

Musterlösung Kunst- und Kulturrecht 2019

Prof. Dr. Ch. B. Graber

Total 90 Punkte

Aufgabe 1 (8 Punkte)

Kunst kann als (Teil-)System der Gesellschaft bezeichnet werden. (1) Die Kunst produziert Wahrnehmungen der Gesellschaft. (1) Im Gegensatz zur formalisierten Sprache der anderen Systeme ist die Kunst durch ästhetische Vieldeutigkeit gekennzeichnet; sie stellt Fragen, gibt Rätsel auf. (1) Damit weist die Kunst auf die Kontingenz der Weltvorstellungen hin bzw. schafft eine Gegenwelt zur Formalisierung oder Entzauberung der Welt. (1)

Kultur dagegen ist kein System. (1) Nach Luhmann kann die Gesellschaft sämtliche ihrer Operationen, d. h. alles, was die Menschen tun oder kreieren, nicht nur unter dem Gesichtspunkt ihres Gebrauchswertes, sondern auch unter demjenigen der Kultur, mithin doppelt beobachten. (1) Dabei entscheidet die Gesellschaft zugleich, was vergessen und was erinnert werden soll. (1) Kultur kann somit als Gedächtnis oder Zweitfassung der Gesellschaft bezeichnet werden. (1)

Aufgabe 2 (12 Punkte)

Frage a) (8 Punkte)

Kunstsporing ist eine marktwirtschaftliche Form privater Kunstfinanzierung. (1) Unternehmen finanzieren Kunst und können als Gegenleistung ihren Namen mit der Kunst in Verbindung bringen, mithin Marketing betreiben. (1) Kunstsporing unterliegt jedoch dem wirtschaftlichen Kalkül; d. h. es wird nur solange betrieben, als es sich lohnt. (1)

Es kann dazu führen, dass Kunstschaffende in ihrem Wirken nicht mehr frei sind, wie im Fall der Basler Künstlerin Bettina Eichin bzw. dem Fall „Sandoz-Brunnen“. (1) Die UNO-Sonderberichterstatte für kulturelle Rechte, Shaheed, spricht daher auch von einer „censorship by the market“. (1)

Der Einfluss des Marktes auf die Kunst kann aber auch dazu führen, dass die Kunst im Warenwert des handelbaren Kunstwerks aufgeht, während der ästhetische Wert darüber verblasst: Adorno sprach in diesem Zusammenhang von der „drohenden Fetischisierung der Kunst“. (1)

Weitere Gefahren sind darin zu sehen, dass im Zuge des Sponsoring-Booms Staaten versucht sein könnten, sich aus der Kunstfinanzierung zurückzuziehen (1) oder ihre eigene Kunstfinanzierung ebenfalls marktorientiert auszurichten und z. B. mit Privaten zusammenzuarbeiten (1).

Frage b) (2 Punkte)

Der Staat ist in seinem Wirken an die Verfassung, mithin die Kunstfreiheit gebunden (1), während private Unternehmen ihre Tätigkeit auf Gewinnmaximierung ausrichten (1).

Frage c) (2 Punkte)

Es sollte eine polyzentrische Kunstfinanzierung angestrebt werden. (1) Als Gegenwicht zum Kunstsporing sollte der Staat gezielt dort fördern, wo sonst nicht gefördert wird, zum Beispiel im Bereich experimenteller Kunst. (1)

Aufgabe 3 (30 Punkte)

Frage a)

Teilfrage i. (9 Punkte)

Im Entscheid „New York City“ hat das Bundesgericht festgestellt, dass sich nicht auf die Kunstfreiheit berufen könne, wer kommerzielle Ziele verfolge. (1) Im Entscheid „Fahrner“ hat das Bundesgericht das inkriminierte Bild nicht als unzüchtige Veröffentlichung qualifiziert, weil jeder Hinweis auf Geschlechtliches fehle. (1) In einem Entscheid zu einer Website mit Fotografien von entkleideten Frauen hat das Bundesgericht festgestellt, dass es nicht möglich sei, Kunst abschliessend zu definieren. (1) Die Gerichte hätten in solchen Fällen daher eine Interessenabwägung zu machen. (1) Dabei sei von Kunst auszugehen, wenn der künstlerische Wert gegenüber dem pornografischen Element im Gesamteindruck überwiege. (1)

Vorliegend sind keine kommerziellen Ziele ersichtlich. (1) Der Fokus liegt auf den Geschlechtsteilen, mithin gibt es einen Hinweis auf Geschlechtliches. (1) Die Gestaltung des Bildes ist relativ plump, mithin ist der künstlerische Wert fraglich. (1) Das pornografische Element dürfte eher überwiegen. (1)

