

Christoph Möllers
Nils Weinberg
Öffentliche
Kunstfreiheit

suhrkamp taschenbuch
wissenschaft

suhrkamp taschenbuch
wissenschaft 2490

Die Kunstlandschaft der Bundesrepublik ist wie kaum eine andere durch öffentliche Institutionen geprägt und durch staatliche Mittel finanziert. Politisch brisant wird diese Verschränkung von Staat und Kunst, wenn die geförderten Künstler und Institutionen Erwartungen der Öffentlichkeit erschüttern. Was darf der Staat etwa von Verfassungs wegen tun, wenn wie im Fall der *documenta fifteen* staatlich geförderte Kunst mit dem Vorwurf des Antisemitismus konfrontiert wird? Christoph Möllers und Nils Weinberg entwickeln in diesem Buch die Grundsätze, nach denen sich die Kunstfreiheit im Dreieck von demokratischem Staat, öffentlicher Kulturinstitution und geförderten Künstlern entfalten kann.

Christoph Möllers ist Professor für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie an der Humboldt-Universität zu Berlin und ab 2026 Rektor des Wissenschaftskollegs zu Berlin. Von ihm erschienen zuletzt *Demokratie und Gewaltengliederung. Studien zur Verfassungstheorie* (stw 2463) und *Freiheitsgrade. Elemente einer liberalen politischen Mechanik* (es 2755).

Nils Weinberg ist Rechtsreferendar am Kammergericht, war wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Humboldt-Universität zu Berlin und wurde dort zum Begriff der Identität im Antidiskriminierungsrecht promoviert.

Christoph Möllers
Nils Weinberg
Öffentliche Kunstfreiheit

Suhrkamp

Erste Auflage 2026
suhrkamp taschenbuch wissenschaft 2490
Originalausgabe

© Suhrkamp Verlag GmbH, Berlin, 2026
Alle Rechte vorbehalten.

Wir behalten uns auch eine Nutzung
des Werks für Text und Data Mining
im Sinne von § 44b UrhG vor.

Umschlag nach Entwürfen
von Willy Fleckhaus und Rolf Staudt
Druck: C. H. Beck, Nördlingen

Printed in Germany
ISBN 978-3-518-30090-9

Suhrkamp Verlag GmbH
Torstraße 44, 10119 Berlin
info@suhrkamp.de
www.suhrkamp.de

Inhalt

Einführung	9
I. Träger der Kunstfreiheit im staatlich geforderten Kunstbetrieb	14
1. Grundrechtsschutz der Kulturinstitution	16
2. Grundrechtsschutz der angestellten Kulturschaffenden	22
II. Exkurs: Grundrechtsschutz öffentlicher Korporationen in vergleichendem Kontext	27
1. Französische Verstaatlichung	27
2. Nordamerikanische Privatisierung	30
3. Deutsche Mittelwege	31
III. Implikationen der Kunstfreiheit	43
1. Schutz der künstlerischen Gestaltungsfreiheit	44
2. »Politische Kunst«: Auslegung von Mehrdeutigkeit ..	46
3. Anwendung kunstimmanenter Kriterien	52
4. Unterscheidbarkeit künstlerischer und administrativer Ebene	57
5. Zwischenergebnis: Das Selbstverständnis öffentlicher Kulturinstitutionen	58
IV. Eingriffsverwaltung	60
1. Kehrseite der Freiheit: Verantwortlichkeit in staatlichen Kulturinstitutionen	61
2. Antisemitische Kunst und staatliche Anti- diskriminierungspolitik	64
a) Grundrechtlicher Schutz antisemitischer Kunst	65
b) Verfassungsrechtliche und politische Vorgaben zur Abwehr von Antisemitismus	71
c) Zwischenergebnis	80
3. Konflikt der verfassungsrechtlichen Maßgaben und Verfahren ihrer Auflösung	81
a) Eingriffe in laufende Projekte	81
b) Pflicht zu vorbeugender Abstimmung	84
c) Hypothetische Fallstudie: <i>documenta xy</i>	86
4. Zwischenergebnis: Weder Staats- noch Privatkunst ..	88

V. Leistungsverwaltung	91
1. Vorüberlegung: Kunstfremde Kriterien in der Kunstförderung	93
2. Gesetzesvorbehalt	97
a) Zwei widerstrebende Dogmen: Leistungsverwaltung und Grundrechtsrelevanz	99
b) Zwei grundrechtsdogmatische Antworten: Freiheitsrechte oder Gleichheitsrechte	102
c) Zwischenergebnis: Projekt- und personenbezogene Fördereinschränkungen ..	114
3. Instrumente zur Anpassung der Kunstförderung	115
a) Staatliche Selbstverpflichtung auf den Kampf gegen Antisemitismus	116
b) Begrenzung des Förderbescheids auf nicht-antisemitische Kunst	116
c) Bekenntnispflichten	118
d) Handlungspflichten	131
4. Verfassungsrechtliche Zielbestimmungen gegen Antisemitismus	138
5. Das Problem fehlender Vollziehbarkeit	140
6. Zwischenergebnis: Entgrenzung der Förderkriterien .	140
VI. Ergebnisse	143
Epilog: Wozu Kunstfreiheit?	148
 Anhang: Klauseln und Gesetzesentwürfe	 154
Literaturverzeichnis	157

Für uns ist es einzigartig, aber die Lehren, die wir daraus ziehen, Deutsche wie Juden, sollten universalistisch sein. Man muss die aus diesem Schicksal entstandene Sensibilisierung in eine universalistische Sensibilität wenden – muss, sonst bleibt man im Teufelskreis des Partikularismus hängen. Deswegen können einzigartige Ereignisse Anlässe sein, aber keine Argumente.

