

Prof. Dr. iur. Thomas Geiser
Forschungsinstitut für Arbeit
und Arbeitsrecht FAA-HSG
Guisanstrasse 92
9010 St. Gallen

Kunstfreiheit und Persönlichkeitsschutz¹

von

Prof. Dr. iur. Thomas Geiser, St. Gallen²

Inhaltsübersicht:

I.	Ausgangslage und Fragestellung	
1.	Künstlerische Freiheit und ihre Gefahren	1.1.
2.	Rechtliche Grundlagen der künstlerischen Freiheit	
a.	Verfassungsrechtliche Grundlagen	1.6.
b.	Zivilrechtliche Grundlagen	1.9.
3.	Rechtliche Grundlagen für Einschränkungen	1.12.
II.	Freiheit der Kunst und Notwendigkeit von Schranken	
1.	Beschränkungen im öffentlichen Interesse	2.1.
2.	Beschränkungen im Interesse Privater	2.3
3.	Weitere Schutzbedürfnisse	2.4.
III.	Persönlichkeitsschutz als Schranke der künstlerischen Betätigung	
1.	Grundsätze des Persönlichkeitsschutzes	3.1.
2.	Verletzungstatbestände	3.7.
3..	Rechtswidrigkeit	3.9.
a.	Gesetz	3.10.
b.	Überwiegende private oder öffentliche Interessen	3.11.
c.	Einwilligung	3.14.
4.	Weitere Anspruchsvoraussetzungen	3.17.
IV.	Freiheit der Kunst und Kunstfreiheit als Rechtfertigungsgrund	
1.	Verfassungskonforme Auslegung	4.1.
2.	Beschränkung in Raum und Zeit	4.4.
3.	Kunstfreiheit und Definition der Kunst	4.7.

Literatur:

HENRI DESCHENAUX/PAUL-HENRI STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, Bern 1995;
THOMAS GEISER, Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke, Basel 1990;
THOMAS GEISER, Der Historiker vor dem Zivilrichter, AJP 1992, S. 445 ff ;
BRUNO GLAUS, Das Recht am eigenen Wort, Diss. Zürich, Bern 1987;
ANDREAS MEILI, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, ZGB Bd. I, 2006;

¹ Aus: Schwander/Studer (Hrsg.), Neuigkeiten im Kunstrecht, St. Gallen 2008; S. 9 - 29.

² Vortrag gehalten an einer Tagung des IRP-HSG zum Kunstrecht in Zürich.

CHRISTOPH MEYER/FELIX HAFNER, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/Lachen 2002;
Adolf Muschg, Wohin mit der Kultur? in: Gruner/Müllr (Hrsg.), Erneuerung der schweizerischen Demokratie? Bern 1977;
MARIO PEDRAZZINI, Unlauterer Wettbewerb UWG, Bern 1992;
MARIO PEDRAZZINI/NIKLAUS OBERHOLZER, Grundriss des Personenrechts, Bern 1993;
FRANZ RICKLIN, Schweizerisches Presserecht, Bern 1996;
RAINER J. SCHWEIZER, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/Lachen 2002;
FRANZISKA SPRECHER, Medizinische Forschung mit Kindern und Jugendlichen nach schweizerischem, deutschem, europäischem und internationalem Recht, Diss. St. Gallen 2007;
PETER STUDER/RUDOLF MAYR VON BALDEGG, „Medienrecht für die Praxis, Zürich 2001;
PIERRE TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich 1984,
WALTER TRACHSLER, Rechtliche Fragen bei der fotografischen Aufnahme, Diss. Zürich 1975;

I. Ausgangslage und Fragestellung

1. Künstlerische Freiheit und ihre Gefahren

1.1. **Kunst ist** eine bestimmte Form der **Kommunikation**³. Sie ist für den Künstler ein Ausdrucksmittel. Mit seiner Kunst vermittelt er sich seiner Umwelt. Er teilt ihr in der einen oder anderen Weise etwas mit. Die Kunst kann Inhalte transportieren. Wer etwas mitteilt, wird anecken, er will u. U. etwas verändern. Das kann auf Widerstand stossen. Andere Personen, die Gesellschaft oder der Staat nehmen unter Umständen daran Anstoss. Das kann für den Künstler oder andere Personen negative Konsequenzen haben. Es entstehen Konflikte. Rechtsstreitigkeiten sind seit alters her vorprogrammiert. Es fragt sich, nach welchen Regeln diese zu Lösen sind und welche Rolle dabei die Kunstfreiheit spielt.

1.2. Soweit die Kunst **gesellschaftliche Veränderungen** bewirken will, können der **Staat und parastaatliche Organisationen** etwas dagegen haben. Zu allen Zeiten wurden Künstler verfolgt und ihre Kunstwerke verboten. Das spricht allerdings regelmässig eher für die Qualität der Kunst als für jene des Staates. Zu glauben, solches komme nur in Diktaturen vor, wäre allerdings verfehlt. Ich erinnere an den so genannten Karikaturenstreit und an das Bild "Die gekreuzigte Frau" von Kurt Farner⁴ sowie den Fall Josef Felix Müller c. Schweiz vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte⁵.

