste Brücke dient der Überquerung einer Untiefe. Ähnlich dient auch das ausgetüfteltste Gericht zumindest auch der Sättigung des Essers oder trägt jedenfalls dazu bei, ob dieser vor dem Verspeisen Hunger verspürt hat oder nicht. Diese Wirkung ist beim Essen sogar noch unvermeidbarer als bei Gebäuden: Manche Bauwerke, etwa eine Brücke, können allein durch visuelle Wahrnehmung erfahren werden – d.h. auch, ohne sie zu betreten. Andere Bauwerke, gerade Gebäude, müssen zumindest dann betreten werden, wenn man mehr als die Fassade erfahren möchte. Oft, etwa bei Konzerthäusern, Bibliotheken oder auch Wohnhäusern, erschließt sich die ganze Idee des Architekten erst in der Benutzung, wenn etwa eine besondere Akustik oder eine besondere Zimmereinteilung ihre Wirkung erst beim Konzert oder durch das Bewohnen entfalten können. Bei Objekten der Kochkunst ist dieser Effekt noch stärker: Wenn auch viele Gerichte spektakulär aussehen, entfalten sie doch ihre ganze Wirkung erst, wenn sie verspeist werden. Ihre Würdigung unter rein ästhetischen, wissenschaftlichen oder sonstigen Gesichtspunkten ist daher immer nur in Verbindung mit einer gewissen Wirkung auf den Organismus des Konsumenten möglich. Auch wer aus reiner Neugierde und ohne auch nur den geringsten Hunger oder sogar Appetit zu verspüren etwas probiert, was auch offenbar nicht im engeren Sinne zur Ernährung des Konsumenten gedacht war (etwa Süßigkeiten), nimmt dieses Objekt in seinen Organismus auf und erfährt eine gewisse körperliche Wirkung über die rein sinnliche bei der Verkostung hinaus (etwa eine Steigerung des Blutzuckerspiegels oder leichte Übelkeit)⁹⁸.

Ob ein Bauwerk als Kunstobjekt und die Architektur als Kunstgattung einzuordnen ist, ist daher ebenso differenziert zu beurteilen, wie die Frage, ob ein Gericht ein Kunstobjekt und die Kochkunst als Kunstgattung einzuordnen ist.

Mit der Entwicklung seines »normoffenen« Kunstbegriffs strebt Schneider aber offenbar nicht an, erst durch Subsumtion unter diesen Begriff festzustellen, ob die Architektur bzw. bestimmte Sachverhalte der Architektur unter den

98 Ausführlich hierzu etwa B. Waldenfels: *Foreign Food and Table Arts*; in: N. van der Meulen/J. Wiesel (Hg.): *Culinary Turn; Aesthetic Practice of Cookery*, S. 219ff.

verfassungsrechtlichen Kunstbegriff fallen. Vielmehr stellt er die Kunsteigenschaft der Baukunst und damit die Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 3 GG einfach fest⁹⁹. Die grundsätzliche Eröffnung des Schutzbereiches wird also nicht im Einzelnen problematisiert, sondern schlicht vorausgesetzt. Wird die Architektur jedoch grundsätzlich als Kunstgattung betrachtet, so sind die vielfältigen in die Gestaltung eines Bauwerks eingreifenden Vorschriften sämtlich als Eingriffe in die Kunstfreiheit zu sehen, die anhand der strengen Maßstäbe des Art. 5 Abs. 3 GG auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen sind¹⁰⁰. Beispiele sind etwa Vorgaben zum Maß der baulichen Nutzung in Bebauungsplänen, Vorschriften des Denkmalschutzes oder auch kommunale Gestaltungssatzungen.

Schneider kommt nach ausführlicher und zutreffender Kritik verschiedener Versuche, die vorbehaltlose Gewährleistung der Kunstfreiheit in einen (ungeschriebenen) einfachen Gesetzesvorbehalt umzuinterpretieren¹⁰¹, zu dem Schluss, »dass die Dogmatik der Kunstfreiheit« den besonderen Anforderungen des Lebensbereichs Architektur nur auf der Ebene des Schutzbereiches gerecht werden« könne¹⁰². Außerdem stellt er fest, dass manche Grundrechte »normgeprägt« bzw. »rechtlich strukturiert« (etwa das Eigentumsrecht), manche aber »natürlich«, also »vor-rechtlich fundiert«, seien¹⁰³. Die von Letzteren betroffenen Lebensbereiche bestünden unabhängig von der Existenz eines Rechtssystems, so etwa die Grundrechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit¹⁰⁴.

Hierauf aufbauend bezeichnet Schneider im Weiteren die Kunstfreiheit als »normoffen«. Diese »Normoffenheit« bedeutet laut Schneider die »Eröffnung einer staatlichen Gestaltungsbefugnis«¹⁰⁵ dahingehend, dass bestimmte »Teilschutzbereiche«¹⁰⁶ der Kunstfreiheit »mehr oder minder«¹⁰⁷,

99 B. Schneider, a.a.O., S. 88.

100 Zu Schutzbereich und Schranken der Baukunst auch J. Würkner, a.a.O., S. 171.

101 Etwa durch Begrenzung des Schutzbereiches auf »auch sonst erlaubtes Verhalten« bei B. Pieroth/B. Schlink: Grundrechte, Rn. 616f. und die »Gelegenheitstheorie« bei F. Müller: Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, S. 105, beides zitiert nach B. Schneider, a.a.O., S. 158 bzw. S. 146f.

102 B. Schneider, a.a.O., S. 164.

103 B. Schneider, a.a.O., S. 165, m.w.N.

104 Ebd.

105 B. Schneider, a.a.O., S. 166f.

106 Ebd.

107 Ebd.

je nach »künstlerischem Geltungsanspruch«¹⁰⁸, »gegenüber einer ausgestaltenden Tätigkeit des Gesetzgebers [...] offen« sein sollen¹⁰⁹. Danach soll der Schutzbereich von vorneherein, je nach betroffenem »Teilschutzbereich« und entsprechendem Grade der »Normoffenheit«, nur in der vom Gesetzgeber ausgestalteten Form und Reichweite bestehen¹¹⁰.

Anhand dieses »normoffenen« Kunstbegriffs vertritt Schneider, bei designierten Gebrauchsgegenständen, gehöre es zum künstlerischem Geltungsanspruch, auch brauchbar zu sein, weshalb der Teilschutzbereich hier durch die Regelungen zur Gerätesicherheit gestaltet werde¹¹¹. Die Schutzwirkung der Kunstfreiheit bestehe in diesen Fällen darin, dass der Künstler die von ihm gewünschte Form bei gleicher Brauchbarkeit auswählen dürfe¹¹².

Wo der Unterschied dieser »ausgestaltenden Tätigkeit des Gesetzgebers« zu den Inhalts- und Schrankenbestimmungen eines Grundrechts, wie sie allein in Art. 14 GG vorgesehen sind, liegt, wird bei Schneider allerdings nicht klar. Vielmehr führt die These von der »Normoffenheit« im Ergebnis zu einem einfachen Gesetzesvorbehalt, der jedoch nicht als solcher bezeichnet wird. Schon die Aufspaltung des Schutzbereiches der Kunstfreiheit in Teilschutzbereiche (im Wesentlichen nach Gattung) wird nicht näher begründet. Schneider vertritt außerdem, dass jeder Teilschutzbereich in einem anderen Maße »normoffen«, also durch den Gesetzgeber auszugestalten sei¹¹³. Im Grundgesetz findet sich kein Anhaltspunkt für eine solche Aufspaltung des Schutzbereiches oder eine qualifizierte Gestaltungsbefugnis (-pflicht?¹¹⁴) des einfachen Gesetzgebers. Für welchen »Teilschutzbereich« welches Maß der »Normoffenheit« besteht, ist zudem mangels Anhaltspunkten im Grundgesetz nicht überprüfbar. Dieser mangelnde Prüfungsmaßstab erschwert die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit staatlicher Eingriffe in die Kunstfreiheit erheblich. Die Theorie vom normoffenen Schutzbereich ist also nicht nur dogmatisch wenig überzeugend, sondern auch praktisch schwer in der Handhabung.

108 Ebd.

109 Ebd.

110 B. Schneider, a.a.O., S. 167f.

111 Ebd.

112 Ebd.

113 Ebd.

114 Nach B. Schneider, a.a.O., S. 167, fängt »die Aufgabe der Gesetzgebung nach dem Spruch des Verfassungsgebers [...] gerade erst an[...]«.

Schneider selbst bezeichnet seine Herangehensweise als »pragmatisch«¹¹⁵. Denn bei einer Definition des Schutzbereiches als »normoffen« entfällt die oft sehr aufwendige Schrankenprüfung anhand anderer Verfassungsgüter, wie sie aufgrund der vorbehaltlosen Gewährleistung der Kunstfreiheit bei einer Einschränkung derselben vorgenommen werden muss¹¹⁶. Denn schon der Schutzbereich besteht im Einzelfall nur in der durch den einfachen Gesetzgeber ausgestalteten Form und Reichweite. Wo der Unterschied zwischen diesem Ansatz und einem (ungeschriebenen) einfachen Gesetzesvorbehalt liegt, bleibt aber unklar. Schneiders »normoffener« Kunstbegriff mutet im Ergebnis versöhnlich an – dogmatisch überzeugt die Herangehensweise allerdings nicht.

Einen Künstler darauf zu verweisen, er könne sein Kunstwerk frei gestalten, solange er bestimmte gesetzliche Kriterien einhalte, erinnert an die Argumentationsstruktur des Vorprüfungsausschusses im Fall Naegeli¹¹⁷. Das Gericht hatte damals argumentiert, die Kunst sei nicht weniger frei, wenn ihr die Inanspruchnahme fremden Eigentums verwehrt sei, schließlich könne »sich Kunst auch ohne Beschädigung fremden Eigentums entfalten«¹¹⁸. Beide Argumentationen sehen den Schutzbereich der Kunstfreiheit von vorneherein nur innerhalb gesetzlicher Regelungen überhaupt eröffnet und verweisen den Künstler dann auf die ihm in diesem durch Gesetze definierten Rahmen verbleibende Freiheit. Der Unterschied zwischen Schneiders Ansatz und dem des Vorprüfungsausschusses besteht allein darin, dass der Vorprüfungsausschuss damals den Schutzbereich der Kunstfreiheit noch nicht einmal für eröffnet ansah, Schneider den Schutzbereich hingegen für eröffnet, aber nur im Rahmen einer gesetzlichen Ausgestaltung als gegeben betrachtet. Im Ergebnis wird der Künstler jedoch nach beiden Ansätzen darauf verwiesen, sich an einfachgesetzliche Normen zu halten, und den verbleibenden Spielraum als Kunstfreiheit zu betrachten.

Aufgrund seiner anfänglichen Feststellung, Architektur sei Kunst, entfällt bei Schneider die differenzierte Prüfung, in welchen Fällen oder unter welchen Voraussetzungen der Schutzbereich der Kunstfreiheit berührt ist. Angesichts

115 B. Schneider, a.a.O., S. 167.

116 Für viele: H. Jarass, in: ders./B. Pieroth: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 5 Rn. 128.

117 BVerfG (Vorprüfungsausschuss), Beschluss vom 19.03.1984, 2 BvR 1/84, NJW 1984, 1293–1295.

118 BVerfG (Vorprüfungsausschuss), a.a.O., S. 1294.

der Vielzahl an Normen, die die Gestaltungsfreiheit des Architekten begrenzen, entwickelt er den »normoffenen« Kunstbegriff, der den Konflikt dieser Normen mit der vorbehaltlosen Gewährung der Kunstfreiheit auflösen soll. Dogmatisch überzeugt dieser Ansatz im Endeffekt allerdings nicht.

Dementsprechend eignet sich auch die These der »Normoffenheit der Kunstfreiheit« nicht zur Bestimmung des Schutzbereiches des Art. 5 Abs. 3 GG. Bei der Frage, ob mit Lebensmitteln zusammenhängende Sachverhalte von diesem umfasst sind oder nicht, hilft sie nicht weiter.

2.2.2.6 Differenzierter Kunstbegriff

Der differenzierte Kunstbegriff nach Peter Häberle¹¹⁹ stellt keinen eigenen, neuen Definitionsansatz dar. Vielmehr fordert Häberle, bei der Anwendung des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG als negatives Abwehrrecht einen möglichst weiten Kunstbegriff anzuwenden¹²⁰, beruft sich aber nichtsdestoweniger, und eher beiläufig, auf den materialen Kunstbegriff¹²¹. Gleichzeitig soll auch die Selbstwahrnehmung des Künstlers und die Fremdwahrnehmung des Rezipienten eine nicht näher abgegrenzte Relevanz haben¹²². »Differenzierend« ist an diesem Ansatz, dass Häberle der Anwendung des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG keinen einheitlichen Kunstbegriff zugrunde legen will¹²³. Vielmehr werde die Verfassung dadurch »bekräftigt«, dass ein »Pluralismus von verschiedenen Kunstbegriffen im Sinne der Verfassung«¹²⁴ angewandt werde.

Eine differenzierte Anwendung verschiedener verfassungsrechtlicher oder kunsttheoretischer Kunstbegriffe kann durchaus sachgerecht sein. Häberles Feststellung, dass es keinen einheitlichen verfassungsrechtlichen Kunstbegriff geben kann und dies der Freiheit der Kunst im Ergebnis gerade förderlich ist¹²⁵ trifft zu. Erforderlich ist aber nichtsdestoweniger ein Maßstab, anhand dessen der Rechtsanwender bestimmen kann, wann der zu entscheidende Fall in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fällt. Diesen Maßstab benötigt auch der Grundrechtsträger, der im Voraus bestimmen können muss, wann sein Verhalten verfassungsrechtlich privilegiert ist. Die Anwendung verschiedener Kunst-

119 P. Häberle: Die Freiheit der Kunst im Verfassungsstaat, in: Archiv des öffentlichen Rechts, 110. Band, Tübingen 1985, S. 577, 600ff.