Ernst Tugendhat an Jürgen Habermas am 12. Juli 1986,
zitiert nach Philipp Felsch, *Der Philosoph. Habermas
und wir*, Berlin 2024, S. 130

Nicht die politische Neutralisierung der Gesellschaft [...] ist das Ziel der Kommunikationsfreiheit. Ihr Sinn ist vielmehr nur: daß das Interesse des Staates für politisch relevante gesellschaftliche Vorgänge eine Form erhält, welche die Differenzierung der Sozialordnung nicht aufhebt, sondern ihr angemessen ist. Der Staat muß akzeptieren können, daß seine Umwelt politische Probleme aufwirft und politische Macht erzeugt, die er zu absorbieren hat. Nicht Herrschaft, sondern Sensibilität ist seine Lösung.

Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution*, Berlin 1965, S. 99

Einführung

Lange Zeit stand die bundesstaatliche Kompetenzverteilung im Mittelpunkt der verfassungsrechtlichen Diskussion um Grund und Grenzen staatlicher Kunstförderung. Dies hat sich spätestens mit der Auseinandersetzung um die *documenta fifteen*, in der unter dem teilweise begründeten Verdacht des Antisemitismus stehende Exponate gezeigt wurden, geändert.¹ Die Fragen, inwieweit staatliche Stellen bei staatlich geförderten Kunstprojekten die Kunstfreiheit der beauftragten Akteure zu respektieren haben, wie weit diese Freiheit überhaupt reicht – und inwieweit den Staat umgekehrt sogar eine Pflicht treffen kann, in eine künstlerische Aktivität zu intervenieren, sind auch zu einem politischen Problem geworden. Eine genauere rechtsdogmatische und verfassungspolitische Befassung mit diesen Fragen lohnt, weil die Kulturlandschaft in der Bundesrepublik maßgeblich von staatlich eingerichteten Akteurinnen und Institutionen geprägt und durch öffentliche Mittel finanziert ist: Bund, Länder und Gemeinden sind Trägerinnen und Förderer von Theatern, Museen, Ausstellungen, Festivals und Fellowships.² Obwohl die Frage nach staatlicher Beteiligung an der

1 Dazu Peter Jelavich, *Kunstfreiheit: Eine deutsche Ideologie*, Frankfurt/M. 2025, S. 154-164; Floris Biskamp, »Ein perfekter Sturm: Rassismuskritik und Antisemitismuskritik im Streit um die *documenta fifteen*«, in: Heinz Bude, Meron Mendel (Hg.), *Kunst im Streit. Antisemitismus und postkoloniale Debatte auf der *documenta fifteen**, Frankfurt/M., New York 2025, S. 35-58.

2 Dies lässt sich jeweils nur für einzelne Sparten nachweisen. So befinden sich knapp 50 % der Museen in öffentlicher Trägerschaft, wobei das Institut für Museumsforschung ausdrücklich darauf hinweist, dass auch die privatrechtlich betriebenen Museen häufig nur eine Ausgliederung aus der öffentlichen Hand sind, siehe Institut für Museumsforschung, *Zahlen und Materialien. Heft 78: Statistische Gesamterhebung an den Museen der Bundesrepublik Deutschland 2022*, Berlin 2024, S. 65f. Der Deutsche Bühnenverein e.V. kommt für die Spielzeit 2021/22 auf 137 Spielstätten öffentlicher Theaterunternehmen, die auf 1000 Einwohner 6,5 Plätze zur Verfügung stellen. Privattheater stellten in derselben Spielzeit 2,2 Plätze pro 1000 Einwohner. Auch Privattheater werden jedoch überwiegend öffentlich finanziert, sie erhielten in der Spielzeit 2021/22 rund 118 Millionen Euro aus öffentlichen Mitteln und erwirtschafteten selbst rund 37 Millionen Euro, siehe Deutscher Bühnenverein, *Theaterstatistik 2021/2022*, Köln 2025, S. 253, 262. Einen guten Eindruck vermittelt ferner der zweijährlich erscheinende Kulturfinanzbericht, zuletzt:

Kunstfreiheit in neuerer Zeit lebhaft politisch diskutiert wird, wurde sie bisher so gut wie nie gerichtlich ausgefochten und vergleichsweise wenig rechtswissenschaftlich untersucht. Das dürfte maßgeblich daran liegen, dass der Staat auf diesem Gebiet in der Regel nicht in Freiheiten eingreift, sondern Freiheitsausübung durch Organisations- und Haushaltsentscheidungen erst ermöglicht. Anders formuliert: Der Staat, der Leistungen gewährt, auf die im Grundsatz kein individueller Anspruch besteht, sieht sich selten gerichtlich auszufechtenden Verteilungskonflikten ausgesetzt. Empfangende haben daran kein Interesse, andere Wettbewerber darauf keinen Anspruch. Im Ergebnis würde die gerichtliche Kontrolle sich auch nicht zu weit auf die Überprüfung einer nach Kriterien künstlerischer Qualität getroffenen Entscheidung einlassen. Auch wegen dieser fehlenden gerichtlichen Behandlung des Problems besteht Bedarf nach dessen juristischer Aufklärung – durchaus auch mit Sinn dafür, an welchen Stellen Recht nicht mehr weiterhelfen kann oder sich darauf beschränkt, politische oder ästhetische Verantwortlichkeiten zuzuweisen. Einen solchen Orientierungsbedarf zeigt nicht allein die öffentliche Diskussion, sondern auch das große Interesse der institutionellen Praxis an den diesem Buch zugrundeliegenden, sogleich näher zu erwähnenden Vorgängertexten und das Entstehen grauer Praktikerliteratur zum Thema.³ Dabei wird die Darstellung sich um eine Rekonstruktion des positiven Rechts bemühen, daran aber auch institutionelle und verfassungspolitische Überlegungen anschließen.

Um die Frage nach der Reichweite der Kunstfreiheit in diesem Kontext zu klären, bestimmen wir zunächst, inwieweit sich die öffentliche Kulturinstitution sowie die dort angestellten Kulturschaffenden auf die Kunstfreiheit berufen können (I.). An diese Ausführungen zu den Trägern der Kunstfreiheit schließt ein Exkurs zum überlieferten Schutz öffentlicher Korporationen an (II.). Die hier eingenommene vergleichend-historische Perspektive geht über das praktische Anliegen der sonstigen Untersuchung hinaus, gibt diesen Ausführungen aber einen weiteren verfassungstheoretischen Rahmen.

Statistische Ämter des Bundes und der Länder (Hg.), *Kulturfinanzbericht 2024*, Wiesbaden 2024.

3 Deutscher Museumsbund, *Museen im politischen Raum: Was darf ich und was nicht?*, Berlin 2025.

In einem dritten Schritt betrachten wir einige wichtige Rechtsfolgen der Kunstfreiheit (III.). Erst danach beschäftigt uns das spezifische Problem der staatlichen Förderung antisemitischer Kunst. Auf Grundlage des entwickelten institutionellen Verständnisses betrachten wir aus rechtsdogmatischer und rechtspolitischer Sicht einige Maßnahmen, die aus Anlass der *documenta fifteen* gegenwärtig diskutiert werden. Dabei unterscheiden wir zwischen Maßnahmen der Eingriffs- (IV.) und der Leistungsverwaltung (V.). Die Studie schließt nach einer Zusammenfassung der Ergebnisse (VI.) mit einem Epilog, der sich die Frage nach dem Wozu einer eigenen verfassungsrechtlichen Kunstfreiheit stellt.

Wenngleich – so das Ergebnis dieser Untersuchung – die Bekämpfung von Antisemitismus und Rassismus politisch sowie moralisch unbestritten sein sollte und wenngleich dem Staat verfassungsrechtlich die Aufgabe obliegt, Antisemitismus und Rassismus nicht zu fördern, gilt auch hier: »Das Postulat des Rechtsstaats ist letztlich nichts anderes als eine Kritik des Schlusses vom Zweck auf das Mittel.«⁴ Damit hält die auf den ersten Blick recht spezialisierte Untersuchung auf den zweiten Blick auch allgemeinere grundrechtsdogmatische Einsichten – etwa zum Schutz öffentlicher Korporationen oder zur Bedeutung von Gleichheitsrechten im Kontext staatlicher Subventionen – bereit.⁵

Bei der vorliegenden Untersuchung handelt es sich um die umgearbeitete, erweiterte, aktualisierte, korrigierte und neu überdachte Version zweier Rechtsgutachten, die der Verfasser Möllers für die Beauftragte der Bundesregierung für Kultur und Medien erstattet hat.⁶ Zudem fließen in die Untersuchung Erfahrungen aus seiner

4 Niklas Luhmann, »Die Grenzen einer betriebswirtschaftlichen Verwaltungslehre«, in: *VerwArch* 56 (1965), S. 303–313, hier S. 308.

5 Die allgemeine Ergiebigkeit gerade der Kulturorganisationen, dort mit einem Fokus auf Bildungs- und Wissenschaftseinrichtungen, findet sich (wie so vieles) vorgedacht von Ulrich K. Preuß, *Zum staatsrechtlichen Begriff des Öffentlichen untersucht am verfassungsrechtlichen Status kultureller Organisationen*, Stuttgart 1969, insb. S. 52–55.