1.3. Wird die **Kunst konkret**, besteht die Gefahr, dass **Personen sich und ihre Geschichten darin wieder erkennen** und sich dadurch in der einen oder anderen Weise verletzt fühlen. Hier gilt es das Recht des Künstlers gegen das Recht der betroffenen Person abzugrenzen. Auch hier sind die Beispiele Legion. Aus der Literatur sei auf den Fall des Romans "Tartarin de Tarascon" von Alphonse Daudet⁶ und auf den Roman "Mephisto" von Klaus Mann⁷ oder auf "Die Kupferstunde" von Dres Balmer⁸ verwiesen. Aber auch Filme wie "Meine Schwester Maria" von Maximilian Schell und "Grounding" von Tobias Fueter und Michael Steiner⁹ haben persönlichkeitsrechtliche Fragen aufgeworfen. Die Nachkommen von Windson Churchill

³ GEISER, S. 5.

⁴ Vgl. die Schilderung des Falls in: Case of Müller and Others v. Switzerland (Application no. 10737/84) Urteil vom 24. mai 1988, Rz. 22.

⁵ Case of Müller and Others v. Switzerland (Application no. 10737/84) Urteil vom 24. Mai 1988.

⁶ Ursprünglich hiess der Roman Barbarin de Tarascon. Ein Träger dieses namens verlangte dann aber die Änderung

⁷ BVerfGer. 30, S. 173 ff.

⁸ Dres Balmer, Die Kupferstunde, Benziger-Verlag, Zürich 1982

⁹ Vgl. www.swissfilms.ch/detail_f.asp?PNr=988260650.

sollen offenbar ausdrücklich verboten haben, dass das vom Parlament bestellte gemalte Porträt Churchills ausgestellt wird, weil sie darin eine Persönlichkeitsverletzung sahen.

1.4. Schliesslich können mit einem Kunstwerk auch auf andere Weise Rechte Dritter verletzt werden. Es kann sich diesbezüglich um Eigentumsrechte handeln, wenn der Künstler z.B. fremde Materialien oder Unterlagen verwendet. Das war das Problem beim Sprayer von Zürich (Harald Naegeli). Es kann aber auch um die **Verletzung geistigen Eigentums** gehen, wenn fremde Kunstwerke oder Ideen kopiert werden.

2. Rechtliche Grundlagen der künstlerischen Freiheit

a. Verfassungsrechtliche Grundlagen

1.6. Die neue **Bundesverfassung** garantiert die Kunstfreiheit ausdrücklich¹⁰. Sie verzichtet aber auf eine Definition des Begriffes Kunst. Entsprechend ist die praktische Bedeutung dieser ausdrücklichen Anerkennung mehr in ihrem programmatischen als in ihrem justiziablen Teil zu sehen¹¹.

1.7. Demgegenüber enthält die **EMRK** keine ausdrückliche Anerkennung der Kunstfreiheit. Es ist aber unbestritten, dass der künstlerische Ausdruck als Meinungsäusserung geschützt ist¹². Der künstlerische Ausdruck wird deshalb von Art. 10 EMRK erfasst.

1.8. Diese Grundrechte richten sich in erster Linie gegen den Staat. Sie müssen aber in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen¹³ und wirken auch zwischen Privaten, soweit sie sich dazu eignen¹⁴. Damit umschreibt die Verfassung die so genannte **Horizontalwirkung** der Grundrechte. Entsprechend ist sowohl in der Lehre wie auch in der Rechtsprechung anerkannt, dass Privatrechtsnormen **verfassungskonform auszulegen** sind¹⁵. Darauf ist zurückzukommen.

b. Zivilrechtliche Grundlagen

1.9. Der Künstler kann sich für seine künstlerische Betätigung auch auf zivilrechtliche Rechtspositionen stützen. Soweit er Gegenstände, welche ihm gehören, zu Kunstwerken verarbeitet, übt er sein **Eigentumsrecht** aus. Er hat einen Anspruch gegenüber jedermann, dass dieses Recht nicht verletzt wird¹⁶. Auf das gleiche Recht kann sich der Künstler auch berufen, wenn er sein Kunstwerk ausstellt oder in anderer Weise anderen Personen zugänglich macht.

1.10. Die künstlerische Betätigung findet ihren zivilrechtlichen Schutz nicht nur im Eigentum sondern auch im **Urheberrecht**. Aus der Tatsache, dass es ein solches gibt, darf m.E. auch grundsätzlich ein Recht gegenüber jedermann geschlossen werden, ein Kunstwerk zu schaffen. Das Urheberrecht selber umschreibt dann, was der Künstler mit seinem Werk - unabhängig von den Eigentumsverhältnissen am eigenen Werkexemplar - tun kann.

