

stätte gelegen, nicht aus Pietätsgründen wie bei den Japaner oder aus einer Art des Vermächtnisses heraus wie bei den US-Amerikanern, sondern beruht auf der konkreten Tatsache, dass diese Stätte zwischenzeitlich eine begehrte Tauchattraktion für Touristen geworden ist.

Weitere Abhandlungen berichten zudem aber auch von komplexen Zusammenhängen zwischen Gesetzen zum Schutz des gemeinsamen Erbes und dem traditionellem Seerecht, insbesondere die Regelung zum Bergen von Schiffen, weshalb auch einige Staaten Vorbehalte hinsichtlich dieser kulturellen Regelung einbrachten (so behandelt die International Salvage Convention 1988 unter Art. 30 (1) d den Aspekt der „maritime cultural property“). In diesem Zusammenhang werden somit bedeutende Vorfälle analysiert, wie der „Vrouw

Maria“-Fall, die „Re La Lavia“- Entscheidung oder die Beiträge hinsichtlich der spanischen Kriegsschiffe „La Galga“ und „Juno“. Letztere weisen eine Tendenz Zugunsten des Eigentümerstaates auf und dessen Recht gleichsam als Eigentümer ein ungewünschtes Bergen zu unterbinden.

Eine der größten Herausforderungen für die Verfasser des UNESCO-Übereinkommens zum Schutz des Kulturerbes unter Wasser war ferner die Errichtung eines Systems zur Kontrolle von Schatzjägern auf dem Festlandssockel und in der ausschließlichen Wirtschaftszone. Die angenommene Lösung ist nicht nur sehr komplex, sondern auch für eine Vielzahl von Staaten nicht annehmbar, so dass die UNESCO-Konvention weiterhin als Inspirationsquelle gesehen wird, nationale Gesetze zu klarifizieren.

## Was ist Kunst? – Antworten aus den Rechtswissenschaften

Matthias Weller\*

### I. Einleitung: Der Brancusi-Fall

Picasso wird mit der Einlassung zitiert: „Sie erwarten von mir, dass ich Ihnen sage, dass ich Ihnen definiere: Was ist Kunst? Wenn ich es wüsste, würde ich es für mich behalten.“ Der Richter, der dem Bürger eine Entscheidung schuldet, darf dies nicht. Und so müssen auch die Rechtswissenschaften seine Antworten vorbereiten. Aber: Das ist nicht einfach. Stellen Sie sich beispielsweise vor, Sie seien US-amerikanischer Zollbeamter im Jahre 1926, und vor Ihnen steht eine Holzkiste, in der sie einen propeller- bis federförmigen Gegenstand aus gelbglänzendem Metall von etwa 1,35 m Länge sehen. Das stumpfe Ende ruht fußartig auf einem kleinen Sockel. Stellt man das Ding auf diesen Fuß, strebt die Spitze dynamisch in die Höhe. Ein gewisser Marcel Duchamp – meine Damen und Herrn, das ist Teil des historischen Sachver-

halts, der später zum berühmten Urteil von 1928 in der Sache Brancusi v. USA führte, nicht etwa meine Fantasie – begleitet die Sendung und versucht Sie davon zu überzeugen, dass es sich nicht etwa um ein Flugzeugteil oder eine neue Schiffsschraube handelt, sondern um eine Skulptur, nämlich um das Werk „L’oiseau dans l’espace“ von einem Kollegen geschaffen, einem gewissen Herrn Constantin Brancusi. Sie bleiben skeptisch. Sie haben nämlich Art. 399 Tariff Act von 1922 im Kopf, wonach auf ausländische Industrieerzeugnisse Einfuhrzoll zu entrichten ist. Außerdem erklärt Ihnen vielleicht Ihr Kollege, dass dieser Marcel Duchamp als Spaßvogel berüchtigt ist, weil er vor einigen Jahren, 1917, um genau zu sein, ein damals handelsübliches Urinal aus einem Sanitärgeschäft in einen Ausstellungsraum stellte und als Kunstwerk mit dem Titel „Fountain“ ausgab. Allzu offensichtlich also, denken Sie, will dieser Mann mal wieder enfant terrible spielen, bei Ihnen seinen Propeller als „Kunst“ im Sinne von Art. 1704 Tariff Act zollfrei einführen und sich womöglich später auch noch über Sie lustig machen. Was könnten Sie tun? Sie könnten Pablo Picasso als Experten befragen, aber seine Antwort kennen Sie ja bereits. Die US-amerikanischen Zollbehörden blieben jedenfalls hart und erhoben 40% Zoll in Höhe von 240 US-Dollar bemessen am späteren Verkaufspreis, auch damals nicht sehr viel. Dies kam Marcel Duchamp natürlich gerade recht, und er über-