Teilfrage ii. (7 Punkte)

In den Fällen „Müller gegen die Schweiz“ und „Otto-Preminger-Institut gegen Österreich“ wandte der EGMR ein vierstufiges Prüfprogramm an (1), um festzustellen, ob das staatliche Handeln gegen die EMRK bzw. die Meinungsäusserungsfreiheit (1) verstossen hatte: Erstens, liegt ein Eingriff vor? Zweitens, stützte sich der Eingriff auf eine rechtliche Grundlage im nationalen Recht? Drittens, verfolgte der Eingriff ein legitimes Ziel? Viertens, war der Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft notwendig?

In casu liegt mit dem Verfahren gegen Peter ein Eingriff vor. (1) Der Eingriff stützte sich auf das schweizerische Strafbuch, womit eine rechtliche Grundlage gegeben ist. (1) Das Ziel war der Schutz Minderjähriger vor Pornografie, mithin ein legitimes Ziel. (1) Dass eine Bestrafung im Falle des Zugänglichmachens von Pornografie an Minderjährige in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutz von Minderjährigen notwendig ist, dürfte dem gesellschaftlichen Konsens entsprechen. (1) Im Fall „Müller gegen die Schweiz“ hatte der EGMR unter anderem gerade gerügt, dass die fraglichen Bilder öffentlich und damit auch für Minderjährige zugänglich waren. Damit dürfte auch vorliegend eher ein strengerer Massstab angewandt werden. (1)

Frage b) (8 Punkte)

Im Entscheid „Mephisto“ stellte das deutsche Bundesverfassungsgericht fest, dass das Persönlichkeitsrecht der Kunstfreiheit solange vorgehe, als sich das künstlerische Abbild nicht vom realen Urbild so weit abhebe, dass das Individuelle objektiviert sei. (1) Im Entscheid „Anita D. gegen Willi W.“ stellte das Bundesgericht fest, dass in solchen Fällen eine Interessenabwägung zwischen der Kunstfreiheit und dem Persönlichkeitsschutz stattzufinden habe. (1) Dabei sei insbesondere zu fragen, welche Möglichkeiten der Künstlerin offen gestanden hätten, das Werk auch ohne Persönlichkeitsverletzung zu schaffen. (1) Im Entscheid „Julen“ hat sich das Bundesgericht nicht mit der künstlerischen Qualität der fraglichen Bilder auseinandergesetzt, sondern anhand der Umstände der Ausstellung (1) festgestellt, dass es dem Künstler mit den Bildern um eine Abrechnung gegangen sei und mithin eine Persönlichkeitsverletzung vorliege (1).

Vorliegend handelt es sich um eine relativ plumpe Gestaltung. Das Abbild hebt sich kaum vom Urbild ab. (1) Es ist nicht ersichtlich, dass Peter keine anderen Möglichkeiten offen gestanden hätten, seine

Trennung von Anna künstlerisch zu verarbeiten. (1) Die Nachricht: „Das hat Anna davon, dass sie mich verlassen hat“ deutet zudem darauf hin, dass es Peter um eine Abrechnung gegangen ist. (1)

Frage c) (6 Punkte)

In den Entscheiden „Bob Marley“ und „Christoph Meili“ stellte das Bundesgericht fest, dass sich die Werkqualität bzw. Individualität einer Fotografie aus deren Gestaltung ergeben müsse und nicht schon bei der Wahl eines einmaligen Motivs, etwa einem historischen Ereignis, gegeben sei. (1) Dabei könne sich die Werkqualität etwa aus dem Aufnahmewinkel, der Beleuchtung oder auch dem Zeitpunkt des Auslösens der Bildaufnahme zeigen. (1)

Vorliegend hat Anna für ihr Selfie den perfekten Moment und Winkel gewählt, sodass das Rot der Abenddämmerung sehr schön mit dem Rot ihrer Lippen harmoniert. (1) Somit dürfte es sich dabei gemäss der oben zitierten Rechtsprechung um ein Werk im Sinne des Urheberrechtsgesetzes handeln. (1)

Im Rahmen der laufenden Urheberrechtsrevision hat das Parlament beschlossen, dass bei Fotografien in Zukunft auf das Erfordernis des individuellen Charakters verzichtet werden soll. (1) Damit sind in Zukunft auch Schnappschüsse ohne Weiteres urheberrechtlich geschützt. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Werkqualität von Fotografien dürfte demzufolge in Zukunft keine Bedeutung mehr haben. (1)

Aufgabe 4 (40 Punkte)