1.11. Neben diesen im wesentlichen auf das Kunstwerk als Objekt bezogenen Rechten ist aber für das künstlerische Schaffen auch das **Persönlichkeitsrecht** des Künstlers zu beachten. Die geltenden Normen des Persönlichkeitsschutzes enthalten nicht ausdrücklich ein Recht auf

¹⁰ Art. 21 BV.

¹¹ MEYER/HAFNER, N. 7 zu Art. 21 BV.

¹² Case of Müller and Others v. Switzerland (Application no. 10737/84) Urteil vom 24. Mai 1988, Rz. 26 ff..

¹³ Art. 35 Abs. 1 BV.

¹⁴ Art. 35 Abs. 3 BV.

¹⁵ Vgl. die Nachweise bei SCHWEIZER, N. 19 ff. zu Art. 35 BV.

¹⁶ Art. 641 ZGB.

Entfaltung der Persönlichkeit. Demgegenüber hatte der Vorentwurf zur nunmehr geltenden Fassung von Art. 28 ZGB in einer nicht abschliessenden Aufzählung der einzelnen Teile des Persönlichkeitsrechts diesen Aspekt ausdrücklich erwähnt¹⁷. Eine solche Aufzählung hätte aber kaum praktische Wirkung gehabt. Ein solches Recht wurde als zu unbestimmt und als in seinen Auswirkungen zu wenig kontrollierbar angesehen und deshalb abgelehnt¹⁸. Demgegenüber ist der Einwand nicht gerechtfertigt, eine entsprechende Norm stelle kein Zivilrecht sondern Verfassungsrecht dar¹⁹. Sie hätte sich nicht gegen den Staat gerichtet, sondern das Verhältnis zwischen Privaten betroffen. Jeder Persönlichkeitsschutz bezweckt letztlich, dem Betroffenen einen Freiraum zu seiner persönlichen Entfaltung zu sichern. Dieses Recht ist somit in Art. 28 ZGB enthalten, auch wenn es nicht ausdrücklich erwähnt wird²⁰. Der Künstler kann sich für seine künstlerische Betätigung sehr wohl auf sein Persönlichkeitsrecht berufen. Auch darauf ist zurück zu kommen.

3. Rechtliche Grundlagen für Einschränkungen

1.12. Keine Freiheit ist schrankenlos. Das gilt auch für die Kunstfreiheit. Jedes Grundrecht findet seine **Schranke an den Grundrechten der anderen**. Verletzt jemand die Grundrechte anderer durch seine eigene Ausübung eines Grundrechts, muss eine Abwägung der Interessen stattfinden. Diese geschieht sinnvoller Weise auf Gesetzesstufe in generell abstrakter Weise. Unter Umständen ist dann aber eine Konkretisierung im Einzelfall notwendig. Diese Fragestellung war beispielsweise im Zusammenhang mit dem Karikaturenstreit, der Zerstörung bzw. Konfiskation des Bildes von Farner oder im Fall Josef Felix Müller zentral.

1.13. Die Voraussetzungen für diese Einschränkungen sind in allgemeiner Weise in Art. 36 BV festgehalten. Die Norm unterscheidet als Rechtfertigungsgrund ausdrücklich einerseits die öffentlichen Interessen und andererseits den Schutz von Grundrechten anderer²¹. Die in der Lehre und Rechtsprechung immer wieder wiederholte Aussage, eine Grundrechtseinschränkung setze immer ein öffentliches Interesse voraus, ist somit schlicht falsch.

1.14. Das Bild des **Schutzes der Nachbarrechte** sei in diesem Zusammenhang erlaubt. Nicht nur Grundstücke stossen aneinander. Das trifft vielmehr auch für die Menschen und damit für die Persönlichkeitsrechte zu. Das Recht des einen, gibt nicht Anspruch, das Recht des andern zu verletzen. Treten Persönlichkeitsrechte verschiedener Personen zu einander in Konflikt, ist eine Abgrenzung möglich. Diese kann wiederum teilweise auf Gesetzesstufe generell-abstrakt vorgenommen werden. Es ist aber unumgänglich, diese auch im Einzelfall zu konkretisieren, was eine Interessenabwägung bedeutet.

1.15. Wesentliche Teile dieser Interessenabwägung werden in generell-abstrakter Weise durch das **Strafrecht** vorgenommen. Nicht auf die Einzelperson sondern auf ganze Gruppen gerichtete Persönlichkeitsverletzungen in den religiösen und sittlichen Gefühlen müssen hingenommen werden, wenn sie nicht unter die entsprechenden Straftatbestände fallen. Der Gesetzgeber hat hier selber die Interessenabwägung vorgenommen und bestimmt, was der einzelne erdulden muss und was nicht. Soweit das Gesetz das entsprechende Rechtsgut abschliessend schützt, gilt aus persönlichkeitsrechtlicher Sicht als erlaubt, was nicht verboten ist. Wie weit sich jemand eine Verletzung in seinen religiösen Gefühlen durch eine öffentliche, nicht auf ihn persönlich gerichtete Handlung gefallen lassen muss, bestimmt das Strafrecht.

¹⁷ Art. 28 Abs. 1 des Vorentwurfs; SJZ 1975, S. 251 f.