120 P. Häberle, a.a.O., S. 604ff.

121 P. Häberle, a.a.O., S. 605f.

122 P. Häberle, a.a.O., S. 598f.

123 P. Häberle, a.a.O., S. 600ff.

124 P. Häberle, a.a.O., S. 600, Hervorhebung im Original.

125 P. Häberle, a.a.O., S. 600f.

begriffe ohne ergänzenden Maßstab zur Eröffnung des Schutzbereichs führt hingegen zu Unsicherheit beim Rechtsanwender und Grundrechtsträger, und kann, im Einzelfall unvorhersehbar, zu einer mal weiteren, mal restriktiven Abgrenzung des Schutzbereiches führen. Die Eröffnung oder Nichteröffnung des Schutzbereichs wäre im Ergebnis dem Ermessen des Rechtsanwenders überlassen. Überforderung der Rechtsanwender, erhebliche Uneinheitlichkeit in der Rechtsanwendung sowie Verunsicherung der Grundrechtsträger wären zu erwarten. Gerade auch in Hinblick auf das allgemeine Gleichbehandlungsgebot nach Art. 3 Abs. 1 GG sowie das Prinzip der Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns als Teil des Rechtsstaatsprinzips ist diese Festlegung auf die Orientierungslosigkeit daher abzulehnen.

Die Unklarheit des Subsumtionsmaßstabs Häberles veranschaulicht etwa seine nicht näher erläuterte Feststellung, Harald Naegeli (»Sprayer von Zürich«) sei zum Künstler »geworden«¹²⁶. Offen bleibt bei Häberle, ob er Naegeli tatsächlich zum Zeitpunkt der Entscheidung des Vorprüfungsausschusses¹²⁷, der ihm die Inanspruchnahme des Schutzbereichs des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG wegen der unbefugten Inanspruchnahme fremden Eigentums absprach¹²⁸, noch nicht als Künstler im Sinne des Grundgesetzes betrachtet und ihm erst später, nach Erlangung eines gewissen Weltruhms¹²⁹, die Inanspruchnahme der Kunstfreiheit zubilligt¹³⁰.

Tatsächlich handelt es sich beim »differenzierten Kunstbegriff« gar nicht um einen Kunstbegriff. Die Frage »Was ist Kunst?« wird von ihm nicht nur nicht beantwortet, es wird zur Beantwortung dieser Frage auch nicht der

126 P. Häberle, a.a.O., S. 604.

127 BVerfG (Vorprüfungsausschuss), Beschluss vom 19.03.1984 – 2 BvR 1/84, NJW 1984, S. 1293–1295.

128 BVerfG (Vorprüfungsausschuss), a.a.O., S. 1294: »[...] ihre Reichweite erstreckt sich aber von vorneherein nicht auf die eigenmächtige Inanspruchnahme oder Beeinträchtigung fremden Eigentums zum Zwecke der künstlerischen Entfaltung [...]. [...] In der Bundesrepublik Deutschland wie in der Schweiz kann sich Kunst auch ohne Beschädigung fremden Eigentums entfalten.«

129 So erklärte der Kanton Zürich eines seiner Graffitis im Jahre 2004 als schützenswertes Werk, vgl. »Kein Urteil gegen den ›Sprayer von Zürich‹«, NZZ vom 04.10.2017; <https://www.nzz.ch/zuerich/kein-urteil-gegen-den-sprayer-von-zuerich-ld.1320027>.

130 Im Übrigen stand er auch noch nach Erlangung des Weltruhms wegen der unbefugten Inanspruchnahme fremder Hauswände vor Gericht, vgl. »Der ›Sprayer von Zürich‹ Harald Naegeli steht wieder vor Gericht«, NZZ vom 13.09.2017; <https://www.nzz.ch/zuerich/aktuell/der-sprayer-von-zuerich-harald-naegeli-steht-wieder-vor-gericht-ld.1316111>; »Kein Urteil gegen den ›Sprayer von Zürich‹«, NZZ vom 04.10.2017, a.a.O.

Versuch unternommen. Vielmehr erkennt Häberle an, dass diese Frage, wenn überhaupt, nicht von Juristen zu beantworten ist und daher diese auch keinen Versuch dazu machen sollten¹³¹. Dieser Ansatz überzeugt. Die Freiheit der Kunst gewährleistet gerade eine ständige Neu-Entdeckung sowie Neu-Definition von Kunst als solcher¹³². Die Frage nach dem Wesen der Kunst beschäftigt derart pausenlos und seit derart langer Zeit Künstler und Kunsttheoretiker, dass eine abschließende Definition im Verfassungsrecht die grundrechtliche Privilegierung künstlerischer Betätigung gerade aushebeln würde. Die Kunstfreiheit muss gerade auch die Provokation, den gesprengten Rahmen, und diejenigen schützen, die Kunst auf ungekannte, unbequeme Weise (um-)definieren¹³³.

Sachgerecht kann es auch sein, verschiedene vom Bundesverfassungsgericht geprägte Begrifflichkeiten und Teildefinitionen bei der Abgrenzung von Kunst und etwa Meinungsäußerung, berichtendem Journalismus oder anderem heranzuziehen. Der materiale Kunstbegriff ergibt im Zusammenhang des Mephisto-Urteils Sinn, da er die in diesem Fall relevanten Unterschiede zwischen einem Roman und einem Sachtext herausarbeitet. Wie gezeigt eignet er sich jedoch nicht dazu, herauszufinden, ob ein bestimmter Sachverhalt überhaupt in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fällt oder nicht. Seiner Geeignetheit zur Abgrenzung des Romans vom Sachtext tut das aber keinen Abbruch, und hierzu kann er auch weiterhin verwendet werden. Insofern ist eine differenzierte Anwendung verschiedener Kunstbegriffe sachgerecht. Um die Zugehörigkeit eines bisher nicht als Kunst anerkannten Sachverhalts zum Schutzbereich der Kunstfreiheit zu prüfen, braucht es jedoch, wie gezeigt, einen rechtssicheren und allgemeingültigen Obersatz. Es braucht einen Maßstab anhand juristischer Kriterien, die Grundrechtsträger wie Rechtsanwender mithilfe juristischer Begrifflichkeiten verlässlich anwenden können. Eine Definition des Begriffs »Kunst« ist dabei nicht erforderlich und würde, wie gezeigt, der Kunstfreiheit zuwider laufen. Die Frage muss nicht lauten »Was ist Kunst?«, sondern »Unter welchen Voraussetzungen kann sich ein Grundrechtsträger auf die Kunstfreiheit berufen? Unter welchen Voraussetzungen fällt ein Sachverhalt in den Schutzbereich der Kunstfreiheit?« Diese Voraussetzungen liefert Häberle nicht.

131 Vgl. P. Häberle, a.a.O., S. 600f.

132 Ausführlich hierzu etwa C. Fuchs: Avantgarde und Erweiterter Kunstbegriff, S. 77–85.

133 Zu Schutzlücken etwa C. Fuchs, a.a.O., S. 28–31.

2.2.2.7 Erweiterter Kunstbegriff nach Christine Fuchs

Christine Fuchs hat den »Erweiterten Kunstbegriff«¹³⁴ entwickelt, um dem Herausfallen der – besonders schutzbedürftigen¹³⁵ – Avantgarde aus dem Schutzbereich der Kunstfreiheit entgegenzuwirken¹³⁶.

Ausgehend von der Erkenntnis, dass aufgrund der Entwicklung der Kunst im 20. Jahrhundert¹³⁷ die hergebrachten Kunstbegriffe zu einem Ausschluss von Avantgardekunst führen können¹³⁸, vertritt Fuchs, dass die Definition des Schutzbereichs der Kunstfreiheit nicht von einem übergeordneten inhaltlich definierten Begriff der Kunst auszugehen hat, sondern von einer Vielzahl individueller Kunstbegriffe¹³⁹. Denn Funktion der Kunstfreiheit sei der Schutz der »freie[n] Entfaltung der künstlerischen Tätigkeit und nicht eine[r] bestimmten Kunsttheorie«¹⁴⁰. Die von Künstlern nicht selten »totalitär formulierten Künstlertheorien«¹⁴¹ und ihr jeweiliger »künstlerischer Anspruch auf Allgemeingültigkeit«¹⁴² müssten als »Spezifikum innerhalb des Systems Kunst anerkannt«¹⁴³ werden. Gerade aufgrund der »Divergenz der Kunstbegriffe«¹⁴⁴ unter Künstlern und Kunsttheoretikern könne aber solch ein Anspruch auf Allgemeingültigkeit »nicht einfach ins System Recht übertragen werden«¹⁴⁵. Vielmehr seien die jeweils totalitär formulierten, aber divergierenden Künstlertheorien »rechtlich als individuelle, subjektive Kunstbegriffe der jeweiligen Vertreter zu behandeln«¹⁴⁶.

Dies stimmt mit der hier vertretenen Ansicht überein, dass es keine inhaltlich abschließende juristische Definition von »Kunst« geben kann oder soll,

134 In Anlehnung an Joseph Beuys und die Avantgarde, vgl. C. Fuchs: a.a.O., S. 79.

135 C. Fuchs: a.a.O., S. 33: »Avantgarde ist gerade dann besonders schutzbedürftig, wenn sie noch nicht sozial etabliert ist.« Die mangelnde soziale Etablierung dürfte gerade typisch für Avantgarde sein.

136 Zur Zielsetzung C. Fuchs, a.a.O., S. 15f.

137 Das Erscheinungsjahr der Arbeit ist 2000, die Relevanz der Arbeit ist aber im 21. Jahrhundert ebenso wenig beendet wie die Entwicklung der Kunst.

138 C. Fuchs, a.a.O., S. 39.

139 C. Fuchs, a.a.O., S. 155, ausführlich S. 50–55f.

140 C. Fuchs, a.a.O., S. 73.

141 Ebd.

142 Ebd.

143 Ebd.

144 Ebd.

145 Ebd.

146 Ebd.

vielmehr der Schutzbereich der Kunstfreiheit auf andere Weise konturiert werden muss.

Anders als Häberle¹⁴⁷ liefert Fuchs über diese Erkenntnis hinaus auch einen Subsumtionsmaßstab für die Eröffnung des Schutzbereichs der Kunstfreiheit. Entscheidend für die Eröffnung des Schutzbereichs der Kunst sei, ob künstlerische Tätigkeit vorliege¹⁴⁸. Diese bestehe »in der schöpferischen Gestaltung eines Werkes, in dem die Persönlichkeit eines Künstlers sowie der von ihm entwickelte Kunstbegriff seinen Ausdruck finden kann«¹⁴⁹. Sie bestehe dabei »nicht nur in der Gestaltung von Werken, sondern auch in der theoretischen Arbeit, insbesondere in der Formulierung eines Kunstbegriffs«¹⁵⁰. Theoretische Arbeit sei seit der Moderne ein wesentlicher und konstitutiver Teil der künstlerischen Tätigkeit¹⁵¹. Fuchs stellt dabei an die schöpferische Gestaltung selbst keine näher bestimmten Ansprüche. Insbesondere geht es ihr nicht um die Schöpfungs- oder Gestaltungshöhe¹⁵². Dass im Urheberrecht die Schöpfungshöhe als konstitutiv für die Anerkennung als Werk sein soll, bewertet Fuchs als »veraltet«¹⁵³. Vielmehr sei verfassungs- wie urheberrechtlich entscheidend, ob der Künstler eine »Fundamentalkonzeption«¹⁵⁴ entwickelt hat und das Werk Ausdruck bzw. Ergebnis dieser Fundamentalkonzeption ist¹⁵⁵.

Der Begriff der Fundamentalkonzeption bedeutet nach Fuchs »der sich in einer Werkgesamtheit äußernde individuelle Kunst- und Werkbegriff« des jeweiligen Künstlers¹⁵⁶. Dieser soll »in der äußeren Erscheinungsform des sinnlich wahrnehmbaren Werks seinen Ausdruck« finden¹⁵⁷. Der in der Fundamentalkonzeption enthaltene subjektive Werkbegriff lasse sich »objektiv aus der Betrachtung des Gesamtwerks und der künstlerischen Entwicklung sowie sub-

147 Siehe oben (2.2.2.6).

148 C. Fuchs, a.a.O., S. 48.

149 C. Fuchs, a.a.O., S. 72.

150 C. Fuchs, a.a.O., S. 71.

151 C. Fuchs, a.a.O., S. 72.

152 Anschaulich C. Fuchs, a.a.O., S. 128f.

153 C. Fuchs, a.a.O., S. 127, außerdem S. 129.

154 Grundlegend zum Begriff C. Fuchs, a.a.O., S. 105.

155 Zum Verfassungsrecht C. Fuchs, a.a.O., S. 109; prägnant zusammengefasst zum Urheberrecht S. 158.

156 C. Fuchs, a.a.O., S. 157.

157 C. Fuchs, a.a.O., S. 109.

ektiv aus den [diesbezüglichen] Äußerungen des Künstlers [...] ermitteln«¹⁵⁸. Die objektivierbaren Kriterien zur Ermittlung des dem Werk zugrundeliegenden Kunstbegriffs umfassten insbesondere das Vorhandensein von Formulierungen eines eigenen Kunstbegriffs in der künstlerischen Reflexion sowie eine gewisse Dauer und Intensität dieser theoretischen Auseinandersetzungen. Zudem müsse die theoretische Arbeit im Zusammenhang mit der gestalterischen, künstlerischen Tätigkeit stehen¹⁵⁹. So soll sich ein Künstler, dessen »eigentliche künstlerische Auseinandersetzung« mit der Bildhauerei zu tun hat, und der zur Ergänzung seines Lebensunterhalts als Werbegrafiker tätig ist, bezüglich der werbegrafischen Tätigkeit in der Regel nicht auf die Kunstfreiheit berufen können¹⁶⁰.

Im Ergebnis hängt die Reichweite des Schutzbereiches der Kunstfreiheit – bezogen auf die Avantgarde – nach Fuchs also davon ab, was der Ausführende selbst, nach einer gewissen theoretischen Reflektion, als Kunst betrachtet bzw. definiert. (Nur) die Tätigkeit, die vom Künstler selbst als künstlerische Tätigkeit empfunden wird, soll für ihn vom Schutzbereich der Kunstfreiheit umfasst sein.

Diese »subjektivierende Auslegung des Schutzbereichs«¹⁶¹ unter maßgeblicher Berücksichtigung des individuellen Kunstbegriffs des jeweiligen Grundrechtsträgers¹⁶² wird also mit objektiven Merkmalen derart kombiniert¹⁶³, dass ihr nicht der Vorwurf der Beliebigkeit gemacht werden kann¹⁶⁴. Hat ein Künstler einen eigenen Kunstbegriff und eine eigene Fundamentalkonzeption erarbeitet und ist das Werk Ergebnis und Ausdruck derselben, soll er für alles, was er als Kunst betrachtet, den Grundrechtsschutz des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG beanspruchen können. In gewissem Sinne wird der Künstler damit zwar zum »Richter in eigener Sache« gemacht. Dies ist aber nach der in diesem Punkt überzeugenden Ansicht Fuchs' anhand der Entwicklung der Kunst gerade sachgerecht¹⁶⁵. Denn die Frage, was Kunst ist, beschäftigt nicht bloß Ju-

158 Ebd.

159 Prägnant zusammengefasst C. Fuchs, a.a.O., S. 156; ausführlich S. 74f. sowie auch zur werkgerechten Interpretation S. 106ff.