\* Dr. Matthias Weller, Mag.rer.publ., Wissenschaftlicher Assistent am Institut für internationales und ausländisches Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg und Vorstandsmitglied des Instituts für Kunst und Recht IFKUR e.V. Heidelberg, [www.ifkur.de](http://www.ifkur.de). Der Text beruht auf dem gleichnamigen Vortrag am 23.01.2010 auf dem Treffen der Alumni der Juristischen Fakultäten der Universitäten Heidelberg und Würzburg unter dem Generalthema „Bau, Spiel, Kunst und Recht“. Die Vortragsform ist beibehalten.

zeugte Brancusi davon, vor Gericht zu gehen – eine bessere Marketing-Strategie war ja unabhängig vom Ausgang des Verfahrens gar nicht denkbar. Die Richter des United States Customs Court zeigten sich unsicher. Man befragte zunächst den New Yorker Bildhauer Robert Ingersall Aitken, ein eher konservativer Typ. Von ihm stammt etwa die klassizistisch-„staatstragende“ Skulptur „Liberty Enthroned“ im Dreiecksgiebel des Gebäudes des Supreme Court of the United States. Die überlieferten Transkripte seiner Einlassung lesen sich wie folgt:

- Frage: Wie viele Kunstwerke von Herrn Brancusi haben Sie gesehen?  
 Antwort: Keines.  
 Frage: Sie haben nie ein Werk von Brancusi gesehen?  
 Antwort: Sie haben von KUNSTwerken gesprochen. Ich habe keines gesehen.  
 Frage: Haben Sie WERKE von ihm gesehen?  
 Antwort: Ich habe Werke wie das da gesehen, aber ich habe keine Kunstwerke gesehen.

Man befragte auch den Erwerber nach seiner Meinung, ein Galerist, auch wenn seine Antwort natürlich nicht überraschen konnte:

- Frage: Sagen Sie uns, ob das ein Kunstwerk ist und ob es – unabhängig von seinem Titel – einem ihm zugrunde liegenden ästhetischen Prinzip gehorcht?  
 Antwort: Ja.  
 Frage: Können Sie das bitte etwas genauer erläutern?

Es folgen tiefgreifende Erläuterungen zu Idee, Inspiration, Form, Proportion und Erscheinung.

- Frage: Wenn ich es recht verstehe, braucht es nicht viel Fantasie, um sich vorzustellen, dass dies tatsächlich ein Vogel ist, der auffliegt oder in der Luft dahinfliegt?  
 Antwort: Ich sage nicht, dass dies ein fliegender Vogel ist, sondern dass es einen Vogel im Raum suggeriert.

Nach diesen und weiteren Sachverständigeneinlassungen rang sich das Gericht schließlich dazu durch, den Oiseau dans l'Espace, als Kunst und damit vom Einfuhrzoll befreit anzusehen, und zwar aus folgenden Gründen: Erstens ließ sich letztlich

doch kein anderer Zweck des Objekts als den einer Skulptur feststellen, insbesondere kein – zollrechtlich relevanter – industrieller Verwendungszweck, zweitens konnten sich die Richter der Ästhetik des Gegenstands nicht entziehen, die sie als „angenehm“ empfanden. Drittens schien die Person des Herstellers nach den Feststellungen der Beweisaufnahme ein Berufskünstler zu sein. Jedenfalls unter dem Gesichtspunkt einer „angenehmen“ Ästhetik dürfte das „Flamingo-Schwein“, das im Jahre 2007 nach Deutschland zollfrei – Einkaufspreis immerhin 58.000 USD – als Kunst aus den USA eingeführt werden sollte, diesen Test nicht bestehen. Die Warenbeschau des Zolls ergab nämlich, dass es sich bei Kopf und Hals um den Kadaver eines Flamingos handelte, der mit dem kopflosen Körper eines Schweins verbunden war. Für das Objekt wurden damit in Ansehung des Flamingos Artenschutzbestimmungen einschlägig.