¹⁸ BBl. 1982 II S. 659.

¹⁹ Prot. Komm. Tercier, S. 10.

²⁰ GEISER, Rz. 1.19.

²¹ Art. 36 Abs. 2 BV.

II. Freiheit der Kunst und Notwendigkeit von Schranken

1. Beschränkungen im öffentlichen Interesse

2.1. Dass mit einem Kunstwerk nicht nur Interessen einzelner sondern auch einer unbestimmter Anzahl von Personen und damit der Öffentlichkeit verletzt werden können, steht ausser Zweifel. Klassische Polizeigüter wie die öffentliche Ordnung, die Sicherheit und die öffentliche Sittlichkeit können sehr wohl durch Kunstwerke verletzt bzw. gefährdet werden.

2.2. Der Staat wird hier namentlich mit dem **Strafrecht** Grenzen setzen. Es können aber auch **organisatorische Normen** über die Benutzung öffentlichen Raums, Bauvorschriften, Arbeitnehmerschutznormen usw. die Kunstfreiheit einschränken. Bildhauern, Performance-Künstlern und Theaterveranstaltern ist das bestens bekannt.

2. Beschränkungen im privaten Interesse

2.3. Ein grosser Teil der Einschränkungen resultiert aber aus Konflikten mit einzelnen Privatpersonen. Hier erfolgt die Einschränkung zum Schutze privater Interessen. Neben den hier weniger interessierenden eigentums- und urheberrechtlichen Interessen kommt dem Persönlichkeitsschutz in diesem Zusammenhang zentrale Bedeutung zu. Dass auch Grundrechte im privaten Interesse eingeschränkt werden dürfen, ist - wie dargelegt - der Verfassung ausdrücklich zu entnehmen²². Der Persönlichkeitsschutz ist unbestrittener Massen verfassungskonform.

3. Weitere Schutzbedürfnisse

2.4. Fraglich erscheint immer wieder, ob eine Beschränkung der Freiheitsrechte auch im ausschliesslichen Interesse der betroffenen Person selber erfolgen darf. Vom Wortlaut der Verfassung her, ist dies auszuschliessen. Sie verlangt einöffentliches Interesse oder ein Interesse Dritter²³. Ausnahmen sind aber denkbar. Das hat namentlich im Zusammenhang mit der fürsorglichen Freiheitsentziehung und der Zwangsbehandlung in der Psychiatrie Bedeutung. Für den Kunstbereich könnte dies höchstens im Zusammenhang mit der Zerstörung von Kunstwerken durch den Künstler selber eine Rolle spielen.

III. Persönlichkeitsschutz als Schranke der künstlerischen Betätigung

1. Grundsätze des Persönlichkeitsschutzes

3.1. Gemäss Art. 28 ZGB kann, "wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, (...) zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, den Richter anrufen." Alle Rechtsfolgen mit Ausnahme der Gegendarstellung und der vorsorglichen Massnahmen²⁴ setzen deshalb eine **widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung** voraus. Ob eine solche vorliegt, ist in zwei Stufen abzuklären: Es ist zuerst zu untersuchen, ob überhaupt eine Persönlichkeitsverletzung gegeben ist, und anschliessend muss geprüft werden, ob diese auch widerrechtlich ist.

²² Art. 36 Abs. 2 BV.

²³ Art. 36 Abs. 2 BV.

²⁴ Vorsorgliche Massnahmen setzen blosser Glaubhaftmachung der Persönlichkeitsverletzung und der Widerrechtlichkeit voraus.

3.2. Eine rechtmässige Persönlichkeitsverletzung zeitigt keinerlei rechtliche Folgen. Von daher kann man sich fragen, ob die genannte Zweiteilung überhaupt sinnvoll ist. Sie hat nur methodologische, didaktische Bedeutung. Sie erlaubt es, zuerst, nämlich bei der Frage, ob überhaupt eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt, sich den **Einwirkungen auf die betroffene Person** zuzuwenden und erst anschliessend, bei der Frage der Widerrechtlichkeit, auch die **Handlungsgründe des Verletzers** in die Betrachtung einzubeziehen.

3.3. Beim Persönlichkeitsschutz handelt es sich um Privatrecht. Das Gericht wird deshalb gegen eine andere Person angerufen. Es bedarf eines Beklagten. Passivlegitimiert ist jeder, der an der widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung mitwirkt. Der Persönlichkeitsschutz setzt deshalb ein Wirken durch menschliches Handeln, eine sogenannte **Eingriffshandlung**²⁵, voraus. Diese muss zudem **adaequat kausal** für die widerrechtliche Verletzung sein²⁶.

3.4. Art. 28 ZGB führt die Rechtsfolgen nicht auf. Diese sind - von der Gegendarstellung und den vorsorglichen Massnahmen abgesehen - in Art. 28a ZGB geregelt. Die Bestimmung nennt für die einzelnen Rechtsfolgen **weitere spezifische Voraussetzungen**.