160 Beispiel bei C. Fuchs, a.a.O., S. 91.

161 C. Fuchs, a.a.O., 73.

162 Ebd.

163 C. Fuchs, a.a.O., S. 122f., S. 74f.

164 C. Fuchs, a.a.O., S. 122f., zur Konturierung des Schutzbereichs S. 86ff.

165 So im Ergebnis C. Fuchs, a.a.O., S. 120ff., zur Maßgeblichkeit des Selbstverständnisses des Grundrechtsträgers siehe unten (2.2.2.8).

risten, sondern gerade auch Künstler. Sie kann daher nicht von Juristen, und von diesen erst recht nicht mit unbegrenztem Geltungsanspruch beantwortet werden¹⁶⁶. Die maßgebliche Berücksichtigung des individuellen Kunstbegriffs des jeweiligen Grundrechtsträgers entspricht vielmehr gerade der ästhetischen Neutralitätspflicht des Staates¹⁶⁷. Den Schutzbereich der Kunstfreiheit erst dann als eröffnet anzusehen, wenn ein Sachverhalt einem inhaltlich definierten Kunstbegriff entspräche, würde eine sachwidrige Einengung des Schutzbereiches, und damit im Ergebnis eine Beschränkung der Kunstfreiheit bedeuten¹⁶⁸.

Der Ansatz, dass Schöpfungshöhe nicht entscheidend sein kann, ist grundsätzlich ebenfalls zu begrüßen, da anderenfalls selbst mittlerweile etablierte Kunstformen wie etwa das Ready-Made mangels eigener Gestaltung durch den Künstler nicht in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fielen¹⁶⁹.

Voraussetzung für die Eröffnung des Schutzbereiches ist bei Fuchs allerdings ein eigener Kunstbegriff bzw. eine eigene Fundamentalkonzeption, der bzw. die sich erkennbar im Werk niedergeschlagen haben muss¹⁷⁰. Fraglich ist, wie detailliert ausgearbeitet, theoretisch durchdacht und explizit verbal erläutert dieser Kunstbegriff nach Fuchs zu sein hat, um für die Eröffnung des Schutzbereiches auszureichen. Fuchs fordert u.a. »ein gewisses Maß an inhaltlicher Komplexität«¹⁷¹ sowie »kunsttheoretische Äußerungen des Künstlers«¹⁷², die belegen, dass er »einen eigenständigen Kunstbegriff formuliert hat«¹⁷³. Davon zu unterscheiden seien »ein paar zusammengesuchte Argumente, mit denen sich ein Nichtkünstler rechtliche Privilegien erschleichen will«¹⁷⁴. Im Idealfall ist der Künstler bei Fuchs so reflektiert und mitteilend wie Joseph Beuys, der sich nicht nur ausführliche Gedanken um das Wesen der Kunst an sich machte, sondern diese auch explizit zu einem eigenen Kunstbegriff führen ließ, den Beuys in zahlreichen Gesprächen und Vorträgen ausführlich darlegte¹⁷⁵. Ein rein intuitiv arbeitender Künstler, der keine expli-

166 Ausführlich bei C. Fuchs, a.a.O., S. 120f.

167 C. Fuchs, a.a.O., S. 73.

168 So im Ergebnis C. Fuchs, a.a.O., S. 121.

169 C. Fuchs, a.a.O., S. 28.

170 C. Fuchs, a.a.O., S. 109.

171 C. Fuchs, a.a.O., S. 74.

172 Ebd.

173 Ebd.

174 Ebd.

175 So auch C. Fuchs, a.a.O., S. 67f., 75 m.w.N.

ziten Überlegungen zum Thema des Wesens der Kunst an sich anstellt, aber fest von der Kunsteigenschaft seines Schaffens überzeugt ist, würde Fuchs' Anforderungen an explizit konzeptionelle Arbeit wohl nicht genügen.

Zudem soll sich nach Fuchs nur derjenige auf einen bestimmten individuellen Kunstbegriff bzw. eine Fundamentalkonzeption berufen können, der ihn bzw. sie selbst und als erster entwickelt hat¹⁷⁶. Nach Fuchs fällt ein avantgardistisches Werk nur dann in den Schutzbereich der Kunstfreiheit, wenn es Ausdruck eines ureigenen Kunstbegriffes ist¹⁷⁷. Teilt jemand hingegen einfach die Ansicht eines Künstlers zu dessen Kunstbegriff, und erstellt ein eigenes Werk nach demselben Prinzip, soll dies nicht mehr in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fallen, da dem kein *eigener* Kunstbegriff zugrunde läge¹⁷⁸. Denn geschützt werden solle die Innovation als »künstlerische Eigenleistung«¹⁷⁹. Die »bloße Berufung auf die avantgardistische Leistung eines anderen« hingegen sei »keine künstlerische Eigenleistung« und solle daher »als Rechtsmissbrauch zurückgewiesen werden«¹⁸⁰. Die »Innovation« sei in einem solchen Falle »verbraucht«¹⁸¹, es liege ohne eigene Fundamentalkonzeption keine den Grundrechtsschutz rechtfertigende »schöpferische Tätigkeit«¹⁸² vor. Wiederum könne ein Werk, das einem ehemals avantgardistischen, unerhörten Kunstbegriff entspreche, dann wieder vom Schutzbereich der Kunstfreiheit umfasst sein, »wenn sich ein neuer Kunstbegriff im Laufe der Zeit durchgesetzt und damit eine Werkgattung begründet« habe¹⁸³.

Diese Forderung nach »Historizität«¹⁸⁴ und »Singularität«¹⁸⁵ bei der Prüfung der Eröffnung des Schutzbereiches solle einer »Ausuferung«¹⁸⁶ desselben vorbeugen¹⁸⁷. Fuchs' Sorge vor der Ausuferung des Schutzbereiches und der rechtsmissbräuchlichen, rein formalen Berufung eines »Nichtkünstler[s]«¹⁸⁸

176 C. Fuchs, a.a.O., S. 73.

177 C. Fuchs, a.a.O., S. 86f.

178 Ebd.

179 C. Fuchs, a.a.O., S. 86.

180 Ebd.

181 Ebd.

182 C. Fuchs, a.a.O., S. 73.

183 Ebd.

184 C. Fuchs, a.a.O., S. 86.

185 C. Fuchs, a.a.O., S. 73.

186 C. Fuchs, a.a.O., S. 121.

187 C. Fuchs, a.a.O., S. 86f., 121.

188 C. Fuchs, a.a.O., S. 75.

auf die von einem anderen erarbeitete Fundamentalkonzeption rührt offenbar daher, dass sie sich nur mit der Eröffnung des Schutzbereichs für *avantgardistische*, d.h. zeitgenössische und gattungsuntypische¹⁸⁹ Werke beschäftigt, die »bisher rechtlich nicht als Kunst identifizierbar«¹⁹⁰ gewesen seien. Ihre Arbeit befasst sich spezifisch mit der Schutzlücke, der die Avantgarde ausgesetzt sein kann, weil »die Intention der Avantgarde die Trennung zwischen Kunst und Leben aufzuheben«¹⁹¹ sei und daher Werke hervorbringt, die nach den herrschenden Kunstbegriffen »bisher rechtlich nicht als Kunst identifizierbar«¹⁹², also vom Schutzbereich der Kunstfreiheit ausgeschlossen waren. Die Avantgarde als »zeitbezogenes Kunstphänomen«¹⁹³ sei »nur solange Avantgarde, bis sie sich als Kunst etabliert hat«¹⁹⁴. Nach Fuchs ist ihr »wesentliches Merkmal«¹⁹⁵ gerade die Innovation.

Diese Konzentration auf einen spezifisch auf die Avantgarde zugeschnittenen Kunstbegriff bzw. eine auf diese spezifisch zugeschnittene Auslegung des Schutzbereichs lässt die Forderung Fuchs' nach historischer Betrachtung und Singularität der »Fundamentalkonzeption« bzw. der kunsttheoretischen Ansichten des Künstlers sachgerecht erscheinen. Prüft man ein Werk darauf, ob es zur Avantgarde gehört, so erscheint eine Forderung nach einer eigenen Fundamentalkonzeption des Künstlers plausibel, da kunsttheoretische Auseinandersetzungen und Innovation gerade kennzeichnend für Werke der Avantgarde sind und die Prüfung derselben durchaus helfen kann, etwa einen Alltagsgegenstand als Kunst zu erkennen. Fuchs führt das Beispiel eines Putzeimers in einem Museum an, der »von einem Künstler aufgestellt [...] aber auch von einem Ausstellungsbesucher mitgebracht und als ironischer Kommentar dort platziert« oder aber »vom Hausmeister vergessen« worden sein kann¹⁹⁶. Weder der Gegenstand selbst, noch der Kontext, in diesem Falle der Fundort im Museum, reichen hier aus, um zu erkennen, ob das Aufstellen des Eimers »Ergebnis einer künstlerischen Handlung ist«¹⁹⁷. Für die Prüfung, ob ein Künstler sein Werk zur Avantgarde zählen kann, ist Fuchs' Ansatz also geeignet.

189 C. Fuchs, a.a.O., S. 126.

190 C. Fuchs, a.a.O., S. 75.

191 C. Fuchs, a.a.O., S. 125.

192 C. Fuchs, a.a.O., S. 75.

193 C. Fuchs, a.a.O., S. 125.

194 Ebd.

195 Ebd.

196 C. Fuchs, a.a.O., S. 72.

197 Ebd.

Bei der Prüfung hingegen, ob der Schutzbereich überhaupt eröffnet ist, ohne dass Werk oder Künstler unbedingt der Avantgarde angehören müssen, überzeugt weder die Forderung nach Einmaligkeit noch nach Erstmaligkeit des zugrundeliegenden Kunstverständnisses. Die Forderung nach einer eigenen, bestimmten Qualitätsmerkmalen gerecht werdenden und nie dagewesenen Fundamentalkonzeption erscheint als Hürde, die tatsächlich nur Konzeptkünstler der Avantgarde nehmen können bzw. wollen. Den Grundrechtsschutz der Kunstfreiheit nur Konzeptkünstlern und Avantgardisten zuzubilligen, erscheint allerdings auch unter Berücksichtigung der Entwicklung der Kunst im 20. und 21. Jahrhundert als Begrenzung des Schutzbereiches ohne Not.

Fuchs' darüber hinausgehendes Zugeständnis, »etwas anderes [möge] dann gelten, wenn sich ein neuer Kunstbegriff im Laufe der Zeit durchgesetzt und damit eine Werkgattung begründet«¹⁹⁸ habe, ist für die Zwecke dieser Arbeit nicht ausreichend. Denn insbesondere wird nicht klar, wie sich der Übergang von einem grundrechtlich geschützten, innovativen und nie dagewesenen Kunstverständnis zu einer wiederum grundrechtlich geschützten etablierten Gattung gestalten soll. Zeigt sich jemand vom Kunstverständnis des Avantgardisten überzeugt und schafft ein Werk, das er gerade aufgrund dieser Überzeugung als Kunst begreift, so soll dies nach Fuchs mangels Innovation nicht vom Schutzbereich der Kunstfreiheit umfasst sein. Die ersten paar überzeugten Nachahmer wären vom Grundrechtsschutz also ausgeschlossen. Die Etablierung eines Kunstbegriffs und damit Begründung einer Gattung kann so nur außerhalb des Schutzbereiches stattfinden. So müsste jeder, der, Beuys folgend, Fett in einer Wandecke anbringt, vom Grundrechtsschutz ausgeschlossen sein, bis dies so viele tun, dass die Fettecke anerkannter Teil der Gattung Skulptur ist. Dies erscheint, gerade mit Blick auf Fuchs' Feststellung einer Schutzlücke bzgl. der Avantgarde, widersinnig. Die Schutzlücke würde im Ergebnis einfach zeitlich nach hinten verlagert in die Zwischenphase, d.h. zwischen dem erstmaligen Auftauchen eines Kunstbegriffs und dessen Anerkennung durch den »Mainstream«. Für die Schlechterstellung derjenigen, die sich früh einem Vordenker anschließen, besteht aber kein Grund. Insbesondere gibt Fuchs, die sich wie erwähnt, vornehmlich auf den Schutz der Avantgardekünstler konzentriert, keinen Anhaltspunkt darüber, wie die »Begründung einer Gattung« oder »Durchsetzung eines neuen Kunstbegriffs« festgestellt werden soll. Was sie zur Vielfalt der Kunstverständnisse unter

198 C. Fuchs, a.a.O., S. 73.

Künstlern, Kunsttheoretikern und Konsumenten richtigerweise feststellt, gilt jedoch nicht nur zugunsten der Avantgarde. Der jeweilige Anspruch auf Allgemeingültigkeit des Kunstverständnisses führt gerade zu einer besonderen Neutralitätspflicht des Staates¹⁹⁹. Dies gilt auch zugunsten derjenigen, die sich dem Kunstverständnis eines anderen anschließen. Den Grundrechtsschutz gerade diesen zu verweigern, die ggf. eine Bewegung beginnen oder eine avantgardistische Idee etablieren oder auch weiterentwickeln würden, ergibt keinen Sinn. Insbesondere ist umgekehrt nicht erkennbar, welche Gefahren oder Nachteile bestünden, wenn man den Grundrechtsschutz auch diesen ersten Nachfolgern einer neuen Idee gewährte.