## II. Begriffstheoretische Vorüberlegung

Erlauben Sie mir, bevor wir näher ins deutsche Recht gehen, die folgende begriffstheoretische Vorüberlegung: Der Begriff, den sich das Recht von der Kunst macht, gehört jedenfalls zu den relativen oder funktionalen Rechtsbegriffen. Er hat also je nach systematischem Zusammenhang und Normzweck unterschiedliche Bedeutungen. Dies ist nun begriffstheoretisch keineswegs von vornherein ein Störfall. Man kann sich an Wittgensteins (sprach-) „Philosophischen Untersuchungen“, erinnern, nach denen keineswegs jeder Begriff auf etwas verweist, das scharfe Abgrenzungsmerkmale aufweist, sondern dass bereits gewisse „Familienähnlichkeiten“ genügen können, um einen Begriff zu konstituieren, dessen Gebrauch sich als sinnvoll empfiehlt. Und in der Tat wird etwa in der Kunstwissenschaft heute – unter anderen – eine „Cluster-Theorie“ vertreten, wonach verschiedene Merkmale von „Kunst“ zu identifizieren sind, die für sich selbst weder notwendig noch hinreichend einen Gegenstand als Kunst qualifizieren, die aber doch in je unterschiedlichen Zusammensetzungen und mit je unterschiedlichem Gewicht das Urteil „Kunst“ oder „Nicht-Kunst“ ermöglichen. Das begriffstheoretische Funktionsäquivalent zu dieser Erscheinung in den Methoden der Rechtswissenschaften ist wohl am ehesten der „Typus“, also so etwas wie ein normativer Idealtypus. Beide begriffstheoretischen Erscheinungen sind in allen Kombinationen denkbar: „Cluster“ im kunsttheoretischen Sprachgebrauch könnten auf scharf umrissene Rechtsbegriffe treffen und umgekehrt. Im Fall der Kunst müssen wir allerdings wohl damit rech-

nen, dass auf beiden Ebenen eine je spezifische Typenbildung begegnet. Überdies können sich selbst innerhalb des Rechts je nach Funktionszusammenhang die relevanten Typenmerkmale ändern. Und wie es in Wittgensteins Beispiel nur „Spiele“ - Sprachspiele, Kampfspiele, Vorspiele, Nachspiele, Brettspiele, Ballspiele usw. – und nicht etwa das „Spiel“ gibt, so kann auch ich nur – wenn überhaupt – auf Antworten aus den Rechtswissenschaften verweisen und eben keine Antwort der Rechtswissenschaft auf die gestellte Frage nach der Kunst geben.

Lassen Sie mich dies am Beispiel zweier Rechtsgebiete mit fundamental unterschiedlichen Funktionen erläutern, nämlich dem Kunstbegriff des Grundgesetzes einerseits und dem (Kunst-)Werkbegriff des Urheberrechts andererseits, wobei ich mich im Verfassungsrecht ausschließlich zum Schutzbereich äußere und alle Fragen zur Abwägung ausklammere.

## II. Verfassungsrecht: Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG

### 1. Normtelos

Im Kern bezweckt es die Schutzbereichsbestimmung „Kunst“ in Art. 5 Abs. 3, denjenigen Lebensbereich zu kennzeichnen, für den das Verfassungsrecht einen herausgehobenen Wert unterstellt. Denn die Kunstfreiheit wird, etwa im Gegensatz zur Meinungsfreiheit, ohne Gesetzesvorbehalt gewährt. Selbstverwirklichung durch emotional-kreatives Tätigwerden und Kommunikation machen die Kunstfreiheit zu einem „innersten Menschenrecht“. Kunst gilt dem Bundesverfassungsgericht damit „der Menschenwürde zugeordnet“. Die Sonderstellung der Kunstfreiheit gegenüber der Meinungsfreiheit ist allerdings eine systematische Besonderheit der deutschen Verfassung. Andere Verfassungen, etwa die US-amerikanische oder die der Europäischen Menschenrechtskonvention, schützen die Kunstfreiheit als eine unter andere Kommunikationsformen zur freien Meinungsäußerung, nämlich als nonverbale Kommunikation bzw. als symbolic speech. Anders wiederum Art. 13 Grundrechte-Charta. Was ist nun aus Sicht der deutschen Verfassung das schützenswerte Spezifikum, worin liegt die besondere Dignität von Kunst und wie soll man im (Streit-) Gegenstand sie erkennen?

### 2. „Mephisto“

Die erste zentrale Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts erging hierzu 1971 zum Roman „Mephisto“ von Klaus Mann, der Geschichte über

die Karriere eines Schauspielers im „Dritten Reich“, erkennbar angelehnt an die Biographie von Gustav Gründgens. Der Verleger hatte Verfassungsbeschwerde gegen das fachgerichtliche Verbreitungsverbot des Buches zum Schutz des postmortalen Persönlichkeitsrechts eingelegt. In diesem Zusammenhang stellte das Bundesverfassungsgericht fest:

„Das Wesentliche der künstlerischen Betätigung ist die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden. Alle künstlerische Tätigkeit ist ein Ineinander von bewussten und unbewussten Vorgängen, die rational nicht aufzulösen sind. Beim künstlerischen Schaffen wirken Intuition, Phantasie und Kunstverständnis zusammen; es ist primär nicht Mitteilung, sondern Ausdruck und zwar unmittelbarster Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers“.