6 Christoph Möllers, »Grundrechtliche Grenzen und grundrechtliche Schutzgebote staatlicher Kulturförderung. Gutachten im Auftrag der Beauftragten der Bundesregierung für Kultur und Medien«, 2022; ders., »Zur Zulässigkeit von präventiven Maßnahmen der Bekämpfung von Antisemitismus und Rassismus in der staatlichen Kulturförderung. Gutachten im Auftrag der Beauftragten der Bundesregierung für Kultur und Medien«, 2024. Vgl. aus den Reaktionen etwa

Mitgliedschaft in der vom Land Hessen und der Stadt Kassel eingesetzten Expertenkommission zur Aufarbeitung der *documenta fifteen* ein.⁷ Bei der Gestaltung der Gutachten, selbst bei der genauen Bestimmung der Fragestellung war er völlig frei. Ab einem bestimmten Punkt bedurfte die Umarbeitung aus Sicht des ersten Autors einer frischen, kritischen Perspektive. Darum bat er Nils Weinberg, in die Autorschaft einzutreten und den Text gemeinsam weiterzuentwickeln.

Für Anregungen und Kritik, die mitunter nur aus einzelnen Bemerkungen in Gesprächen bestanden, danken wir Marion Ackermann, Julia Bernstein, Nicole Deitelhoff, Dieter Grimm, Raphael Gross, Eva Herzog, Peter Jelavich, Kristina Lagemann, Jannis Lenartz, Max Lenz, Dörte Schmidt, Alexander Tischbirek und Luisa Zimmer. Teile dieser Studie hat der Autor Möllers an den Universitäten Köln und Münster, an der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften und bei anderen Veranstaltungen in Hamburg, Kassel, München und Nürnberg diskutiert. Für Anregungen und Anmerkungen sei allen Diskutanten gedankt.

Fragen und Antworten in diesem Buch spiegeln zugleich einen globalen Konflikt und eine spezifisch deutsche Befindlichkeit

Patrick Bahners, »Der letzte Skandal«, in: *FAZ*, 23.1.2023, <<https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/gutachten-zur-kunstfreiheit-nach-dem-documenta-skandal-18621542.html>>; Jörg Häntzschel, »Einmischung unerwünscht«, in: *SZ*, 20.1.2023, <<https://www.sueddeutsche.de/kultur/antisemitismus-documenta-christoph-moellers-claudia-roth-ergebnis-gutachten-1.5735201?reduced=true>>; Claudia Reinhard, »Gut gemeint ist oft das Gegenteil von Kunst.« Neues Gutachten zu Antisemitismusklauseln«, in: *Tagesspiegel*, 19.3.2024, <<https://www.tagesspiegel.de/kultur/gut-gemeint-ist-das-gegenteil-von-kunst-neues-gutachten-zu-antisemitismusklauseln-11393002.html>>; Thomas E. Schmidt, »Niemand ist so frei, weder die Kunst noch der Staat«, in: *Zeit Online*, 21.3.2024, <<https://www.zeit.de/kultur/2024-03/antisemitismusklauseln-gutachten-christoph-moellers-claudia-roth-verfassungsrecht>>; Patrick Bahners, »Wozu soll das gut sein?«, in: *FAZ*, 22.3.2024, <<https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/staat-darf-kunst-auf-politische-zwecke-verpflichten-aber-waere-das-klug-19603086.html>>, letzter Zugriff jeweils 20.10.2025.

7 Gremium zur fachwissenschaftlichen Begleitung der *documenta fifteen*, *Abschlussbericht*, 2023, <https://www.documenta.de/media/pages/files/e59a0a888a-1675696303/230202_Abschlussbericht.pdf>, letzter Zugriff 20.10.2025; Heinz Bude, Meron Mendel (Hg.), *Kunst im Streit. Antisemitismus und postkoloniale Debatte auf der documenta fifteen*; Michael Hutter, *Anstößige Bilder. Gesellschaftskampfspele um den documenta-fifteen-Skandal*, Heidelberg 2025, insb. S. 10–16.

wider. Es geht um die Freiheit der Kunst für sich, aber auch als Lebensbedingung für alle von ihr Betroffenen. Viele der öffentlichen Diskussionen erwiesen sich als unversöhnlich. Der Hinweis auf »Antisemitismus« einerseits, auf »Zensur« oder »Kunstfreiheit« andererseits wird nicht selten als normative Evidenz behandelt. So geraten alle Probleme ganz einfach, es sind eigentlich keine Probleme mehr. Sie in einen Zusammenhang zu stellen, gilt dann als moralischer Relativismus. Die Praxis des Rechts ist freilich immer moralisch relativistisch. Juristen, die vorgeben, mit Absolutem zu handeln, verfehlen ihren Gegenstand. Das mag man als Mangel des Rechts bewerten, uns erscheint es eher als zivilisatorische Erlungenschaft. Die folgenden verfassungsrechtlichen Überlegungen erheben nicht den Anspruch, die hier aufgeworfenen Probleme zu lösen, aber sie machen ein Angebot, Positionen miteinander zu vermitteln. Die Überzeugungen, die die Autoren bei diesem kleinen Beitrag zu einem so großen Problem anleiteten, kommen in den Motti des Buchs zum Ausdruck.