Fuchs' Forderung nach »künstlerischer Eigenleistung«²⁰⁰ als Voraussetzung der Eröffnung des Schutzbereiches ist daher eine Begrenzung desselben ohne Not. Betrachtet man ein Werk oder auch einen Sachverhalt aus kunstkritischer Perspektive, so mag die Frage nach künstlerischer Eigenleistung stets eine Rolle spielen, gerade im Bereich der Avantgarde. Bei der verfassungsrechtlichen Einordnung eines Sachverhalts darf aber die Frage, ob eine künstlerische Eigenleistung des Grundrechtsträgers vorliegt, nicht entscheidend sein. Denn dies würde eine staatliche Qualitätsprüfung der künstlerischen Leistung darstellen. Wie der Staat bei der Rechtsanwendung keinen Unterschied danach machen darf, ob jemand (ggf. ohne jegliche erkennbare eigene Fantasie) ein klassisches Musikstück nur »abspielt« oder aber es spektakulär neu interpretiert, so darf er auch bei der Beurteilung von Sachverhalten, die außerhalb der etablierten Gattungen liegen, nicht eine eigene – evtl. noch qualifizierte – Leistung zur Bedingung der Schutzbereichseröffnung machen. Gerade diese Prüfung der »Eigenleistung« eines vermeintlichen Künstlers könnte zudem die Fähigkeiten der Rechtsanwender überfordern, da die Unterschiede in der Kunst sehr nuanciert und teils leicht zu übersehen sind. Nur das offensichtlich Unerhörte, Eklatante zu schützen, kann aber nicht Zweck der Kunstfreiheit sein.

Die Forderung nach Innovation bei Künstlern, die sich außerhalb der etablierten Gattungen bewegen, würde zudem eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung zu denjenigen, die in einer etablierten Gattung bleiben, darstellen. Sich einen – auch avantgardistischen, noch nicht etablierten – Kunstbegriff anzueignen, jemandem anders zuzustimmen, darf nicht zu einer rechtlichen Schlechterstellung führen.

199 Siehe oben und C. Fuchs, a.a.O., 73.

200 C. Fuchs, a.a.O., S. 86.

Es bleibt festzuhalten: Die Berufung auf einen bestimmten Kunstbegriff eines anderen kann im Einzelfall rechtsmissbräuchlich sein, ist aber nicht ohne weitere Prüfung pauschal so einzuordnen. Vielmehr kommt es auch in diesem Zusammenhang auf die Intention des Grundrechtsträgers an. Zur Eröffnung des Schutzbereiches muss es ausreichen, dass der sich Berufende tatsächlich und ernsthaft vom Kunstbegriff eines anderen überzeugt ist und sein Verhalten als ein künstlerisches betrachtet. Auch so wird einer Ausweitung des Schutzbereiches bis hin zur Beliebigkeit vorgebeugt.

Fuchs' Forderung, dass sich das individuelle Kunstverständnis des Grundrechtsträgers im Werk niedergeschlagen haben muss²⁰¹, ist demgegenüber im Wesentlichen zuzustimmen. Es überzeugt, dass bei Gegenständen oder auch Aktionen, die für den Laien gerade aufgrund ihrer Neuartigkeit (teilweise auch: provokativen Natur) nicht ohne Weiteres als Kunst erkennbar sind, die vom Künstler vertretene Kunsteigenschaft zumindest bei Kenntnis von dessen individuellem Kunstverständnis nachvollziehbar gemacht werden muss. Ansonsten ist es für den Rechtsanwender quasi unmöglich, ernsthaft gemeinte Kunst von bloßen (nachträglichen) rechtsmissbräuchlichen Schutzbehauptungen oder auch bloßen Scherzen oder Floskeln zu unterscheiden. Nicht selten werben Handwerker oder auch Einzelhändler damit, jedes ihrer Produkte sei »ein kleines Kunstwerk«, wohl ohne sich ernsthafte Gedanken über die kunsttheoretischen oder rechtlichen Implikationen des Kunstbegriffs gemacht zu haben. Diese Fälle bieten in der Regel keinen Anlass für verfassungsrechtliche Konflikte, da die Werbenden den Schutz der Kunstfreiheit gar nicht ernsthaft für sich in Anspruch nehmen, sondern nur die Komplexität ihres Herstellungsprozesses betonen möchten. Bei Berufung auf die Kunstfreiheit muss der sich Berufende allerdings substantiiert erläutern, inwiefern er sein (für den Laien bzw. Rechtsanwender ggf. nicht als Kunst zu erkennendes) Tun als künstlerische Tätigkeit versteht, und auf welchem generellen Kunstverständnis dies beruht. Im zweiten Schritt ist dann zu prüfen, inwiefern dieses Kunstverständnis mit dem zu bewertenden Sachverhalt übereinstimmt.

Hierbei sind an die explizite verbale Ausformulierung des Kunstverständnisses des Einzelnen keine überzogenen Anforderungen zu stellen. Manch avantgardistischer Konzeptkünstler mag die Entwicklung seiner Fundamentalkonzeption als Hauptteil seiner Arbeit betrachten²⁰² und diese dementspre-

201 C. Fuchs, a.a.O., S. 74, 109.

202 Hierzu auch C. Fuchs, a.a.O., S. 104.

chend verbalisieren und dokumentieren. Die Forderung nach qualifizierter verbaler oder schriftlicher Äußerung als Voraussetzung der Eröffnung des Schutzbereiches kann aber unnötige freiheitsbeschränkende Wirkung haben, sofern der vermeintliche Künstler ernsthaft von der Kunsteigenschaft seines Tuns überzeugt ist. So mancher Künstler ist gerade Künstler, weil ihm die verbale Kommunikation, oder zumindest die explizite Erläuterung weniger liegt als der Ausdruck durch das von ihm gewählte Medium. Diese Beobachtung des oftmals gerade nonverbalen Ausdrucks durch ein anderes Medium als Sprache und Erläuterung schlägt sich auch im materialen Kunstbegriff des Bundesverfassungsgerichts nieder²⁰³. Künstlerisches Handeln ist nur dann frei, wenn auch intuitiv entstandene Werke in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fallen. Der Forderung nach qualifizierten kunsttheoretischen Äußerungen können zwar viele zeitgenössische Künstler gerecht werden. Der Schutzzweck der Kunstfreiheit erfordert aber gerade auch den Schutz derjenigen, die nicht im Zusammenhang der »Kunstwelt«, insbesondere der Kunsthochschulen wirken, sondern auch unabhängig von diesen.

Auch an diesem Erfordernis wird deutlich, dass Fuchs' Erweiterter Kunstbegriff v.a. mit dem Ziel entwickelt wurde, zeitgenössische Kunst, insbesondere Avantgarde, in den Schutzbereich der Kunstfreiheit einzuschließen. Zur Prüfung, ob eine ganze Gattung, etwa die Kochkunst in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fällt, ist er demgegenüber nur mäßig geeignet. Zwar beziehen einige zeitgenössische Künstler das Kochen und Essen in ihre Werke mit ein²⁰⁴. Wer aber nicht als Teil der »Kunstszene«, kocht, sondern in einem weniger eindeutig der »Kunstwelt« zuzuordnenden Kontext (etwa auf der Straße oder im Restaurant), kann das Kochen als Kunst betrachten, ohne vorher konzeptuelle Arbeit geleistet zu haben. Der Rechtsanwender, der sich fragt, ob Kochen generell als künstlerische Tätigkeit zu sehen ist, findet im allein auf die Avantgarde zugeschnittenen Erweiterten Kunstbegriff daher keinen ausreichenden Subsumtionsmaßstab.

Zusammenfassend lässt sich also feststellen, dass der Erweiterte Kunstbegriff nach Fuchs zwar hilfreich ist, um Kochen da als Kunst zu identifizieren, wo es Teil eines Avantgarde-Projekts ist. Kocht jemand als Ergebnis und Bestandteil einer Fundamentalkonzeption, ist das Kochen – wie im Übrigen potentiell jede Tätigkeit – künstlerische Tätigkeit und damit vom Schutzbereich der Kunstfreiheit umfasst. Kocht jemand aber, ohne dies explizit zum

203 Siehe oben.

204 Etwa Daniel Spoerri, s.u. (3.2.4.1).

Teil eines Avantgardeprojekts zu machen, das auf einer eigenen Fundamentalkonzeption beruht, hilft der Erweiterte Kunstbegriff nach Fuchs nicht weiter. Denn dann verhält sich der Kochende wie beispielsweise ein Musiker, der nach Perfektion streben mag und über seine Disziplin ausführliche Überlegungen anstellt, nicht aber über die Kunst an sich oder die Bedeutung des Kunstbegriffs. Aufgrund der traditionellen Anerkennung der Musik als Kunstgattung fällt nach der Rechtsprechung jedes Musizieren in den Schutzbereich der Kunstfreiheit. Das Kochen hingegen wird rechtlich bisher nicht als Kunstgattung im Sinne der Kunstfreiheit betrachtet. Nach Fuchs muss ein kochender Grundrechtsträger stets ein avantgardistischer Konzeptkünstler sein, um den Schutz der Kunstfreiheit beanspruchen zu können. Wie gezeigt ist die Forderung nach einer einmaligen, eigenen und expliziten Fundamentalkonzeption aber ein Kriterium, was außerhalb der avantgardistischen Konzeptkunst wohl kein Kunstschaffender erfüllt. Diese Voraussetzung ist daher eine überzogene qualitative Hürde und führt – unabsichtlich – zur Kontrolle der künstlerischen Qualität durch den Rechtsanwender. Bei der Frage, ob die Kochkunst generell oder im Einzelfall in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fällt, hilft dieser Ansatz daher nicht weiter. Im Ergebnis kann sich nach Fuchs nur derjenige auf die Kunstfreiheit berufen, der das Kochen als Teil seiner avantgardistischen Konzeptkunst betreibt.

2.2.2.8 Die Rolle des Selbstverständnisses bei der Eröffnung des Schutzbereichs

Die Schwierigkeit, einen inhaltlich abschließenden und subsumtionsfähigen verfassungsrechtlichen Kunstbegriff aufzustellen, führt zu der Frage nach der Definitionskompetenz²⁰⁵. Wie gesehen besteht auch bzw. gerade im »System Kunst«²⁰⁶ keine Einigkeit über den Kunstbegriff, und wie gesehen gebietet es die Neutralitätspflicht des Staates, sich keiner bestimmten, inhaltlich abschließenden oder gar Anspruch auf Allgemeingültigkeit erhebenden Kunsttheorie anzuschließen, um dann allen davon divergierenden Sachverhalten die Eröffnung des Schutzbereichs zu versagen²⁰⁷. Fraglich ist aber, wie mit

205 So M. Morlok: Selbstverständnis als Rechtskriterium, S. 90; die Problematik erkannt, wenn auch ganz anders beantwortet hat auch J. Isensee, hierzu unten, zusammenfassend auch N. Fallert: Definitionskompetenz – Wer entscheidet, was als Kunst gilt?, GRUR 2014, S. 719–724.

206 Begriff bei C. Fuchs: Avantgarde und Erweiterter Kunstbegriff, S. 73.

207 Siehe oben (2.2.2.7).

den individuellen Kunstbegriffen verschiedener Grundrechtsträger umzugehen ist, und wie sie sich auf die Eröffnung des Schutzbereiches im Einzelfall auswirken. Anders formuliert: Wie maßgeblich ist das Selbstverständnis des Grundrechtsträgers im Einzelfall?

Grundsätzliche Maßgeblichkeit des Selbstverständnisses bei Martin Morlok
Verfechter des Selbstverständnisses als (jedenfalls mit-)entscheidendes Kriterium – nicht nur bezüglich der Kunstfreiheit, sondern grundsätzlich²⁰⁸ aller Freiheitsrechte – ist Martin Morlok.

Nach Morlok sind die einzelnen Freiheitsrechte des Grundgesetzes zumindest auch²⁰⁹ Konkretisierungen der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG²¹⁰. Er begründet dies insbesondere mit dem »Darum« in Art. 1 Abs. 2 GG, welches die nachfolgenden Freiheitsrechte derart an die Menschenwürdegarantie koppelt, dass jene als Mittel erschienen, auf den einzelnen Handlungsfeldern die in Art. 1 Abs. 1 GG begründete Garantie einer eigenständigen Persönlichkeit und selbstbestimmten Lebensführung zu verwirklichen²¹¹.

Die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG wiederum schütze und anerkenne gerade die Individualität²¹² und statuiere »die rechtliche Beachtlichkeit eines Persönlichkeitsüberschusses«²¹³ des Einzelnen. Die Zugrundelegung der Menschenwürde habe ein offenes Menschenbild zur Folge, weise »jede inhaltlich bestimmte Anthropologie«, jedes deklarierte Menschenbild ab²¹⁴. Wenn auch viele rechtliche Vorschriften den Menschen nur in einem bestimmten Interaktionszusammenhang, also bloß ausschnittthaft ansprechen, so sei die Menschenwürdegarantie im Gegensatz hierzu die Anerkennung der »grundsätzlichen Rollentranszendenz des Individuums«²¹⁵. Nach dieser Auffassung ist es also gerade das von Staat und Gesellschaft Unvorhergesehene, sei es Verhalten, Charaktereigenschaft, Meinung oder was auch immer, was den Menschen als Menschen ausmacht und ihm seine

208 Zur Grundsätzlichkeit als methodisches Prinzip M. Morlok, a.a.O., S. 396.

209 Neben etwa der demokratiefunktionalen Bedeutung oder derjenigen für die Wirtschaftsordnung, M. Morlok, a.a.O., S. 289 m.w.N.

210 M. Morlok, a.a.O., S. 288.

211 M. Morlok, a.a.O., S. 287.

212 M. Morlok, a.a.O., S. 282f.

213 M. Morlok, a.a.O., S. 286.

214 M. Morlok, a.a.O., S. 283f.

215 M. Morlok, a.a.O., S. 286.

Würde gibt. Da der Staat um des einzelnen Menschen willen existiere²¹⁶, zudem der einzelne Mensch, aber nicht der Staat Selbstzweck sei²¹⁷, seien »die Anerkennung einer individuellen Identität und der Handlungsführung gemäß eigenem Selbstverständnis [...] von Verfassungen wegen unaufgebbare Richtpunkte der Rechtsordnung«²¹⁸. Die Berücksichtigung von Selbstverständnissen bei rechtlichen Entscheidungen seien »ein ausgezeichnetes Mittel, die äußere Selbstbestimmung und die Orientierung an eigenen Sinnhorizonten zu gewährleisten«. Aufgrund der Menschenwürde als von Art. 1 Abs. 1 GG vorgegebenen höchsten Rechtswert sei gerade diese Gewährleistung verfassungsrechtlich vorgegeben²¹⁹.