Dies gilt gemeinhin als der „materiale“ oder „wertbezogene“ Kunstbegriff des Verfassungsrechts. Ihm wird vorgeworfen, sein Kunstverständnis orientiere sich zu stark an einem überkommenen, weil idealistischen, ästhetischen, an Schönheitsvorstellungen haftenden und damit eben inhaltlich gestützten Kunstbegriff. Er sei deswegen nicht hinreichend neutral, sondern zu eng, um seine Funktion als Tatbestandsmerkmal für ein Abwehrrecht zu erfüllen.

### 2. „Anachronistischer Zug“

Auf diese Kritik reagierte das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss zum „Anachronistischen Zug“, einer Prozession von Fahrzeugen von Ort und Ort im Bundestagswahlkampf 1980 mit Straßentheaterspielen unter Anlehnung an das gleichnamige Gedicht von Bertold Brecht. In einem der Spiele trug ein Schauspieler eine Maske mit den Gesichtszügen von Franz-Joseph Strauß, grüßte eine Riege von hydraulisch bewegten Puppen mit dem Schild: „Hitler muss einmal tot sein“. Der Schauspieler wurde wegen Beleidigung zu einer Geldstrafe verurteilt.

#### a. Undefinierbarkeit des Verfassungsrechtsbegriffs „Kunst“

Im Rahmen der Verfassungsbeschwerde stellte das Bundesverfassungsgericht nun zunächst die außerrechtliche, also kunsttheoretische Undefi-

nierbarkeit der Kunst fest. Dies führt aber gerade nicht zu einem verfassungsrechtlichen Definitionsverbot. „Der Staat kann nur schützen, was er definieren kann“.

## **b. Alternativ geltende Kunstbegriffe**

Vielmehr zieht das Bundesverfassungsgericht drei verschiedene Kunstbegriffe alternativ in Betracht, nämlich zunächst den bereits aus der Mephisto-Entscheidung bekannten materialen Kunstbegriff.

### **(1) Materialer Kunstbegriff**

Der „anachronistische Zug“ erfüllte nun dessen Anforderungen: „Schöpferische Elemente sind nicht nur in dem Gedicht Brechts, sondern auch in der Art seiner bildhaften Umsetzung zu sehen. Das Gedicht und seine Darbietung können als hinreichend ‚geformt‘ angesehen werden. Allgemeine und persönliche historische Erfahrungen sollen – bezogen auf die aktuelle politische Situation – ausgedrückt und zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden“, kurz: eigenschöpferische Selbstverwirklichung („Formung“) und Kommunikation („zur Anschauung bringen“). Der Schauspieler hatte also von einem seiner innersten Menschenrechte Gebrauch gemacht.

### **(2) Formaler Kunstbegriff**

Legt man hingegen alternativ einen formalen Kunstbegriff zugrunde, der nur an die Tätigkeit und die Ergebnisse etwa des Malens, Bildhauens, Dichtens anknüpft, so kann dem ‚Anachronistischen Zug‘ die Kunstwerkeigenschaft ebenfalls nicht abgesprochen werden. Es wird nämlich Theater gespielt, und es werden Gedichte rezitiert. Die Schwäche dieser Definition liegt natürlich darin, dass Ausdrucksformen außerhalb bekannter Kunstgattungen sich nicht erfassen lassen.

### **(a) Vermutung für Kunst aus anerkannter Kunstform**

Anknüpfend an diesen formalen Kunstbegriff hat das Bundesverfassungsgericht jüngst im Fall des Romans „Esra“ von Maxim Biller – Schlüsselroman über die Beziehung zu Maxim Billers Freundin und deren Mutter – eine Kunstvermutung für Werke formuliert, die sich im Gewand einer herkömmlichen Kunstgattung präsentieren, eben etwa als Roman. Diese Vermutung der Fiktionalität bestätigte das Bundesverfassungsgericht kürzlich für das Theaterstück „Ehrensache“ über den Hagener

Mädchenmord. Und diese Vermutung gilt insbesondere dann, wenn die realen Personen, die sich das Kunstwerk zum Anlass nimmt, erkennbar bleiben.