Frage a) (10 Punkte):

Das italienische Kulturgüterschutzgesetz Nr. 1089 vom 1. Juni 1939 sah für Kunstwerke, die von Interesse für das künstlerische oder kulturelle Erbe der italienischen Nation sind, Beschränkungen des Handels oder des Verkaufs vor. (1) Es enthielt u. a. folgende Vorschriften: Jede Änderung hinsichtlich Eigentum oder Besitz solcher Kunstwerke musste dem Kulturministerium mitgeteilt werden und der Export bedurfte einer Bewilligung. Dabei verfügte der italienische Staat über ein Vorkaufsrecht, wonach er befugt war, das Kunstwerk innert zweier Monate seit Anzeige des Exportes zu kaufen.

Vorliegend ist zunächst fraglich, ob das Gemälde überhaupt von Interesse für das künstlerische oder kulturelle Erbe der italienischen Nation ist. (1) Grundsätzlich liegt es im Ermessen Italiens, ein Werk als nationales Kulturgut zu definieren. (1) Vorliegend ist der Maler zwar Franzose, doch das Gemälde entstand in Italien und zeigt ein berühmtes Bauwerk von Italien. Ein Bezug zu Italien wäre mithin gegeben. (1) Allerdings gibt es im Sachverhalt keine Hinweise darauf, dass der italienische Staat das Gemälde überhaupt jemals als nationales Kulturgut bezeichnet hat. (1) Sodann fällt auf, dass der Schweizer Kunstsammler die Akquisition und den geplanten Export des Gemäldes den italienischen Behörden mitgeteilt hat. (1) Mithin hat er seine Pflichten gemäss dem Gesetz vollständig erfüllt. (1) Der italienische Staat demgegenüber hat überhaupt nichts gemacht. (1) Damit dürfte auch das Vorkaufsrecht, welches zwei Monate nach Anzeige des Exportes hätte ausgeübt werden sollen, unterdessen verwirkt sein. (1)

Somit hat der Schweizer Kunstsammler mit dem Export insgesamt nicht gegen das italienische Kulturgüterschutzgesetz verstossen. (1)

Frage b) (10 Punkte):

Einschlägig sind die Art. 714, 933, 934 und 936 des Zivilgesetzbuches (ZGB) (1).

Die Kunsthändlerin hat das Gemälde erworben, wobei fraglich ist, ob sie im Sinne von Art. 933 ZGB gutgläubig war. Gemäss Art. 16 des Kulturgütertransfergesetzes (KGTG) treffen sie bestimmte Sorgfaltspflichten. (1) Es lässt sich sowohl vertreten, dass die Kunsthändlerin gutgläubig war, da sie dem Sachverhalt zufolge „dem Rentner glaubte“, als auch, dass sie aufgrund der Sorgfaltspflichten nicht gutgläubig sein konnte. (1)

Dem Kunstsammler wurde das Gemälde gestohlen, weshalb Art. 934 oder 936 ZGB anwendbar ist. (1)

Bei Art. 934 ZGB fragt sich, ob das Gemälde als Kulturgut im Sinne des KGTG anzusehen ist und deshalb die 30jährige Abforderungsfrist von Art. 934 Abs. 1bis ZGB zur Anwendung kommt: Das Gemälde dürfte im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KGTG für die Kunst bedeutungsvoll sein. (1) Ausserdem sind Gemälde in Art. 1 lit. g sublit. i) der UNESCO-Konvention explizit aufgeführt. (1) Das KGTG ist am 01.06.2005 in Kraft getreten und gemäss Art. 33 KGTG nicht rückwirkend anwendbar, wobei der Diebstahl des Gemäldes vor und der Erwerb nach dem Inkrafttreten geschehen ist. (1) Gemäss herrschender Lehre ist allein der Erwerbszeitpunkt ausschlaggebend, womit das KGTG anwendbar ist; die gegenteilige Ansicht ist ebenfalls vertretbar. Mithin wäre Art. 934 Abs. 1bis ZGB anwendbar.

Dem Kunstsammler wurde das Gemälde gemäss Sachverhalt jedoch um 1979 oder 1980 herum gestohlen, womit 2019 auf jeden Fall 30 Jahre vergangen sind. (1)

Somit ergibt sich, dass die Kunsthändlerin je nach Einschätzung ihrer Gut- bzw. Bösgläubigkeit im Sinne von Art. 933 ZGB Eigentum oder kein Eigentum erworben hat (1) und der Kunstsammler ihr das

Gemälde entsprechend nicht abfordern oder im Sinne von Art. 936 ZGB abfordern kann (1) (beide Lösungen sind vertretbar).