I. Träger der Kunstfreiheit im staatlich geförderten Kunstbetrieb

Die öffentliche Kunstförderung in Deutschland zeichnet sich dadurch aus, dass zwischen die Künstlerin und die staatlichen Entscheidungsträger nicht immer, aber doch häufig eine vermittelnde öffentliche Institution tritt. Die demokratische Kulturpolitik – Bund, Länder und Gemeinden – richtet öffentliche Institutionen wie Museen, Orchester oder Theater ein und stattet sie mit finanziellen Mitteln aus.¹ Diese Institutionen entscheiden eigenständig über ihr künstlerisches Programm. Sie lassen kuratieren, laden einen Gastdirigenten oder eine Schauspielgruppe ein, kurzum, sie fördern private Künstlerinnen.

Das klassische Verständnis der Grundrechte als Abwehrrechte gegen staatliche Interventionen stößt in diesem Dreieck von Staat, Kulturinstitution und Künstlerin schnell an seine Grenzen. Selbstverständlich sind Bund, Länder und Gemeinden an die Grundrechte gebunden. Ebenso selbstverständlich gilt, dass die privaten Künstler Kunstfreiheit genießen, ohne auf die Grundrechte verpflichtet zu sein. Die öffentlichen Kunstintermediäre stehen in der Mitte eines Kontinuums, das zwischen den beiden Polen demokratischer Gestaltung der Kunstpolitik auf der einen und der Berechtigung privater Individuen durch die Kunstfreiheit auf der anderen Seite verortet ist.² Sind sie grundrechtsberechtigt – und wenn ja, was folgt daraus?

Art. 1 Abs. 3 des Grundgesetzes verpflichtet die Staatsgewalt auf die Beachtung der Grundrechte. Im Umkehrschluss ist es deswegen staatlichen Stellen – dazu gehören auch die öffentlichen Kulturinstitutionen – grundsätzlich nicht erlaubt, sich auf die Grundrechte zu berufen. Doch kennt die Regel des nicht grundrechtsberechtig-

1 Zur Geschichte der zügigen Verstaatlichung privater Kunstinstitutionen im 19. Jahrhundert knapp Thomas Nipperdey, *Wie das Bürgertum die Moderne fand*, Berlin 1988, S. 11–20.

2 Christoph Möllers, *Gewaltengliederung*, Tübingen 2005, S. 11 ff. Anders Josef Isensee, »Grundrechte und Demokratie. Die polare Legitimation im grundgesetzlichen Gemeinwesen«, in: *Der Staat* 20 (1981), S. 161–176, hier S. 168, der kein Dazwischen anerkennt (»Tertium non datur«).

ten öffentlichen Handelns »Ausnahmen«, etwa den Fall staatlicher Hochschulen und ihres wissenschaftlichen Personals, die sich auf die Wissenschaftsfreiheit berufen können. Dies wird seit langem in der Rechtsprechung mit der besonderen Zuordnung zu einem grundrechtlich geschützten Lebensbereich begründet.³ So setzt das Bundesverfassungsgericht in der abgrenzenden Rechtfertigung der Ausnahmen darauf, dass eine Rechtsperson

unmittelbar dem Lebensbereich der Bürger zugeordnet [wird], der durch die als verletzt gerügten Grundrechte geschützt wird. Das letztere setzt voraus, daß es sich – wie bei den Kirchen, Universitäten und Rundfunkanstalten – um eine juristische Person handelt, die den Bürgern zur Verwirklichung ihrer individuellen Grundrechte dienen [sic] und als eigenständige, vom Staat unabhängige oder jedenfalls distanzierte Einrichtungen Bestand haben [sic].⁴

Für die Organisation von Kunst und Kultur ist eine solche Ausnahme nicht explizit anerkannt.⁵ Damit bedarf die Anwendbarkeit der Kunstfreiheit einer eigenen Begründung. Dass private Kunstschaffende von der Kunstfreiheit geschützt sind, auch wenn der Staat ihr künstlerisches Handeln fördert, steht außer Frage. Die Geförderten sind in keinen staatlichen Handlungszusammenhang eingegliedert,

3 Neben den wissenschaftlich tätigen Personen explizit für Universitäten in BVerfGE 15, 256 (262) – *Universitäre Selbstverwaltung* (1963); 21, 362 (373 f.) – *Sozialversicherungsträger* (1967); 31, 314 (322) – *Rundfunk II* (1971).