3.5. Für die besonders wichtigen Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung wird diesbezüglich auf die Art. 41 ff. OR verwiesen²⁷. Mit Blick auf Art. 55 OR bedeutet das für ein Medienunternehmen oder einen Kunstbetrieb, dass diese Ansprüche auch geltend gemacht werden können, wenn kein eigentliches **Verschulden** vorliegt.

3.6. Auf Beseitigung, Feststellung oder Unterlassen kann auch geklagt werden, wenn überhaupt kein Vorwurf der Unsorgfalt erhoben werden kann²⁸. Mit Blick auf ein Veröffentlichungsverbot kann dies von grosser praktischer Tragweite sein. Hier setzt zum Teil denn auch der **Vorwurf der Zensur** an.

2. Verletzungstatbestände

3.7. Der Begriff der Persönlichkeit ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Lehre und Praxis umschreiben ihn durch die Auflistung einer Vielzahl von einzelnen **Persönlichkeitsbereichen**²⁹. Im vorliegenden Zusammenhang sind namentlich die Ehre³⁰, die Privatsphäre³¹ und das Recht auf Vergessenheit³² von Bedeutung. Hervorzuheben ist auch die **wirtschaftliche Persönlichkeit**³³, insbesondere nach dem Verstösse gegen das UWG auch gegenüber Personen geltend gemacht werden können, die mit der verletzten Person nicht in einem Wettbewerb stehen³⁴.

3.8. Das Zivilrecht schützt die Persönlichkeit in einem sehr viel grösseren Umfang als das Strafrecht. Insbesondere erfasst der Ehrbegriff im Zivilrecht auch die berufliche Ehre³⁵. Neben der Ehre schützen die Art. 28 ff. ZGB unter anderem aber auch die Privatsphäre, das Recht am Namen, das Recht am eigenen Bild, das Recht am Lebensbild und an der Lebensge-

²⁵ TERCIER, Rz.. 557 ff.

²⁶ TERCIER, Rz.. 552.

²⁷ Art. 28a Abs. 3 ZGB.

²⁸ Art. 28a Abs. 1 ZGB.

²⁹ TERCIER, Rz. 103 ff.; DESCHENAUX/STEINAUER, Rz. 540 ff.

³⁰ TERCIER, Rz. 475 ff.

³¹ TERCIER, Rz. 459 ff.

³² TERCIER, Rz. 497.

³³ Vgl. insbesondere Art. 3 Bst. a und b UWG

³⁴ PEDRAZZINI, S. 235; BGE 120 IV 35; 117 IV 193.

³⁵ BGE 119 II 100.

schichte sowie das Recht auf Vergessenheit³⁶. Demgegenüber anerkennt das Bundesgericht auch im zivilrechtlichen Bereich nach wie vor kein allgemeines Recht auf Wahrheit³⁷. Auf den strafrechtlichen Persönlichkeitsschutz wird hier nicht weiter eingegangen.

3. Rechtswidrigkeit

3.9. Jede Persönlichkeitsverletzung ist **widerrechtlich**, soweit sie nicht durch die Einwilligung des Verletzten, überwiegende private oder öffentliche Interessen oder das Gesetz gerechtfertigt wird³⁸. Alle drei Rechtfertigungsgründe spielen auch im Bereich der Kunst eine Rolle.

a. Gesetz

3.10. Am wenigsten Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang dem Rechtfertigungsgrund des Gesetzes zu. Es ist schwierig zu sehen, in wiefern eine gesetzliche Pflicht zur Schaffung eines Kunstwerkes bestehen sollte. Allenfalls kann sich ein Photograph auf das Gesetz als Rechtfertigungsgrund berufen, wenn er ein Fandungsbild herstellt. Fraglich erscheint allerdings, ob die entsprechenden Werke noch zur Kunst im eigentlichen Sinn gezählt werden können.

b. Überwiegende private oder öffentliche Interessen

3.11. Eine Persönlichkeitsverletzung ist gerechtfertigt, wenn der Verletzer überwiegende private oder öffentliche Interessen geltend machen kann. Von einem **überwiegenden Interesse** kann gesprochen werden, wenn das Opfer, das dem Betroffenen durch die Persönlichkeitsverletzung auferlegt wird, als weniger wichtig angesehen wird als der Vorteil, den eine andere Person aus der Verletzung zieht³⁹. Es ist somit eine Interessenabwägung vorzunehmen. Dabei sind die Persönlichkeitsinteressen grundsätzlich höher zu werten als wirtschaftliche Interessen.

3.12. Als Rechtfertigungsgrund können nicht nur die eigenen Interessen des Verletzers sondern auch **Interessen Dritter** geltend gemacht werden⁴⁰. Das ergibt sich zwingend aus dem Umstand, dass der Verletzte gemäss Art. 28 ff. ZGB gegen jeden vorgehen kann, der an der Verletzung mitgewirkt hat, unabhängig davon, wie bedeutend sein Beitrag zur Handlung war. Der ins Recht gefasste muss somit auch die Interessen aller andern an der Verletzung beteiligten (oder auch nicht beteiligten) Personen anrufen können.