### **(b) Bestätigung durch den institutionellen Kunstbegriff der Kunsttheorie?**

Dieser ganz formale Kunstbegriff des Verfassungsrechts findet nun kunsttheoretisch insofern eine Entsprechung, als in der Kunsttheorie auch ein institutioneller Kunstbegriff vertreten wird. Kunst ist danach ein Status, der innerhalb eines bestimmten institutionellen Kontextes und insofern formal und ohne Bezug zum Gegenstand selbst verliehen werden kann, etwa indem ein Gegenstand im Museum steht und allein durch den Status, ausgestellt zu werden, eine Auratisierung bis hin zu einem Fetisch erfährt, die den Gegenstand zur Kunst macht. Genau diese Wirkung des „white cube“ thematisierte Marcel Duchamp mit seinen Readymades im Ausstellungsraum, indem er die Grenzen dieser Wirkung für an sich banale Alltagsgegenstände auslotete. Gleiches gilt für Andy Warhols „Brillo-Boxen“. Solchen Gegenständen fehlt z.B. vollständig die „Formung“ durch den Künstler, das Ringen mit einem edlen Material, ein erhabenes, großes Thema, die Seele des Künstlers bleibt gleichsam verschlossen, vom innersten Menschenrecht wird hier nicht Gebrauch gemacht. Der materiale Kunstbegriff des Bundesverfassungsgerichts müsste hier wohl zum Ergebnis „Nicht-Kunst“ kommen. Ob der formale Kunstbegriff des Verfassungsrechts institutionelle Indizien aufnimmt, ist unsicher. Allerdings lässt sich in den genannten Werken relativ eindeutig eine nonverbale Kommunikation feststellen, nämlich gerade die Frage an den Betrachter: Was ist eigentlich Kunst?

### **(c) Neue formale Kriterien**

Die Kunsttheorie bringt dabei ständig neue Kriterien hervor. Beispielsweise ist zu beobachten, dass der Preis für einen Gegenstand zunehmend als Indiz für Kunst erkannt und hinterfragt wird. Ist der Preis exorbitant hoch, dann verweist er auf einen Sonderstatus des Gegenstands. Beispiel hierfür ist der mit 8.000 Diamanten besetzte Totenschädel von Damien Hirst mit dem Titel „For the love of God“, der für 70 Millionen Dollar versteigert wurde, angeblich allerdings von einem Käuferkonsortium, dem Hirst selbst angehörte. Der Preis als solcher kann also einen „white cube“ liefern und eine Auratisierung bewirken. Ob dies der Fall ist – das ist die Frage, die der Totenschädel dem Betrachter

stellt. Auch hier also wird jedenfalls eine nonverbale Kommunikation erkennbar.

### (3) Zeichentheoretischer Kunstbegriff

Hiermit deutet sich das wohl stärkste Kriterium für Kunst an: das Zeichenhafte, die „aboutness“ von Kunst. Kunst muss also über etwas kommunizieren, ein Zeichen für etwas setzen. Das Bundesverfassungsgericht formuliert diese „Zeichentheorie“ noch etwas unscharf als dritte Alternativdefinition für den „Anachronistischen Zug“ mit den Schlagworten „Mannigfaltigkeit des Aussagegehalts“, „wachsende Interpretationsmöglichkeiten“, „immer weiterreichende Bedeutung“, „vieltufige Informationsvermittlung“ – und begründet damit den – etwas blaß – sogenannten „offenen Kunstbegriff“. Kunst zeichnet sich also durch eine Differenz zwischen Zeichen und Bezeichnetem aus. Kunst ist damit eine besondere Sprachform, die auf Bildern als Zeichen beruht, und seien es Sprachbilder, wobei der Künstler seine Sprache, seine Codes, sein Zeichensystem jeweils neu entwickelt und der Betrachter diese Sprache immer auch erst neu entschlüsseln muss. Der Begriff „symbolic speech“ des US-amerikanischen Verfassungsrechts könnte damit den verfassungsrechtlich relevanten Kern von Kunst als Erscheinungsform der Meinungsäußerung womöglich deutlicher machen, als der Begriff „Kunst“ in Art. 5 Abs. 3 GG. Zumindest Werke wie Marcel Duchamps „Fountain“ oder Warhols „Brillo-Boxen“ stehen der Meinungsäußerung dabei deswegen relativ nahe, weil sie eine wohl nahezu vollständig reverbalisierbare Äußerung bzw. eine Frage in einem kunsttheoretischen Diskurs über die Frage „Was ist Kunst“ als Kunstwerk sind. Dass die Kunst heute an manchen Stellen eher Kunsttheorie ist als Kunst, diagnostiziert die Kunsttheorie dabei für sich selbst ebenfalls. „Kunst“ bleibt ein solches Werk wohl letztlich deswegen, weil auch die „Kunsttheorie“ natürlich Befassungsgegenstand von Kunst sein kann, und die Kunst zögert ja auch nicht, ihren Charakter als Sprache mit ihren Mitteln durch die Darstellung etwa des Schweigens zum Thema zu machen. Dann sehen Sie eben auf der Leinwand: Nichts. Denken Sie etwa an das (fast) leere Blatt von Rauschenberg, das dieser betitelte: „Robert Rauschenberg – Erased De Kooning“. Aber auch dies lässt sich ja als Frage nach dem proprium der Kunst auffassen (andere Deutungen sind möglich). Diese Rückbezüglichkeit mag dann in einem Werk wie von George Puskoff mit dem Titel „Twice Erased Drawing De Kooning / Erased Rauschenberg“ gipfeln, und der Rechtswissenschaftler erinnert sich viel-