4 BVerfGE 45, 63 (79) – *Stadtwerke Hameln* (1977).

5 Das Bundesverfassungsgericht hat die Frage nach weiteren Ausnahmekonstellationen aber zumindest offengelassen, vgl. BVerfGE 21, 362 (374) – *Sozialversicherungsträger* (1967); 61, 82 (102 f.) – *Gemeinde Sasbach* (1982). In der Literatur wird diesbezüglich jedoch betont, dass sich daraus kein verfassungsgerichtlich etablierter Verallgemeinerungsgedanke ergebe. Die Entscheidung BVerfGE 70, 1 aus dem Jahr 1985, die die Grundrechtsfähigkeit von Orthopädietechniker-Innungen anerkennt und damit den Kreis der »Ausnahmen« erweitert, ist somit wohl eher als Ausreißer zu verstehen. Siehe Winfried Kluth, *Funktionale Selbstverwaltung*, Tübingen 1997, S. 399; ebenso Michael Sachs, Christian von Coelln, in: Michael Sachs, *Grundgesetz*, München ¹⁰2024, Art. 19 Rn. 100. Gegen eine grundsätzliche Erweiterung dieser Ausnahmetrias auch Christian Ernst, in: Ingo von Münch, Philip Kunig, *Grundgesetz*, Bd. 1, München ⁷2021, Art. 19 Rn. 83 f.; Sachs, von Coelln, in: Sachs, *Grundgesetz*, Art. 19 Rn. 98; Barbara Remmert, in: Günter Dürig, Roman Herzog, Rupert Scholz, *Grundgesetz*, Bd. III, München 2009 (55. EL), Art. 19 Abs. 3 Rn. 45 f.

sondern arbeiten als private Schöpferinnen, die vom Staat Mittel erhalten. Dass aus der Kunstfreiheit ein Anspruch auf solche Mittel folgt, ist damit nicht gesagt. Aber jedenfalls können die Künstlerinnen staatliche Interventionen auch dann regelmäßig abwehren, wenn ihre Kunst mit öffentlichen Geldern finanziert ist. Wie steht es aber um den Grundrechtsschutz, wenn künstlerische Praktiken im deutschen System nicht nur von geförderten Privatpersonen, sondern auch von staatlich finanzierten Organisationen (1.) und dort Beschäftigten (2.) betrieben werden? Im Ergebnis, so viel sei vorweggenommen, dürfen sich sowohl die öffentliche Kunstinstitution als auch die angestellten Künstler auf die Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG berufen. Deren sachlicher Gewährleistungsgehalt ist für beide aufgabenbezogen zu bestimmen.

1. Grundrechtsschutz der Kulturinstitution

Kann ein Stadttheater als kommunaler Eigenbetrieb Grundrechtsschutz beanspruchen? Diese Frage ist in der wissenschaftlichen Debatte – auch außerhalb von Deutschland⁶ – lebhaft umstritten und nicht gerichtlich geklärt.⁷ Ein nicht unbedeutender Teil der wissenschaftlichen Diskussion spricht auch staatlichen Kulturorga-

6 Zur parallelen Diskussion in der schweizerischen Rechtswissenschaft: Vanessa Rüegger, *Kunstfreiheit*, Basel 2020, S. 246 f.

7 Vereinzelt finden sich zwar Entscheidungen, die auf eine Bejahung deuten könnten, BVerwGE 62, 55 (59) – *Künstlerisches Personal eines Theaters* (1981) (dort wird aber nicht ganz deutlich, ob sich das Gericht auf die hinter den »kunstvermittelnden Medien« stehenden Personen [in diese Richtung deuten die im zweiten Satz zitierten Entscheidungen, namentlich BVerfGE 30, 173 (191) – *Mephisto* (1971); 36, 321 (331) – *Schallplatten* (1974)] oder auf die Medien selbst bezieht); eindeutig bejahend VG Berlin, Urteil vom 16. 8. 2019, 3 K 113.19, Rn. 58. In der Literatur wird zumindest die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts jedoch sehr unterschiedlich rezipiert. Während von der Decken darin eine Bestätigung der Grundrechtsfähigkeit von Kulturorganisationen sieht (Kerstin von der Decken, in: Bruno Schmidt-Bleibtreu, Hans Hofmann, Hans-Günter Henneke, *Grundgesetz*, Hürt ¹⁵2022, Art. 5 Rn. 44), meint Wolf, dass die Grundrechtssubjektivität der Institutionen selbst gar nicht angesprochen würde (Sascha Wolf, »Die Rolle der staatlichen Theater im Kulturkampf«, in: *NVwZ* 2020, S. 845–850, hier S. 847).

nisationen Grundrechtsfähigkeit zu.⁸ Demgegenüber werden an dieser Ansicht auch Zweifel und Kritik geäußert.⁹

Ein erstes Problem ist konstruktiver Natur. Viele staatliche Kulturorganisationen sind keine juristischen Personen, sondern unselbstständige Anstalten, im Ausgangspunkt also nicht rechtsfähig.¹⁰ Doch ist allgemein anerkannt und verfassungsgerichtlich ausjudiziert, dass der Grundrechtsschutz nicht der einfachgesetzlich geregelten Organisationsform folgen muss, schon um den Vorrang der Verfassung sicherzustellen. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner ersten Entscheidung dieser Art bei der Prüfung der