Ein weiterer Aspekt, der nach Morlok für die Beachtlichkeit von Selbstverständnissen spricht, ist die »fundamentale Sinnorientiertheit menschlicher Existenz«, welche ebenfalls durch die Menschenwürdegarantie verfassungsrechtlich anerkannt werde²²⁰. Mit dieser Sinnorientiertheit gehe die Notwendigkeit einher, »das Leben und die einzelne menschliche Tätigkeit jeweils als »gutes Leben« zu definieren, d.h. in je spezifischer Weise zu interpretieren«²²¹. Menschliches Dasein und Handeln werde durchgängig »definitivisch begleitet«, was als »kulturelle Dimension« ins Recht einzubeziehen sei²²². Diese Einbeziehung müsse insbesondere im Zusammenhang mit Freiheitsrechten geschehen, wenn diese nicht für den Einzelnen entwertet, also subjektiv belanglos sein sollten.

Subjektiv belangvoll ist Freiheit nach Morlok nur, wenn derjenige, der frei sein soll, also der Grundrechtsträger, »selbst über Was und Wie des Gebrauchs seiner Freiheit bestimmen kann«²²³. So weit die Freiheit reiche, so weit seien die Eigenvorstellungen für die Handlungssteuerung maßgeblich²²⁴. Wenn auch Freiheit nicht von vorneherein unbegrenzt gewährt werden müsse²²⁵, so

216 M. Morlok, a.a.O., S. 282.

217 M. Morlok, a.a.O., S. 283.

218 Ebd.

219 Ebd.

220 M. Morlok, a.a.O., S. 300.

221 Ebd.

222 Ebd.

223 M. Morlok, a.a.O., S. 393, 397.

224 M. Morlok, a.a.O., S. 393.

225 Morlok führt als Beispiel der legitimen Freiheitsbegrenzung von vorneherein die Deutschengrundrechte an, deren subjektiver Schutzbereich sich nur auf einen begrenzten

werde die freiheitsrechtliche Selbstbestimmung doch dann bestmöglich verwirklicht, wenn die Reichweite des Gewährten im konkreten Fall grundsätzlich subjektiv ermittelt werde²²⁶. Wegen der Sinnbestimmtheit menschlichen Handelns könne nicht unabhängig von den Vorstellungen des Handelnden beurteilt werden, ob eine bestimmte Handlung zu einem bestimmten Grundrechtsthema gehört²²⁷.

Nach alledem könnten »die verschiedenen Einzelgrundrechte als Konkretisierungen der Menschenwürdegarantie verstanden werden«²²⁸. Die einzeln aufgeführten Freiheitsrechte des Grundgesetzes seien spezifizierte Garantien, »eigene Vorstellungen zu entwerfen und sich an diesen Sinnprojektionen orientieren zu dürfen«²²⁹. Damit begründet Morlok die »grundsätzliche Maßgeblichkeit der Eigenvorstellungen der Grundrechtshaber – jedenfalls ehe über die Grundrechtsschranken die gegenläufigen Gesichtspunkte zu ihrem Recht kommen«²³⁰. Die Grundrechte geböten »die Heranziehung und die *Beachtlichkeit der Perspektive* und der Konzepte ihrer Inhaber«²³¹. Die Freiheitsgarantien müssten an den individuellen Sinnvorstellungen des Subjekts der Freiheit ansetzen, um die Zielvorgabe des Art. 1 Abs. 1 GG nicht zu verfehlen²³². Denn wenn die Freiheit das, worauf es dem einzelnen Grundrechtsträger gerade ankomme, nicht erfasse, sei sie entwertet²³³. Aus der Fundierung der Grundrechte in der Menschenwürde folge also das Gebot, die grundrechtliche Freiheit individuell wertvoll auszugestalten, was nur unter Heranziehung des Selbstverständnisses des Grundrechtsträgers gelingen könne²³⁴.

Bezogen auf die Kunstfreiheit weist Morlok auf die Gefahr hin, durch Definitionsversuche des Phänomens der Kunst »die grundrechtliche Schutzaufgabe zu verfehlen«²³⁵. Künstlerische Kommunikation spiele sich mittlerweile in

(und nach objektiven Kriterien bestimmbar) Personenkreis erstreckt; M. Morlok, a.a.O., S. 388ff., 393f.

226 M. Morlok, a.a.O., S. 396f.

227 M. Morlok, a.a.O., S. 395.

228 M. Morlok, a.a.O., S. 288.

229 M. Morlok, a.a.O., S. 289.

230 Ebd.

231 Ebd., Hervorhebung im Original.

232 M. Morlok, a.a.O., S. 396.

233 Ebd.

234 M. Morlok, a.a.O., 396.

235 M. Morlok, a.a.O., 89 mit Verweis auf BVerfGE 30, 173, 190.

einer eigengesetzlichen und intransparenten Sphäre ab, die für Außenstehende nicht zu begreifen sei²³⁶. Eine definitonische Fixierung als Beschreibung des bereits Anerkannten sei auch deshalb unangemessen, weil Kunst ihre Aufgabe gerade auch »in der Überschreitung bestehender Grenzen, in der Darstellung von nie Gesehenem, im Zursprachebringen des Un-Erhörten« sehe²³⁷. Art. 5 Abs. 3 GG sogar ein »Definitionsverbot« zu entnehmen, sei daher konsequent, bedeute es doch den vollständigen Verzicht auf eine inhaltlich fixierende Definition.

Zudem gewinne eine »objektive« Fassung eines Begriffs ihre Objektivität nur kraft Konvention²³⁸. Dieser wiederum werde durch die Inanspruchnahme eines Freiheitsrechtes durch Einzelne, also aufgrund deren Selbstverständnisses, der Boden bereitet. Als Beispiel führt Morlok die heutige Anerkennung der Gattung Collage als Kunst an, für die das Selbstverständnis der ersten Collagekünstler maßgeblich gewesen sei²³⁹. Zur »objektiven Anerkennung« einer Kunstgattung, d.h. zu ihrer konventionellen Etablierung, müsse im historisch vorhergehenden Schritt durch die »Selbstverständnisreklamation und -realisierung Einzelner« der kulturelle Hintergrund geschaffen werden, aus dem sich daraufhin das »objektive« Verständnis speise²⁴⁰. Morlok vertritt im Ergebnis allerdings kein Definitionsverbot²⁴¹ hinsichtlich des Kunstbegriffes²⁴², sondern eine grundsätzliche Maßgeblichkeit des Selbstverständnisses des Grundrechtsträgers²⁴³. Wenn auch auf eine inhaltliche oder konventionalistische²⁴⁴ Fixierung verzichtet werden soll, so bedeutet dies nach Morlok doch nicht einen gänzlichen Verzicht auf eine Definition²⁴⁵. Vielmehr sei die

236 M. Morlok, a.a.O., S. 89.

237 Ebd.

238 M. Morlok, a.a.O., S. 399.

239 Ebd.

240 M. Morlok, a.a.O., S. 400.

241 Für ein Definitionsverbot im Sinne einer »inhaltlichen Ausfüllung des grundrechtlichen Kunstbegriffes in einem material-qualitativen Sinne« W. Knies: Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, S. 217–229.

242 Zunächst offen bleibt dies bei M. Morlok, a.a.O., S. 89, die explizite Abgrenzung zur Lehre vom Definitionsverbot erfolgt S. 397.

243 M. Morlok, a.a.O., S. 396ff.

244 Wie etwa beim formellen Kunstbegriff, bei dem auf die Etablierung einer Kunstgattung, also auf kulturelle Konvention zurückgegriffen wird; vgl. M. Morlok, a.a.O., S. 399f. sowie W. Knies, a.a.O., S. 217–223.

245 M. Morlok, a.a.O., S. 397.

Maßgeblichkeit des Selbstverständnisses als methodische Regel zu verstehen, von der, falls hinreichende Gegen Gründe vorliegen, abgewichen werden dürfe²⁴⁶.

Berücksichtigung des Selbstverständnisses nach dem Bundesverfassungsgericht

Die maßgebliche Berücksichtigung des Selbstverständnisses des Grundrechtsträgers widerspricht auch nicht der vom Bundesverfassungsgericht vertretenen Auffassung von der Reichweite und Wirkung der Kunstfreiheit. Für die maßgebliche Berücksichtigung des Selbstverständnisses spricht insbesondere der folgende Ausspruch des Bundesverfassungsgerichts in der grundlegenden Mephisto-Entscheidung:

»Sinn und Aufgabe des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ist es vor allem, die auf der Eigengesetzlichkeit der Kunst beruhenden, von ästhetischen Rücksichten bestimmten Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen von jeglicher Ingerenz öffentlicher Gewalt freizuhalten. Die Art und Weise, in der der Künstler der Wirklichkeit begegnet und die Vorgänge gestaltet, die er in dieser Begegnung erfährt, darf ihm nicht vorgeschrieben werden, wenn der künstlerische Schaffensprozess sich frei entfalten soll. [...] Insofern bedeutet die Kunstfreiheitsgarantie das Verbot, auf Methoden, Inhalte und Tendenzen der künstlerischen Tätigkeit einzuwirken, insbesondere den künstlerischen Gestaltungsraum einzuengen, oder allgemein verbindliche Regeln für diesen Schaffensprozeß vorzuschreiben.«²⁴⁷

Demnach entscheidet der Grundrechtsträger selbst über das Wie der Inanspruchnahme der Kunstfreiheit. »Das Verbot, auf Methoden, Inhalte und Tendenzen der künstlerischen Tätigkeit einzuwirken, insbesondere den künstlerischen Gestaltungsraum einzuengen, oder allgemein verbindliche Regeln für diesen Schaffensprozeß vorzuschreiben« muss aber auch das Verbot enthalten, nur bestimmte Kunstformen oder Inhalte überhaupt als Kunst anzuerkennen. Wer dem Künstler weder Methoden noch Inhalte vorschreiben will, darf ihm auch nicht vorschreiben, nur bestimmte, anerkannte Gattungen oder Tätigkeiten überhaupt *als Kunst* zu betreiben. Es würde gegen das vom Bundesverfassungsgericht postulierte Verbot, den künstlerischen Gestaltungsraum einzuengen oder Regeln für den Schaffensprozess vorzuschreiben, verstoßen, wenn der Rechtsanwender dem Grundrechtsträger erklärte, das,

246 Ebd.

247 BVerfG, Beschluss vom 24.02.1971, Az. 1 BvR 435/68; BVerfGE 30, 173, 190.

was er als Kunst betrachte bzw. betreibe, sei gar keine Kunst und daher vom Schutzbereich der Kunstfreiheit nicht umfasst. Denn auf diese Weise erklärte er seinem Gegenüber im Ergebnis, nur, was bestimmten Regeln entspreche, sei überhaupt Kunst und nur, was nach diesen Regeln Kunst sei, könne von der freiheitsrechtlichen Privilegierung des Art. 5 Abs. 3 GG profitieren.

Auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts spricht also für eine maßgebliche Berücksichtigung des Selbstverständnisses des Grundrechtsträgers, wenn dies auch nicht explizit gemacht wird. Da es in der Mephisto-Entscheidung, aus der das obige Zitat stammt, jedoch weder darum ging, ob der streitgegenständliche Roman von der Kunstfreiheit umfasst war, noch darum, welche Rolle das Selbstverständnis des Autors bei der Beantwortung dieser ersten Frage spielen sollte, ist es nicht verwunderlich, dass eine explizite Aussage hierzu fehlt.

Dieselbe Entscheidung enthält an anderer Stelle den oben dargestellten materialen Kunstbegriff²⁴⁸. Wie gesehen ist dieser nur dann zur Subsumtion geeignet, wenn man die subjektive Komponente des Sachverhalts kennt²⁴⁹. Anders ausgedrückt: Die Intention des Grundrechtsträgers zu kennen, ist notwendig, um einen Sachverhalt unter den materialen Kunstbegriff überhaupt subsumieren zu können. Denn ohne deren Berücksichtigung lässt sich nicht feststellen, ob der Grundrechtsträger in einem Werk persönliche Erlebnisse und Erfahrungen einfließen lässt, bzw. ob dies unmittelbarer Ausdruck seiner Persönlichkeit ist²⁵⁰. Auch diese bereits festgestellte²⁵¹ notwendige Beachtlichkeit subjektiver Faktoren spricht dafür, dass die Maßgeblichkeit des Selbstverständnisses des Grundrechtsträgers im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts steht. Wer feststellen will, ob ein Verhalten ein Gestaltungsprozess ist, der Ausdruck der Persönlichkeit des Grundrechtsträgers ist, muss dabei beachten, ob das Verhalten als solcher Gestaltungsprozess und Persönlichkeitsausdruck *gemeint* ist. Wer die Intention bzw. das Selbstverständnis des Grundrechtsträgers nicht kennt, kann künstlerisches Schaffen nicht von sonstigem Tun unterscheiden. Dies wäre allenfalls durch die Beschränkung der Kunstfreiheit auf hergebrachte Gattungen und Medien möglich, was, wie gesehen, eine unzulässige Einengung des Schutzbereichs darstellt.

248 Siehe oben (2.2.2.1).

249 Siehe oben.

250 Siehe oben.

251 Siehe oben.

Die maßgebliche Berücksichtigung des Selbstverständnisses des Grundrechtsträgers steht daher auch im Einklang mit dem materialen Kunstbegriff des Bundesverfassungsgerichts.

Argumente gegen die Maßgeblichkeit des Selbstverständnisses

Nach Josef Isensee darf das Selbstverständnis des Grundrechtsträgers hingegen keine entscheidende Rolle spielen²⁵². Der Grundrechtsträger sei »notwendig befangen«, allein der Staat könne neutraler Interpret der Grundrechte sein, da er »selbst nicht Träger der Grundrechte, sondern nur ihr Adressat« sei.²⁵³ Der Staat folge, »von grundrechtsparteilichen Interessen geläutert, ausschließlich der Idee des Allgemeinen«²⁵⁴. Zudem könne der Einzelne sein individuelles Verständnis nur im Gerichts- oder individuellen Verwaltungsverfahren geltend machen, im Massenverwaltungs- oder Gesetzgebungsverfahren hingegen sei der Gesetzgeber darauf angewiesen, zu generalisieren und zu typisieren²⁵⁵. Das für die maßgebliche Berücksichtigung des Selbstverständnisses erforderliche Angebot an Verfahren werde niemals bereitstehen²⁵⁶. Zudem sei eine subjektivierende Grundrechtsauslegung mit »der Gleichheit« schlechthin unvereinbar, »private Willkür« ziehe »die Grenze zwischen Grundrecht und Gesetzespflicht«²⁵⁷. Der Erfolg des Grundrechtsschutzes dürfe zudem nicht von der Fähigkeit abhängen, »die eigene Auffassung hinreichend eindrucksvoll darzustellen«²⁵⁸.