3.13. Das Gesetz hält zudem ausdrücklich fest, dass auch **öffentliche Interessen** eine Persönlichkeitsverletzung durch eine Privatperson rechtfertigen können. Damit werden allerdings zwei unterschiedliche Dinge behandelt:

- Soweit es um *öffentliche Interessen* im eigentlichen Sinn geht, ist die Erwähnung im Gesetz missverständlich, ja sogar irreführend. Die öffentlichen Interessen sind nämlich nicht von Privaten sondern von den Organen des Staates wahrzunehmen. Für entsprechende Eingriffe in private Rechte bedarf es regelmässig einer gesetzlichen Grundlage. Der Gesetzgeber wollte diese nicht mit Art. 28 Abs. 2 ZGB schaffen. Hier wird nur darauf hingewiesen, dass - soweit nach den Regeln des öffentlichen Rechts eine genügende gesetzliche Grundlage besteht - diese einen Eingriff in die Persönlichkeit zu

³⁶ Vgl. dazu **TERCIER**, Rz. 497; **GEISER**, Rz. 2.45. ff.

³⁷ Vgl. dazu: **GEISER**, AJP 1992, S. 445 ff.; BGE 105 II 165; 107 II 6; 111 II 222; 120 II 227; BGer. v. 8.10.93 i.S. R.c.F., E. 6e.

³⁸ Art. 28 Abs. 2 ZGB

³⁹ **GEISER**, Rz. 9.29; **TERCIER**, Rz. 671.

⁴⁰ **GEISER**, Rz. 9.33 ff.

rechtfertigen vermag. Dieser Hinweis ist aber überflüssig, da er sich bereits aus dem weiteren Rechtfertigungsgrund, nämlich dem Gesetz, ergibt⁴¹.

- Wie sich aus der Entstehungsgeschichte von Art. 28 Abs. 2 ZGB ergibt, wollte der Gesetzgeber mit der Erwähnung der öffentlichen Interessen der *öffentlichen Aufgabe der Medien* und gewisser anderer Rechtssubjekte des Privatrechts, wie den Kunstschaffenden, Rechnung tragen. Darin liegt aber kein Interesse selbständiger Art. Vielmehr geht es um die gesamtgesellschaftliche Bedeutung einer Tätigkeit im Rahmen der Abwägung der verschiedenen sich entgegenstehenden Interessen. Dieser Aspekt ist für die Medien von zentraler Wichtigkeit. Damit wird der in Art. 55 BV verankerten Pressefreiheit Rechnung getragen⁴². Das gilt aber wohl auch für die Kunst. Dabei ist nicht auf die Kunstfreiheit zurückzugreifen⁴³ sondern auf jene Bestimmungen, welche die Kunstförderung zu einer staatlichen Aufgabe erheben⁴⁴. Ohne Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, ob die entsprechende Zuständigkeit primär beim Bund⁴⁵ oder bei den Kantonen⁴⁶ liegt. Entscheidend ist ausschliesslich, dass die Verfassung ein öffentliches Interesse an einem eigenständigen Kulturschaffen festhält.

c. Einwilligung

3.14. Auch bei Kunstwerken kommt der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund Bedeutung zu. Insbesondere ist an Dokumentarfilme zu denken⁴⁷. Die Problematik bei der Einwilligung liegt in der Frage, ob diese Zurückgezogen werden kann oder nicht und falls dies bejaht wird, welche Wirkungen einem Rückzug zukommen⁴⁸.

3.15. Dogmatisch geht es um die Frage, ob die Einwilligung rechtsgeschäftlichen Charakter hat und ein **Gestaltungsrecht** darstellt oder nicht. Wird ein solches Ausgeübt, kann es grundsätzlich nicht mehr zurückgenommen werden. Die Einwilligung wäre dann verbindlich. Mit Blick auf die Natur des Persönlichkeitsrechts lässt sich aber eine rechtsgeschäftliche Konstruktion kaum Rechtfertigen. Ein Rückzug der Einwilligung muss jederzeit möglich sein. Das zeigt sich besonders, aber nicht nur, bei der Einwilligung in einen medizinischen Eingriff⁴⁹. Dogmatisch muss wohl der rechtsgeschäftliche Charakter verneint werden. Jedenfalls können die für ein Rechtsgeschäft geltenden Regeln nicht unbesehen übernommen werden⁵⁰. Es handelt sich viel eher um einen **Zustand, der, solange er besteht, rechtfertigend wirkt, aber jederzeit durch die betroffene Person beendet werden kann**. Der Widerruf ist somit möglich.

3.16. Allerdings ist auch die widerrufene Einwilligung rechtlich relevant:

- Zum einen kann der **Widerruf nicht rückwirkend** erfolgen. Bereits begangene Persönlichkeitsverletzungen bleiben gerechtfertigt.
- Zum andern hat der Einwilligende mit seiner Einwilligung bewirkt, dass der Künstler sich in einer bestimmten Weise künstlerisch zu betätigen begann. Der Einwilligende hat in das künstlerische Schaffen eingegriffen. Wie vorn dargelegt, ist auch das Recht

⁴¹ Mit Bezug auf das kantonale öffentliche Recht ergibt sich die Rechtfertigung auch aus Art. 6 ZGB

⁴² BGE 95 II 481 E. 7; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, S. 148.