- 8 Andreas v. Arnould, in: Wolfgang Kahl u. a. (Hg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg 2017 (184. EL), Art. 5 Abs. 3 Rn. 97; Herbert Bethge, in: Michael Sachs, *Grundgesetz*, München ¹⁰2024, Art. 5 Rn. 192 f.; Horst Dreier, in: ders. (Hg.), *Grundgesetz*, Bd. I, Tübingen ³2013, Art. 19 III Rn. 64; Stefan Kadelbach, »Kommunaler Kulturbetrieb, Freiheit der Kunst und Privatrechtsform«, in: *NJW* 1997, S. 1114–1119, hier S. 1116; Joachim Würkner, *Das Bundesverfassungsgericht und die Freiheit der Kunst*, München 1994, S. 142 f.; Bernhard Kempen, in: Volker Epping, Christian Hillgruber (Hg.), *BeckOK Grundgesetz*, 2024 (60. Edition), Art. 5 Rn. 174; Friedhelm Hufen, »§ 101 Kunstfreiheit«, in: Detlef Merten, Hans-Jürgen Papier (Hg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd. IV, Heidelberg 2011, S. 801–873, hier S. 862 f.; Klaus Stern, »§ 117 Freiheit der Kunst und Wissenschaft«, in: ders., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. IV 2, München 2011, S. 595–881, hier S. 668 f.; Christian von Coelln, »Die Kunstfreiheit«, in: *JURA* 2024, S. 940–949, hier S. 944; Wolfgang Palm, *Öffentliche Kunstförderung zwischen Kunstfreiheitsgarantie und Kulturstaat*, Berlin 1998, S. 87; Elise Grauer, *Die Berliner Akademie der Künste*, Berlin 2010, S. 230–237.
- 9 Sophie-Charlotte Lenski, *Öffentliches Kulturrecht*, Tübingen 2013, S. 185; Fritz Ossenbühl, »Mitbestimmung in der Kunst«, in: *DÖV* 1983, S. 785–791, hier S. 790; Ulrich Repkewitz, »Nochmals: Zur Verwaltung großer Bühneninstitute«, in: *VerwArch* 81 (1990), S. 578–582, hier S. 580; Wolfgang Rübner, »Grundrechtsträger«, in: Josef Isensee, Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. IX, Heidelberg ³2011, § 196 Rn. 123; Sachs, von Coelln, in: Sachs, *Grundgesetz*, Art. 19 Rn. 98. Ablehnend noch Claas Friedrich Germelmann, *Kultur und staatliches Handeln*, Tübingen 2013, S. 182; nunmehr eine Grundrechtsberechtigung bejahend: ders., in: Horst Dreier (Hg.), *Grundgesetz*, Bd. I, Tübingen ⁴2023, Art. 5 III (Kunst) Rn. 75.
- 10 So fordert etwa Remmert für die Grundrechtsträgerschaft im Allgemeinen zumindest eine Teilrechtsfähigkeit, die sie mit der »Rechtstechnizität des Begriffs der juristischen Person« begründet (Remmert, in: Dürig, Herzog, Scholz, *Grundgesetz*, Bd. III, Art. 19 Abs. 3 Rn. 41). Spezifisch mit Blick auf Kulturinstitutionen Karl-Heinz Ladeur, in: Erhard Denninger u. a. (Hg.), *Grundgesetz Alternativkommentar*, Neuwied, Krefeld 2001, Art. 19 Abs. 3 Rn. 55.

Beschwerdefähigkeit einer Universität ganz ausdrücklich offengelassen, ob die Beschwerdeführerin rechtsfähig sei, und sich allein für die Anwendbarkeit der Grundrechte in der Sache interessiert.¹¹ Erforderlich ist ein Mindestmaß an struktureller Verfestigung, das eine organisierte Handlungszurechnung ermöglicht. Dieses dürfte im Kulturbereich häufig gegeben sein.

Ein zweites Problem erkennt die Literatur darin, dass nicht völlig klar sei, ob eine Ausweitung der Grundrechtsträgerschaft tatsächlich zur Effektivierung künstlerischer Freiheiten führe oder diese nicht sogar schwächen könne. Zum einen bestünden Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen künstlerischen und bloß administrativen Tätigkeiten.¹² Zum anderen sei der künstlerische Bereich institutionell nicht immer hinreichend »staatsfremd«. In den Aufsichtsgremien öffentlicher Kulturinstitutionen säßen häufig Vertreterinnen der unmittelbaren Staatsgewalt. Sie könnten Einfluss nehmen auf künstlerische Entscheidungen und so den Grundrechtsschutz überspielen.¹³ So berechtigt diese Sorge ist: Der Blick in das Hochschulrecht zeigt, dass man mit diesem Problem umgehen kann, ohne

11 BVerfGE 15, 256 (261 f.) – *Universitäre Selbstverwaltung* (1963), im Anschluss an die Entscheidung zu einer politischen Partei: BVerfGE 3, 383 (391 f.) – *Landeswahlgesetz Nordrhein-Westfalen* (1954). Jetzt etwa BVerfGE 122, 342 (355) – *Bayrisches Versammlungsgesetz* (2009); Peter M. Huber, in: ders., Andreas Voßkuhle (Hg.), *Grundgesetz*, Bd. 1, München ⁸2024, Art. 19 Abs. 3 Rn. 238; Kadelbach, »Kommunaler Kulturbetrieb, Freiheit der Kunst und Privatrechtsform«, S. 1116; Gunnar Folke Schuppert, »Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem«, in: *DÖV* 1987, S. 757–768, hier S. 768.