leicht an die Erscheinung des beredten Schweigens.

### III. Urheberrecht

Meine Damen und Herren, lassen Sie mich diesem Kunstbegriff des Verfassungsrechts den des Urheberrechts gegenüberstellen.

#### 1. Normtelos: Ausschluss und Zugang

Das Urheberrecht ist, wie Sie wissen, ein Immaterialgüterrecht und damit ein privatrechtliches Ausschließlichkeitsrechts, also eine Form des (Geistigen) Eigentums, mit dem zwischen Mein und Dein unterschieden werden soll. § 1 UrhG fasst diese Zwecksetzung dahingehend zusammen, dass die Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst für ihre Werke Schutz nach Maßgabe des Urheberrechtsgesetzes genießen. Es ist also die Person des Urhebers, die im Vordergrund steht, nicht etwa das Werk als solches. Das Werk soll zu einem Herrschaftsrecht des Urhebers führen, weil es gerade das Werk des Urhebers und damit ein Teil seiner selbst ist, nicht nur vermögensrechtlich, sondern auch ideell. Auf der anderen Seite stehen insbesondere die Interessen der Werk-Nutzer am Zugang zum fremden Werk. Insofern ist auch von einem „kulturellen Imperativ“ des Urheberrechts die Rede. Das Urheberrecht soll danach den ständigen Schöpfungskreislauf von Inspiration durch Vorhandenes zu Neuem stützen durch eine optimale Zuordnung von Ausschluss und Zugang. Diese Zwecksetzung lässt erwarten, dass der Kunstbegriff des Urheberrechts deutlich enger ist, als der Kunstbegriff des Verfassungsrechts.

#### 2. „Werk“

In der Tat definiert § 2 Abs. 2 UrhG restriktiv: „Werke im Sinne dieses Gesetzes sind nur persönliche geistige Schöpfungen“. Ich beschränke mich im Folgenden auf die Anwendung dieser Definition auf Werke der bildenden Kunst als dem hier interessierenden Regelbeispiel aus dem nicht abschließenden Katalog urheberrechtlichfähiger Werke in § 2 Abs. 1 UrhG.

##### a. „Persönlich“

Persönlich muss die Schöpfung deswegen sein, weil etwa das Auffinden eines ästhetisch reizvollen Gegenstands in der Natur es nicht rechtfertigen kann, dem Finder ein Ausschließlichkeitsrecht an der Gestalt des Gegenstands zu gewähren. Der

Finder oder Verwender von Formen und Gestaltungen – etwa die einer Silberdistel oder eines Satellitenfotos (hierüber hatten die Gerichte bereits zu entscheiden) – ist eben nicht ihr Schöpfer. Dies gilt auch dann noch, wenn etwa ein Künstler ein Negativ von Naturformen durch Abguss reproduziert. Man denke etwa an die Abgüsse von Termintenhügeln von Steve Tobin. Gleiches gilt für Artefakte des Menschen, die der Schöpfer unverändert aufgreift und als Kunstwerk präsentiert. Dann nämlich manifestiert sich die Persönlichkeit des Schöpfers gerade nicht im Gegenstand, sondern allenfalls im Kontext, den der Schöpfer dem Gegenstand gibt. Dies betrifft etwa die bereits angesprochenen Ready-Mades von Marcel Duchamps und Andy Warhol. Urinale, Verpackungskartons oder Suppendosen als solche verschaffen dem Schöpfer kein Ausschließlichkeitsrecht an den jeweiligen Formgebungen allein dadurch, dass er die genannten Gegenstände ins Museum stellt. Anderes gilt bereits für ein bestimmtes Arrangement solcher Gegenstände. Denken Sie an Jean Tinguily's bizarre Maschinen aus Fundstücken. Ebenso wenig manifestiert sich die Persönlichkeit des Schöpfers im Werk, wenn der Schöpfer die Gestalt seiner Werke allein durch Zufallsverfahren erzeugt – und sei es auch durch ein kluges Tier.