⁴³ Art. 21 BV.

⁴⁴ Insb. Art. 69 und 71 BV.

⁴⁵ So Art. 71 BV für den Filmbereich.

⁴⁶ So Art. 69 BV für den übrigen Kulturbereich.

⁴⁷ Z.B. "Meine Schwester Maria" von Maximilian Schell oder "Le Souffle du désert" von François Kohler.

⁴⁸ Vgl. MEILI, N. 48 zu Art. 28 ZGB; GLAUS, S. 145; STUDER/MAYR VON BALDEGG, S. 58 f.; TRACHSLER, S. 74; RIKLIN, 208; ausführlich GEISER, Rz. 9.24. ff.

⁴⁹ SPRECHER, S. 223.

⁵⁰ GEISER, Rz. 9.2. ff.

auf künstlerische Entfaltung Teil des Persönlichkeitsrechts. Wer einen Künstler dazu animiert, in einer bestimmten Weise tätig zu werden, greift in dessen Persönlichkeitsrecht ein, wenn er ihn nachher daran hindert, das Werk zu vollenden. Für die Vervollendung des Kunstwerkes (und dessen Ausstellung) kann sich der Künstler dann zwar nicht auf die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund stützen. Er kann aber überwiegende eigene Interessen geltend machen. Bei der Interessenabwägung ist dann zu berücksichtigen, dass der Dargestellte mit seiner ursprünglichen Einwilligung den Künstler zum Beginn seines Kunstwerks animiert hat⁵¹. Es ist bei der Interessenabwägung zu beachten, wann und unter welchen Umständen der Rückzug erfolgte.

4. Weitere Anspruchsvoraussetzungen

3.17. Zu beachten ist schliesslich, dass die Frage, ob eine rechtswidrige Persönlichkeitsverletzung vorliegt oder nicht, sich regelmässig im Zusammenhang mit einem bestimmten Rechtsbegehren einer Person stellt. Die betroffene Person muss von demjenigen, der an einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung mitgewirkt hat, **etwas bestimmtes** verlangen. Was verlangt werden kann, ist in Art. 28a ZGB aufgezählt.

3.18. Alle diese Ansprüche setzen aber regelmässig mehr, als bloss eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung voraus. Sie haben alle ihre **spezifischen zusätzlichen Voraussetzungen**. Insbesondere sind Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche in aller Regel Verschuldensabhängig. Soweit es um Geldbeträge geht, treten neben besonderen Voraussetzungen im einzelnen Prozess meist auch erhebliche Beweisschwierigkeiten auf⁵².

IV. Freiheit der Kunst und Kunstfreiheit als Rechtfertigungsgrund

1. Verfassungskonforme Auslegung

4.1. Das verfassungsmässige Recht der Kunstfreiheit beeinflusst den privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz in zentraler Weise. Gesetze sind verfassungskonform auszulegen, weil die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen müssen⁵³. Das wird meist unter dem Begriff der Horizontal- oder Drittwirkung abgehandelt⁵⁴.

4.2. Diese verfassungskonforme Auslegung hat insbesondere - aber nicht nur⁵⁵ - bei der **Interessenabwägung ihre Bedeutung**. Wer als Interesse die Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts geltend machen kann, wird eine höhere Wertung dieser Interessen beanspruchen können, als derjenige dessen Interessen nicht den hohen Rang eines verfassungsmässigen Rechts geniessen.

4.3. Nicht auf der gleichen Ebene steht die Möglichkeit des Verletzers das **Recht auf Entfaltung der eigenen Persönlichkeit** geltend zu machen. Als Teil des Persönlichkeitsrechts steht es auf gleicher Ebene wie das verletzte Persönlichkeitsrecht der anderen Partei. Es ist gewichtig, hat aber nicht den gleichen Stellenwert wie ein verfassungsmässiges Recht.

⁵¹ Vgl. dazu GEISER, Rz. 9.27 f.

⁵² Vgl. insbesondere BGE 133 III 153 ff.

⁵³ Art. 35 Abs. 1 BV.

⁵⁴ Vgl. Schweizer, N. 18 ff. zu Art. 35 BV.

⁵⁵ Wichtig ist ebenso die Verhältnismässigkeit wenn es um die eigentliche Verhinderung eines Kunstwerkes geht.

2. Beschränkung in Raum und Zeit

4.4. Eine verfassungskonforme Auslegung erfordert auch die Respektierung des Grundsatzes der **Verhältnismässigkeit**. Der Eingriff in die Rechte des Künstlers und seiner Umgebung, sich künstlerisch zu betätigen, darf nur in dem Masse eingeschränkt werden, wie der Schutz der Persönlichkeit dies erfordert. Das führt bei jeder Massnahme zu einer räumlichen und zeitlichen Beschränkung.