Das Grundgesetz sei so zu verstehen, wie es seine Mütter und Väter zum Zeitpunkt seiner Erarbeitung verstanden hätten, d.h. nur, was damals als Kunst gegolten habe, könne vom Kunstbegriff des Art. 5 Abs. 3 GG gemeint sein. Isensee spricht insofern von der »Starrheit« der verfassungsrechtlichen Begriffe²⁵⁹. Sie dürften nicht »in den Wandel des allgemeinen Sprachgebrauchs oder der Wertvorstellungen hineingezogen werden«, vielmehr dürfe der Text der Verfassung nur durch das dafür vorgesehene Verfahren explizit geändert werden²⁶⁰. Nur wenn Rechtsbegriffe für jedermann identischen

252 J. Isensee: Wer definiert die Freiheitsrechte?, S. 29ff.

253 J. Isensee, a.a.O., S. 33.

254 Ebd.

255 J. Isensee, a.a.O., S. 34f.

256 J. Isensee, a.a.O., 34.

257 J. Isensee, a.a.O., S. 36.

258 Ebd.

259 J. Isensee, a.a.O., S. 53.

260 Ebd.

Inhalt hätten, sei Eindeutigkeit und damit Rechtseinheit gewährleistet, anderenfalls herrsche das Chaos. Dieses stets inhaltlich identische Verständnis ermögliche erst die »wahrhafte Integration der Gesellschaft«. Bei inhaltlich »changierendem«, das Selbstverständnis des Einzelnen berücksichtigendem Verständnis verfassungsrechtlicher Begriffe sei die Verfassung keine »rechtliche Grundordnung«, sondern nur mehr »politische Lyrik«²⁶¹.

Stellungnahme

Die Ansicht Morloks überzeugt.

Betrachtet der Betroffene sein Werk als Kunstwerk und sein Tun als künstlerische Handlung, so muss gerade diese Perspektive durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützt sein. Anderenfalls liefe die Kunstfreiheit für den Einzelnen leer, wäre also »subjektiv belanglos« im Sinne Morloks²⁶². Gerade Neuerungen und »untaugliche Versuche«, also Werke, die zunächst keine Anerkennung finden, wären vom Schutzbereich ausgenommen. Soll der Schutzbereich der Kunst nur das umfassen, was sich ohnehin innerhalb der Konvention und der allgemeinen Gesetze bewegt, so wäre der Lebensbereich Kunst nicht mehr freiheitsrechtlich privilegiert. Die gesonderte Gewährleistung der Kunstfreiheit wäre bei dieser Lesart in der Grundrechtssystematik redundant. Denn im Ergebnis könnten sich Künstler weder auf mehr noch auf etwas qualitativ Anderes berufen, als dies andere Träger der Berufsfreiheit oder auch der allgemeinen Handlungsfreiheit können.

Eine Korrektur ausufernd oder zulasten Dritter in Anspruch genommener Kunstfreiheit aufgrund eines bestimmten Kunstbegriffs kann allein auf Schrankenebene erfolgen²⁶³. Auf diese Weise wird auch die im Grundgesetz angelegte Privilegierung der Kunstfreiheit durch ihre a priori schrankenlose Gewährleistung umgesetzt. Diese Privilegierung muss als Wille des Verfassungsgebers hingenommen werden und kann nicht durch eine inhaltliche Fixierung der Kunst auf das der Justiz oder dem Gutachter Bekannte umgangen werden. Nur bei diesem Verständnis kann die grundgesetzlich gewollte Autonomie des Einzelnen, d.h. seine grundsätzlich selbstbestimmte Lebensgestaltung gewährleistet werden. Insbesondere eine Fixierung auf dem Ver-

261 J. Isensee, a.a.O., S. 52f.

262 Siehe oben.

263 So etwa bei der Inanspruchnahme fremden Eigentums zum Zwecke der Kunstausübung bei Craffitikünstlern.

fassungsgeber bekannte oder vorstellbare Inhalte, wie sie Isensee vorschwebt, steht dieser selbstbestimmten Lebensgestaltung entgegen.

Freiheit bedeutet nicht nur Freiheit von etwas (also negative Freiheit), sondern auch Autonomie, d.h. Selbstbestimmung²⁶⁴. Diese Autonomie und die damit einhergehende individuelle Interpretation des eigenen Lebens²⁶⁵ kann nur gewährleistet werden, wenn der Rechtsträger nicht nur bestimmen kann, was er tun will, sondern auch, was er *als Kunst* tun will. Sonst ist die Kunstfreiheit belanglos, für den Einzelnen nicht wertvoll²⁶⁶, und unterscheidet sich im Übrigen nicht von der Berufs- oder allgemeinen Handlungsfreiheit²⁶⁷. Das Selbstverständnis des Einzelnen gerade bezüglich der Einordnung seines Tuns als künstlerische Tätigkeit nicht zu beachten, hieße, ihm die Freiheit der Kunst durch die Nichtanerkennung seines Tuns als Kunst nicht zuzugestehen. Auf diese Weise würde die Freiheit der Kunst im Einzelfall bereits erheblich beschränkt, ohne dass eine Prüfung auf Schrankenebene stattfände. Gerade weil keiner der kursierenden Kunstbegriffe²⁶⁸ die Entwicklungsoffenheit der Kunst angemessen spiegelt, und gerade weil die Avantgarde auf Grundlage der beim Bundesverfassungsgericht etablierten Kunstbegriffe in der Vergangenheit erhebliche Schutzlücken hinnehmen musste²⁶⁹, können durch die Rechtsanwender entwickelte Kunstbegriffe nicht abschließend sein. Das Selbstverständnis des Einzelnen muss im Zweifel ausschlaggebend sein, jedenfalls aber eine erhebliche Indizwirkung haben.

Isensee als Vertreter der Gegenansicht führt an, der Einzelne werde durch die Anerkennung seines Selbstverständnisses maßgeblich zum Richter in eigener Sache gemacht, erhalte womöglich »das letzte Wort« darüber, ob sein Verhalten von einem bestimmten Grundrecht geschützt wird²⁷⁰. Dies ist in der Tat bezogen auf die Eröffnung des Schutzbereiches der Fall. Der Rechtsanwender allerdings bleibt Rechtsanwender bei Anwendung der Schranken und

264 So und näher zu den Begriffen der »positiven« und »negativen« Freiheit M. Morlok, a.a.O., S. 373f., zur grundrechtlichen Freiheit als rechtlich gewährleistete personale Selbstbestimmung ebenda, S. 380ff.

265 So auch M. Morlok, siehe oben.

266 So auch M. Morlok, siehe oben.

267 Siehe oben.

268 Siehe oben (2.2.2.1 bis 2.2.2.7).

269 So etwa der »Sprayer von Zürich«, vgl. BVerfG (Vorprüfungsausschuss), Beschluss vom 19.03.1984, 2 BvR 1/84, NJW 1984, 1293–1295, weitere Beispiele bei C. Fuchs, a.a.O., S. 28–31.

270 J. Isensee: Wer definiert die Freiheitsrechte?, S. 19.

der im Ergebnis entscheidenden Abwägung. Die Besorgnis, jeder könne machen, was er will, ist gerade die Intention der grundgesetzlichen Freiheitsrechte, sofern die ausdifferenzierte Schrankensystematik beachtet wird. Dass dadurch dem Einzelnen vor dem Staat gerade im Bereich der Kunst erhebliche Freiheit zugestanden wird, ist als vom Verfassungsgeber intendierte Folge der schrankenlosen Gewährleistung der Kunstfreiheit hinzunehmen. Gerade dieser Schutz unvorhersehbares Verhalten und vor-staatlicher Kreativität muss als Zweck der Kunstfreiheit anerkannt werden um eine verfassungswidrige Schutzlücke zu vermeiden.

Aus denselben Gründen kann das Argument der Untergrabung staatlicher Autorität bei womöglich unvorhersehbaren kreativen Leistungen nicht überzeugen. Zugespitzt formuliert: Die Grundrechte sollen eine solche Untergrabung, d.h. Nicht-Staatshörigkeit gerade ermöglichen. Die Grundrechte stellen den Einzelnen und seine autonome Lebensgestaltung, seinen »Persönlichkeitsüberschuss«, in den Mittelpunkt. Die Menschenwürde zu achten und zu schützen ist jederzeit Ziel staatlichen Handelns und Nicht-Handelns. Die Stärkung staatlicher Autorität gegenüber dem Individuum hingegen ist nach dem Grundgesetz gerade kein Selbstzweck und auch kein Staatszweck²⁷¹. Wenn der Schutz der Kunstfreiheit den Einzelnen davor schützt, sich staatlicher Autorität über das grundgesetzlich festgelegte Maß hinaus beugen zu müssen, so erfüllt sie gerade ihren Zweck.

Auch ist die Anerkennung der Maßgeblichkeit des Selbstverständnisses kein Zeichen »juristische[r] Resignation«²⁷². Sie ist vielmehr Ergebnis des grundlegenden Verständnisses der Freiheitsrechte. Den Inhalt der Freiheitsrechte gerade nicht zu definieren, die Fälle ihrer Anwendung gerade nicht a priori zu begrenzen heißt nicht, sich nicht um sie zu kümmern²⁷³. Vielmehr ist es, wie dargelegt, gerade Sinn der Freiheitsrechte, nicht vom Staat mit Inhalt gefüllt zu werden, muss es der Staat und seine Organe gerade aushalten, dass die Freiheitsrechte dem Einzelnen vom Staat unabhängige und nicht vorgefertigte Wege und Möglichkeiten eröffnen. Dass manchem Juristen ob dieser Unvorhersehbarkeit der künstlerischen Entwicklung und des Handels »selbsternannter« Künstler mulmig werden könnte, ist hinzunehmen. Alles andere wäre keine Gewährleistung der Kunstfreiheit.

271 Siehe oben.

272 So aber J. Isensee, a.a.O., S. 23.

273 So aber im Ergebnis J. Isensee, a.a.O., S. 23.

Die Forderung Isensees nach »Starrheit« und materiell-inhaltlicher Identität der Begriffe überzeugt nicht. Die Befürchtung vor Chaos und Ungleichheit bei maßgeblicher Berücksichtigung des Selbstverständnisses verdeutlicht ein Verfassungsverständnis, das nicht die Selbstverwirklichung des Einzelnen, sondern Ordnung, Sicherheit und Vorhersehbarkeit als primäres Ziel der Verfassung ansieht. Insbesondere die Sorge vor Ungleichheit, wenn eine unübersehbare Menge materiell-inhaltlich unterschiedlicher Kunstverständnisse gleichermaßen in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fallen sollen, lässt eher einen Wunsch nach Gleichförmigkeit als nach Gleichheit vor dem Gesetz vermuten. Die Verunsicherung, wenn jeder macht, was er will, und die Forderung nach »Starrheit« der Verfassung verdeutlichen ein Verständnis der Grundfreiheiten, dem hier nicht zugestimmt wird. Soll Freiheit nur für Verhalten gewährleistet werden, das zu einem bestimmten Zeitpunkt bereits vorhersehbar, überhaupt vorstellbar war, so ist die Freiheit im Sinne von Ergebnisoffenheit eben nicht gewährleistet. Das Regel-/Ausnahmeverhältnis der Grundrechte, nach dem Grundrechtsträger berechtigt sind, sich nach persönlichem Gutdünken zu verhalten, ohne um Erlaubnis zu fragen, wird bei inhaltlicher »Starrheit« der Begriffe in sein Gegenteil verkehrt. Ein Grundrechtsträger könnte sich nach diesem Verständnis nur auf die Grundfreiheiten berufen, wenn er vorher geprüft hätte, ob sein Verhalten dem Verständnis von Kunst, Religion, Gewissen usw. der späten 1940er Jahre entspräche. Diese Ansicht höhlt daher im Ergebnis die Grundfreiheiten aus. Können Grundfreiheiten nur in inhaltlich fixiertem Rahmen, ohne Beachtung der persönlichen Empfindung und Wahrnehmung des Einzelnen ausgeübt werden, so ist die Verwirklichung unterschiedlicher Vorstellungen sinnhaften bzw. würdevollen Lebens des Individuums allenfalls zufällig möglich, nämlich dann, wenn die Vorstellungen des Individuums mit den inhaltlich fixierten verfassungsrechtlichen Begriffen übereinstimmen. Unter dem Grundgesetz, das unmissverständlich die Würde des Einzelnen als oberste Priorität setzt, vermag ein derartig auf Ordnung und Vorhersehbarkeit gerichtetes Grundrechtsverständnis nicht zu überzeugen.

2.2.2.9 Zwischenergebnis

Keiner der in der Rechtsprechung und Literatur etablierten Kunstbegriffe eignen sich zur Subsumtion im Sinne der Einordnung eines Sachverhalts, dessen Zugehörigkeit zum Schutzbereich der Kunstfreiheit nicht ganz sicher ist. Unter den materialen Kunstbegriff kann jeder Sachverhalt subsumiert werden, sofern bestimmte subjektive Aspekte der Entstehung des Werkes be-

kannt sind. Die Betrachtung allein des Werkes hingegen reicht nicht aus. Der »normoffene« Kunstbegriff nach Schneider ist eine dem Wortlaut des Grundrechts widersprechende Begrenzung des Schutzbereichs auf einfachgesetzlich »erlaubte« Sachverhalte, wie sie auch vor Schneider schon mehrfach vertreten wurde. Der offene Kunstbegriff eignet sich deshalb nicht zur Abgrenzung von Kunst und Nicht-Kunst, weil dem Betrachter das Erkennen mehrstufiger Information abverlangt wird – das Anerkennen der Kunsteigenschaft hängt also erheblich von den Interpretationsfähigkeiten des Betrachters ab. Der »erweiterte« Kunstbegriff nach Fuchs ist zur Einordnung zeitgenössischer Konzeptkunst geeignet, kann aber durch seine Forderung nach einer nie zuvor dagewesenen Fundamentalkonzeption nicht als Definition für sämtliche vom Grundrechtsschutz betroffene Kunst dienen.