Frage c) (20 Punkte):

Fraglich ist zunächst, ob das italienische Kulturgüterschutzgesetz Nr. 1089 vom 1. Juni 1939 gegen übergeordnetes Recht der Europäischen Union verstösst.

Grundsätzlich gilt im europäischen Raum der freie Warenverkehr gemäss Art. 34 und 35 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). (1) Exportbeschränkungen sind gemäss Art. 35 verboten. Und gemäss dem Entscheid des europäischen Gerichtshofs (EuGH) in der Sache „Kommission gegen Italien“ von 1968 gelten Kunstwerke auch als Waren. (1) In Art. 36 des AEUV wird jedoch eine Ausnahme zum Verbot von Exportbeschränkungen statuiert, nämlich dann, wenn die Exportbeschränkungen zum Schutz des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert gerechtfertigt sind. (1)

Was als nationales Kulturgut bezeichnet wird, liegt im Ermessen der Mitgliedsstaaten. (1) Was als schützende Massnahme gilt, ist ebenfalls relativ offen. Im erwähnten Urteil von 1968 hat der EuGH festgestellt, dass eine Exportsteuer eine bloss verteuernde und nicht schützende Massnahme sei. (1) In dem in der Vorlesung behandelten Aufsatz vertritt Merryman die Ansicht, dass unter Art. 36 AEUV nur solche Massnahmen gerechtfertigt seien, die Kulturgüter effektiv schützen. (1) Damit müsste vorliegend gefragt werden, ob das italienische Gesetz in der Lage gewesen ist, dass Gemälde effektiv zu schützen. (1) In der Hinsicht, dass das Gemälde kurze Zeit nach dem Export gestohlen wurde, könnte die Frage mit ja beantwortet werden. (1) In der Hinsicht jedoch, dass der italienische Staat trotz Mitteilung des Kunstsammlers untätig geblieben ist, könnte die Frage mit nein beantwortet werden. (1)

Fraglich ist sodann, ob eine heutige Konfiskation des Gemäldes durch die italienischen Behörden gegen die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) verstossen würde.

Einschlägig ist Art. 1 des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK von 1954. (1) Danach hat grundsätzlich jede Person das Recht auf Achtung ihres Eigentums, und niemandem darf sein Eigentum entzogen werden. (1) Dies beeinträchtigt jedoch nicht das Recht des Staates, diejenigen Gesetze anzuwenden, die er für die Regelung der Benutzung des Eigentums im Einklang mit dem Allgemeininteresse für erforderlich hält. (1)

Der europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) prüft einen allfälligen Verstoss gegen Art. 1 des Zusatzprotokolls mithilfe des folgenden Prüfprogramms: Liegt ein Eingriff in das Eigentum vor? Ist die Anwendung des Staates gesetzeskonform und willkürfrei? Verfolgte der Eingriff einen legitimen Zweck? Genügte der Eingriff den Anforderungen an einen fairen Ausgleich zwischen den Allgemeininteressen und dem menschenrechtlich geschützten Individualinteresse? Im Entscheid „Beyeler gegen Italien“ hat der EGMR überdies festgestellt, dass der Begriff des Eigentums im Zusatzprotokoll bzw. derjenige der „possessions“ weitergehe als der zivilrechtliche Eigentumsbegriff. (1)

Je nach Schlussfolgerung in der Antwort zur Frage 4 b), ist heute die Kunsthändlerin oder der Kunstsammler Eigentümer des Gemäldes. (1) Eine allfällige Konfiskation würde somit einen Eingriff in deren Eigentum darstellen. (1) Der italienische Staat ist seit der Anzeige des Exports des Gemäldes untätig geblieben; indem er sein Vorkaufsrecht nicht wie vom italienischen Kulturgüterschutzgesetz gefordert binnen zweier Monate nach der Anzeige ausgeübt hat, hat er sich nicht gesetzeskonform verhalten. (1) Eine heutige Konfiskation könnte als willkürlich bezeichnet werden. (1) Wenn das Gemälde heute als Werk von nationalem Interesse Italiens eingestuft würde, dann würde die

Konfiskation möglicherweise einen legitimen Zweck darstellen. (1) Da der Kunstsammler sich damals richtig verhalten hat, der italienische Staat aber untätig geblieben ist, läge bei einem Eingriff kein fairer Ausgleich zwischen den Allgemeininteressen und dem menschenrechtlich geschützten Individualinteresse vor, sondern es ginge einseitig zulasten des Individualinteresses. (1) Somit würde eine heutige Konfiskation des Gemäldes gegen die EMRK verstossen. (1)