12 Repkewitz, »Nochmals: Zur Verwaltung großer Bühneninstitute«, S. 580 f. Karpen und Hofer sehen dies hingegen als entscheidendes Argument für die Ausweitung des Gewährleistungsgehalts auf die künstlerischen Institutionen (Ulrich Karpen, Katrin Hofer, »Zur Verwaltung großer Bühneninstitute«, in: *VerwArch* 81 [1990], S. 557–577, hier S. 567).

13 So Germelmann, *Kultur und staatliches Handeln*, S. 182 f.; Repkewitz, »Nochmals: Zur Verwaltung großer Bühneninstitute«, S. 580 f.; Wolf, »Die Rolle der staatlichen Theater im Kulturkampf«, S. 847. Teilweise wird deshalb auch eine Differenzierung nach dem Grad der organisatorischen Verselbstständigung für die Grundrechtsträgerschaft vorgeschlagen. In diese Richtung Wolf-Dietrich Tillner, *Die öffentliche Förderung des Musiktheaters in Deutschland*, Berlin 1999, S. 101, 109; kritisch hinsichtlich dieser Differenzierung Repkewitz, »Nochmals: Zur Verwaltung großer Bühneninstitute«, S. 580 f. Instruktiv zu den Mitbestimmungsmöglichkeiten in Kulturorganisationen Karpen, Hofer, »Zur Verwaltung großer Bühneninstitute«, S. 564 ff.; Ossenbühl, »Mitbestimmung in der Kunst«, S. 785–789.

den Grundrechtsschutz der Institution selbst in Frage zu stellen. So hat das Bundesverfassungsgericht den Einfluss von Hochschulräten auf wissenschaftliche Entscheidungen von Universitäten aus genau diesem Grund begrenzt.¹⁴ Die Annahme vom Grundrechtsschutz staatlich eingerichteter Organisationen ist also grundsätzlich für Differenzierungen innerhalb der und zwischen den Organisationen offen.

Überzeugen die Argumente gegen die Grundrechtsfähigkeit nicht ohne weiteres, so bleibt es dabei, dass staatlich getragene künstlerische Institutionen bisher nicht zu den Ausnahmen vom Prinzip des fehlenden Grundrechtsschutzes öffentlicher Institutionen gehören, die seit langem anerkannt sind: Hochschulen, öffentliche Rundfunkanstalten und Kirchen.¹⁵ Dabei ging es dem Bundesverfassungsgericht von Anfang an, wie gesagt, um den Schutz der Grundrechte, nicht der Rechtsformen.¹⁶ Es bejahte die Grundrechtsfähigkeit öffentlicher Institutionen anhand zweier Kriterien: Zum einen bedurfte es einer gesicherten organisatorischen Unabhängigkeit, zum anderen einer grundrechtsspezifischen Betätigung.¹⁷ Diese Kriterien werden in der jüngeren Rechtsprechung von einer funktional-aufgabenbezogenen Betrachtung flankiert.¹⁸ Institutionen, die organisatorisch verselbstständigt wurden, um Aufgaben zu erfüllen, die den sachlichen Schutzbereich der Kunstfreiheit eröffnen würden, erfüllen diese Kriterien. Dass sich staatliche Museen, Philharmonien und Theater recht problemlos unter

14 BVerfGE III, 333 (354-356) – *Brandenburgisches Hochschulgesetz* (2004); 136, 338 (363-366, Rn. 57-61) – *Medizinische Hochschule Hannover* (2014).

15 Zum ersten Mal von diesen drei als »Ausnahmen« ist die Rede in BVerfGE 45, 63 (78 f.) – *Stadtwerke Hameln* (1977).

16 BVerfGE 3, 383 (391 f.) – *Landeswahlgesetz Nordrhein-Westfalen* (1954); 15, 256 (261) – *Universitäre Selbstverwaltung* (1963).

17 BVerfGE 15, 256 (262) – *Universitäre Selbstverwaltung* (1963); 85, 360 (385) – *Akademieauflösung* (1992).

18 Besonders deutlich wird dies in BVerfGE 70, 1 (20) – *Orthopädietechniker-Innung* (1985). In der Literatur betonen dies vor allem Kluth, *Funktionale Selbstverwaltung*, S. 396 f.; Rübner, »Grundrechtsträger«, § 196 Rn. 115; Schuppert, »Die Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem«, S. 768. Ladeur weist auf die Generalisierungsschwierigkeiten hinsichtlich der Grundrechtsfähigkeit öffentlich-rechtlicher Organisationen hin, die sich aus einer zunehmenden Fragmentierung der Organisationsformen ergäben (Ladeur, in: Denninger u. a. (Hg.), *Grundgesetz Alternativkommentar*, Art. 19 Abs. 3 Rn. 46).