Einzig der formale Kunstbegriff gibt zur Subsumtion geeignete Anhaltspunkte, denn nach ihm wird nur das von der Kunstfreiheit geschützt, was einer allgemein als etabliert anerkannten Gattung angehört²⁷⁴. Bezüglich der Anerkennung der Kochkunst als Kunstgattung ist jedoch auch diese Definition wenig hilfreich. Ist die Voraussetzung für die verfassungsrechtliche Anerkennung als Kunst, dass etwas allgemein als Kunst anerkannt ist, dreht man sich im Kreis. Für die verfassungsrechtliche Etablierung einer neuen Gattung, die bisher durch die Einordnung des Kochens als Ausbildungsberuf²⁷⁵ sogar per Verordnung als Nicht-Kunst definiert wird, bietet auch der formale Kunstbegriff keinen Anhaltspunkt. Stattdessen bietet er die von Isensee geforderte »Starrheit« des Kunstbegriffs, die, wie gezeigt, der individuell sinnvollen Lebensgestaltung des Einzelnen, wie sie das Grundgesetz fordert, zuwiderläuft.

2.2.3 Entwicklung des Obersatzes: Voraussetzungen für die Eröffnung des Schutzbereichs der Kunstfreiheit

Für die Ergebnislosigkeit und Uneinigkeit hinsichtlich des verfassungsrechtlichen Kunstbegriffs gibt es einen Grund. Der Wortlaut »Kunst ist frei« lässt den Juristen fast reflexartig fragen: Was ist denn diese »Kunst«, die da frei ist? Die Fragestellung im Rahmen der grundrechtlichen Prüfung muss aber eine andere sein²⁷⁶.

274 Siehe oben (2.2.2.2).

275 § 1 KochAusbV.

276 Diese Differenzierung bei der Aufgabenstellung betont auch C. Fuchs, a.a.O., S. 57.

Sobald der Rechtsanwender fragt, ob das zu beurteilende Werk Kunst sei, und *daher* in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fällt, tappt er in die Falle. Die eingängige Formulierung »Kunst ist frei« im Grundgesetz darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass es bei der Kunstfreiheit wie bei jedem anderen Freiheitsrecht um die Gewährleistung von Freiheit von Menschen geht, um die Inanspruchnahme bestimmter Rechte durch Menschen im Zusammenhang mit Kunst. Geschützt wird nach der Systematik des Grundgesetzes und jedes anderen Menschenrechts aber immer ein Mensch, eine Gruppe von Menschen oder – unter bestimmten Voraussetzungen – eine juristische Person. Das Voranstellen der Menschenwürde als oberstes Ziel staatlichen Handelns und des Grundgesetzes überhaupt verdeutlicht dies. So banal es klingt: Rechtsfähig sind nur Menschen bzw. juristische Personen. »Kunst« hat keine Freiheitsrechte, hat überhaupt keine Rechte. Personen haben unter dem Grundgesetz das Recht, sich künstlerisch frei zu betätigen. Mit den Worten Ernst Gombrichs: »Genau genommen gibt es ›die Kunst‹ gar nicht. Es gibt nur Künstler.«²⁷⁷

Auch die »Kunstwelt« ist keine Rechtsträgerin. Die »Kunstwelt« ist kein abgeschlossener Raum, kein bestimmter Personenkreis, es gibt gerade keine allgemein anerkannten Kriterien über ihre Zugehörigkeit. Im Gegenteil: Wollte man die Definitionsschwierigkeit des Begriffes »Kunst« umschiffen, indem man die Zugehörigkeit zur »Kunstwelt« als Voraussetzung ausreichen ließe, so käme keine Begriffsklärung zustande. Vielmehr bestünde die Gefahr, dass ausschließlich anerkannte Künstler, die des Grundrechtsschutzes möglicherweise weniger dringend bedürfen als die weniger anerkannten²⁷⁸ überhaupt als Künstler und damit dem Schutzbereich zugehörig betrachtet würden. Die »Kunstwelt« besteht vielmehr aus Sachverhalten, d.h. Situationen, in denen sich natürliche und juristische Personen verhalten und betätigen. Ob dieses Verhalten künstlerisch ist, als solches gemeint oder verstanden wird, hängt vom Einzelfall ab. Bei der »Kunstwelt« handelt es sich um eine jener nicht klar abgrenzbaren »Szenen«, von deren Existenz und Faszination insbesondere diejenigen überzeugt sind, die wissen, dass sie ihr nicht angehören.

Kunstwerke mögen sich von ihrem Erschaffer lösen. Kein Kunstwerk kann aber rechtlichen Schutz in irgendeiner Form beanspruchen, Werke sind nicht rechtsfähig. Rechtsträger, insbesondere Grundrechtsträger, sind stets Perso-

277 E. Gombrich.: Die Geschichte der Kunst, S. 15.

278 So überzeugend Fuchs, siehe oben (2.2.2.7).

nen, im Regelfall natürliche, nach dem Maßstab des Art. 19 Abs. 3 GG auch juristische.

Die markante und scheinbar eindeutige Formulierung »Kunst ist frei« ist also irreführend. Tatsächlich muss gemeint sein: »Personen sollen frei sein, sich künstlerisch zu betätigen«. Diese etwas weniger gefällige Formulierung enthält gegenüber dem Wortlaut des Grundgesetzes zwei Klarstellungen: Die deskriptive Feststellung, es bestehe bereits Freiheit, wird durch eine normative Formulierung ersetzt, und nicht die Kunst wird als Rechtsträgerin genannt, sondern Personen. Beide Punkte ergeben sich aus Sinn und Zweck der Grundrechte im Allgemeinen wie auch der Kunstfreiheit im Besonderen.

Die Formulierung der Kunstfreiheit im Indikativ kann nichts daran ändern, dass diese, wie jede Grundrechtsnorm, normativ gemeint ist. Die Formulierungen der Grundrechte im Indikativ sind stets Aussagen darüber, wie die Situation unter dem Grundgesetz sein *soll*. Keins der Grundrechte ist deskriptiv gemeint, wenn auch mehrere der Formulierungen im Indikativ stehen. Diese Lesart widerspricht nicht dem Wortlaut, vielmehr sind alle Grundrechte normativ, egal wie sie formuliert sind²⁷⁹. Es zeigt sich gerade an der Menschenwürde – sie *soll* nach der Wertung des Grundgesetzes bzw. im neugegründeten Staat als unantastbar betrachtet, d.h. nicht angetastet werden. Dass sie faktisch sehr antastbar ist, hatte sich direkt vor Inkrafttreten des Grundgesetzes deutlich gezeigt.

Die klarstellende Formulierung, die die Kunstfreiheit Personen, nicht aber der Kunst selber zubilligt, ergibt sich aus dem Wesen der Grundrechte als Menschenrechte. Die einzelnen Grundrechte dienen dem Schutz und der Achtung der Menschenwürde²⁸⁰. Es kann und soll nicht »die Kunst« oder ein anderer abstrakter Begriff (etwa Religion oder Meinung) frei sein, sondern die Freiheit von Personen in mit diesen Begriffen zusammenhängendem Verhalten gewährleistet werden.

Die oben aufgeführte, klarstellende Formulierung hat aber den entscheidenden Vorteil, dass die Frage »Was ist Kunst?« sich nicht reflexartig und scheinbar notwendigerweise stellt. Statt (wie gezeigt, ergebnislos) zu versuchen, Kunst als Phänomen zu definieren, stellt der Rechtsanwender bei der klarstellenden Formulierung der Norm andere Fragen. Die Formulierung lautet, wie gesagt: »Personen sollen frei sein, sich künstlerisch zu betätigen.« Der persönliche Schutzbereich ist klar: Jeder, der sich künstlerisch betätigt,

279 Vgl. etwa R. Alexy: Theorie der Grundrechte, S. 53–70.

280 Siehe oben (2.2.2.8).

kann sich auf dieses Grundrecht berufen. Die Frage nach dem sachlichen Schutzbereich ist eben diese: Gefragt wird bei dieser wenig eingängigen, eher technisch anmutenden Formulierung nach den Grenzen des sachlichen Schutzbereiches, nicht automatisch nach der Definition von Kunst. Diese Frage birgt den entscheidenden Vorteil, dass sie für Juristen anhand juristischer Methoden beantwortbar ist. Die unlösbare Frage nach dem Wesen der Kunst wird nicht gestellt, weil sie zu stellen nicht erforderlich ist. Ob etwas (eine Sache, Situation, Handlung) Kunst ist oder ob sich eine Person im Zusammenhang mit einem bestimmten Verhalten auf die Kunstfreiheit berufen kann, sind zwei sauber voneinander zu trennende Fragen. Werden sie getrennt, stellt sich heraus: Die zweite Frage ist anhand verfassungsrechtlicher Argumentation sinnvoll beantwortbar, die erste nicht. Die erste Frage, die zu beantworten sich zahlreiche Juristen seit Jahrzehnten abmühen, führt zum Definitionschaos, sogar zum Streit darüber, ob ein Definitionsverbot²⁸¹ oder -gebot²⁸² bestehe²⁸³. Kommentare stellen heraus, dass auch siebzig Jahre nach Inkrafttreten des Grundgesetzes ein brauchbarer im Sinne von zur Subsumtion geeigneter Kunstbegriff nicht vorliegt²⁸⁴.

Hier soll also die Frage nach den Grenzen des sachlichen Schutzbereiches der Kunstfreiheit gestellt werden, statt dass weiter nach einer verfassungsrechtlich sinnvollen Definition von »Kunst« gesucht würde.

Auch mit dieser leicht geänderten Fragestellung ist die grundsätzliche Ausrichtung jedes Freiheitsrechts an der Menschenwürde ausschlaggebend. Aus dieser grundsätzlichen und stets maßgeblichen Zielrichtung ergibt sich, dass die durch die einzelnen Freiheitsrechte zu schützenden Lebensbereiche nur dann als frei im Sinne des Grundgesetzes gelten können, wenn sie für den einzelnen Grundrechtsträger individuell sinnvolle, mit den Worten Morloks: belangvolle Freiheit gewährleisten²⁸⁵. Belangvoll ist die Freiheit, gleich auf welchen Lebenszusammenhang bezogen, dann, wenn sie für den Einzelnen sinnerfüllt ist. Daraus ergibt sich, dass belangvolle Freiheit in einem bestimmten Lebensbereich nur dann gewährleistet wird, wenn das

281 So W. Knies, a.a.O., S. 217–229, in gewisser Weise auch Häberles »differenzierter Kunstbegriff«, sich abgrenzend M. Morlok, a.a.O., S. 397.

282 So Isensee, siehe oben (2.2.2.8).

283 Hierzu ausführlich J. Würkner, a.a.O., S. 123f.

284 F. Wittreck bezeichnet einen »ebenso konsens- wie subsumtionsfähige[n] verfassungsrechtliche[n] Kunstbegriff« als »Desiderat« und »wahrscheinlich auch kunstinadäquat« in: H. Dreier (Hg.): Grundgesetz, Art. 5 III GG, Rn. 41.

285 Siehe oben (2.2.2.8).

Empfinden des Grundrechtsträgers darüber, ob sein Verhalten überhaupt zu diesem Lebensbereich gehört, maßgebliche Beachtung findet. Wird das Empfinden des Grundrechtsträgers über den Sinn und die Zuordnung seines Verhaltens zu einem Lebensbereich rechtlich nicht beachtet, so liegt bereits darin eine Einschränkung seiner Freiheit in diesem Bereich. Denn die Nichtzuordnung zu einem gesondert geschützten Lebensbereich führt zu einer Nichtzuordnung zu dem jeweiligen besonderen Freiheitsrecht mit seinem jeweils eigenen Schrankensystem. Das Verhalten wird dann entweder einem anderen, dem Sinnempfinden des Grundrechtsträgers widersprechenden besonderen Freiheitsrecht oder aber der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG zugeordnet. Die Möglichkeiten der staatlichen Einschränkung sind dann jeweils andere, und, im Falle der allgemeinen Handlungsfreiheit, oft wesentlich weitreichendere als die des besonderen Freiheitsrechtes, auf dass sich der Grundrechtsträger nach dem eigenen Verständnis seines Verhaltens beruft. Zur Gewährleistung belangvoller Freiheit im Sinne der nach der Menschenwürdegarantie gebotenen individuellen Lebensgestaltung und Sinnerfüllung des Lebens muss also das Verständnis des Grundrechtsträgers von seinem Verhalten maßgeblich sein²⁸⁶.

Der Lebensbereich, in dem sich nach Art. 5 Abs. 3 GG das individuell sinnerfüllte Verhalten des Einzelnen frei entfalten können soll, ist die Kunst. Dennoch ist eine Definition von »Kunst« als Lebensbereich auch nicht erforderlich²⁸⁷. Erkennt man nämlich an, dass die individuell sinnerfüllte, für den Grundrechtsträger selbst belangvolle Freiheit geschützt werden soll, so reicht es aus, ist aber auch notwendig, dass der Grundrechtsträger sein Verhalten als zum Lebensbereich Kunst zugehörig versteht. Anders ausgedrückt: der Grundrechtsträger muss der Ansicht sein, er sei künstlerisch tätig, er muss also sich künstlerisch betätigen *wollen*. Das Wollen, also der Vorsatz, sich künstlerisch zu betätigen, ist erforderlich, aber auch ausreichend, um den sachlichen Schutzbereich der Kunstfreiheit zu eröffnen. Nicht in den Schutzbereich fällt damit Verhalten eines Grundrechtsträgers, das jemand anders im Nachhinein als Kunst deklariert, was aber nicht als solche gemeint war. Umgekehrt fällt jeder Versuch der künstlerischen Tätigkeit in den sachlichen Schutzbereich – unabhängig davon, wie das Ergebnis ausfällt. Auch der erfolglose oder sogar untaugliche Versuch, das von Vorneherein

286 Siehe oben (2.2.2.8).

287 Eine Definition von »Kunst als Lebensbereich« dürfte ebenso schwer zu formulieren sein als von »Kunst« an sich.

zum Scheitern verurteilte Projekt, muss vom Schutzbereich der Kunstfreiheit erfasst sein. Nur dann, wenn schon der Wille und der Ansatz zu vom Grundrechtsträger selbst als künstlerisch empfundener Tätigkeit in den sachlichen Schutzbereich fällt, kann das Grundrecht der Kunstfreiheit belangvolle Freiheit gewährleisten. Die Eröffnung des Schutzbereiches muss nicht nur ohne staatliche Qualitätskontrolle, sondern auch ohne Erfolgskontrolle geschehen. Die Frage, ob der Vorsatz, sich künstlerisch zu betätigen, erfolgreich umgesetzt wurde, ist nämlich eine staatliche Qualitätskontrolle durch die Hintertür und führt im Ergebnis wieder zu der Betrachtung des Ergebnisses durch den Rechtsanwender unter dem Gesichtspunkt »ist das Kunst?«. Der Werkbereich, in dem es eventuell jahrelang zu keinem Ergebnis kommt, in dem sich der Grundrechtsträger aber nach eigenem Empfinden unermüdlich an künstlerischer Tätigkeit abmüht, muss ebenso geschützt sein wie der des erfolgreichen und allgemein anerkannten Künstlers.