4.5. Das Persönlichkeitsrecht endet mit dem Tod seines Trägers⁵⁶. Die Schweiz kennt keinen über den Tod hinaus gehenden Persönlichkeitsschutz. Ein **postmortaler Persönlichkeitschutz** kann höchstens insoweit bestehen, als die Angehörigen ihr Recht auf Pietät bzw. am Andenken an ihren Vorfahren geltend machen. Sie machen dann aber eigene Persönlichkeitsrechte aus eigener Perspektive gelten. Daraus ergibt sich, dass eine einmal bestehende Verletzung grundsätzlich nur bis zum Tod der betroffenen Person andauert. Die Wirkung einer Persönlichkeitsverletzung ist immer zeitlich befristet⁵⁷. Ein Kunstwerk kann somit auch immer nur **während einer beschränkten Zeit verboten werden**. Von daher ist die Zerstörung eines Kunstwerks jedenfalls dann immer unverhältnismässig, wenn seine Aufbewahrung selber nicht unverhältnismässig ist⁵⁸.

4.6. Die gleiche Überlegung spricht auch für eine **räumliche Beschränkung von Massnahmen**. Wohl ist die Schweiz klein und es wird sich häufig ein Verbot für die ganze Schweiz rechtfertigen. Das trifft aber nicht immer zu. Zum Teil erweist sich namentlich die Erkennbarkeit einer dargestellten Person nur für einen räumlich kleinen Kreis gegeben. Dann rechtfertigt sich aber auch ein Verbot unter Umständen nur an diesem Ort.

3. Kunstfreiheit und Definition der Kunst

4.7. Es hat sehr wohl erhebliche Bedeutung, wenn sich jemand darauf berufen kann, mit seinem persönlichkeitsverletzenden Verhalten ein verfassungsmässiges Recht auszuüben. Muss somit in einem Prozess belegt werden, dass eine bestimmte Tätigkeit eine künstlerische ist? Das Gericht müsste somit definieren, was Kunst ist.

4.8. "Den bisherigen Versuchen der Kunsttheorie (einschließlich der Reflexionen ausübender Künstler über ihr Tun), sich über ihren Gegenstand klar zu werden, lässt sich keine zureichende Bestimmung entnehmen, so dass sich nicht an einen gefestigten Begriff der Kunst im außerrechtlichen Bereich anknüpfen lässt. Dass in der Kunsttheorie jeglicher Konsens über objektive Maßstäbe fehlt, hängt allerdings auch mit einem besonderen Merkmal des Kunstlebens zusammen: die 'Avantgarde' zielt gerade darauf ab, die Grenzen der Kunst zu erweitern."⁵⁹

4.9. Diese Weigerung der Rechtswissenschaft, sich auf eine kunstwissenschaftliche Diskussion über Ästhetik einzulassen, könnte als überhebliche Arroganz verstanden werden, würde sie nicht von den Kunstwissenschaften selber als richtig anerkannt⁶⁰ und wäre sie nicht überdies wohl fundiert.

⁵⁶ GEISER, Rz. 87 ff.

⁵⁷ Entsprechend sind die einst verbotenen Werke von Klaus Mann ("Mephisto") und von Dres Balmer ("Die Kupferstunde") inzwischen längst erhältlich.

⁵⁸ Vgl dazu den Fall Case of Müller and Others v. Switzerland (Application no. 10737/84) Urteil vom 24. Mai 1988.

⁵⁹ Beschluss des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts, Karlsruhe, vom 17. Juli 1984, EUGRZ 1984, S. 477.

⁶⁰ MUSCHG, S. 59 ff.

4.10. Die Rechtswissenschaft befasst sich mit Normen. Die Kunst kann als sich stets wandelndes gesellschaftliches Phänomen nicht in einen festen normativen Rahmen gezwungen werden, schon gar nicht, wenn es um Kunst in verschiedenen Erscheinungsformen, nicht nur um bestimmte ihrer Formen, wie deutsche Literatur oder bildende Künste, geht. Im Bereich des Rechts kann es deshalb nie darum gehen, "Kunst" als solche zu definieren und damit gegen "Nicht-Kunst" abzugrenzen⁶¹. **Die Kunstfreiheit bedeutet auch, dass der Staat nicht definieren darf, was Kunst ist!**

4.11. Das gilt auch im Zusammenhang mit der staatlichen Förderung der Kunst. Es liegt nämlich auf der Hand, dass der Staat nicht jede Form von Kunst fördern kann. Auch der Leistungsstaat muss deshalb nicht Kunst von Nichtkunst unterscheiden, sondern jene Kunst, welche aus seiner politischen Sicht förderungswürdig und bedürftig ist, von allem Anderem. **Ob das Andere, nicht zu fördernde, Kunst oder Nichtkunst ist, bleibt dafür ohne Bedeutung.**

*

St. Gallen, 22. Oktober 2007

Thomas Geiser

⁶¹ Geiser, Rz. 0.6.