#### b. „geistig“

Geistig ist die Schöpfung dann, wenn sie als Ausdruck eines Gedankens verstanden werden kann, der über die rein physische Eigenart des Gegenstands hinausweist. Man muss einen Gedanken des Urhebers, auf den das Werk verweist, erkennen können. Hiermit sollen vor allem rein handwerkliche, schablonenhaft reproduzierte Erzeugnisse des Alltags ausgeschlossen werden, die lediglich auf sich selbst bzw. ihren Selbstzweck verweisen – ein handelsüblicher Stuhl etwa oder auch ein handelsübliches Urinal. Das Werk muss also eine gewisse Gestaltungshöhe zeigen. Streitig ist, welches Maß an Gestaltungshöhe genügt. Hier könnten sich Bezüge zur Zeichentheorie des Verfassungsrechts ergeben, die allerdings das Urheberrecht bisher nicht unmittelbar aufgreift. Einigkeit besteht aber darin, dass für angewandte bildende Kunst – Stühle – größere Gestaltungshöhe vorliegen muss als bei zweckfreier Kunst, um ein Urheberrecht zu begründen. Das Lippensofa von Salvador Dali oder der Tütenstuhl von Verner Panton erfüllen diese Anforderung sicher. Angewandte Kunst mit geringerer, aber noch deutlich ausmachender Gestaltungshöhe – ein markant gestalteter Stuhl etwa – kann dabei immer noch nach Geschmacksmusterrecht oder wettbewerbsrechtlich

geschützt sein. Die Unterscheidung im konkreten Fall bleibt allerdings schwierig. Eine hinreichende Gestaltungshöhe für ein Urheberrecht hat der Bundesgerichtshof etwa in der sehr funktionalen und damit für die Zuweisung von Ausschließlichkeitsrechten problematischen Form der Corbusier-Liege LC 2 erkennen können. Das Berufungsgericht sah in diesem Sofa lediglich Gestaltungshöhe für den Geschmacksmusterschutz.

#### c. „Schöpfung“

Eine Schöpfung liegt schließlich nur dann vor, wenn der Gedanke hinreichend Gestalt angenommen hat. Der Schöpfer muss seinen Gedanken materialisiert haben. Der Gedanke muss in eine bestimmte, sinnlich wahrnehmbare Form gebracht worden sein. In dieser Form muss der Schöpfer in seiner Individualität erkennbar werden. Die Form muss eine schöpferische Eigentümlichkeit zeigen, eine eigenschöpferische Prägung aufweisen. Der Gedanke selbst bleibt dabei gemeinfrei. Es besteht damit kein Urheberrecht z.B. an einem bestimmten Material oder einer bestimmten Methode. Das Urheberrecht gewährt also nicht z.B. Joseph Beuys das Ausschließlichkeitsrecht, Fettecken zu schöpfen, auch wenn dies seine Idee war. Das Urheberrecht gewährt Günter Uecker nicht das Ausschließlichkeitsrecht, Nagelbilder zu schöpfen, auch wenn dies seine Idee war. Gleiches gilt für den Gedanken als solchen, Gebäude zu verpacken. Die konkrete Gestalt hingegen, die der Schöpfer seinem Werk in der Realisierung seines Gedankens gibt, gewährt ihm ein Urheberrecht an eben dieser konkreten Gestalt, an der Form seines Werkes.