Die Prüfung der Eröffnung des sachlichen Schutzbereiches bezieht sich also auf den Zeitpunkt, zu dem der Grundrechtsträger den Entschluss fasst, künstlerisch tätig zu sein. Der Rechtsanwender muss nicht abwarten, bis ein Werk zustande kommt, um zu prüfen, ob es sich hier um ein Kunstwerk handelt. Diese Herangehensweise hat den Vorteil, dass auch der erfolglose Künstler, der nie ein Werk zustande bringt, sich auf die Kunstfreiheit berufen kann. Geschützt ist sein Verhalten von Anfang an, denn belangvolle Freiheit gibt es nur, wenn es nicht auf den Erfolg ankommt.

Handelt es sich hier also um einen subjektiven Kunstbegriff, im Sinne von »Kunst ist, was als Kunst gemeint ist?« Das ist nicht der Fall – ein Kunstbegriff wird ja gerade nicht aufgestellt. Bei der hier vorgenommenen Abgrenzung des Schutzbereiches kommt es gerade darauf an, dass eine Aussage darüber, was Kunst ist, und ob ein bestimmtes Werk im Einzelfall Kunst ist, durch Juristen nicht getroffen werden soll. Stattdessen wird der sachliche Schutzbereich der Kunstfreiheit verfassungsrechtlich sinnvoll abgegrenzt, was, wie gezeigt, gerade nicht die Definition von »Kunst« umfasst. Dieses Nichtaufstellen eines Kunstbegriffes ist kein dem Wesen der Kunst geschuldetes Definitionsverbot, sondern das Anerkennen der Tatsache, dass eine andere Frage als »Was ist Kunst« beantwortet werden muss und deren Beantwortung allein zur Subsumtion eines Sachverhalts unter die Kunstfreiheit beachtlich ist. Denn geschützt werden soll die individuelle Lebensgestaltung und Sinnggebung von Grundrechtsträgern, und (trotz des Wortlauts) nicht die Kunst.

Nach der hier vertretenen Ansicht, nach der der Schutzbereich der Kunstfreiheit dann eröffnet ist, wenn sich der Grundrechtsträger künstlerisch

betätigen will und davon überzeugt ist, dies zu tun, also eine künstlerische Intention verfolgt, ist die in der Einleitung dargestellte außerjuristische Diskussion über die generelle Anerkennung des Kochens als Kunst von allenfalls sehr geringer Relevanz. Die dargestellten Meinungen und Begründungen können Indizien sein, dass der Grundrechtsträger aus den etwa von Kubelka vertretenen Gründen eine Wiener Cremeschnitte zubereitet. Dies bedarf aber der Überprüfung im Einzelfall. Da es auf die Intention des Betroffenen ankommt, kann keine pauschale Annahme getroffen werden, wer etwa eine Cremeschnitte zubereite, tue das stets mit künstlerischer Intention. Die Beurteilung ist stattdessen wie bei anderer (nicht-kochender) Kunst auch: Nicht jeder, der wie Beuys eine Badewanne mit Heftpflastern und Mullbinden versieht oder wie Duchamp ein Pissoir aufstellt, tut dies mit künstlerischer Intention, also dem Willen und der Überzeugung, sich künstlerisch zu betätigen. Anhand der Gesamtumstände des Einzelfalls muss also, in der Küche wie in der sonstigen Kunst, auf die Intention des Handelnden geschlossen werden. Die oben angerissenen gastrosophischen, kunsttheoretischen oder kulinarischen Thesen können hier allenfalls ein Indiz dafür sein, mit welcher Intention der Grundrechtsträger handelt. Um seine Intention nach außen zu tragen, könnte der Grundrechtsträger etwa auf die vorgenannten Thesen Bezug nehmen oder aber sich so verhalten, dass deutlich wird, dass er diese Meinungen vertritt und voraussetzt.

Das Selbstverständnis des einzelnen Grundrechtsträgers kann durch Gutachten oder Expertisen aus der Kunstwelt ergänzt, aber nicht ersetzt werden. Der oft angesprochene und zutreffende Gesichtspunkt, die Kunstwelt sei heutzutage für Außenstehende (etwa Juristen) intransparent und gehorche ihren eigenen Regeln²⁸⁸ bedeutet nicht, dass die Maßstäbe der Kunstwelt bei der Rechtsanwendung, insbesondere in verfassungsrechtlichen Fragen, unkritisch zu übernehmen sind. Denn auch für Grundrechtsträger, denen in der Kunstwelt die Anerkennung als Künstler verweigert wird, kann der Schutzbereich der Kunstfreiheit eröffnet sein. Würde sich der Rechtsanwender bei der Frage nach der Eröffnung eines grundrechtlichen Schutzbereiches allein auf ein oder mehrere Gutachten verlassen, bestünde die Gefahr, dass ein Grundrechtsträger, der nicht mit den Erwartungen der »Kunstwelt« konform geht, sich nicht auf das Grundrecht der Kunstfreiheit berufen könnte. Die Kunstfreiheit ist aber nur dann effektiv gewährleistet, wenn sie unabhängig

288 So etwa bei M. Morlok, a.a.O., S. 89.

von den Konventionen der Kunstwelt und der Anerkennung auf dem Kunstmarkt ist. Beispiele, bei denen angehende Künstler zunächst auch von ihren Kollegen nicht anerkannt wurden, gibt es zuhau²⁸⁹. Anderenfalls wäre die inhaltliche Fixierung, die es staatlicherseits zu vermeiden gilt, nicht umschifft, sondern lediglich ausgelagert. Die inhaltliche Definitionskompetenz würde der Staat zwar nicht selbst ausüben, aber auf Gutachter übertragen. Für den Grundrechtsträger, der beispielsweise ohne zuvor eine Kunsthochschule besucht zu haben, bestimmte Tätigkeiten als Kunst ausübt, die nicht zu einer in der »Kunstwelt« anerkannten Richtung gehören, bestünde die Gefahr der Aushöhlung seines Grundrechts. Denn Kunst ist nur dann tatsächlich frei, wenn sie auch außerhalb akademischer Strukturen und Konventionen der »Kunstwelt« geschützt ist. Der einzelne Grundrechtsträger muss sich auf seine rein subjektive Interpretation seines Verhaltens berufen können²⁹⁰. Der Einzelne ist nur dann effektiv geschützt, wenn sein Selbstverständnis, und nicht etwa das »kollektive« Selbstverständnis der Kunstwelt maßgeblich für die Eröffnung des Schutzbereiches ist.

Zudem stellt jedes Gutachten nur eine Einzelmeinung dar und repräsentiert gerade in der sehr kontroversen Kunsttheorie kein Gutachter die gesamte »Kunstwelt«. Diese ist, wie gesehen, ein diffuser, nicht klar bestimmbarer Personenkreis. Gerade bezüglich der Kochkunst besteht die Gefahr, dass ein anerkannter und im Allgemeinen sachkundiger Gutachter sich in dieser sehr speziellen und noch nicht allgemein als Kunstgattung etablierten Materie nicht auskennt.

Aus der Maßgeblichkeit des Selbstverständnisses des Grundrechtsträgers folgt im Umkehrschluss, dass weder die Schöpfungshöhe, das Maß an Kreativität noch der Wohlgeschmack bei der verfassungsrechtlichen Zuordnung von Gekochtem zum Schutzbereich der Kunstfreiheit eine Rolle spielen dürfen. Auf kunsttheoretischer oder philosophischer Ebene mag darüber gestritten werden. Als Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Kunstfreiheit dürfen diese Aspekte hingegen keine Rolle spielen.

Der hier vertretene Ansatz widerspricht nicht dem Grundsatz der werkgerechten Interpretation²⁹¹, sondern ergänzt diesen. Ebenso wenig widerspricht er den kursierenden Kunstbegriffen (außer dem formalen). Gerade der materiale Kunstbegriff ist zur Beurteilung eines Sachverhalts weiterhin hilfreich

289 Etwa Marcel Duchamp, Claude Monet u.v.m.

290 Siehe oben (2.2.2.8).

291 Hierzu ausführlich etwa C. Fuchs, a.a.O., S. 106.

– zur Prüfung, ob dieser Sachverhalt in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fällt, reicht allerdings keiner der oben dargestellten Kunstbegriffe aus. Dies verdeutlicht, dass schon die Frage nach dem Wesen der Kunst nicht richtig ist. Es liegt in der Natur der Frage, dass diese von Juristen nicht beantwortet werden kann. Auch und erst recht ist die Frage kunsttheoretisch nicht geklärt und wohl unklar. Dies hat seinen Grund gerade im Anspruch vieler Künstler, das Wesen der Kunst immer wieder neu auszuloten, Grenzen zu überschreiten, Kunst und Nichtkunst in neue Zusammenhänge zueinander zu bringen. Warum also weiter nach einer Definition suchen, die von vorneherein nie abschließend und umfassend sein kann? Die effektive Gewährleistung der Kunstfreiheit ist auch ohne, tatsächlich sogar gerade ohne, inhaltliche Definition der Begriffe »Kunst« oder »Kunstwerk« möglich.

Nochmals: die Frage, ob ein Grundrechtsträger sich bezüglich seines Verhaltens auf die Kunstfreiheit berufen kann, ist eine andere als die nach dem Wesen der Kunst. Die Frage nach den Grenzen des Schutzbereichs kann mit juristischen Mitteln beantwortet werden, die Frage nach dem Wesen der Kunst nicht. Insbesondere kann das Selbstverständnis bzw. die Intention des Grundrechtsträgers mit juristischen Mitteln, insbesondere durch Auslegung der Äußerungen und des Verhaltens des Betroffenen, geprüft werden. Es handelt sich um die Prüfung innerer Tatsachen, wie Juristen sie etwa im Strafrecht und Zivilrecht regelmäßig vornehmen.

Bei der Prüfung des Selbstverständnisses bzw. der Intention des Grundrechtsträgers ist sein eigenes Vorbringen in der Regel zumindest ein starkes Indiz, kann im Einzelfall aber nicht immer ausreichen. Insbesondere wird im Regelfall die bloße unsubstantiierte Behauptung, bei einer bestimmten Tätigkeit handele es sich wider jeglichen Anscheins um Kunst, nicht ausreichen. Spätestens vor Gericht oder im Rahmen einer behördlichen Anhörung muss der Betroffene substantiiert darlegen, was seine subjektive Wahrnehmung ist und worauf sie sich begründet. Eine eigene Fundamentalkonzeption, wie Fuchs sie fordert²⁹², ein eigener im Detail theoretisch ausgearbeiteter Kunstbegriff oder ein eigenes, nie dagewesenes Kunstverständnis kann dabei nicht verlangt werden. Es ist vielmehr ausreichend, aber auch erforderlich, dass der Betroffene ernsthaft davon überzeugt ist, sich künstlerisch zu betätigen. Gerade die Kochkunst betreffend wird nicht selten einfach vorausgesetzt, Kochen sei stets Kunst, und zwar auch von Kochbuchautoren oder Köchen der klassischen gastronomischen Tradition, die eben gerade nicht zur Avantgarde

292 Siehe oben.

zählen (wollen)²⁹³. Von dieser Ansicht einfach überzeugt zu sein, muss ausreichen, um den Schutzbereich der Kunstfreiheit für Kochende nicht sachwidrig einzuschränken. Ein eigener kunsttheoretisch ausgearbeiteter Kunstbegriff darf nicht zur Voraussetzung der Gewährleistung des Freiheitsrechts gemacht werden. Auch dürfen an die verbale Ausformulierung oder Verschriftlichung keine überhöhten Anforderungen gestellt werden. Nach dem Motto »If you could say it in words, there would be no reason to paint« (Edward Hopper) wird man auch bei so manchem etablierten Künstler keine ausdrücklichen Gedankengänge zum – möglicherweise nichtsdestotrotz vorhandenen – eigenen Kunstbegriff finden. Dies gilt umso mehr außerhalb der bildenden Kunst. Ein Musiker etwa, oder ein Tänzer, wird sich möglicherweise noch nie über den Kunstbegriff Gedanken gemacht haben, umso mehr aber über die Musik oder den Tanz. Ähnlich ist so mancher Kochende wohl von der Kunsteigenschaft seines Tuns überzeugt, macht sich aber ausführlicher über das Kochen selbst Gedanken als über das Wesen der Kunst.

Die mangelnde Beweisbarkeit der Ernsthaftigkeit oder Redlichkeit des Vorbringens ist dabei nicht gravierender als die Frage subjektiver Tatbestandselemente im Strafrecht oder Ordnungswidrigkeitenrecht. Auch in diesen Rechtsgebieten haben sich Methoden und Maßstäbe gefunden, anhand derer Behörden und Gerichte die Glaubhaftigkeit des jeweiligen Vorbringens sowie innere Tatsachen überhaupt beurteilen. Dass die richterliche und behördliche Ermittlung des Selbstverständnisses gerade im Bereich der Kunstfreiheit scheitert, ist nicht zu befürchten.

Im Konfliktfall muss eine Behörde bzw. ein Gericht von der Ernsthaftigkeit des Vortrags und der subjektiven Sicht des Betroffenen überzeugt sein, seine Sicht aber nicht teilen. Entscheidend ist nicht, dass der Rechtsanwender den Sachverhalt dem Lebensbereich Kunst zuordnet, sondern, dass er überzeugt ist, dass der Grundrechtsträger dies tut.

Nach alledem ist Voraussetzung für die Eröffnung des Schutzbereichs der Kunstfreiheit, dass der Betroffene mit dem Willen und der Überzeugung, künstlerisch tätig zu werden (d.h. mit künstlerischer Intention) handelt, und diese Intention nach außen erkennbar ist.

293 Etwa in den Standardwerken J. Robuchon u.a.: *Der große Larousse Gastronomique*, S. 471, sowie W. Bickel: *Einleitung zur deutschen Ausgabe in: A. Escoffier: Kochkunstführer*, ohne Seitenangabe.