#### IV. Schluss

Meine Damen und Herren, die Relativität und Funktionsabhängigkeit des Begriffs, den sich bereits das Recht in internen Diskurs von der Kunst macht, ließe sich an weiteren Beispielen darlegen, dem Steuerrecht etwa oder dem Künstlersozialversicherungsrecht. Es wäre zum Beispiel interessant zu ergründen, warum nach der jüngsten Rechtsprechung des Bundessozialgerichts die Auftritte von Vladimir Klitschko als Schauspieler in Werbefilmen („Milchschnitte“) keine Kunst ist, wohl aber die Moderation von Casting-Shows durch Dieter Bohlen, womit wir möglicherweise bereits die Überleitung zum Abendvortrag über Satire und Karikatur betreten. Ich verabschiede mich, indem ich Ihnen versichere: Wenn ich wüsste, was Kunst ist, ich würde es nicht für mich behalten. Wenn Sie es wissen, meine Damen und Herren, wäre meine

Bitte: geben Sie es ebenfalls weiter. Gelegenheit hierzu bietet Ihnen etwa das Institut für Kunst und Recht IFKUR e.V. Heidelberg auf seinen jährlich – in Kooperation mit dem CIAM – veranstalteten Heidelberger Kunstrechtstagen. Der nächste findet

am 1. und 2. Oktober 2010 in der Stadthalle Heidelberg statt. Ich würde mich freuen, Sie dort begrüßen zu dürfen. Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

## Münzen, Markt und Mythen

Reinhard Dietrich\*

„Kaum ein anderes Land in Europa lässt Händler von Kulturgütern zweifelhaften Ursprungs so ungeschoren wie Deutschland. Einer der höchsten Händlerdichte der Welt für archäologische Kostbarkeiten steht eine Justiz gegenüber, die sich sehr schwer tut, den Hehlern das Handwerk zu legen.“<sup>1</sup>

1. Übersicht
2. Marktrealität
3. Juristische Kontroverse
  - 3.1. Vorbemerkung
  - 3.2. Eigentum an Grabungsfunden
    - 3.2.1. Der Schatzfund
    - 3.2.2. Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten – §§ 929, 932 BGB
    - 3.2.3. Gutgläubiger Erwerb durch öffentliche Versteigerung – § 935 Abs. 2 BGB
    - 3.2.4. Gutgläubiger Erwerb durch Ersitzung
    - 3.2.5. Fälle mit Auslandsberührung
    - 3.2.6. Überlegungen zur Beweislast
    - 3.2.7. Fazit
  - 3.3. Der strafrechtliche Aspekt
    - 3.3.1. Hehlerei
    - 3.3.2. Konsequenzen für die Durchsuchungspraxis
  - 3.4. Zwischenbilanz
4. Urteile
5. Mythen
6. Kulturgut- und Denkmalpolitik
7. Fazit

### 1. Übersicht

Das Thema „Handel mit antiken Münzen“ weist Brisanz auf:

- juristisch: diskutiert wird, was rechtmäßig ist und was nicht (unten: 3.) und es gibt einige wenige Urteile (unten: 4.);
- denkmalpflegerisch schon lange, denn der Untergang unzähliger archäologischer Kulturdenkmäler wird durch die Suche nach Antiken, auch antiken Münzen, die als Nachschub einen offensichtlich unersättlichen Markt versorgen, verursacht (dazu: 2.);
- und auch politisch? (unten: 6.).

### 2. Marktrealität

[...] „handelt es sich um einen ehemaligen Söldengänger, der seit einigen Jahren erfolgreich mit Antiken handelt. Zu seinen Kunden zählte auch die Archäologische Staatssammlung [München], die von ihm unter anderem einen römischen Depotfund mit Bronzegefäßen, keltische Münzen und Münzprägestempel erworben hatte“<sup>2</sup>.

Die Fakten zum Antikenmarkt sind bekannt, auch bei denjenigen, die dem Handel mit Antiken freundlich gestimmt sind: „[...] wenn (wie in den meisten Fällen) nicht feststeht, wo das jeweilige Stück ausgegraben worden war [...]“<sup>3</sup>. Ich habe die Lage in meinem Ausgangsbeitrag<sup>4</sup> dargestellt

\* Dr. Reinhard Dietrich, Referatsleiter Denkmalschutz, Kulturgutschutz, UNESCO-Welterbe, Rechtsangelegenheiten im Kulturbereich Hessisches Ministerium für Wissenschaft und Kunst.

1 Andreas Ulrich, Handel mit irakischen Artefakten. Leichtes Spiel für die Antikenmafia, in: SPIEGEL online Wissenschaft v. 26.06.2009 [http://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/0,1518,632049,00.html]

2 Thomas Claus, Schatzsucher – das Geschäft mit der Vergangenheit. Recherchen im Problemfeld illegaler Archäologie, in: Archäologisches Nachrichtenblatt 11 (2006) 2, S. 158f.

3 Hartmut Kreuzer, „Spätromischer Schrott“ als Hehlware. Anmerkungen zu einem skandalösen Strafprozess, in: Numismatisches Nachrichtenblatt 3/07, S. 1.

4 Reinhard Dietrich, Antiken, Markt und Recht, in: