

PROF. DR. Christoph Möllers

Grundrechtliche Grenzen und grundrechtliche Schutzgebote staatlicher Kulturförderung

Ein Rechtsgutachten im Auftrag der Beauftragten der Bundesregierung für Kultur
und Medien

Inhalt

Einführung in die Fragestellung	3
Rechtliche Würdigung.....	6
I. Reichweite der Kunstfreiheit im staatlich geförderten und organisierten Kunstbetrieb	6
1. Anwendbarkeit der Grundrechte im Verhältnis zwischen staatlichem und privatem Handeln	6
a) Allgemeine Vorgaben	6
b) Grundrechtsschutz der geförderten und angestellten Kulturschaffenden.....	8
c) Grundrechtsschutz der Kulturorganisation?.....	11
2. Zuschnitt des Schutzbereichs	14
a) Aufgabenbezug des Grundrechtsschutzes	14
b) Kein Grundrechtsschutz staatlicher Träger- und Verwaltungsstrukturen.....	16
c) Entgrenzung des Kunstbegriffs	16
d) Auslegung mehrdeutiger Äußerungen und Kunstwerke	17
II. Rechtsfolgen im Fall der Anwendbarkeit der Kunstfreiheit	20
1. Kein Anspruch, kein Bestandsschutz	20
2. Staatliches Interventionsverbot und die Frage der gesetzlichen Grundlage.....	21
3. Pflicht zur Anwendung kunstimmanenter Kriterien	24
4. Pflicht zur organisatorischen Unterscheidbarkeit der künstlerischen Ebene	26
III. Verfassungsrechtliche Pflichten im Bereich öffentlicher Kunstförderung	27
1. Kehrseite der Freiheit: öffentliche Verantwortlichkeit der Programmbeauftragten	27
2. Formelle Verantwortlichkeit der staatlichen Kulturverwaltung: Adressaten.....	29
3. Antisemitismus.....	29
a) Materielle Pflichten: Art. 3 Abs. 3 GG und politische Vorgaben	29
b) Reichweite der Meinungsfreiheit bei antisemitischen Äußerungen	31
c) Anwendung auf die Kunstfreiheit	34
d) Die Bedeutung des BDS-Beschlusses des Deutschen Bundestages.....	35
e) Zwischenergebnis	39
4. Konflikt der verfassungsrechtlichen Maßgaben und Verfahren ihrer Auflösung	40
a) Pflicht zur Unterbindung von Straftaten	40
b) Befugnis und Pflicht zur öffentlichen Missbilligung und ihre Grenzen	40
c) Verbot der Vorab-Kontrolle und Pflicht zur vorbeugenden informellen Abstimmung	42
d) Unmittelbar Eingriffe in künstlerische Vorgänge	43
e) Keine Pflicht zu Ausgewogenheit	43
Ausblick: das verfassungsrechtliche Verbot großer Lösungen	45
Ergebnisse in Thesen.....	46

Einführung in die Fragestellung

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 einige auf der *documenta fifteen* gezeigten, unter dem Verdacht des Antisemitismus stehenden Exponate und den Umgang mit diesen durch Kuratoren und Verwaltung der *documenta* geändert. Die rechtlichen 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.

Das folgende Gutachten widmet sich dieser Frage nicht unter konkretem Bezug auf die *documenta*, auch wenn diese im Folgenden immer wieder zur Illustration herangezogen wird, sondern als einem grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Problem. Das erscheint angemessen, 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. Diese Konstellation wirft ganz allgemein die Frage auf, inwieweit der Staat auf Inhalte der Kulturarbeit, also auf die Gestaltung von Programmen und die Auswahl von Personen, Einfluss nehmen darf oder muss.

Obwohl diese Frage wegen der aktuellen Vorgänge im Moment lebhaft politisch diskutiert wird, wurde sie bisher so gut wie nie in Rechtsstreitigkeiten 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 auszufeuchtenden Verteilungskonflikten ausgesetzt. Empfangende haben daran kein Interesse, andere Wettbewerbende 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. Die Reichweite grundrechtlicher Garantien im Kulturverfassungsrecht stellt damit ein noch wenig erschlossenes Feld dar, obwohl zu erkennen ist, dass die Organisation staatlicher Kunstförderung, etwa

durch die praktisch oft relevante Unterscheidung zwischen künstlerischer und administrativer Verantwortung, maßgeblich durch verfassungsrechtlich geprägte Vorgaben geprägt ist. Die konkrete Fragestellung des Gutachtens wird bei der grundgesetzlichen Garantie der Kunstfreiheit ansetzen, auf die sich der Staat im Regelfall nicht berufen kann, vom Staat geförderte Künstlerinnen aber doch. Dabei versteht es sich nicht von selbst, ob und wie weit dieser Schutz besteht, wenn künstlerisches Handeln maßgeblich staatlich organisiert wird. Darüber hinaus könnten den Staat dem Schutz der Kunstfreiheit entgegenstehende Pflichten unmittelbar aus dem Grundgesetz, namentlich aus den Grundrechten, treffen. Der Staat ist nicht frei darin, Straftaten zu fördern oder auch nur zu dulden und seine Pflichten könnten auch weitergehen. So erscheint es auf den ersten Blick prüfungsbedürftig, ob staatliche Stellen etwa antisemitische oder rassistische Kunst fördern dürfen oder ob dem nicht andere Rechtspflichten entgegenstehen. Wenig geklärt ist auch, wie solche Pflichten ausgestaltet sind, soweit sie greifen. Geht es um Handlungspflichten im konkreten Fall oder nur um Organisationspflichten, die bestimmte Gefahren von vornherein minimieren oder gar ausschließen? Eine politisch viel diskutierte Rolle spielt in diesem Zusammenhang der sogenannte „BDS-Beschluss“ des Deutschen Bundestages,

BT-Drucksache 19/10191,

mit dem das Parlament des Bundes staatlichen Stellen auf allen hoheitlichen Ebenen aufgab, keine Veranstaltungen zu fördern, an denen Mitglieder oder Anhänger des BDS beteiligt sind. Der Beschluss ist aus zwei Gründen von Interesse. Er ist sachlich einschlägig und zu ihm gibt es in der Tat eine relativ eingehende Rechtsprechungspraxis. Eine Analyse der Reichweite des Beschlusses und der Rechtsprechung zu diesem wird damit erforderlich.

Die Untersuchung wird also grundsätzlich die grundrechtlichen Freiheiten und Pflichten von Künstlerinnen und staatlicher Kunstorganisation prüfen und dieses Problem am Fall von Kunstformen entwickeln, die sich antisemitischer oder rassistischer Stereotype bedienen. Das Nebeneinander von Rassismus und Antisemitismus, das sich im Gutachten an manchen Stellen finden wird, bedarf dabei einer kurzen Erläuterung. Unmittelbarer Anlass des Gutachtens sind antisemitische Exponate in einer staatlich geförderten Ausstellung, in der sich auch Beispiele rassistischer Bildsprache fanden. Das systematische Verhältnis von Antisemitismus und Rassismus ist in der wissenschaftlichen Diskussion hoch umstritten, einer Diskussion, die mitunter in einen politischen Streit umschlägt. Beides gilt auch für die Diskussion um die Definition von Antisemitismus selbst. Das vorliegende Gutachten kann sich einer Stellungnahme zu der ersten Frage enthalten, weil die Unterschiede zwischen Rassismus und Antisemitismus

jedenfalls nicht auf den Umstand ihrer verfassungsrechtlichen Missbilligung hinüberwirken, die für beide gilt und für beide an gleicher Stelle verankert ist. Dies gilt für den Streit um den *Begriff* von Antisemitismus (und parallel für die Definition von Rassismus) nicht in gleicher Weise. Für den Fall des Antisemitismus haben sich Bund und Länder auf eine Definition geeinigt,

zurückgegriffen wird auf die (erweiterte) Arbeitsdefinition der International Holocaust Remembrance Alliance (IHRA). Hierzu und zu den grundsätzlichen Schwierigkeiten einer Antisemitismusdefinition BT-Drucksache 18/11970, S. 23 ff. Zu Definitionsansätzen und -schwierigkeiten in der Rechtsprechung s. etwa OLG Nürnberg, Urteil vom 22. Oktober 2019 – 3 U 1523/18 –, Rn. 88; in der Literatur *Emmerich/Würkner*, NJW 1986, 1195 (1200 ff.); *Lagodinsky*, Kontexte des Antisemitismus, S. 17 ff.; zu den parallelen Begriffsbestimmungsschwierigkeiten beim Rassismus *Kischel*, AöR 2020, 227 (246 ff.).

Das Nebeneinander von Antisemitismus und Rassismus dient im Folgenden also nicht der Relativierung der Besonderheiten antisemitischer Untaten, sondern der Kontrolle eines im Grundsatz einheitlich zu handhabenden normativen Arguments auf die Vielfalt seiner möglichen Anwendungsfälle. Dem entspricht die Beobachtung, dass das Bundesverfassungsgericht Besonderheiten des Antisemitismus auf der Ebene der Anwendung, nicht der Maßstäbe verarbeitet

unten, III.3.b).

Ohne Vorwegnahme eines Ergebnisses eine letzte Bemerkung vorab: Die aufgeworfene Rechtsfrage legt zwei einfache, diametral entgegengesetzte Lösungen nahe. Die eine Lösung verweist auf die staatliche Verpflichtung, antisemitische und rassistische Kunst, gerade angesichts der besonderen historischen Verantwortung der Bundesrepublik aus dem öffentlichen staatsfinanzierten Raum kategorisch auszuschließen. Juristisch behandelt diese Lösung staatlich geförderte Kunst wie anderes staatliches Handeln auch als grundrechtsverpflichtete Verwaltung. Wäre diese Lösung richtig, gäbe es in Deutschland aber nur noch die Wahl zwischen allein privat betriebener Kunst und Staatskunst, jedoch keinen staatlich ermöglichten Raum freier öffentlicher Kunstförderung mehr. Die andere Lösung behandelt den Bereich öffentlicher Kunstförderung wie eine private Veranstaltung, in der ohne weiteres innerhalb der für alle geltenden Regeln operiert werden kann und die einzige Beschränkung im Strafrecht liegt. Wäre dies richtig, würde die staatliche Kunstförderung sich all ihrer besonderen rechtlichen Bindungen wie auch demokratisch legitimierten Präferenzen entledigen können. Auch dies ist, wie sich zeigen wird, kein überzeugendes Ergebnis. Eine rechtlich vertretbare Antwort

muss die beiden unterschiedlichen und mitunter widerstrebenden Logiken grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Gemeinwohlbindung überzeugend verarbeiten.

Rechtliche Würdigung

I. Reichweite der Kunstfreiheit im staatlich geförderten und organisierten Kunstbetrieb

Trotz der erwähnten Knappheit an Präjudizien und an wissenschaftlicher Debatte lassen sich aus dem kleinen Bestand an Rechtsprechung und Forschung erste Aussagen zur Klärung der Frage herleiten, ob und mit welchen Folgen die Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG auf staatliche Kulturinstitutionen anwendbar ist.

Wenn die Darstellung im Folgenden auch um die Kunstfreiheit in Art. 5 Abs. 3 GG zentriert ist, werden andere Grundrechte des Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 GG in ihr aber auch eine Rolle spielen. Namentlich ist die Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG von doppelter Relevanz: Zum einen, weil sich manche Kulturinstitutionen, etwa Museen, in ihrer Aufgabenwahrnehmung auf dieses Grundrecht berufen; zum anderen, weil sich zeigen wird, dass die deutlich weiter entwickelte Dogmatik der Wissenschaftsfreiheit und die mit ihr verbundene Anerkennung einer grundrechtlichen Autonomie staatlicher Hochschulen eine wichtige Entwicklungsperspektive für das Kulturverfassungsrecht darstellen könnte. Schließlich wird auch die Meinungsfreiheit in Art. 5 Abs. 1 GG von Bedeutung sein, schon weil viele hier in Frage stehende Praktiken Meinungs- und Kunstfreiheit gleichermaßen betreffen oder am Übergang zwischen beiden operieren.

1. Anwendbarkeit der Grundrechte im Verhältnis zwischen staatlichem und privatem Handeln

Dass staatlich umhiegte künstlerische Praktiken sich auf Grundrechte berufen können, versteht sich rechtsdogmatisch nicht von selbst, sondern bedarf einer eigenen Herleitung.

a) Allgemeine Vorgaben

Art. 1 Abs. 3 GG verpflichtet die Staatsgewalt auf die Beachtung der Grundrechte des Grundgesetzes. Im Umkehrschluss ist es deswegen staatlichen Stellen grundsätzlich nicht erlaubt, sich zur Rechtfertigung ihres konkreten öffentlichen Handelns auf diese Grundrechte zu berufen,

BVerfGE 21, 362 Rn. 10. Relativierend zum Bezug auf konkrete Handlungen bereits BVerfGE 68, 193 Rn. 49 Umfassend zur älteren Diskussion: *Möllers*, Staat als Argument, S. 307 ff. Kritisch bereits *Bettermann*, NJW 1969, 1321 (1323).

Diese nach wie vor im Grundsatz anerkannte Grenze des Anwendungsbereichs der Grundrechte stößt auf zweierlei Probleme, die auch die Klärung der vorliegenden Gutachtenfrage betreffen. *Zum Ersten* stellen sich schlichte Fragen der Abgrenzung: Wann handelt eine Person als Staatsgewalt, wann als Privatperson? *Zum Zweiten* kennt die Regel des nicht grundrechtsberechtigten 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,

neben den wissenschaftlich tätigen Personen explizit für Universitäten in BVerfGE 15, 256 Rn. 22 f.; BVerfGE 21, 362 Rn. 33; BVerfGE 31, 314 Rn. 22.

So setzt das Bundesverfassungsgericht in der abgrenzenden Rechtfertigung der Ausnahmen darauf, dass eine Rechtsperson „unmittelbar dem Lebensbereich der Bürger zugeordnet [wird, CM], 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].“,

BVerfGE 45, 63, Rn. 48.

Für die Organisation von Kunst und Kultur ist eine solche Ausnahme grundsätzlich nicht anerkannt.

Das Bundesverfassungsgericht hat die Frage nach weiteren Ausnahmekonstellationen aber zumindest offengelassen, vgl. BVerfGE 21, 362 Rn. 34; ebenso BVerfGE 61, 82 Rn. 60. In der Literatur wird diesbezüglich jedoch betont, dass sich daraus kein verfassungsgerichtlich etablierter Verallgemeinerungsgedanke ergebe. Die Entscheidung BVerfGE 70, 1, die die Grundrechtsfähigkeit von Orthopädentechniker-Innungen anerkennt und damit den Kreis der „Ausnahmen“ erweitert, ist somit wohl eher als „Ausreißer“ zu verstehen, *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, S. 399; ebenso *Sachs*, Sachs GG, Art. 19 Rn. 100. Gegen eine grundsätzliche Erweiterung dieser Ausnahmetrias auch *Ernst*, MK GG, Art. 19 Rn. 83 f.; *Sachs*, aaO. Rn. 98; *Remmert*, Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 19 Abs. 3 Rn. 45 f.

Damit stellt sich hier die Frage nach der Anwendbarkeit der Kunstfreiheit, wenn künstlerische Praktiken im deutschen System nicht nur von geförderten und angestellten Personen, sondern auch von staatlich finanzierten Organisationen betrieben werden.

b) *Grundrechtsschutz der geförderten und angestellten Kulturschaffenden*

Kein Problem ergibt sich zunächst für den Fall einer bloßen staatlichen Förderung privater Personen. In diesem Fall sind die Geförderten als private Kunstschaffende von der Kunstfreiheit geschützt, sie sind in keinen staatlichen Handlungszusammenhang eingegliedert, sondern arbeiten als private Schöpferinnen, die vom Staat Mittel erhalten. Damit ist, wie sich zeigen wird, noch nichts darüber ausgesagt, welche Ansprüche sie aus der Kunstfreiheit für sich herleiten können.

Weniger eindeutig könnte sich der Grundrechtsschutz für staatlich angestellte Kulturschaffende ergeben, wobei der Begriff der „Anstellung“ hier untechnisch und damit weit zu verstehen ist. Kulturschaffende können als Teil einer staatlich finanzierten Organisation, etwa als Orchestermusiker oder als Generaldirektorin einer Gruppe staatlicher Museen, arbeiten, sie können auch als für ein Projekt privatvertraglich verpflichteter Künstler operieren, etwa als *Künstlerische Leitung* der *documenta*, wobei ihnen mit der Pflicht, eine Ausstellung zu gestalten, normalerweise das Recht vertraglich zugesichert wird, dies eigenständig zu tun.

In diesen Fällen wie auch in allen anderen denkbaren Ausgestaltungsformen zwischen den beiden Polen einer vollständigen Eingliederung in eine staatliche Organisation einerseits und einer bloßen projektförmigen privatvertraglichen Beauftragung andererseits stellt sich die Frage, ob die staatlich eingebettete künstlerische Tätigkeit auch grundrechtlich geschützt ist. Dies wird *im Ergebnis* für die handelnden Personen sowohl in der freilich überschaubaren wissenschaftlichen Diskussion,

v. *Arnauld*, BK-GG, Art. 5 Abs. 3 Rn. 97; *Jarass*, Jarass/Pieroth GG, Art. 5 Rn. 122; *Kunig*, DÖV 1982, 765 (765 f.); *Roellecke*, JZ 1969, 726 (733); *Wittreck*, Dreier GG, Art. 5 III Rn. 50.

als auch in der besonders spärlichen Rechtsprechung,

BVerwGE 62, 55 Rn. 33; BVerwG, Beschluss vom 12. August 2002 – 6 P 17.01 –, Rn. 38; Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 21. Mai 2021 – OVG 5 B 32.19 –, Rn. 80; implizit OLG Dresden, Urteil vom 16. 5. 2000 - 14 U 729/00.

bejaht.

Hat sich der Staat dazu entschlossen, Kulturinstitutionen zu errichten oder zu fördern, so stehen die dort arbeitenden Kulturschaffenden unter dem Schutz der Kunstfreiheit sowie anderer für ihre Arbeit einschlägiger Grundrechte wie etwa der Meinungsfreiheit.

In der Begründung wird angeführt, dass sie sich all diese Personen, auch wenn sie für eine staatliche Institution arbeiten, doch in einer sogenannten „grundrechtstypischen Gefährdungslage“ befänden und sich deswegen auf Grundrechte berufen könnten,

so wohl v. *Arnauld*, BK-GG, Art. 5 Abs. 3 Rn. 97.

Die Figur der grundrechtstypischen Gefährdungslage wird vom Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung zu Art 19 Abs. 3 GG aufgegriffen,

BVerfGE 45, 63 Rn. 49; BVerfGE 61, 82 Rn. 66 und 72.

Doch passt diese Figur auf den vorliegenden Fall nicht, dient sie doch in der Rechtsprechung namentlich dazu, Freiheitsgefährdungen, die juristische Personen bedrohen können, mit den Gefährdungen natürlicher Personen zu vergleichen, um auch den Grundrechtsschutz der Ersteren für besondere Fälle der Strukturähnlichkeit zu rechtfertigen. Im vorliegenden Fall geht es aber gerade nicht um den Grundrechtsschutz juristischer Personen, sondern um denjenigen natürlicher Personen, die im weitesten Sinne im Auftrag des Staates handeln.

In solchen Fällen ist vielmehr eine funktionelle Grenze zwischen individueller Freiheitsbetätigung und der Inanspruchnahme einer öffentlich-rechtlichen Amtsstellung zu ziehen, in der eben nur letztere nicht in den grundrechtlichen Gewährleistungsgehalt fällt. Eine solche Grenzziehung kann sich im Einzelfall häufig als schwierig erweisen. Dieses Problem ist aus dem öffentlichen Dienstrecht seit langem bekannt,

Kielmansegg, Grundrechte im Näheverhältnis, S. 359 ff.; ders., JA 2012, 881 (885 f.). Allgemein zu diesem Dualismus BVerfGE 39, 334, Rn. 96.

Während beispielsweise die Bekleidungswahl einer Polizeibeamtin überwiegend dem Bereich grundrechtlicher Freiheitsausübung zugeordnet wird und sich Argumente der Einheitlichkeit und Repräsentation damit erst auf Rechtfertigungsebene auswirken,

s. zu dienstlichen Vorgaben hinsichtlich des Erscheinungsbildes vor allem die umfassende Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, BVerwGE. 43, 353; BVerwGE 46, 1; BVerwGE 84, 287; BVerwGE 103, 91.

wird für die vieldiskutierte Frage, inwiefern das Tragen religiöser Kleidung in staatlichen Ämtern vom Grundrechtsschutz umfasst ist, teilweise eine präzisere Abwägung gefordert, die vor allem die Kommunikationsfunktion des Bekleidungsstücks in den Blick nimmt,

einen funktionellen Ansatz betonend *Di Fabio*, Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 4 Rn. 140; *Kielmansegg*, Grundrechte im Näheverhältnis, S. 424 ff.; kritisch hinsichtlich eines umfassenden Grundrechtsschutzes abw. Meinung *Jentsch*, *Di Fabio*, *Mellinghoff*, BVerfGE 108, 282 Rn. 76 ff.; *Bertrams*, DVBl. 2003, 1225 (1228 f.); *Rux*, DVBl. 2001, 1542 (1543); *Volkmann*, JURA 2015, 1083 (1085). Dagegen eindeutig einen Grundrechtsschutz bejahend BVerfGE 138, 296 Rn. 84, 92 ff.; *Böckenförde*, NJW 2001, 723 (723 ff.).

In ähnlicher Weise will das Bundesverfassungsgericht auch den grundgesetzlichen Gewährleistungsgehalt für die Notartätigkeit als staatlich gebundenen Beruf begrenzen. Notare könnten sich zwar grundsätzlich auf Art. 12 Abs. 1 GG berufen, allerdings werde deren Schutz im Einzelfall durch an Art. 33 Abs. 5 GG angelehnte Sonderregelungen überlagert, wobei eine umfassende Beurteilung ihrer konkreten Aufgaben, Befugnisse und Rechtsstellung erfolgen müsse;

mit Blick auf die berufliche Außendarstellung eindeutig die Grundrechtsberechtigung bejahend BVerfGE 112, 255 Rn. 22; BVerfGE 131, 130 Rn. 42 ff., wobei das Gericht offenlässt, ob die angegriffene Maßnahme hier an der Berufsfreiheit zu messen ist, Rn. 63. Zur Grundrechtsberechtigung von Notaren s. auch *Bor-mann/Böttcher*, NJW 2011, 2758; *Kämmerer* weist auf die Gefahren hin, die sich aus einer schon tatbestandlichen Begrenzung der Berufsfreiheit für „staatlich gebundene Berufe“ ergäben, NJW 2006, 2727 (2728 f.).

Die Besonderheit, die in unserem Fall vorliegt, besteht nun anders als im Notar- und im öffentlichen Dienstrecht darin, dass das Dienstverhältnis gerade einen spezifisch grundrechtlich Handlungsbereich schafft und die freie Ausübung dieses Bereichs in der Regel damit auch vom Staat gewollt ist. Geht es in den normalen Fällen um eine Abgrenzung zwischen privater Freiheit und öffentlich-rechtlicher Pflicht, schafft hier die öffentlich-rechtliche Aufgabe einen Bedarf nach grundrechtlicher Freiheit. Damit ergibt sich in dieser Konstellation kein Widerspruch zwischen der Ausübung der staatlichen Aufgabe und der Wahrnehmung eines Grundrechts. Die Kulturschaffende wird quasi mit ihrer grundrechtlichen Freiheit in Dienst genommen,

ähnlich *Steiner*, VVDStRL 42, 7 (30).

Dies ist im Ergebnis nur deswegen möglich, weil diese spezielle Aufgabe eines Bereichs genuiner Freiheitsausübung bedarf. Anders als frei können wir uns eine Praxis der Kunst (wie auch eine solche der Wissenschaft) schwerlich denken. Hinzu kommt, dass diese Freiheitsausübung im Regelfall nicht die Freiheiten anderer extern berührt, auch wenn uns Ausnahmen von dieser Regel hier noch beschäftigen werden. Dass sich aus dieser Konstellation auch besondere Folgen für die Reichweite der Kunstfreiheit ergeben, wird sich noch zeigen,

unten II.

Grundsätzlich ist damit aber geklärt, dass alle Ebenen einer staatlichen oder staatlich geförderten Kulturorganisation, von der Musikdirektorin zum Flötisten, von der Intendantin zum Schauspieler, soweit die Aufgaben einen künstlerisch-gestaltenden Gehalt haben, durch die Kunstfreiheit des Art 5 Abs. 3 GG geschützt sind,

BVerwGE 62, 55 Rn. 31.

Dies gilt damit auch unabhängig davon, ob das Beschäftigungsverhältnis durch privatrechtlichen Vertrag oder öffentliches Dienstrecht ausgestaltet wird. Die Kunstfreiheit gewährt jedem, der im künstlerischen Bereich tätig werden soll, ein Freiheitsrecht,

BVerwG, aaO., Rn. 31; VG Berlin U. v. 16. 8. 2019 - 3 K 113.19, Rn. 38.; *Bethge*, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 5 Rn. 192 f.; *Germelmann*, Kultur und staatliches Handeln, S. 182; *Hufen*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, 1. Aufl. 2011, § 101 Kunstfreiheit, S. 862 f.; *Kadelbach*, NJW 1997, 1114 (1116); *Karpen/Hofer*, VerwArch 81, 557 (576); *Kempfen*, in: BeckOK GG/Kempfen, 45. Ed. 15.11.2020, GG Art. 5; Rn. 174; *Kunig*, DÖV 1982, 765 (767); *Repkewitz*, VerwArch 81, 578 (580).

c) *Grundrechtsschutz der Kulturorganisation?*

Fraglich ist, ob dieser Schutz auch für staatliche Kunstorganisationen als solche gilt oder nur für die in ihnen arbeitenden natürlichen Personen. Kann beispielsweise ein Stadttheater als kommunaler Eigenbetrieb Grundrechtsschutz beanspruchen? Diese Frage ist in der wissenschaftlichen Debatte lebhaft umstritten und nicht gerichtlich geklärt.

Vereinzelt finden sich zwar Entscheidungen, die auf eine Bejahung dessen hindeuten könnten, BVerwGE 62, 55 Rn. 32 (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; für BVerfGE 30, 173 etwa in der Rn. 53] oder auf die Medien selbst bezieht); eindeutig bejahend VG Berlin, Urteil vom 16. August 2019 – 3 K 113.19 –, Rn. 58. In der Literatur wird zumindest die Entscheidung des BVerwG jedoch sehr unterschiedlich rezipiert. Während *van der Decken* darin eine Bestätigung der Grundrechtsfähigkeit von Kulturorganisationen sieht, Bleibtreu GG, Art. 5 Rn. 44, meint *Wolf*, dass die Grundrechtssubjektivität der Institutionen selbst gar nicht angesprochen würde, NVwZ 2020, 845 (847).

So spricht ein nicht unbedeutender Teil der überschaubaren wissenschaftlichen Diskussion auch staatlichen Kulturorganisationen Grundrechtsfähigkeit zu,

v. Arnould, BK-GG, Art. 5 Abs. 3 Rn. 97; *Bethge*, Sachs GG, Art. 5 Rn. 192 f.; *Dreier*, Dreier GG, Art. 19 III Rn. 64; *Kadelbach*, NJW 1997, 1114 (1116); *Kempfen*, in: BeckOK GG/Kempfen, 45. Ed. 15.11.2020, GG Art. 5 Rn. 174; *Hufen*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, 1. Aufl. 2011, § 101 Kunstfreiheit, S. 862 f.

Dem gegenüber wird an dieser Ansicht aber auch Zweifel und Kritik geäußert,

Germelmann, Kultur und staatliches Handeln, 2013, 182; *Lenski*, Öffentliches Kulturrecht, S. 185; *Ossenbühl*, DÖV 1983, 785 (790); *Repkewitz*, VerwArch 81, 578 (580); skeptisch auch *Rufner* in Isensee/Kirchhof, HStR IX, 3 Aufl. 2011, § 196 Rn. 123; *Sachs*, Sachs GG, Art. 19 Rn. 98.

Ein erstes Problem, das in der Literatur gesehen wird, ist konstruktiver Natur. Viele staatliche Kulturorganisationen sind keine juristischen Personen, sondern unselbstständige Anstalten, im Ausgangspunkt also nicht rechtsfähig.

So fordert etwa *Remmert* für die Grundrechtsträgerschaft im Allgemeinen zumindest eine Teilrechtsfähigkeit, die er mit der „Rechtstechnizität des Begriffs der juristischen Person“ begründet, *Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 19 III Rn. 41. Spezifisch mit Blick auf Kulturinstitutionen *Ladeur*, AK-GG, Art. 19 Abs. 3 Rn. 55.

Doch ist allgemein anerkannt und verfassungsgerichtlich ausjudiziert, dass der Grundrechtsschutz nicht der einfachgesetzlich geregelten Organisationsform folgen muss, schon um den Vorrang der Verfassung sicherzustellen. Auch Organisationen ohne einfachrechtliche Rechtspersönlichkeit können Grundrechte in Anspruch nehmen, wenn ihre Organisationsform dies sinnvoll gestattet. Erforderlich ist ein Mindestmaß an struktureller Verfestigung, das eine organisierte Handlungszurechnung ermöglicht. Dieses dürfte im Kulturbereich häufig gegeben sein,

BVerfGE 3, 383 Rn. 34; BVerfGE 122, 342 Rn. 101; *Huber*, Mangoldt/Klein/Starck GG, Art. 19 III Rn. 238; *Kadelbach*, NJW 1997, 1114 (1116); *Schuppert*, DÖV 1987, 757 (768).

In der Literatur wird zudem darauf hingewiesen, dass nicht völlig klar erscheine, inwiefern eine Ausweitung der Grundrechtsträgerschaft tatsächlich zur Effektivierung künstlerischer Freiheiten führe oder diese nicht sogar schwächen könne. Dies sei auch deswegen fraglich, weil viele staatliche Kulturinstitutionen nicht in gleicher Weise organisatorisch abgegrenzt erscheinen wie etwa staatliche Hochschulen. Zum einen werden die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen kunstspezifischen und bloßen Verwaltungstätigkeiten betont,

Repkewitz, VerwArch 81, 578 (580 f.). *Karpen/Hofer* sehen dies hingegen als entscheidendes Argument für die Ausweitung des Gewährleistungsgehalts auf die künstlerischen Institutionen, VerwArch 81, 557 (567),

zum anderen wird ihr teilweise unzureichender Grad an institutioneller Verselbstständigung bemerkt. Diese aber sei zumindest für einen Grundrechtsschutz vorausgesetzt. In öffentlichen Kulturinstitutionen seien häufig Vertreterinnen der unmittelbaren Staatsgewalt Teil der Aufsichtsgremien der Institution. Sie könnten Einfluss auf den Grundrechtsschutz nehmen, wenn dieser den Institutionen zugesprochen würde,

so *Germelmann*, Kultur und staatliches Handeln, S. 182 f.; *Repkewitz*, VerwArch 81, 578 (580 f.); *Wolf*, NVwZ 2020, 845, 847. Teilweise wird deshalb auch eine

Differenzierung nach dem Grad der organisatorischen Verselbstständigung für die Grundrechtsträgerschaft vorgeschlagen. In diese Richtung *Tillner*, Die öffentliche Förderung des Musiktheaters in Deutschland, S. 101 und 109; kritisch hinsichtlich dieser Differenzierung *Repkewitz*, VerwArch 81, 578 (580 f.). Instruktiv zu den Mitbestimmungsmöglichkeiten in Kulturorganisationen, *Karpen/Hofer*, VerwArch 81, 557 (564 ff.); *Ossenbühl*, DÖV 1983, 785 (785 ff.).

Dieses Argument ist ernst zu nehmen, freilich zeigt der Blick in das Hochschulrecht, dass man mit ihm umgehen kann, ohne den Grundsatz der grundrechtlich geschützten Hochschulautonomie in Frage zu stellen. So hat das Bundesverfassungsgericht den Einfluss von Hochschulräten auf wissenschaftliche Entscheidungen von Universitäten aus genau diesem Grund begrenzt,

BVerfGE 111, 333 Rn. 137 ff.; BVerfGE 136, 338 Rn. 57 ff.

Die Annahme von Grundrechtsschutz staatlich eingerichteter Organisationen ist also grundsätzlich für Differenzierungen innerhalb der und zwischen den Organisationen offen.

Das eigentliche Problem für die Bejahung des Grundrechtsschutzes staatlicher Kulturinstitutionen liegt aber darin, dass der Grundrechtsschutz *staatlicher* Organisationen wegen Art. 1 Abs. 3 GG einen Ausnahmefall darstellt und es eigener Argumente bedarf, eine solche Ausnahme zu rechtfertigen. Eine solche Argumentation könnte sich in der Tat an der Herleitung der Wissenschaftsfreiheit von staatlichen Universitäten orientieren,

in diese Richtung auch *Ladeur*, AK-GG, Art. 19 Abs. 3 Rn. 47; vor allem mit Blick auf die nicht vergleichbare Selbstständigkeit kritisch hinsichtlich einer Übertragbarkeit *Kunig*, DÖV 1982, 765 (767); *Repkewitz*, VerwArch 81, 578 (581). Allgemein zur Begründung des Grundrechtsschutzes von Universitäten *Bleckmann/Helm*, DVBl. 1992, 9 (14).

Die Parallelen zwischen staatlichen Hochschulen und beispielsweise staatlichen Museen stehen auf vielen Ebenen, bei der Art der Aufgabe ebenso wie bei der Form der Organisation, ins Auge und könnten Anlass geben, über eine solche Erweiterung des Grundrechtsschutzes nachzudenken, die aus der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit ein System der Museumsautonomie entwickelt. Ähnliches schiene für andere Kulturinstitutionen, etwa Theater, denkbar. Dabei wird in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts deutlich, dass für die Bestimmung der Grundrechtsberechtigung keine starre Abgrenzung erfolgen soll, sondern es einer flexiblen und einzelfallbezogenen Abwägung bedarf, bei der funktional-aufgabenbezogene Kriterien heranzuziehen sind,

besonders deutlich wird dies in BVerfGE 70, 1 Rn. 59. In der Literatur betonen dies vor allem *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, S. 396 f.; *Rüfner*, HdStR IX, § 196 Rn. 115; *Schuppert*, DÖV 1987, 757 (768). *Ladeur* weist auf die Generalisierungsschwierigkeiten hinsichtlich der Grundrechtsfähigkeit öffentlich-rechtlicher

Organisationen hin, die sich aus einer zunehmenden Fragmentierung der Organisationsformen ergeben, AK-GG, Art. 19 Abs. 3 Rn. 46.

Doch erschiene eine solche Herleitung für die Zwecke der vorliegenden Fragestellung im Ergebnis zu weitreichend, die sich am bestehenden Stand der Diskussion orientieren muss. Sie könnte sich jedenfalls nicht auf einen anerkannten Meinungsstand oder eine gefestigte Rechtsprechung berufen, sondern wäre ebenso plausibel wie freischwebend. Es ist gut denkbar, ja erscheint sogar wahrscheinlich, dass sich die Rechtsentwicklung angesichts der aktuellen Konflikte in eine solche Richtung bewegen wird, weil die Argumente, mit denen die grundrechtliche Freiheit der staatlichen Hochschulen begründet wurden,

die Rechtsprechung stellt, unabhängig von der Frage der Rechtsfähigkeit, v.a. auf die Unabhängigkeit und Eigengesetzlichkeit der Wissenschaft gegenüber dem Staat und die Zuordnung zu einem grundrechtlich geschützten Lebensbereich ab, BVerfGE 15, 256 Rn. 22; BVerfGE 85, 360 Rn. 35. *Krausnick* will den Grundrechtsschutz staatlicher Hochschulen inhaltlich auf die Verteidigung der individuellen Wissenschaftsfreiheit beschränken, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, S. 97,

auch für staatliche und öffentliche Kulturinstitutionen zutreffen.

Die historisch ersten Ansätze für eine solche Entwicklung des Grundrechtsschutzes deuteten auch in eine solche Richtung,

bereits *Smend* verstand Art. 142 WRV als institutionelle Garantie der wissenschaftlichen Selbstverwaltung und damit als Nichteinmischungsgebot in Hinblick auf Inhalt und Methoden der Lehre. Argumentativ greift er hierbei auch Parallelen zu künstlerischen Tätigkeiten auf VVDStRL 4, 44 (70).

Für eine Darstellung der aktuellen Rechtslage steht eine solche Ansicht aber nicht zur Verfügung. Damit bleibt es im Ergebnis dabei, dass wir trotz sehr guter Gründe fürs Erste davon ausgehen müssen, dass sich der Grundrechtsschutz auf die natürlichen Personen in einer staatlichen Kulturorganisation beschränkt.

2. Zuschnitt des Schutzbereichs

a) *Aufgabenbezug des Grundrechtsschutzes*

Die Reichweite des Grundrechtsschutzes für Individuen, die im öffentlichen Kunstsektor arbeiten, ist zunächst nicht einfach mit derjenigen privater Grundrechtsträger gleichzusetzen. Vielmehr muss dieser Grundrechtsschutz der Aufgabe folgen, die innerhalb der öffentlichen Kulturinstitution für eine bestimmte Person vorgesehen ist. Der so entstehende Grundrechtsschutz stellt sich also als eine Form der Selbstbindung dar, mit Hilfe derer der Staat, indem er

eine Kulturinstitution einrichtet und ausgestaltet, bestimmte in ihrer Rechtsfolge noch zu klärende grundrechtliche Rechtsbindungen eingeht,

ähnlich *Kadelbach*, NJW 1997, 1114 (1116). Zu diesem funktionsdifferenzierenden Grundrechtsschutz auch für die „Ausnahmetrias“ *Isensee*, HdStR, § 199 Rn. 59.

Wenn der grundrechtliche Schutz in diesem Fall der staatlich definierten Aufgabe folgt, dann ist diese Aufgabe zu bestimmen, um den Grundrechtsschutz im konkreten Fall ermitteln zu können. So hat das Bundesverwaltungsgericht anerkannt, dass im Falle einer künstlerischen Leitungsfunktion dieser Grundrechtsschutz doppelt wirken kann: zum einen für den Schutz der eigenen künstlerischen Tätigkeit als Regisseurin oder Dirigent und zum anderen mit Blick auf die weitere Verantwortung für die Verbreitung der Kunst durch Gestaltung von Programmen und die Auswahl von künstlerischen Mitarbeitenden,

ausdrücklich BVerwGE 62, 55 Rn. 33; dieser Rechtsprechung zustimmend *Emmerich/Würkner*, NJW 1986, 1195 (1199); *Germelmann*, Kultur und staatliches Handeln, S. 549 f.; *Tillner*, Kultur und staatliches Handeln, S. 99 f.; *Wolf*, NVwZ 2020, 845 (848).

Umgekehrt ist auch klar, dass Aufgaben, die in kunstimmanent begründete Arbeitsteilungszusammenhänge oder sogar in ebenso künstlerisch begründbare Hierarchien führen, nur im Rahmen dieser Zusammenhänge Kunstfreiheit genießen. Der Flötist genießt Kunstfreiheit innerhalb der Logik des Orchesters, in dem er spielt, und die Kuratorin im Zusammenhang einer auch hierarchisch entworfenen Museumsorganisation, in der sie die Freiheit haben kann, eine Ausstellung zu entwerfen, aber nicht zwingend die, zu entscheiden, wie viele Ausstellungen im Haus gemacht werden.

Wichtig ist es, bereits an dieser Stelle,

zu weiteren Konsequenzen unten, III.4

darauf hinzuweisen, dass diese Art von Aufgabenverteilung im Schatten der Kunstfreiheit in der Regel *mit Hilfe informeller Absprachen* praktiziert werden muss. Die arbeitsteilige Ausübung der Kunstfreiheit lässt sich oft nicht als fest formalisierte Kompetenzordnung verstehen, in der Weisungen erteilt werden. Vielmehr funktioniert künstlerische Produktion oft nur durch einen offenen Umgang mit der vorhandenen Aufgabenverteilung. Bei dieser Feststellung geht es nicht darum, den Kunstbetrieb zu idealisieren, der wie andere organisierte Praktiken auch durch willkürliches Verhalten und Machtmissbrauch von Leitungspositionen gekennzeichnet sein dürfte; es soll nur daran erinnert werden, dass jedenfalls aus der Perspektive des Verfassungsrechts eine hierarchische Struktur, wie sie im Bereich der Staatsorganisation aus Gründen demokratischer Verantwortung als notwendig anerkannt ist,

zu Grenzen aber *Möllers*, § 5 Demokratie, Rn. 61, in: Masing, Handbuch des Verfassungsrechts,

in der Sphäre der organisierten Kunstfreiheit weder normativ geboten noch immer praktisch möglich erscheint.

Diesen Koordinationsgedanken expliziert *Kahl* in ähnlicher Weise für die Wissenschaftsfreiheit, Hochschule und Staat, S. 79.

b) Kein Grundrechtsschutz staatlicher Träger- und Verwaltungsstrukturen

Ausgeschlossen vom Grundrechtsschutz bleiben damit aber alle staatlichen Strukturen, die Kunst ermöglichen sollen, ohne selbst künstlerisch tätig zu werden. Diese unterfallen der Regel des Art. 1 Abs. 3 GG, dass staatliches Handeln grundrechtsverpflichtet und nur im Bereich eines engen Kanons von Tätigkeiten zusätzlich auch grundrechtsberechtigt agiert. Zu diesen Träger- und Verwaltungsstrukturen gehören beispielsweise die Kulturstiftung des Bundes oder die Organe der documenta eGmbH,

zur Organisation *Hufen*, NJW 1997, 1112; im Allgemeinen *Bethge*, Sachs GG, Art. 5 Rn. 192.

Diese und vergleichbare Organisationen sind nicht durch die Kunstfreiheit berechtigt, aber wegen ihres Aufgabenbereichs im Regelfall durch diese verpflichtet. Was genau diese Verpflichtung impliziert, wird bei den Rechtsfolgen unten zu erarbeiten sein,

s. unter II.

c) Entgrenzung des Kunstbegriffs

Kein neues, aber ein sich immer wieder neu stellendes Problem ist die Frage der thematischen Entgrenzung der Kunst. Mit Blick auf politische Kunst, etwa Pamphlete oder Karikaturen, liegt hier eine reiche Rechtsprechung vor. Von einem neuen Phänomen kann bei Kunst mit politischem Anspruch ohnehin nicht mehr gesprochen werden,

zum Schutz engagierter bzw. politischer Kunst s. nur BVerfGE 30, 173 Rn. 52; BVerfGE 75, 369 Rn. 19; BVerfGE 81, 278 Rn. 45. Zu den besonderen Konflikten zwischen politischer Kunst und Ehrschutzfragen *Buscher*, NVwZ 1997, 1057 (1062); instruktiv zu dieser Rechtsprechung *Enderlein*, Der Begriff der Freiheit als Tatbestandsmerkmal der Grundrechte, S. 4 ff.

In der Regel wird sich die Frage nach einer Abgrenzung zwischen politischer und ästhetischer Betätigung mit wenig Dringlichkeit stellen, weil Äußerungsformen, die nicht von der Kunstfreiheit gedeckt sind, unter den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen. Auch wenn Meinungsfreiheit und Kunstfreiheit im Text des Grundgesetzes separat geregelt werden und die

Kunstfreiheit grundsätzlich nicht den Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG unterfällt, die die Meinungsfreiheit begrenzt, haben Rechtsprechung und Literatur diese Unterschiede aus beiden Richtungen relativiert,

das Bundesverfassungsgericht lässt eine Abgrenzung zwischen Kunst- und Meinungsfreiheit teilweise dahinstehen, BVerfGE 68, 226 Rn. 17; BVerfGE 87, 209 Rn. 124; BVerfGE 102, 347 Rn. 73. *Faßbender* betont, dass sich die Unterschiede, die sich aus dem nur für die Meinungsfreiheit geltenden Schrankenvorbehalt des Art. 5 Abs. 2 GG ergäben, nicht überbewertet werden dürften und in den meisten Fällen ein weitgehend paralleler Rechtfertigungsmaßstab angelegt werden könne, NJW 2019, 705 (707). Eine Annäherung der Rechtfertigungsmaßstäbe konstatiert auch Rupp-von Brünneck in ihrem Sondervotum in BVerfGE 30, 173 Rn. 111 sowie das OLG Hamburg, ZUM-RD 2018 484 (489). Zu den Parallelen zwischen Meinungs- und Kunstfreiheit *Buscher*, NVwZ 1997, 1057 (1061 ff.); kritisch hinsichtlich des Ausmaßes der Entgrenzung *Dünnwald*, JR 1965, 46 (47); *Palm*, Öffentliche Kunstförderung zwischen Kunstfreiheitsgarantie und Kulturstaat, S. 61 ff.

Auf der einen Seite unterliegt auch die Schranke des allgemeinen Gesetzes einer materiellen verfassungsrechtlichen Kontrolle. Die Form des allgemeinen Gesetzes reicht zu einer Einschränkung des Grundrechts allein nicht hin, sondern bedarf einer abwägenden Rechtfertigung in der Sache. Auf der anderen Seite ist anerkannt, dass auch ein vorbehaltlos gewährtes Grundrecht wie die Kunstfreiheit nur auf parlamentsgesetzlicher Grundlage eingeschränkt werden darf,

allgemein zur Beschränkung vorbehaltloser Grundrechte, BVerfGE 107, 104 Rn. 68; BVerfGE 108, 282 Rn. 38; BVerfGE 122, 89 Rn. 47; BVerfGE 128, 1 Rn. 147; *Grzeszick*, Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 20 Rn. 92; *Sachs*, Sachs GG, Vor Art. 1 Rn. 125. Spezifisch mit Blick auf die Kunstfreiheit BVerfGE 83, 130 Rn. 39; *Waltke*, Kunst und öffentlicher Frieden, S. 73 f.

Damit bleiben Tendenzen der Entdifferenzierung zwischen Politik und Kunst, die der Kunstgeschichte altbekannt sind, im Regelfall mit den bekannten Mitteln der Grundrechtsinterpretation zu lösen. Auf Sonderfälle wie antisemitische oder rassistische künstlerische Positionen werden wir gesondert zurückkommen,

unten III.3

d) Auslegung mehrdeutiger Äußerungen und Kunstwerke

Zu den wichtigsten Konsequenzen der neueren Rechtsprechung zur Meinungsfreiheit gehört der Grundsatz einer meinungsfreiheitsfreundlichen Auslegung in Frage stehender Äußerungen. Dieser Grundsatz erfordert zunächst, dass bei Äußerungen, die mehrere nachvollziehbare Interpretationsmöglichkeiten zulassen, diejenige Lesart zu wählen, die nicht als in irgendeiner Form rechtswidrig oder gar sanktionsbedürftig einzustufen ist, um der Meinungsfreiheit bestmöglich zur Geltung zu verhelfen,

grundlegend BVerfGE 43, 130; am prägnantesten BVerfGE 93, 266 Rn. 126. Instruktion zu den verfassungskonformen Auslegungsdirektiven bei (mehrdeutigen) Äußerungen *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1700 f.); zur Vermutung der Zulässigkeit der freien Rede BVerfGE 54, 129 Rn. 29; grundsätzlich zur Freiheitsvermutung des Bundesverfassungsgerichts *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 517 f.

Darüber hinaus gebietet eine meinungsfreiheitsfreundliche Interpretation die Berücksichtigung von Gesamtkontexten und Kommunikationszusammenhängen,

BVerfGE 85, 1 Rn. 57; BVerfGE 93, 266 Rn. 125,

sowie die hinreichende Berücksichtigung wertender Aspekte, und zwar auch dann, wenn die Aussage für sich einen starken tatsächlichen Gehalt aufweist,

besonders deutlich in BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 29. Februar 2012 – 1 BvR 2883/11 –, Rn. 13 f.; BVerfGE 85, 1 Rn. 53 ff.; kritisch *Hochhuth*, NJW 2007, 192.

Aus dieser ständigen Rechtsprechung folgt also – und das ist aus prozessrechtlichen Gründen durchaus ungewöhnlich – verfassungsunmittelbar ein bestimmter Umgang mit einem Sachverhalt. Im Ergebnis dient diese Rechtsprechung dazu, die von den Tatsacheninstanzen festgestellten Äußerungen auch auf ihre Deutung hin verfassungsgerichtlich überprüfbar zu halten,

BVerfGE 30, 173 Rn. 73; dazu *Bethge*, Sachs GG, Art. 5 Rn. 183a; *Grabenwarter*, Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 53 f.; *Klausmann*, Meinungsfreiheit und Rechtsextremismus, S. 98. Kritisch Abw. Meinung *Haas*, BVerfGE 93, 266 Rn. 183; *Campell*, NStZ 1995, 328; *Herdegen*, NJW 1994, 2933 (2934); *Kiesel*, NVwZ 1992, 1129 (1132). Insofern wird auch Kritik von den „betroffenen“ Fachgerichten geübt, s. etwa OLG Bamberg, Beschluss vom 11.01.1994 – Ws 314/92.

Dogmatisch liegt diese Deutung der Meinungsfreiheit damit auf der Schnittstelle von Tatbestand und Rechtsfolge, denn sie erweitert den Tatbestand der Meinungsfreiheit mit Blick auf die Rechtsfolgen seines Ausschlusses.

Für die vorliegende Fragestellung ist diese Rechtsprechungslinie von Interesse, weil sie regelmäßig auch Äußerungen an der Grenze von Meinungs- und Kunstfreiheit betrifft, ja ganz konkret Fälle, in denen künstlerische oder künstlerisch verwertbare Formen wie die Satire oder das Flugblatt mit einer politischen Bedeutung versehen werden,

für politische Kunst in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts s. die Anmerkung auf S. 16

Auch im Rahmen einer hierbei regelmäßig relevant werdenden meinungsfreundlichen Auslegung wird es aber darauf kommen, inwieweit von der Äußerung andere Rechte, namentlich Persönlichkeitsrechte eines Angesprochenen, berührt sein können,

so auch *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 517.

Gerade die jüngere Rechtsprechung ist demnach hinsichtlich einer meinungsfreiheitsfreundlichen Auslegung differenzierter und zurückhaltender, indem sie bei Kollisionen mit Persönlichkeitsrechten auch die Zeitstruktur der Sanktionen in den Blick nimmt,

BVerfGE 114, 339 Rn. 32 ff., daran anschließend BVerfGK 8, 89 Rn. 68.

Ohne von seiner grundsätzlichen Auslegungslinie abzuweichen, hat das Gericht aus dem Gebot einer meinungsfreiheitsfreundlichen Auslegung von persönlichkeitsrechtsverletzenden Äußerungen zwar einen Ausschluss von Sanktionen (Strafe, Schadensersatz), aber ohne weiteres nicht den Ausschluss eines Anspruchs auf künftiges Unterlassen gefolgert. Die Meinungsfreiheit schützt also, wenn von ihrer Wahrnehmung andere Rechte berührt werden, stärker gegenüber vergangenheitsbezogenen Sanktionen als gegenüber zukunftsbezogenen Einschränkungen,

dazu unten, III.4.c).

Schließlich kennt die Verfassungsrechtsprechung zur Kunstfreiheit auch die Figur der kunstspezifischen Betrachtung. Das Bundesverfassungsgericht entnimmt der Kunstfreiheit die Pflicht, bei der Prüfung der Möglichkeit der rechtsverletzenden Wirkung eines Werks die Relevanz der ästhetischen Form für dessen Wirkung zu berücksichtigen,

BVerfGE 119, 1 Rn. 82. Die diesem Maßstab grundsätzlich zustimmende abw. Meinung kritisiert das Kriterium der Erkennbarkeit bzw. Verfremdung bereits als nicht „kunstspezifisch“, abw. Meinung Hohmann-Dennhardt/Gaier, BVerfGE aaO. Rn. 112 f. Auch darüber hinaus erfolge keine hinreichende Umsetzung der proklamierten kunstspezifischen Betrachtungsweise, was vornehmlich einer zu oberflächlichen Anwendung generalisierender Kriterien geschuldet sei. Insbesondere reiche hierfür nicht die bloße Feststellung von Stilmitteln und der Textgattung. Vielmehr müsse literaturwissenschaftlicher Sachverstand herangezogen werden, BVerfGE aaO. Rn. 122 ff. In ähnlicher Weise kritisch hinsichtlich der Umsetzung *Lenski*, NVwZ 2008, 281 (282 f.); *Wittreck*, JURA 2009, 129 (134). Zur Eigentümlichkeit der künstlerischen Formensprache *Lenski*, Personenbezogene Massenkommunikation als verfassungsrechtliches Problem, S. 98. Allgemein zu diesem Maßstab *Müller*, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, S. 109 ff.

Aus dieser verfassungsgerichtlich entwickelten Pflicht, die Eigengesetzlichkeiten der Kunst durch eine spezifische Maßstäblichkeit zu berücksichtigen und nicht auf ihre bloß außerkünstlerische Wirkung abzustellen, ergibt sich das Erfordernis, den fiktionalen Charakter eines Textes sowie seine Vielschichtigkeiten und seinen ästhetischen Eigenwert, theatrale Ausdrucksformen, die Bedeutung eines künstlerischen Archivs oder die Technik des Kuratierens

in der Untersuchung eines Werks mitzureflektieren. Grundsätzlich folgt aus den kommunikativen Grundrechten also die Pflicht, Kunstwerke in ihren unterschiedlichen möglichen Bedeutungsebenen zur Kenntnis zu nehmen und sie, soweit hermeneutisch plausibel, nicht auf einsinnige Aussagen zu reduzieren.

II. Rechtsfolgen im Fall der Anwendbarkeit der Kunstfreiheit

Unterfallen Handlungen der Kunstfreiheit, so sind sie im Grundsatz vor staatlichem Zugriff geschützt. Diese einfach klingende Rechtsfolge bedarf jedoch für den vorliegenden Fall der Entfaltung in verschiedenen Konstellationen.

1. Kein Anspruch, kein Bestandsschutz

Aus der Kunstfreiheit – das ist unbestritten – ergibt sich kein Anspruch auf staatliche Förderung künstlerischer Projekte, auch nicht auf die Fortsetzung einer bereits gewährten Unterstützung, soweit diese nicht unter einen Vertrauensschutztatbestand fällt,

VGH Baden-Württemberg, B. v. 15. 10. 2003 – 9 S 1858/03; BVerwG, B. v. 16.8.1979 -7B 174/78- DÖV 1979, 912; OVG Berlin, U. v. 8. 6. 1978 -III B 50/77-; Bayer. VGH, U. v. 15. 9. 1995 - 4 CE 95.2973 – NJW 1996, 1165; Müller, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, S. 128 f.; Wittreck, Dreier GG, Art. 5 Abs. 3 Rn. 72.

Das bedeutet, dass Künstlerinnen aus der Kunstfreiheit keinen Anspruch auf Zuteilung öffentlicher Mittel oder andere staatliche Unterstützung herleiten können, der über den allgemeinen gleichheitsrechtlich ausgestalteten Zugang zu öffentlichen Räumen hinausginge.

Werden künstlerische Aktivitäten vom Staat bereits gefördert, so wird die Frage der Fortsetzung dieser Förderung den zwischen Staat und Künstlerin getroffenen Vereinbarungen folgen müssen, die in der Regel in Privatrechtsform abgeschlossen werden.

Während aus dem oben Gesagten folgt, dass grundsätzlich kein Anspruch auf Abschluss einer solchen Vereinbarung besteht, erscheint es aber im Rahmen der allgemeinen Grundrechtsdogmatik möglich, dass die Kunstfreiheit wie auch sonst die Grundrechte im Privatrechtsverhältnis,

zu neuen, vor allem europarechtlich beeinflussten Impulsen bei der Privatrechtswirkung der Grundrechte *Ruffert*, JuS 2020, 1. Spezifisch mit Blick auf die Kunstfreiheit *Starck/Paulus*, MKS GG, Art. 5 Abs. 3 Rn. 442,

bei der Auslegung privatrechtlicher Vorschriften und privatvertraglicher Regelungen Berücksichtigung finden müssen.

Wenn beispielsweise eine Künstlerin mit einem Museum einen Vertrag über eine Ausstellung ihrer Werke abgeschlossen hat, in dem ein außerordentliches Kündigungsrecht mit der Möglichkeit eines vorzeitigen Abbruchs aus wichtigem Grund vorgesehen ist, so dürfte eine solche Klausel im Lichte der Kunstfreiheit ausgelegt eine Kündigung seitens des Museums aus rein ästhetischen Gründen ausschließen.

Das Bundesverfassungsgericht verlangt auch für die Auslegung und Anwendung privatrechtlicher Regelungen eine kunstspezifische Betrachtung. S. etwa zur kunstspezifischen Auslegung urheberrechtlicher Bestimmungen, BVerfGE 142, 74 Rn. 85 ff. Dazu auch *Jarass*, *Jarass/Pieroth GG*, Art. 5 Rn. 132.

Umgekehrt erscheint es denkbar, dass der Staat ein solches Kündigungsrecht wahrzunehmen hat, wenn er aus anderen verfassungsrechtlichen Grundsätzen dazu verpflichtet ist, die Ausstellung zu beenden. So ist klar, dass die staatliche Seite es nicht dulden muss, wenn im Rahmen einer Ausstellung Straftaten begangen werden,

dazu eingehender, unten III.4.a).

Aus einer solchen Konstellation kann sich auch ein besonderes Kündigungsrecht der staatlichen Seite ergeben. Aus der Kunstfreiheit folgt damit grundsätzlich kein Anspruch auf staatliche Förderung, doch muss die Kunstfreiheit bei der Auslegung auch von privatrechtlichen Vereinbarungen Berücksichtigung finden.

Dem Fehlen eines Anspruchs entspricht das Fehlen eines Bestandsschutzes. Die einmal erfolgte Förderung oder Anstellung verstetigt sich nicht wegen des Schutzes der Kunstfreiheit. Grundsätzlich steht es dem Staat frei, Förderungen zu verlängern oder sich selbst, etwa durch Vertrag, auf die Möglichkeit einer Verlängerung nach bestimmten Kriterien zu verpflichten. In solchen Fällen können im Einzelfall auch verfassungsrechtliche Gebote des Vertrauensschutzes eine Rolle spielen, wenn der Staat sich entgegen früherer Zusagen ohne weitere Rechtfertigung anders entscheidet. Ein spezifischer Anspruch aus der Kunstfreiheit oder den verwandten Grundrechten des Art. 5 Abs. 1 oder Abs. 3 GG auf den Bestand bestehender Förderung ergibt sich hieraus aber nicht.

2. Staatliches Interventionsverbot und die Frage der gesetzlichen Grundlage

Zentrale Rechtsfolge des Grundrechtsschutzes ist das Verbot staatlicher Intervention in den grundrechtlich geschützten Bereich. Die Eröffnung des Schutzbereichs löst formell den Gesetzesvorbehalt und materiell eine Verpflichtung auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip aus. Für den Bereich der Kunstfreiheit ist dies zu spezifizieren. Hier besteht in der Regel kein Bedarf

für gesetzlich begründete staatliche Eingriffe. Vielmehr organisieren staatliche Körperschaften auf allen hoheitlichen Ebenen im großen Stil die Förderung künstlerischer Projekte und Institutionen, ohne dafür eine gesetzliche Grundlage zu haben – und sie dürfen dies auch, soweit damit keine Grundrechtseingriffe zusammenhängen, weil staatliches Handeln nicht unter einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt steht und die Kulturförderung als gesetzessfreie Leistungsverwaltung verstanden wird, auf die kein Rechtsanspruch besteht,

so unter besonderer Berücksichtigung europäischer Kulturpolitik *Britz*, EuR 2004, 1 (5 f.); ferner *Stern/Sachs/Dietlein*, in: Stern StaatsR IV/2, Vorb. 4. Kapitel, S. 347 f. Zum fehlenden Förderungsanspruch s. bereits II.1.

Bei der Rekonstruktion des Zusammenhangs zwischen Schutzbereich und Interventionsverbot ist Folgendes zu beachten:

Für Eingriffe von außen, die anderen Regelungsrationitäten folgen, etwa durch die Polizei, gilt selbstverständlich der Gesetzesvorbehalt. Ohne gesetzliche Grundlage kein zulässiger Eingriff. In aller Regel werden solche Eingriffe nur verfassungsrechtlich zulässig sein, wenn klar konkurrierende verfassungsrechtliche Anliegen durch den Eingriff zum Ausgleich gebracht werden müssen. Dafür zwei Beispiele: Die Untersagung der Ausstellung eines Kunstwerks, das den Tatbestand der Volksverhetzung nach § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB erfüllt,

zu diesem aufschlussreichen Beispiel mit Blick auf antisemitische Äußerungen eingehender unten III.3.b.,

wird im Regelfall durch die durch diesen Tatbestand geschützten Rechtsgüter, sei es das Persönlichkeitsrecht eines Angesprochenen, sei es die Gefahr gewalttätiger Reaktionen gerechtfertigt sein. Die Schließung einer Ausstellung wegen der Gefahr einer Infektion kann sich aus dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit rechtfertigen lassen,

zu diesem hier nicht weiter interessierenden Konflikt bei der infektionsbedingten Schließung von Kulturstätten etwa VGH München (20. Senat), Beschluss vom 16.11.2020 – 20 NE 20.2601.

In solchen Konstellationen geht es nicht um die spezifische Konstellation der öffentlichen Kunstförderung, sondern um die Anwendung einer allgemeinen gesetzlichen Befugnisnorm auf einen Sachverhalt, in dem die Kunstfreiheit einschlägig ist.

Etwas anderes gilt im Rahmen der staatlichen Kunstförderung selbst, wenn Staatsorgane also in einem organisationsinternen und kunstspezifischen Handlungsrahmen intervenieren oder zu intervenieren vorgeben. Auch dafür zwei Beispiele: Der Gemeinderat beschließt, ein bestimmtes umstrittenes Stück vom Spielplan des Städtischen Theaters zu nehmen und beauftragt den zuständigen Magistratsbeamten mit der Umsetzung. Das Kultusministerium fordert den Direktor eines staatlichen Museums zu Haushaltsdisziplin auf.

Bei der Prüfung solcher Maßnahmen wird es in der Regel um die Frage gehen, ob überhaupt ein Eingriff in den Schutzbereich vorliegt. Wenn dies der Fall ist, dürfte es an einer Rechtfertigung fehlen, schon weil keine parlamentsgesetzliche Grundlage vorliegt, derer es für den Normalfall der staatlichen Förderung nach herrschender Ansicht nicht, für den Eingriff aber schon bedarf,

zum grundsätzlich fehlenden Parlamentsvorbehalt in der Leistungsverwaltung BVerfGE 8, 155 Rn. 73 ff, BVerwG, Beschluss vom 11. Dezember 2003 – 6 B 60/03 –, Rn. 7, wobei sich das Bundesverfassungsgericht aber zunehmend vom Eingriffskriterium abwendet und auf die Grundrechtsrelevanz abstellt, BVerfGE 40, 237 Rn. 34; BVerfGE 41, 251 Rn. 34; dazu und ebenfalls einen „Totalvorbehalt“ ablehnend *Kotzur*, MK GG, Art. 20 Rn. 155; *Ossenbühl*, HdStR § 101 Rn. 25, 31, 49; für die Wirtschaftsverwaltung *Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 494 ff. Zu den Besonderheiten für die kommunale Kunst- und Kulturförderung *Weck*, Verfassungsrechtliche Legitimationsprobleme öffentlicher Kunstförderung aus wirklichkeitswissenschaftlicher Perspektive, S. 175 ff.

In aller Regel dürfte es aber an einer materiellen Rechtfertigung fehlen.

Praktisch geht es bei der Prüfung solcher Maßnahmen weniger um die Kontrolle von Gesetzlichkeit und Verhältnismäßigkeit, sondern um die Frage, ob die Kunstfreiheit in ihrem Schutzbereich berührt ist oder nicht. In unserem ersten Fall ist dies klar gegeben. Das Verbot betrifft den künstlerischen Programmbereich, in den die politischen Organe nicht eingreifen dürfen, ohne die Kunstfreiheit zu verletzen. Der Beschluss des Gemeinderats verstößt gegen das Grundgesetz und ist damit nichtig. Im zweiten Fall ist dies anders: Die Einhaltung des Haushaltsplans gehört zu den allgemeinen Pflichten jeder staatlichen Organisation. Das Bestehen auf dessen Einhaltung berührt keine künstlerischen Gestaltungsfreiheiten, ja gar keinen grundrechtlichen Schutzbereich.

Aus dem Grundrechtsschutz folgt also der Schutz der künstlerischen Gestaltungsfreiheit in der Programmarbeit, dessen Kehrseite ein staatliches Identifikationsverbot bei der Wahrnehmung seiner Kulturverantwortung ist,

zu dieser nur wenigen Grenzen unterliegenden Programmautonomie *Hewig*, BayVBl. 1977, 35 (38); *Karpen/Hofer*, VerwArch 81, 557 (577); *Kunig*, DÖV 1982, 765 (767 f.); *Repkewitz*, VerwArch 81, 578 (581). Zum Identifikationsverbot *Bethge*, Sachs GG, Art. 5 Rn. 190; *Palm*, Öffentliche Kunstförderung zwischen Kunstfreiheitsgarantie und Kulturstaat, S. 191 f.; *Steiner*, VVDStRL 42, 7 (29); *Weck*, Verfassungsrechtliche Legitimationsprobleme öffentlicher Kunstförderung aus wirklichkeitswissenschaftlicher Perspektive, S. 161 f.

Jenseits der oft schwierigen Frage, wie (hierarchisch) Kulturinstitutionen intern organisiert sein dürfen und können, sind die Beteiligten jedenfalls vor staatlichen Anweisungen zu den künstlerischen Inhalten geschützt: Der Staat kann grundsätzlich keine Vorgaben zu Programmen oder zur Auswahl von Künstlerinnen in eingerichteten Institutionen wie Theatern oder

Museen machen. Etwas anderes gilt bei der abstrakteren Planung spezifischer Förderprogramme und bei der Einstellung von Leitungspersonal. Solche Entscheidungen fallen in einen spezifischen Bereich der Kulturpolitik, in dem staatliche Stellen durchaus Spielräume haben, auch wenn sie sich künstlerisch beraten lassen müssen,

eingehender zum Problem, sogleich II.3.

Im Ergebnis dürfen unmittelbar staatliche Stellen damit für einmal eingerichtete Institutionen und Programme keine Inhalte determinieren. Sie dürfen nicht entscheiden, welche Stücke gespielt, welche Schauspieler besetzt, welche Personen zu Vorträgen eingeladen oder wessen Kunstwerke ausgestellt werden. „Der Staat hat die öffentliche Einrichtung und deren Verfahren so auszugestalten, dass Kunstfreiheit in ihnen real ermöglicht wird.“,

so *Hufen*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, 1. Aufl. 2011, § 101 Kunstfreiheit, S. 863.

Damit ergeben sich spezifische Schwierigkeiten bei der Beachtung des grundrechtlichen Interventionsverbots durch die Kulturverwaltung selbst. Zu prüfen ist, inwieweit spezifisch künstlerische Belange durch eine Entscheidung betroffen sind. Mit dem Interventionsverbot dürften sich daher auch bestimmte Organisationspflichten verbinden.

3. Pflicht zur Anwendung kunstimmanenter Kriterien

Auch wenn den Staat, wie gesehen, keine grundrechtlich herleitbare Pflicht trifft, bestimmte künstlerische Projekte zu fördern, sondern allenfalls eine allgemeine Pflicht zur Förderung der Kultur,

zur Herleitung des verfassungsrechtlichen Kulturauftrags *Grimm*, VVDStRL 42, 47 (63 ff.); *Mißling* hingegen spricht sogar von einer staatlichen „Kulturpflicht“, Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG als ein Grundrecht der Kunst, S. 245; eine verfassungsrechtliche Verpflichtung ablehnend *Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, S. 476 f.,

bindet er sich doch mit der Entscheidung zur Förderung der Kultur an bestimmte Maßstäbe. Aus dem grundrechtlichen Schutz der Kunst folgt damit auch, dass staatliche Entscheidungen, die den Bereich der Kunst betreffen, nach kunstimmanenten Kriterien getroffen werden müssen. Diese Schlussfolgerung ergibt sich aus der vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich anerkannten objektiven Dimension der Kunstfreiheit,

BVerfGE 119, 1 Rn. 62. Das Bundesverfassungsgericht spricht zwar in BVerfGE 36, 321 Rn. 40 vom Kulturstaat als „Staatszielbestimmung“, geht aber in Folgeentscheidungen wieder zur Umschreibung von Kulturstaatlichkeit als „objektive Wertentscheidung“ des jeweiligen Grundrechts über, etwa BVerfGE 111, 333 Rn. 134. Kritisch hinsichtlich einer grundrechtlichen Herleitung bei gleichem Ergebnis

Huster, aaO, S. 456, 471; *Lenski*, Öffentliches Kulturrecht, S. 92 f. Zum kunstimmanenten (qualitätsorientierten) Maßstab für die Kunstförderung im Einzelnen *Huster*, aaO., S. 441 ff., 481 ff. 487; *Starck/Paulus*, MKS GG, Art. 5 Abs. 3 Rn. 446,

die jenseits einer Eingriffskonstellation den Staat zu einer prozeduralen und organisatorischen Absicherung der Kunstfreiheit verpflichtet,

Häberle, AöR 110, 577 (610 f.); *Schreyer*, Pluralistische Entscheidungsgremien im Bereich sozialer und kultureller Staatsaufgaben, S. 138 f. Zu einem analogen Argument für die Wissenschaftsfreiheit s. BVerfGE 35, 79 Rn. 65 f.; BVerfGE 94, 268 Rn. 108.

Diese Verpflichtung betrifft das „Wie“ von Entscheidungen, zu deren „Ob“ seinerseits aber keine Pflicht besteht. Der Staat kein Museum errichten, kein dazu gehöriges Personal einstellen oder kein neues Förderprogramm für bildende Künstler einrichten. Grundsätzlich können demokratische Organe kunst- und kulturpolitische Entscheidungen treffen und sind dabei auch keinem Neutralitätsmaßstab verpflichtet,

Huster, Neutralität, S 461; *Palm*, Öffentliche Kunstförderung zwischen Kunstfreiheitsgarantie und Kulturstaat, S. 192 f.; *Weck*, Verfassungsrechtliche Legitimationsprobleme öffentlicher Kulturförderung aus wirklichkeitswissenschaftlicher Perspektive, S. 165.

Demokratische Politik muss auch in diesem Bereich politisch motivierte Gestaltungsmöglichkeiten haben, die nicht in der Ausführung von fachlicher Beratung aufgeht.

Wenn sich demokratische Organe aber dafür entscheiden, bestimmte kulturelle Projekte zu fördern, müssen sie sicherstellen, dass bei der Umsetzung einer solchen Entscheidung kunstimmanente Kriterien zur Anwendung kommen. Aus dem Grundgesetz folgt insoweit eine umfassende Verpflichtung zu einer spezifischen Beratung und Kontrolle künstlerisch relevanter Entscheidungen. So wird die Programmatik eines neuen Museums oder die Einstellung einer neuen Direktorin für dieses Museum nicht ohne eine entsprechende wissenschaftliche oder künstlerische Begleitung erfolgen können. Die Form dieser Begleitung wird sich nicht im Detail aus der Verfassung herleiten lassen, sie kann durch eine ad-hoc-Kommission oder durch einen eigenen Beirat erfolgen. Diese Kommissionen müssen auch nicht in völliger Staatsfreiheit agieren,

zu Beteiligungsfragen im kulturverwaltungsrechtlichen Verfahren und insbesondere zum Problem gemischter Gremien *Lenski*, Öffentliches Kulturrecht, S. 430 ff.,

doch muss garantiert werden, dass die künstlerisch oder wissenschaftlich kompetenten Mitglieder innerhalb des Entscheidungsgremiums einen bestimmenden Einfluss ausüben und nicht einfach durch Mehrheitsentscheidung überspielt werden können,

Graul stellt unterschiedliche Modelle zur Verwirklichung dieser Voraussetzung dar, Künstlerische Urteile im Rahmen der staatlichen Förderungstätigkeit, S. 75 ff. Zum Pluralitätserfordernis *Schreyer*, Pluralistische Entscheidungsgremien im Bereich sozialer und kultureller Staatsaufgaben, S. 135 ff.; *Palm*, Öffentliche Kunstförderung zwischen Kunstfreiheitsgarantie und Kulturstaat, S. 193 ff. Kritisch hinsichtlich einer zwingend pluralistischen Verfahrensgestaltung *Huster*, aaO., S. 485.

Diese Beratungspflicht betrifft dann ausnahmslos alle Entscheidungen von entsprechender Bedeutung, also etwa nicht nur die Ernennung von künstlerischem Leitungspersonal, sondern auch die Verlängerung von deren Amtszeiten.

4. Pflicht zur organisatorischen Unterscheidbarkeit der künstlerischen Ebene

Grundsätzlich würde es die Direktionskraft des Verfassungsrechts überfordern, wenn man versuchte, aus diesem eine Organisationsverfassung des öffentlichen Kulturbetriebs herzuleiten. Jenseits der klar geltenden Pflicht zur ästhetisch informierten Entscheidung lassen sich dafür aber zwei normative Maßgaben benennen:

Die künstlerische Unabhängigkeit von Institutionen, die nicht projektförmig operieren, hängt, *zum Ersten*, auch von den Laufzeiten der Beschäftigungsverhältnisse ab. Der Staat ist hier durchaus frei, sollte aber im Regelfall beachten, dass die Verwirklichung einer künstlerischen Programmatik einer bestimmten Zeit bedarf. *Zum Zweiten* werden Eingriffe in die Kunstfreiheit oft nicht direkt, sondern verdeckt erfolgen, namentlich *im Gewand der Einhaltung allgemeiner Regeln*. Die Abgrenzung zwischen der staatlich-administrativen und der künstlerischen Ebene kann im Einzelfall zu einem Problem werden. Künstlerische Entscheidungen haben, wie gesehen, immer auch eine administrative Seite, für deren Sicherstellung eine staatliche Entscheidungsebene vorgesehen ist, namentlich eine kaufmännische Leitung. Diese ist, weil sie keine künstlerischen (oder im Museum wissenschaftlichen) Aufgaben wahrnimmt, der allgemeinen ministerialen Aufsicht unterworfen. Zwischen diesen beiden Ebenen besteht grundsätzlich keine Hierarchie. Die künstlerische Freiheit umfasst nicht das Recht, Haushaltsregeln zu verletzen – und umgekehrt darf die allgemeine Verwaltung ästhetische Entscheidung auch nicht indirekt steuern. An dieser Schnittstelle besteht praktisch immer die Gefahr der staatlichen Steuerung des künstlerischen Bereichs über die administrative Ebene, die durch eine klare Unterscheidbarkeit beider Bereiche beschränkt werden muss, wenn auch nicht völlig ausgeräumt werden kann. Jedenfalls ist dafür Sorge zu tragen, dass die künstlerische Ebene organisatorisch eigenständig ausgestaltet ist,

diese Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen organisatorischen Maßnahmen und Eingriffen stellen auch *Starck/Paulus* fest, MKS GG, Art. 5 Abs. 3 Rn. 419. Ähnlich *Hewig*, BayVBl. 1977, 35 (38); *Kunig*, DÖV 1982, 765 (768).

5. Keine gesellschaftliche Gruppenrepräsentation im Bereich der Kunstfreiheit

Das Verbot der Einflussnahme in künstlerische Angelegenheiten betrifft nicht nur den Staat, sondern auch nichtstaatliche Institutionen, die sich nicht auf die Kunstfreiheit berufen können. Wenn der Schutz der Kunstfreiheit eröffnet ist, kann der Staat Programmentscheidungen nicht unter den Vorbehalt einer Mitentscheidung anderer nichtkünstlerischer Gruppen stellen. Vergleichbar mit der aus der Wissenschaftsfreiheit staatlicher Hochschulen hergeleiteten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Hochschulräten,

BVerfGE 127, 87 Rn. 92 ff.,

gilt auch für die Kunstfreiheit: Künstlerisch relevante Entscheidungen müssen von entsprechend qualifizierten Personen getroffen werden. Die grundrechtlich geschützte Autonomie der Kunst darf nicht durch andere Repräsentationslogiken unterminiert werden.

III. Verfassungsrechtliche Pflichten im Bereich öffentlicher Kunstförderung

Die Darstellung hat sich bisher auf Tatbestand (I.) und Rechtsfolge (II.) der Kunstfreiheit und verwandter Grundrechte im Bereich der öffentlichen Kunstförderung fokussiert. Externe Pflichten zu allgemeiner Legalität wurden dabei gewürdigt, zugleich erwiesen sich diese als gewissermaßen kunstspezifische Einschränkungen, die damit neben dem eigentlichen Bereich der Kunstfreiheit angesiedelt waren. Die nun zu klärende Frage lautet demgegenüber, inwieweit die staatliche Seite der Kunstorganisation verfassungsrechtliche Pflichten gegenüber der künstlerischen Seite treffen, die im Ergebnis die Ausübung der Kunstfreiheit beschränken würden.

1. Kehrseite der Freiheit: öffentliche Verantwortlichkeit der Programmbeauftragten

Ihr Grundrechtsschutz stellt Kunstschaffende in staatlichen Kulturinstitutionen, insbesondere auf der Leitungsebene, nicht von jeder Verantwortlichkeit gegenüber dem Staat und der Öffentlichkeit frei. Ihre Verantwortung gegenüber der Öffentlichkeit manifestiert sich in der öffentlichen Auseinandersetzung über ihre künstlerischen Praktiken, im weitesten Sinne in der Kritik. Schon aus diesem Grund schulden sie der Öffentlichkeit Transparenz über Entscheidungsvorgänge im Rahmen der Informationsfreiheitsregeln. Auf die Kunstfreiheit werden sie sich, ohne dass diese Frage hier genauer zu klären wäre, gegenüber Informationsanfragen der Öffentlichkeit in aller Regel nicht berufen können, weil diese keine einschränkende Wirkung auf künstlerische Tätigkeiten haben.

Diese künstlerische Verantwortlichkeit wäre ohne eine entsprechend geschützte Freiheit gar nicht möglich. Künstlerinnen, die scharf öffentlich kritisiert werden und sich deswegen über „Zensur“ oder „öffentlichen Druck“ beklagen, zeigen damit an, dass sie ihre informelle Verantwortung in einer offenen Gesellschaft nicht annehmen. Rechtlich bleibt diese Klage irrelevant.

Diese Verantwortung ist – darin der politischen Verantwortung ähnlich – nicht durch Recht sanktioniert, aber durch Recht konstituiert. Nur weil den Programmbeauftragten die Rechtsmacht übertragen wurde, künstlerische Entscheidungen mit öffentlichen Mitteln zu verwirklichen, ist es möglich, sie für diese Entscheidung zur Verantwortung zu ziehen. Damit zieht das Recht aber auch der Weiterdelegation von künstlerischer Verantwortung gewisse Grenzen. Beispielhaft am Fall der *documenta fifteen*: Die Konzeption der künstlerischen Leitung durch das indonesische Künstlerkollektiv ruangrupa sah die Auswahl von anderen Künstlerinnen und Kollektiven vor, die ihrerseits weitere Künstler und Künstlergruppen auswählten,

documenta fifteen, Handbook, 2022, S. 21.

Diese Subdelegation bleibt aber in der Verantwortung von ruangrupa, schon weil ihre Entscheidung die notwendige Bedingung der weiteren Entscheidungen darstellt. Die im Fall der *documenta* vorgesehene Berichtspflicht der künstlerischen Leitung gegenüber der Geschäftsführung, wird durch dieses Vorgehen nicht in Frage gestellt. Dass damit künstlerische und rechtliche Verantwortungskonzeption nicht gleichlaufen, ist gewollt. Deswegen steht es künstlerischen Beobachterinnen von außen natürlich auch frei, sich das Konzept des Kollektivs zu eigen zu machen und dessen Verantwortung zu bestreiten.

Eine stärker formalisierte Verantwortlichkeit besteht auch gegenüber den staatlichen Stellen, die sich etwa vorbehalten können, die Zusammenarbeit unter bestimmten Bedingungen, freilich durch die Kunstfreiheit sehr eng begrenzten Bedingungen,

dazu unten III.3.b und c,

nicht fortzusetzen. Im Kern künstlerischer Betätigung ist eine formalisierte Verantwortlichkeit schwer denkbar, weil dies voraussetzen würde, dass staatliche Stellen verbindliche ästhetische Urteile fällen und gegenüber Trägerinnen der Kunstfreiheit durchsetzen könnten. Eine sanktionierbare Verantwortlichkeit wird vornehmlich hinsichtlich der Einhaltung allgemeiner gesetzlicher Pflichten und Haushaltsfragen gelten,

zum Kernbereich künstlerischer Betätigung im Einzelnen und seine vornehmliche Begrenzung durch Haushalts- und Informationspflichten *Hewig*, BayVBl. 1977, 35 (38 ff.).

Zugleich dient die Etablierung einer eigenen, möglichst klar abgegrenzten,

dazu oben II.4,

Verwaltungsebene aber eben auch dazu, die künstlerische Seite von dieser Verantwortung zu entlasten.

Umgekehrt schließt die informelle künstlerische Verantwortung aus künstlerischer Freiheit eine politische Verantwortung staatlicher Organe für künstlerische Inhalte aus. Solange die administrative und politische Leitung keine künstlerischen Gestaltungsaufgaben wahrnimmt, kann sie für künstlerische Inhalte nicht zur Verantwortung gezogen werden. Wie wir gesehen haben, gibt es aber auch einen weiten Bereich kulturpolitischer Gestaltungsmöglichkeit, für den politische Verantwortung übernommen werden muss. Diese Verantwortung endet aber dort, wo die Kunstfreiheit beginnt. Politisch verantwortlich kann man nur für Vorgänge gemacht werden, auf die man rechtmäßig hätte Einfluss nehmen können.

2. Formelle Verantwortlichkeit der staatlichen Kulturverwaltung: Adressaten

Die staatliche Kulturverwaltung darf sich, wie gesehen, nicht auf die Kunstfreiheit berufen, sie ist vielmehr durch diese wie durch andere öffentlich-rechtliche Sonderbindungen verpflichtet, die die künstlerische Seite nicht treffen. Als staatliche Kulturverwaltung zählen dabei – dies ist gesichert – alle zur Staatsorganisation zählenden Einheiten unabhängig von ihrer Rechtsform,

zur Grundrechtsbindung (auch) der privatförmigen Verwaltung BVerfGE 128, 226 Rn. 48; *Becker*, NVwZ 2018, 1385 (1391); umfassend zum Ausmaß der Bindung im Einzelnen *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, S. 212 ff.; *Muckel*, VVDStRL 79, 245 (273); zur Bindung der staatlichen Kulturverwaltung *Hufen*, Die Freiheit der Kunst in staatlichen Institutionen, S. 183.

also das Kultusministerium, die Bundesbeauftragte für Kultur und Medien, aber ebenso Geschäftsführung und Organe der documenta eGmbH, deren Gesellschafter ausschließlich Gebietskörperschaften sind.

3. Antisemitismus

a) *Materielle Pflichten: Art. 3 Abs. 3 GG und politische Vorgaben*

Dass staatliche Behörden grundsätzlich dazu verpflichtet sind, gegen Antisemitismus vorzugehen, ergibt sich verfassungsrechtlich aus dem speziellen Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG, der nach herrschender Ansicht mit dem Verbot zu „rassischer“ Diskriminierung auch antisemitische Diskriminierungen ausschließt,

BVerfGE 144, 20 (541); *Baer/Markard*, MKS-GG, Art. 3 Abs. 3 Rn. 470; *Boysen*, MK GG, Art. 3 Rn.182.

Aus diesen Diskriminierungsverboten entsteht ein verfassungsrechtlicher Auftrag, selbst nicht zu diskriminieren und Diskriminierung durch andere zumindest nicht zu fördern,

neben dieser abwehrrechtlichen Dimension eine konkrete Schutzpflicht sowie Drittwirkungscharakter ablehnend *Britz*, VVDStRL 64, 355 (364); *Heun*, Dreier GG, Art. 3 Rn. 139; *Langenfeld*, Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 3 Abs. 3 Rn. 83 ff. Offener *Baer*, ZRP 2002, 290; *Straßmair*, Der besondere Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 3 Satz. 2 GG, S. 158.

Doch enthält dieser verpflichtende Auftrag wie immer im Rechtsstaat nicht zugleich die Mittel und Befugnisse seiner Umsetzung. Diese bedürfen einer eigenen gesetzlichen Grundlage und müssen für sich verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden.

Neben diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben, die staatliche Behörden unmittelbar verpflichten, sind Behörden an die politischen Vorgaben gebunden, die ihnen namentlich durch die demokratisch legitimierte Regierungsspitze vorgegeben wird. Die von der aktuellen Bundesregierung wie auch von ihrer Vorgängerin formulierte besondere historische Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland gegenüber dem Staat Israel,

vgl. nur Rede von Bundeskanzlerin Merkel vom 18. 3. 2008 vor der Knesset, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/bulletin/rede-von-bundeskanzlerin-dr-angela-merkel-796170>; Pressekonferenz Bundeskanzler Scholz mit dem israelischen Premierminister v. 12. 9. 2022 <https://www.bundeskanzler.de/bk-de/aktuelles/pressekonferenz-von-bundeskanzler-scholz-und-dem-ministerpraesidenten-des-staates-israel-lapid-am-12-september-2022-in-berlin-2125198>,

ist eine für staatliche Stellen verbindliche politische Einstellung, deren Beachtung Teil der sachlichen demokratischen Legitimation ihres Handelns darstellt, auf das sie nach Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG verpflichtet sind,

dazu *Böckenförde*, HdStR § 24 Rn. 21 f.; *Möllers*, § 5 Demokratie, Rn. 36, in: Masing, Handbuch des Verfassungsrechts.

Antisemitisches und antisraelisches Handeln sind damit für staatliche Behörden normativ doppelt ausgeschlossen. Wie auch sonst bei der Garantie von Grundrechten und Staatszielen muss dieses Gebot aber auch im Rahmen der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung und in Ausgleich mit anderen Verfassungsgütern verfolgt werden.

Dies wirft zunächst die Frage auf, ob Äußerungen antisemitischen Inhalts, seien sie bloße Meinungskundgebungen oder ästhetisch formalisiert dem Schutz der Meinungs- oder der Kunstfreiheit unterfallen. Während diese Frage für den Bereich der Kunstfreiheit nicht gerichtlich geklärt ist, findet sich eine ergiebige Rechtsprechung für den Bereich der Meinungs-

freiheit (b), die sich auch für den Bereich der Kunstfreiheit verallgemeinern lässt (c). Besonders ist dabei der BDS-Beschluss des Deutschen Bundestages zu beachten (d). Abschließend ist aus Gründen der Übersichtlichkeit eine kurze Zwischenbilanz zu ziehen (e).

b) Reichweite der Meinungsfreiheit bei antisemitischen Äußerungen

Um die einigermaßen gefestigte Rechtslage zur Reichweite der Meinungsfreiheit darzustellen, bietet sich im Ausgangspunkt eine jüngere Kammerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts an. In dieser ging es um die strafrechtliche Verurteilung einer Person wegen Volksverhetzung nach § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB, weil diese den Vorsteher einer jüdischen Gemeinde verunglimpft hatte. Die Kammer hielt die Verurteilung im Ergebnis aufrecht und stellte dabei namentlich fest, dass diese mit der Garantie der Meinungsfreiheit vereinbar sei. Die strafrechtliche Regel sei ein allgemeines Gesetz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG. Bei dieser Gelegenheit formulierte die Kammer noch einmal den Rahmen der grundgesetzlich geschützten Meinungsäußerungsfreiheit im Kontext eines strafbaren antisemitischen Vorfalls. Die Feststellungen in diesem Verfahren werden hier eingehender zitiert, weil sie zum einen den Stand der Rechtsprechung kompakt zusammenfassen und zum anderen noch relativ neu sind.

Die Kammer stellte fest:

„Dabei gewährleistet Art. 5 Abs. 1 und 2 GG die Freiheit der Meinung als Geistesfreiheit unabhängig von der inhaltlichen Bewertung ihrer Richtigkeit oder Gefährlichkeit. Art. 5 Abs. 1 und 2 GG erlaubt nicht den staatlichen Zugriff auf die Gesinnung, sondern ermächtigt erst dann zum Eingriff, wenn Meinungsäußerungen die rein geistige Sphäre des Für-richtig-Haltens verlassen und in Rechtsgutverletzungen oder erkennbar in Gefährdungslagen umschlagen (BVerfGE 124, 300 <330>). Dies ist der Fall, wenn sie den öffentlichen Frieden als Friedlichkeit der öffentlichen Auseinandersetzung gefährden und so den Übergang zu Aggression oder Rechtsbruch markieren (vgl. BVerfGE 124, 300 <335>).

Für die Beurteilung von Äußerungen ist nach allgemeinen Grundsätzen ihre konkrete Wirkung im jeweiligen Kontext in Betracht zu nehmen. Dabei gebieten die besonderen Erfahrungen der deutschen Geschichte, insbesondere die damals durch zielgerichtete und systematische Hetze und Boykottaufrufe eingeleitete und begleitete Entrechtung und systematische Ermordung der jüdischen Bevölkerung Deutschlands und Europas, eine gesteigerte Sensibilität im Umgang mit der abwertenden Bezeichnung eines anderen als „Juden“, zumal wenn sie durch weitere pejorative Zusätze ergänzt wird. Insoweit wird in der Regel zu prüfen sein, ob hierin eine die Friedlichkeitsgrenze überschreitende Aggression liegt. Je nach Begleitumständen im Einzelfall, insbesondere wenn die sich äßernde Person ersichtlich auf eine Stimmungsmache gegen die jüdische Bevölkerung zielt, sich in der Äußerung mit der nationalsozialistischen Rassenideologie identifiziert oder die Äußerungen sonst damit in direktem Zusammenhang stehen, kann darin eine menschenverachtende Art der hetzerischen Stigmatisierung von Juden und damit implizit verbunden auch eine Aufforderung an andere liegen, sie zu diskriminieren und zu schikanieren (vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 6. September 2000 - 1 BvR 1056/95 -, Rn. 40; BGHSt 40, 97 <100>). Maßgeblich für die

Beurteilung einer Äußerung bleibt allerdings diese selbst und ihr unmittelbarer Kontext, nicht die innere Haltung oder die parteiliche Programmatik, die möglicherweise den Hintergrund einer Äußerung bilden (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 15. Mai 2019 - 1 BvQ 43/19 -, Rn. 11).“, BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 7. Juli 2020 - 1 BvR 479/20 -, Rn. 14 f.

In Übereinstimmung mit der weiteren Rechtsprechung in Fällen antisemitischer Äußerungen,

vgl. insb. BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 22. Juni 2018 – 1 BvR 2083/15; BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 9. November 2011 – 1 BvR 461/08.

ergibt sich so ein recht klares Bild:

Auch antisemitische Äußerungen sind grundsätzlich vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit umfasst. Ihre Beschränkung lässt sich aber unter bestimmten Bedingungen rechtfertigen,

Enders/Lange, JZ 2006 105 (108); *Grabenwarter*, Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 69; *Klausmann*, Meinungsfreiheit und Rechtsextremismus, S. 103. Zu den Parallelen zur Rechtsprechungslinie der EKMR bzw. des EGMR s. *Hong*, ZaöRV 2010, 73 (79), wobei Konflikte hier ebenfalls über eine Rechtfertigung nach Art. 10 Abs. 2 EMRK gelöst werden, vgl. etwa EKMR v. 16.07.1982, Nr. 9235/81, X ./ Deutschland. S. aber auch zur Abwägungsfestigkeit bei Berührung des Menschenwürdekerns, wobei die Annahme solcher menschenverachtenden Äußerungen äußerst hohen Anforderungen unterstellt wird, vgl. etwa BVerfG Beschl. v. 2.11.2020 – 1 BvR 2727/19 Rn. 18. Nach *Völmann* können sich solche Verletzungen auch adressat:innenunabhängig aus dem objektiven Gehalt der Menschenwürde ergeben, AöR 2018, 251 (258 ff.). Zu der teilweise sehr vagen Abgrenzung in der Rechtsprechung, *Lagodinsky*, Kontexte des Antisemitismus, S. 233 ff. (mit berechtigter Kritik an der Unterscheidung zwischen Eigenschaften und Verhalten bei der Determinierung von Antisemitismus). Mit Blick auf rassistische Äußerungen kritisch hinsichtlich dieser „weiten“ Rechtsprechung *Cremer*, ZRP 2017, 151 (151 ff.).

Hierbei sind die gesetzliche Ebene und die Anwendungsebene zu unterscheiden:

Auf der *gesetzlichen Ebene* bedarf ein Eingriff in die Meinungsfreiheit in jedem Fall einer parlamentsgesetzlichen Grundlage, die als „allgemeines Gesetz“ meinungsneutral gefasst sein muss,

zur einzigen Ausnahme von diesem Erfordernis, vgl. BVerfGE 124, 300 Rn. 52 ff. Diese Ausnahme umfasst allein die in § 130 Abs. 4 StGB unter Strafe gestellte Holocaust-Leugnung, also eine nachweislich falsche Tatsachenfeststellung. Dies begründet aber keine allgemeine Ausnahme in Bezug auf die Bewertung des Nationalsozialismus oder antisemitischer Äußerungen, BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 7. Juli 2020 – 1 BvR 479/20 –, Rn. 14. S. zur Bedeutung des Wunsiedel-Beschlusses für das Schutzbereichsverständnis der Meinungsfreiheit auch *Klausmann*, Meinungsfreiheit und Rechtsextremismus, S. 101 f.,

sich also nicht gegen bestimmte Meinungen richten darf, sondern alle Meinungen gleich behandeln muss. Dieses Gesetz muss zudem in der Sache durch verfassungsrechtliche Belange gerechtfertigt sein. In der Regel werden solche Belange entweder in den Persönlichkeitsrechten von Dritten und/oder in der Sicherung des öffentlichen Friedens liegen, deren Gefährdung sich aber aus einem gesonderten aktuellen oder konkret bevorstehenden Rechtsbruch ergeben muss. Eine mit wertenden Elementen verbundene Äußerung, das spricht das Gericht in dem obigen Zitat auch klar aus, ist also nicht als solche einschränkbar, weil sie antisemitischen Inhalts ist, sondern nur, wenn sie andere Rechtsverletzungen nach sich zieht oder im konkreten Fall nach sich ziehen kann,

so *Rossen-Stadtfeld*, BayVBl. 2009, 41 (43) und die Rechtsprechung oben.

Außerhalb dieses Rahmens sind gesetzliche Eingriffe in die Meinungsfreiheit auch bei als antisemitisch einzuordnenden Äußerungen verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt.

Auf der *Anwendungsebene* verweist das Gericht freilich auf die „besonderen Erfahrungen der deutschen Geschichte, insbesondere die damals durch zielgerichtete und systematische Hetze und Boykottaufrufe eingeleitete und begleitete Entrechtung und systematische Ermordung der jüdischen Bevölkerung Deutschlands und Europas“,

nochmals BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 7. Juli 2020 – 1 BvR 479/2, Rn. 15,

die zu berücksichtigen sind, wenn im Einzelfall zu prüfen ist, ob eine einschränkbare Meinungsäußerung, die zu Verfolgung oder Diskriminierung – und damit zu weiteren Rechtsguteinbußen – führt, vorliegt.

Als besonders schwierig erweist sich diese Einordnung bei neuen Formen des Antisemitismus, die keinen direkten Bezug zum Nationalsozialismus aufweisen sowie bei Formen des codierten Antisemitismus,

zu dieser Problematik etwa *Liebscher/Pietrzyk/Lagodinsky/Steinitz*, NJOZ 2020, 897 (900) sowie der Bericht des Unabhängigen Expertenkreises Antisemitismus, BT-Drs. 18/11970, S. 174 f.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht erscheint die Frage nach einer angemessenen Definition von Antisemitismus schwerlich aufzulösen, auch weil sich die verfassungsrechtlich entscheidungsrelevanten Fragen immer im Zusammenhang mit einer konkreten Rechtsverletzung oder Rechtsgefährdung stellen, also bei Konstellationen, in denen eine bestimmte aggressive Ausrichtung der Äußerung keine Fragen der angemessenen Auslegung aufwerfen dürfte.

In der zitierten Entscheidung nicht ausdrücklich formuliert, aber aus dem strafrechtlichen Kontext klar zu erschließen ist schließlich der Umstand, dass die hier in Frage stehende strafbare Handlungen einen konkreten Adressaten hatte, eben das Opfer der strafbaren Verunglimpfung, der in seinen Persönlichkeitsrechten beeinträchtigt und unter Umständen in seiner Sicherheit bedroht war. Die gesetzlichen Tatbestände, die eine strafbare Handlung darstellen, sind sehr häufig auf personale Rechtsgüter bezogen oder richten sich jedenfalls auf die Gefährdung einer konkret abgrenzbaren Personengruppe, die etwa, wenn der öffentliche Frieden in Frage steht, bedroht sein könnte,

BGH NJW 1958, 599; BVerfG NJW 2009, 3089; *Enders/Lange* weisen auf die strafbarkeitsbegrenzende Funktion dieses personalen Bezugs hin, die gleichzeitig ein Leerlaufen des Kriteriums des öffentlichen Friedens verhindere, JZ 2006 105 (108); *Klausmann*, Meinungsfreiheit und Rechtsextremismus, S. 77. *Sternberg-Lieben/Schittenhelm* weisen darauf hin, dass die Norm nicht vor bloß beunruhigenden Meinungen, sondern vor allem ein friedliches Zusammenleben schütze, Schönke/Schröder StGB, § 130 Rn. 1a.

c) *Anwendung auf die Kunstfreiheit*

Was bedeutet dies für die Anwendung auf den Bereich der Kunstfreiheit?

Auf einer *ersten Ebene* gelten für Kunst- und Meinungsäußerungen die gleichen Grundsätze. Insbesondere ist anerkannt, dass auch die Kunstfreiheit auf Grundlage eines materiell gerechtfertigten Gesetzes eingeschränkt werden darf,

siehe oben I.2.c).

Waren die oben entwickelten Maßstäbe auf den Fall einer strafbaren Handlung nach § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB bezogen, so gelten hier also für die Kunstfreiheit grundsätzlich die gleichen Vorgaben. Dabei ist aber auch zu beachten, dass das Vorliegen einer strafbaren Handlung in aller Regel einen Vorsatz voraussetzt, der sich aus der konkreten Äußerung ergibt. Das Gebot einer grundrechtsfreundlichen Auslegung von Äußerungen, wie wir es aus der Dogmatik der Meinungsfreiheit kennen, die im Zweifel einer Bedeutung den Vorrang einräumt, die keinen staatlichen Grundrechtseingriff rechtfertigen könnte,

oben I.2.d)

gilt auch für die Kunstfreiheit, weil der künstlerische Kontext sich häufig einer Festlegung auf eindeutige Aussagen entziehen wird,

zu dieser Auslegung im Zusammenhang mit antisemitischen Äußerungen s. etwa. LG Freiburg Urt. v. 6.6.2011 – 7 Ns 85 Js 4476/08-AK 129/10, obgleich sich

hieraus keine allgemeine Präponderanz von Meinungs- und Kunstfreiheit gegenüber anderen Freiheitsrechten ergibt, *Bethge*, FS-Kirchhof I, § 49 Rn. 3; *Ma-ckeprang*, Ehrenschatz im Verfassungsstaat, S. 211.

Die museale Aufbereitung von künstlerischen Positionen selbst schafft dabei besondere Herausforderungen. Wenn etwa eine Jahrzehnte alte künstlerische Position in einen Ausstellungszusammenhang gebracht wird, den die Künstlerin selbst nicht definiert hat, dann ist der Künstlerin die Bedeutung, die ein Werk im Kontext der Ausstellung annimmt, nicht mehr einfach zurechenbar. Umgekehrt bedeutet die Aufnahme eines Kunstwerks in eine Ausstellung durch einen Kurator nicht einfach eine Identifikation mit der vom Kunstwerk zum Ausdruck gebrachten Position. Der Kurator kann sich die Position zu eigen machen oder sich von ihr distanzieren. Schließlich ist auch die Position selbst nicht einfach mit einer Meinungskundgabe gleichzusetzen. Es bedarf, wie gesehen, einer formbezogenen kunstspezifischen Betrachtung,

oben I.2.d)

Das bedeutet auch, dass die für eine Beschränkung der Meinungs- wie der Kunstfreiheit festzustellende Betroffenheit anderer Rechtspositionen in einem künstlerischen Kontext nicht unbedingt einfacher festzustellen sein dürfte als im Kontext politischer Meinungsäußerungen. Sie muss jedenfalls die Zurechenbarkeit persönlichkeitsrechtsrelevanter Einbußen darlegen,

grundlegend zu diesen Zurechnungsfragen BVerfGE 82, 43 Rn. 33 f.; BGH, Urteil vom 14. Juni 2022 – VI ZR 172/20 Rn. 15 ff.; *Dinnwald*, JR 1965, 46 (47). *Davydov* weist darauf hin, dass sich persönlichkeitsrelevante Konflikte bei Entscheidungen der Kulturverwaltung durch eine kritische Distanzierung entschärfen ließen, VR 2021, 325 (331); *Grimm*, NJW 1995, 1697 (1700).

d) Die Bedeutung des BDS-Beschlusses des Deutschen Bundestages

Der Deutsche Bundestag hat am 17. 5. 2019 unter der Überschrift „BDS-Bewegung entschlossen entgegentreten – Antisemitismus bekämpfen“ einen Beschluss gefasst,

BT-Drucks. 19/10191

In diesem tritt der Bundestag der „Boycott, Divestment and Sanctions“-Bewegung (BDS) entgegen, die auch in Deutschland zum Boykott gegen Israel, und gegen israelische Waren, Dienstleistungen, und gegen die Einladung von Vertretern von Kunst, Wissenschaft und Sport aufruft. Der Beschluss wendet sich gegen den Boykottaufruf und fordert Gemeinden und andere öffentliche Körperschaften dazu auf, Projekte, die den BDS unterstützen, nicht zu fördern. Es sei, so der Beschluss, zu begrüßen, dass Gemeinden beschlossen hätten, der BDS-

Bewegung oder Gruppierungen, die die Ziele der Kampagne verfolgen, die finanzielle Unterstützung und die Vergabe von kommunalen Räumen zu verweigern.

(1) Rechtliche Bindungswirkung

Dieser Beschluss spielt in der politischen Diskussion eine wichtige Rolle, er wurde viel kritisiert und viel gepriesen. Vorliegend stellt sich allein die Frage, inwieweit der Beschluss, sei es durch Rechtsbindung, sei es faktisch von der staatlichen Kulturverwaltung zu beachten ist und geeignet erscheint, die Kunstfreiheit zu beschränken.

Beim BDS-Beschluss handelt es sich um einen sogenannten „schlichten Parlamentsbeschluss“, eine politische Äußerung des Parlaments, die nicht in den Kanon formalisierter Entscheidungen fällt, zu denen etwa Gesetzes- oder Geschäftsordnungsbeschlüsse gehören. In der Literatur wie in der Rechtsprechung ist allgemein anerkannt, dass solche schlichten Parlamentsbeschlüsse keinerlei normative Bindungswirkung entwickeln,

Achterberg, Parlamentsrecht, 1984, § 24, S. 747; *Groh*, MK GG, Art. 42 Rn. 35; *Klein*, HdStR § 50 Rn. 14; *Schliesky*, MKS GG, Art. 42 Rn. 54. *Butzer* AöR 1994, 61 (90 ff.). *Sellmann* will für die Frage der Bindungswirkung auch den parlamentarischen Willen nach Verbindlichkeit berücksichtigen, Der schlichte Parlamentsbeschluss, S. 39 f.

Da schlichte Parlamentsbeschlüsse nicht in den Rechtsformenkanon gehören, können sie auch keine einer Rechtsform zugewiesene normative Bindungswirkung erzeugen. Im Ergebnis ist daher klar – und allgemein wie auch für den konkreten Fall völlig unbestritten, dass ein solcher Beschluss auch staatliche Stellen nicht verpflichtet,

so auch VG Berlin, Urteil vom 7. Oktober 2021 – 2 K 79/20 –, Rn. 72; Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, WD 3 - 3000 - 288/20, S. 4 f.; *Schulz*, KommJur 2020, 245 (247 f.). Zur konsequenterweise auch fehlenden normativen Bindungswirkung kommunaler Anti-BDS-Beschlüsse Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 22. September 2020 – 49/19.VB-2 –, Rn. 25; VG Köln, Beschluss vom 12. September 2019 – 14 L 1765/19 –, Rn. 24.

Ein anderes Ergebnis ergibt sich auch nicht aus der demokratisch herausgehobenen Bedeutung des Deutschen Bundestags als einzigem direkt gewählten Organ des Bundes. Dessen herausgehobene Legitimation wird in der Ordnung des Grundgesetzes mit bestimmten Kompetenzen, namentlich zum Beschluss von formellen Gesetzen und zur Wahl des Bundeskanzlers, verbunden – sie kann rechtlich aber nur in Ausübung solcher Verfahren relevant werden,

entsprechend zum fehlenden Gewaltmonismus des Grundgesetzes BVerfG 49, 89 (125); 68, 1 (87).

Die vom Beschluss adressierten Behörden sind durch diesen also auch nicht informell gebunden. Theoretisch wäre es zwar möglich, dass die ministerialen Spitzen von Bund und Ländern verwaltungsinterne Vorgaben machen, um diesen Beschluss umzusetzen. Dazu besteht aber eben keine Pflicht. Solche Beschlüsse liegen zudem, soweit ersichtlich, nicht vor. Lügen sie vor, würde sich die Frage nach ihrer materiellen Rechtmäßigkeit stellen. Aus Gründen der bundesstaatlichen Verbandskompetenz könnte der Beschluss im Übrigen auch dann nur Bundesinstitutionen verpflichten, wenn man ihm eine solche Bindungswirkung zusprechen wollte.

(2) Faktische Wirkung und materielle Rechtmäßigkeit

Jenseits fehlender rechtlicher Bindungswirkung kann ein Beschluss des Deutschen Bundestages, insbesondere, wenn er wie dieser Handlungsempfehlungen formuliert, faktische Wirkungen entfalten,

zu den tatsächlichen Wirkungen schlichter Parlamentsbeschlüsse *Sellmann*, Der schlichte Parlamentsbeschluss, S. 44 ff.

Dies ist vorliegend auch der Fall. Gemeinden in verschiedenen Ländern haben sich auch unter Berufung auf den vorliegenden Beschluss geweigert, Personen mit „Nähe“ zum BDS öffentliche Einrichtungen zur Verfügung zu stellen.

Soweit diese Entscheidungen vor den Verwaltungsgerichten angefochten wurde – und dies ist, soweit ersichtlich in einigen Ländern der Fall – wurden sie aber allesamt von den Verwaltungsgerichten als rechtswidrig verworfen,

etwa BVerwG, Urteil vom 20. Januar 2022 – 8 C 35.20; VGH Hessen, 04.12.2020 - 8 B 3012/20; VGH München (4. Senat), Urteil vom 17.11.2020 – 4 B 19.1358; OVG Lüneburg, Beschl. V. 27.3.2019 – 10 EME 48/19; VG München, Beschluss vom 19. Juli 2021 – M 7 E 21.3679; VG Köln, Beschl. v. 12.9.2019- 14 L 1765/19; VG Oldenburg, Urt. V. 27.9.2018 – 3 a 2012/16.

Für das in München spielende Verfahren hat das Bundesverwaltungsgericht diese Entscheidung Anfang 2022 höchstgerichtlich bestätigt,

BVerwG, U. v. 22. 1. 2022 8C 35.20.

Der Zugang zu öffentlichen Einrichtungen steht nach deutschem Gemeinderecht grundsätzlich jedem offen. Eine Verweigerung dieses Zugangs durch eine Gemeinde, die sich nicht auf fehlende Ressourcen berufen kann, bedarf der materiellen Rechtfertigung. Für die Verwaltungsgerichte stellte der Hinweis auf den BDS-Beschluss oder eine Einschätzung der politischen Positionen des BDS in der Sache keine solche Rechtfertigung dar. *Formell* fehlt es auch

aus Sicht der Verwaltungsgerichte an einer Bindungswirkung. *In der Sache* sieht das Bundesverwaltungsgericht aus den folgenden Gründen in der ablehnenden Entscheidung einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die Meinungsfreiheit.

Zum Ersten sei das Kriterium der „Nähe“ nicht ausreichend bestimmt, um ein bestimmtes Weltbild der Antragsteller, die öffentliche Räume nutzen wollten, unterstellen zu können. Vielmehr bedürfe es einer konkreten Analyse im Einzelfall, um bestimmte weltanschaulichen Prägungen der Antragsteller anzunehmen. Das bedeutet, dass es konkreter Anhaltspunkte bedarf, um eine bestimmte, etwa antisemitische, Einstellung zu unterstellen.

Zum Zweiten erlaube der Hinweis auf ein solches Weltbild aber auch keinen Eingriff in die Meinungsfreiheit, solange mit diesem keine strafbaren Handlungen oder Gefährdungen des öffentlichen Friedens verbunden werden könnten,

BVerwG, aaO., Rn. 20.

Diese Begründung entspricht in ihrem zweiten Teil der oben vorgestellten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Meinungsfreiheit,

oben III.3.b.

Sie passt sich zudem nahtlos in eine breite Rechtsprechungslinie zum Zugang zu öffentlichen Einrichtungen ein, die als unbestritten gelten kann. Fälle, in denen Vereinigungen mit zweifelhaften oder diskriminatorischen Ansichten öffentliche Räume nutzen können, sind in der deutschen Rechtsordnung keine Seltenheit,

besondere Bedeutung hat diese Rechtsprechung vor allem auch bei der Frage des Zugangs politischer Parteien zu kommunalen Einrichtungen. Umfassend hierzu *Gassner*, *VerwArch.* 1994, 533; *Köster*, *KommJur* 2007, 244.

Im Ergebnis führt dies dazu, dass der Beschluss als informeller Ausdruck des politischen Willens des Deutschen Bundestags zwar zulässig ist, aber zum einen keinerlei Bindungswirkung entfaltet und zum anderen wegen Verstoßes gegen die Meinungsfreiheit verfassungswidrig wäre, würde er eine solche entfalten,

so auch *Schulz*, *KommJur* 2020, 245 (247); Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, WD 3 - 3000 - 288/20, S. 6.

(3) Bedeutung für den Bereich der Kunstfreiheit

Grundsätzlich lassen sich Erkenntnisse aus dem Bereich der Meinungsfreiheit, wie wir gesehen haben, auch auf die Kunstfreiheit übertragen. Dies gilt ohnehin für die allgemein fehlende

Bindungswirkung des Beschlusses. Es gilt auch für die materielle Einschränkung des Grundrechts,

oben I.2.c).

Ein praktisch bedeutsamer *Unterschied* besteht aber darin, dass im Bereich der Kunstfreiheit in der Regel keine Ansprüche auf Nutzung einer öffentlichen Einrichtung bestehen. Museen und Theater sind anders als Stadthallen und Gemeindesäle keine Einrichtungen, zu denen grundsätzlich alle Bürgerinnen Zugang haben, um eigene Produktionen vorzustellen oder aufzuführen. Ihre Nutzung steht unter dem Vorbehalt einer vorgängigen künstlerischen Entscheidung.

Dies führt im Ergebnis auf der einen Seite dazu, dass Personen, denen BDS-Nähe unterstellt werden kann, *ebenso wenig* ein Anspruch auf Nutzung einer öffentlichen Kulturinstitution zusteht *wie allen anderen* auch. Es führt auf der anderen Seite auch dazu, dass dieses Kriterium jedenfalls nicht als ein legitimer Grund für den Ausschluss verwendet werden kann, wenn Entscheidungen in einem kunstimmanenten Rahmen zu treffen sind,

dazu oben II.3.

Das bedeutet, dass BDS-Angehörige wie andere auch keinen Anspruch auf Zugang zu einer öffentlichen Kultureinrichtung zum eigenen Gebrauch haben, dass aber der Hinweis auf diese Zugehörigkeit als solcher auch keine hinreichende Rechtfertigung darstellt, um diese bei einer kunstbezogenen Verteilungsentscheidung auszuschließen. Dies wiederum zum einen, weil der Hinweis keinen Kunstbezug hat, zum anderen, weil er, wie die Rechtsprechung, die sich hier auf bekannten Pfaden bewegt, festgestellt hat, ein solches Kriterium keine Eingriffe in die Freiheitsrechte rechtfertigt.

e) *Zwischenergebnis*

Staatliche Maßnahmen gegen antisemitische Äußerungen setzen eine Verletzung oder konkrete Gefährdung von Rechtspositionen voraus. In diesen Schranken bewegt sich auch die Ausübung der Kunstfreiheit. Jenseits der Schwelle des Eingriffs in die Kunst- oder die Meinungsfreiheit ergibt sich aber eine verfassungsrechtliche Pflicht des Staates, Antisemitismus vorzubeugen und diesen nicht zu fördern. All dies gilt auch für rassistische Äußerungen. Aus diesem Nebeneinander ergibt sich eine Spannung zwischen der staatlichen Organisation kommunikativer Freiheitsausübung und der staatlichen Pflicht, bestimmte Formen der Kommunikation nicht zu fördern. Dieser Konflikt lässt sich mit Mitteln des Rechts kleinarbeiten, aber

nicht völlig auflösen. Dies ist der Punkt, an dem, wie in der Einleitung formuliert, gegenläufige Logiken verarbeitet werden müssen, damit aber auch glatte Lösungen versagen.

4. Konflikt der verfassungsrechtlichen Maßgaben und Verfahren ihrer Auflösung

Resultat der vorliegenden Analyse ist ein normativer Widerspruch zwischen der Kunstfreiheit im Rahmen staatlicher Kunstförderung und der Durchsetzung verfassungsrechtlich gebotener und oder demokratisch legitimierter Interessen des Staates. Beispiele liefert eben das Verbot der Förderung von Rassismus und Antisemitismus, auf das staatliche Stellen verpflichtet sind. Dieser Konflikt spitzt sich in der Frage zu, welche Handlungsoptionen eine staatliche Behörde hat, wenn im Rahmen öffentlicher Kunstförderung entsprechende Äußerungen exponiert werden. Dabei muss der Staat grundsätzlich seine genannten Pflichten und die Kunstfreiheit zu einem Ausgleich bringen, der den Grundlagen der Verhältnismäßigkeit unterliegt. Dies impliziert eine Verpflichtung auf geeignete, erforderliche und angemessene Mittel und eine gewichtige verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Rechtfertigung eines Eingriffs.

a) Pflicht zur Unterbindung von Straftaten

Keine Probleme ergeben sich im Fall einer strafbaren Äußerung. Mit der Strafbarkeit endet der Schutzbereich des Grundrechts. Mit dem Ende des Grundrechtsschutzes eröffnet sich die staatliche Zugriffsmöglichkeit auf die künstlerische Praxis. Das bedeutet, dass die Kunstfreiheit kein Recht auf das Zeigen von Werken schützt, die namentlich die Rechte anderer in strafbarer Art und Weise verletzen oder den öffentlichen Frieden ebenso gefährden. Damit die Kunstfreiheit durch das Strafrecht nicht ausgehöhlt wird, unterliegt aber sowohl der gesetzliche Straftatbestand als auch dessen Anwendung im Einzelfall einer verfassungsrechtlichen Kontrolle, bei der sichergestellt wird, dass die betroffenen Grundrechte Berücksichtigung finden.

b) Befugnis und Pflicht zur öffentlichen Missbilligung und ihre Grenzen

Der Ausgleich zwischen Kunstfreiheit und staatlicher Verpflichtung kann darin bestehen, dass staatliche Organe sich zu problematischen künstlerischen Praktiken öffentlich verhalten.

(1) Rechtfertigung

Auch staatliche Äußerungen seien sie beschreibender, seien sie wertender Art stehen unter dem Vorbehalt der Grundrechte. Staatliche Behörden können entsprechend nicht einfach

Werturteile über künstlerische Werke äußern. Ebenso wenig können sie ohne weitere Rechtfertigung Personen oder Objekte als antisemitisch oder rassistisch bewerten,

Gärditz, Mandat zu Meinungspflege?: Zur rechtlichen Stellung der „Beauftragten der Bundesregierung“, *VerfBlog*, 2020/12/28, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/mandat-zu-meinungspflege/>, zuletzt abgerufen am 23.09.22. Zur Rechtfertigungsbedürftigkeit und den konkreten Grenzen grundrechtsrelevanter hoheitlicher Äußerungen BVerfGE 105, 252 Rn. 49 ff.; BVerfGE 105, 279 Rn. 53 f.; *Martini/Kühl*, JURA 2014, 1221 (1225 f.); *Milker*, JA 2017, 647 (647 ff.); *Spitzlei*, JuS 2018, 856 (856 f.) Zu den unterschiedlichen Logiken staatlicher und privater Kommunikationsakte *Gusy*, *Transparenz der Verwaltung und Informationszugangsfreiheit*, in: *Voßkuhle/Eifert/Möllers*, *Grundlagen des Verwaltungsrechts* Bd. II, 2022, § 23 Rn. 12.

Im Fall antisemitischer Exponate im Kontext öffentlicher Ausstellungen eröffnet sich aber die Befugnis der zuständigen Stellen, Antisemitismus beim Namen zu nennen,

BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 17. August 2010 – 1 BvR 2585/06 Rn. 23.

Die Berufung auf Grundrechte steht zwar nur Grundrechtsträgern zu. In einem geklärten Fall antisemitischer Exponate hat der Staat aber die Befugnis und die Verpflichtung, nicht nur eine zutreffende Beschreibung des Vorgangs, sondern auch eine kritische Bewertung abzugeben und sich damit von den durch ihn ermöglichten Inhalten in der Sache zu distanzieren. Entsprechend der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unterliegt eine solche öffentliche Distanzierung dann auch nicht dem Gesetzesvorbehalt, sondern gehört zum allgemeinen politischen Äußerungsrecht der zuständigen Behörden,

BVerfGE 105, 279 Rn. 82; BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 17. August 2010 – 1 BvR 2585/06 Rn 24.

(2) Inhaltliche Grenzen

Inwieweit Äußerungen öffentlicher Stellen allgemeinen Neutralitätspflichten unterfallen, ist im Moment Gegenstand einer hoch umstrittenen Diskussion, die hier jedoch nicht einschlägig sein dürfte. Vielmehr ergeben sich Grund und Grenzen der Äußerung hier relativ einfach aus der Sache: Die Äußerung ist durch die Pflicht zur Erfüllung eines verfassungsrechtlichen Auftrags gerechtfertigt. In der Sache wird sich eine Äußerung auf diese Rechtspflicht beziehen und daher entsprechend keinerlei ästhetische oder moralische Einordnung vornehmen,

wobei sich argumentieren ließe, dass beide hier nicht gleichzusetzen und auch eine ästhetische Beurteilung nicht per se ausgeschlossen sei, dazu eingehend *Huster*, *Neutralität*, S. 481 ff.

(3) Richtige Zurechnung

Angesichts des gerade in künstlerischen Praktiken oft komplexen Nebeneinanders verschiedener Bedeutungsebenen,

dazu oben, I.2.d),

ist es wichtig, bei distanzierenden Äußerungen auf die richtige Zurechnung von Kritik zu achten. Dies ist nicht nur eine Frage der sachlichen Klarheit, sondern auch der normativ vorgegebenen Verantwortungszurechnung. Steht der Vorwurf des Antisemitismus oder des Rassismus im Raum, so muss deutlich werden, wem er gemacht wird und damit auch bereits als Vorfrage, auf welche Bedeutungsebene einer künstlerischen Form er sich beziehen soll. Andernfalls bleibt die Kritik diffus und trifft unter Umständen die Falschen – mit entsprechenden Konsequenzen für die sich hier schnell engziehenden Grenzen der Legalität.

c) Verbot der Vorab-Kontrolle und Pflicht zur vorbeugenden informellen Abstimmung

Wie im Zensurverbot des Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG niedergelegt, unterliegen staatliche Vorabkontrollen grundrechtlich geschützter Kommunikation anspruchsvolleren verfassungsrechtlichen Hürden als eine an eine Äußerung anschließende Sanktion. Auch wenn das Zensurverbot nicht unmittelbar auf die Kunstfreiheit anwendbar ist, sind entsprechend erschwerte Rechtfertigungslasten doch für den Bereich der Kunst anerkannt,

Bethge, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 5 Rn. 129; *Kilian* spricht insofern von einem „allgemeinen Zensurverbot“, DÖV 2020, 1 (7 f.); *Schulze-Fielitz* begründen dies mit einem Erst-recht Schluss, in: Dreier, Grundgesetz, Art. 5 Abs. 1-2 Rn. 173; so auch *Löffler*, NJW 1969, 2225 (2226); *Nessel*, Das grundgesetzliche Zensurverbot, S. 205 f.; *Ott*, JuS 1968, 459 (462).

Das bedeutet, dass es staatlichen Stellen nicht erlaubt ist, jenseits der genannten Grenzen der Strafbarkeit oder der konkreten Gefährdung der öffentlichen Sicherheit in den Bestand einer Ausstellung einzugreifen, bevor diese der Öffentlichkeit gezeigt wurde.

Doch ist das Bild zu ergänzen: Die Freiheit der Kunst kann auch in Fällen rassistischer oder antisemitischer Tendenzen vor staatlichen Zugriffen schützen, sie schützt aber nicht vor jeder Art informeller staatlicher Einflussnahme, soweit für eine solche eine eigene Rechtfertigung besteht. Ganz im Gegenteil kann es in solchen Fällen vorkommen, dass die staatliche Kulturverwaltung die Pflicht trifft, sich mit einem Anliegen an die künstlerische Leitung zu wenden, auch wenn sie nicht die Befugnis hat, unmittelbar auf die künstlerische Praktik zuzugreifen. Dieses Nebeneinander von Sollen und Nicht-Können ist auf den ersten Blick unbefriedigend, es schont aber die Sphären beider Beteiligten. Es erlaubt es zudem dem Publikum, sich zu dem Konflikt informiert zu verhalten.

Im Idealfall setzten sich künstlerische und staatliche Seite informell miteinander auseinander, ohne dabei auf ihren jeweiligen Rechtsstatus zu verweisen. Weder darf die staatliche Verwaltung mit Befugnissen drohen, die sie im Zweifel nicht hat, noch sollte die künstlerische Seite normative Einwände gegen die eigene Praxis per se als „Zensur“ abtun. Einiges spricht dafür, dass das Scheitern der *documenta fifteen* auch etwas mit solchen Rollenverständnissen zu tun hatte. In diesem Fall scheint sich die Rolle der Geschäftsführung freilich auf die Abschirmung der künstlerischen Leitung beschränkt zu haben, während jede inhaltliche Auseinandersetzung vielleicht auch aus einem bestimmten Verständnis der Kunstfreiheit heraus unterblieben ist. Dieses Herangehen wird der Bindung der Verwaltung an die Pflichten des Staates, auch an das Verbot der Förderung jeglicher Diskriminierung, aber nicht gerecht. Wenn sich die Möglichkeit antisemitischer Exponate im Vorhinein konkret abzeichnet, muss der Staat mit der künstlerischen Leitung den Kontakt suchen. Dabei müssen die vertraglichen und dienstrechtlichen Vorgaben, die im individuellen Fall gelten, natürlich beachtet werden. Eine allgemein vorgeschaltete Kontrolle von künstlerischen Inhalten ist dagegen, wie gesehen, verfassungsrechtlich kategorisch ausgeschlossen.

d) Unmittelbar Eingriffe in künstlerische Vorgänge

Nur als letztes Mittel kommen direkte Eingriffe in künstlerische Vorgänge auch dann in Betracht, wenn keine Strafbarkeitsgrenze und keine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit vorliegt. Dies kann etwa der Fall sein, wenn eine Ausstellung ohne erkennbare kuratorische Distanznahme politische Propaganda präsentiert, die in klarem Widerspruch zu elementaren normativen Verpflichtungen des Staates steht.

Dabei ist zu bedenken, dass verschiedene Eingriffsintensitäten solcher Maßnahmen denkbar sind. So können als bereits erörterte hoheitliche Distanzierungen, als Warnungen oder als Kontextualisierungen in örtlicher Nähe zu einer Aufführung oder Ausstellung angebracht werden, ohne dass diese selbst in ihrem materiellen Substrat verändert werden. Nichtsdestotrotz ist ein Werk, das in hoheitliche Anführungsstriche gesetzt wird, natürlich durch diese Entscheidung ein anderes Werk als vorher. Auch dadurch wird in die Kunstfreiheit eingegriffen.

e) Keine Pflicht zu Ausgewogenheit

Nur der Klarstellung wegen ist schließlich darauf hinzuweisen, dass die Freiheit der Kunst keine Pflicht zu ästhetischer oder politischer Ausgewogenheit kennt. Ausstellungen und andere ästhetische Ausdruckformen können selbstverständlich unausgewogen sein. Je mehr sich

künstlerische Aussagen aber unter Berücksichtigung der spezifischen Logiken ästhetischer Kommunikation als politische Aussagen lesen lassen, die sich in Widerspruch zu Pflichten aus dem Recht der Antidiskriminierung oder dem Schutz des politischen Kernbereichs der grundgesetzlichen Ordnung stellen, desto eher wird es den staatlichen Stellen, die durch ihre konkrete Förderung für die künstlerischen Praktiken nicht in der Sache, aber in der Form von Organisation und Finanzierung in der Verantwortung stehen, erlaubt sein, Gegenpositionen zu äußern.

f) *documenta fifteen* als hypothetische Fallstudie

Fingieren wir, ohne zu behaupten, den Sachverhalt gesichert zu kennen, die folgende Konstellation. Vor Eröffnung der *documenta fifteen* werden Gerüchte über antisemitische und rassistische Exponate laut. Nach Eröffnung zeigt sich ein eindeutig antisemitisches Exponat, das abgehängt wird, zugleich hebt eine polemische öffentliche Debatte über den antisemitischen Charakter andere Exponate an. Die Kuratoren berufen sich auf ihre Kunstfreiheit. Welche Handlungsmöglichkeiten hat der Staat?

Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst zu wiederholen, dass der „Staat“ in diesem Fall die Geschäftsführung der *documenta* selbst ist. Diese genießt keine Kunstfreiheit. Deren Aufgabe besteht zunächst in der Ermöglichung der Schau und in der Unterstützung der Künstler, aber anders als die künstlerische Leitung kann sich die Geschäftsführung nicht auf die Kunstfreiheit berufen und ebenfalls anders als diese unterliegt sie den Sonderbindungen des Verfassungsrechts, namentlich des Verbots der Förderung von Diskriminierung. Vor diesem Hintergrund würde es eine Pflichtverletzung darstellen, wenn die Geschäftsführung nicht den Versuch unternehmen würde, über einen angemessenen Umgang mit in Frage stehenden Exponaten mit der künstlerischen Leitung zu verhandeln. Entsprechend liegt auch keine Zensur vor, wenn die *documenta*-Geschäftsführung vor der Eröffnung der Ausstellung die Exponate zur Kenntnis nimmt, sollte es Anzeichen für ein Problem geben.

An dieser Stelle ist es – jenseits des Verfassungsrechts – wichtig auf die verschiedenen Bedeutungsebenen von Exponaten hinzuweisen. Entscheidend ist hier nicht das Exponat „als solches“, sondern die kuratorische Haltung, mit dem etwas ausgestellt wird. Eine Klärung dieser Haltung von Seiten des Staates von der künstlerischen Leitung einzufordern verletzt deren Kunstfreiheit nicht. Soweit sich mit dem kuratorischen Programm eine politische Tendenz verbinden lässt, die fundamentalen Bewertungen des Grundgesetzes zuwiderläuft, hat die Geschäftsführung auch die Pflicht, dieses öffentlich festzustellen. Soweit Exponate klare rassisti-

sche oder antisemitische Haltungen verbreiten und eine kuratorische Distanzierung nicht vorgenommen wird, kann die staatliche Verwaltung ihrerseits ihre Position auch durch Kontextualisierungen im Kontext der Ausstellung vornehmen.

Ausblick: das verfassungsrechtliche Verbot großer Lösungen

Die durch die staatliche Förderung der Kunst und die aus ihr folgende Erweiterung der Kunstfreiheit ermöglichten Widersprüche werden sich nicht durch große Lösungen auflösen lassen. Dass sich künstlerische Praktiken in Widerspruch auch zu konsentierten politischen und moralischen Normen setzen können, ist als Form des künstlerischen Skandals nichts Neues, sondern Teil einer eingeübten Praxis der Kunstfreiheit. Dass solche Skandale dadurch verschärft werden können, dass die in Frage stehende künstlerische Praktiken durch staatliche Förderung ermöglicht wurden, ändert aus verfassungsrechtlicher Sicht nur beschränkt etwas an diesem Sachverhalt, denn auch staatlich geförderte Kunst kann sich auf die Kunstfreiheit berufen. Vor diesem Hintergrund passen Ideen einer großen Lösung, die ein für alle Mal mit diskriminierender Kunst fertig werden will, nicht in den Rahmen des Grundgesetzes. Dort wo künstlerische Projekte bereits definiert und gefördert werden, bedürfen Eingriffe in jedem Fall einer kleinteiligen spezifischen Rechtfertigung, die durch allgemeine Verdikte nicht geliefert werden kann. Politische Handlungsmöglichkeit und politische Verantwortung entstehen dagegen in der weiteren, grundsätzlichen politischen Planung von Kulturpolitik, die sich in Deutschland natürlich in besonderer Art und Weise der Verhinderung von Antisemitismus und Rassismus zu stellen hat.

Ergebnisse in Thesen

1. Im Dienst staatlicher Träger handelnde oder durch den Staat geförderte Kulturschaffende stehen bei ihrer künstlerischen Arbeit unter dem Schutz der individuellen Grundrechte, namentlich der Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG. Ob Gleiches für kulturelle Organisationen wie Theater oder Museen gilt, ist umstritten. Dogmatisch spricht die ähnliche Konstellation der Freiheitsgefährdung für eine Annäherung der Kunstfreiheit an die Wissenschaftsfreiheit und damit auch für eine der Hochschulautonomie vergleichbare Schutzgarantie für Kulturinstitutionen. Eine solche Sicht hat sich aber bisher nicht durchgesetzt und kann deswegen für das vorliegende Gutachten nicht vorausgesetzt werden.
2. Aus der Kunstfreiheit ergibt sich kein Anspruch auf staatliche Förderung künstlerischer Projekte, auch nicht auf die Fortsetzung einer bereits gewährten Unterstützung, soweit diese nicht unter einen Vertrauensschutztatbestand fällt.
3. Künstlerische Entscheidungen wie der Entwurf von Programmen oder die Auswahl von künstlerischem Personal sind vor staatlichem Einfluss grundrechtlich geschützt. Staatliche Behörden dürfen grundsätzlich nicht ihre eigenen Entscheidungen an die Stelle von Entscheidungen ihres künstlerischen Personals stellen. Etwas anderes gilt bei der generelleren Planung spezifischer Förderprogramme und bei der Einstellung von Leitungspersonal. Solche Entscheidungen fallen in einen spezifischen Bereich der Kulturpolitik, in dem staatliche Stellen durchaus Spielräume haben, sich bei deren Ausfüllung aber auch künstlerisch beraten lassen müssen.
4. Die Kunstfreiheit umfasst aber nicht das Recht, allgemeines Recht oder Haushaltsregeln zu verletzen, so wie umgekehrt die allgemeine Verwaltung ästhetische Entscheidungen auch nicht indirekt beeinflussen darf. An dieser Schnittstelle besteht praktisch immer die Gefahr der staatlichen Steuerung des künstlerischen Bereichs durch die administrative Ebene, die durch eine klare organisatorische Unterscheidbarkeit beider beschränkt werden muss, wenn sie auch nicht völlig ausgeräumt werden kann.

5. Kulturschaffende bleiben auch im Rahmen der Kunstfreiheit verantwortlich: Für ihre künstlerische Leistung verantworten sie sich vor der kritischen Öffentlichkeit. Gegenüber staatlichen Trägern verantworten sie die Einhaltung rechtlicher Vorgaben und den zweckgerechten Umgang mit staatlichen Mitteln. Diese Verantwortung wird aber in aller Regel im Nachhinein wirksam, sie kann im Rahmen des anzuwendenden arbeits- oder dienstrechtlichen Regimes zu Sanktionen oder zur Beendigung der Zusammenarbeit führen.
6. In der Regel wird sich die Frage nach einer Abgrenzung zwischen politischer und ästhetischer Betätigung im Verfassungsrecht nur mit wenig Dringlichkeit stellen, weil Äußerungsformen, die nicht von der Kunstfreiheit gedeckt sind, unter den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen. Auch wenn Meinungsfreiheit und Kunstfreiheit im Text des Grundgesetzes separat geregelt werden und die Kunstfreiheit grundsätzlich nicht den Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG unterfällt, die die Meinungsfreiheit begrenzt, haben Rechtsprechung und Literatur diese Unterschiede doch aus beiden Richtungen relativiert und den Schutz angeglichen.
7. Aus der verfassungsgerichtlich entwickelten Pflicht, die Eigengesetzlichkeiten der Kunst durch eine spezifische Maßstäblichkeit zu berücksichtigen und nicht auf ihre bloß außerkünstlerische Wirkung abzustellen, ergibt sich das Erfordernis, den fiktionalen Charakter eines literarischen Texts, seine Vielschichtigkeiten und seinen ästhetischen Eigenwert, theatrale Ausdrucksformen, die Bedeutung eines künstlerischen Archivs oder die Technik des Kuratierens in der Untersuchung eines Werks mitzureflektieren. Grundsätzlich ergibt sich aus den kommunikativen Grundrechten die Pflicht, Kunstwerke in ihren unterschiedlichen möglichen Bedeutungsebenen zur Kenntnis zu nehmen und sie, soweit hermeneutisch plausibel, nicht auf einsinnige Aussagen zu reduzieren.
8. Grundrechtlich kategorisch ausgeschlossen ist es, künstlerische Programme einer staatlichen Vorab-Kontrolle zu unterwerfen. Der Rechtsgedanke des Zensurverbots des Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG findet auch auf die Kunstfreiheit Anwendung.
9. Diese verfassungsrechtlichen Beschränkungen des staatlichen Zugriffsrechts auf die künstlerische Arbeit in staatlichen und staatlich geförderten Institutionen gelten auch

für die Beteiligung gesellschaftlicher Gruppen an künstlerischen Entscheidungen. Der Staat kann künstlerische Entscheidungen ebenso wenig einer Kontrolle durch gesellschaftliche Gruppen unterwerfen, wie er sie selbst treffen kann. Die Entscheidung über künstlerische Qualität muss einer künstlerischen Logik folgen.

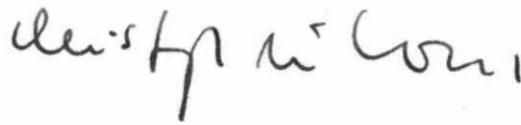
10. Der BDS-Beschluss des Deutschen Bundestages entfaltet als schlichter Parlamentsbeschluss keine rechtliche Bindungswirkung – weder gegenüber staatlichen Behörden noch gegenüber den Bürgerinnen. Wenn er von staatlichen Behörden angewendet wird, verstößt diese Anwendung nach der übereinstimmenden Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und der Instanzgerichte gegen die Meinungsfreiheit. Diese Rechtsprechung bezieht sich auf die Nutzung allgemein zugänglicher öffentlicher Einrichtungen und ist damit nicht vollständig auf Kulturinstitutionen abzubilden. Aber auch für diese gilt, dass der Hinweis auf „BDS-Nähe“ als solcher kein valides Beurteilungskriterium darstellt, weil dieser zum einen mit Blick auf betroffene Personen zu unspezifisch bleibt und zum anderen keine konkrete Gefährdung der Rechtsgüter anderer aufweist, die für eine Einschränkung erforderlich wäre. Damit fügt sich die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts nahtlos in die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Strafbarkeit antisemitischer Äußerungen ein. Sanktionierbar sind nicht Äußerungen von Gesinnungen als solche, sondern nur solche, die zu Rechtsguteinbußen führen.

11. Die staatliche Kulturverwaltung, die künstlerische Betätigung begleitet und ermöglicht, ohne selbst künstlerisch tätig zu werden, kann sich nicht auf die Kunst- oder Meinungsfreiheit berufen. Sie ist vielmehr durch diese und durch andere öffentlich-rechtliche Sonderbindungen verpflichtet, die die künstlerische Seite nicht treffen. Zur staatlichen Kulturverwaltung zählen dabei alle zur Staatsorganisation gehörenden Einheiten unabhängig von ihrer (Privat-)Rechtsform. In deren Pflichtenkanon liegt auch die sich aus Art. 3 Abs. 2 GG ergebende Aufgabe des Einsatzes gegen Antisemitismus und Rassismus. Pflichtenbegründend ist auch die politische Entscheidung zu einer besonderen Beziehung aus historischer Verantwortung der Bundesrepublik Deutschland mit dem Staat Israel.

12. Kunstfreiheit und staatliche Pflicht müssen von Verfassungs wegen in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden. Die Freiheit der Kunst kann auch in Fällen rassistischer oder antisemitischer Tendenzen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit vor staatlichen Zugriffen schützen. Das ist der freiheitliche Skandal der grundgesetzlichen Ordnung. Die Freiheit der Kunst schützt aber nicht vor jeder Art informeller staatlicher Einflussnahme, soweit für eine solche eine eigene Rechtfertigung besteht. So kann die staatliche Kulturverwaltung die Pflicht treffen, auf die künstlerische Seite informell einzuwirken. Nur als letztes Mittel, etwa im Fall ästhetisch distanzlos präsentierter politischer Propaganda, kommen direkte Eingriffe in künstlerische Vorgänge auch dann in Betracht, wenn keine Strafbarkeitsgrenze überschritten und keine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit gegeben ist. Solche Eingriffe sind in abgestufter Intensität denkbar. So können als letzte Mittel auch hoheitliche Distanzierungen in Form von Warnungen oder Kontextualisierungen in örtlicher Nähe zu einer Aufführung oder Ausstellung angebracht werden, ohne dass diese in ihrem materiellen Substrat verändert würden. Einer gesetzlichen Grundlage bedarf es für solche Stellungnahmen nicht.
13. Dieses Nebeneinander von staatlichem Sollen und staatlichem Nicht-Dürfen im Bereich staatlicher Kunstförderung ist auf den ersten Blick unbefriedigend, es schont aber die Sphären beider Beteiligten. Für die rechtliche Aufgabe der Bekämpfung des Antisemitismus im staatlichen und öffentlich geförderten Kulturbetrieb gilt demnach: Der Staat hat die Pflicht, Kulturinstitutionen grundsätzlich und in spezifischen Konstellationen vor Antisemitismus zu warnen und kann diesen eine besondere Sensibilität auferlegen. Eine flächendeckende Vorabkontrolle von künstlerischen Programmen ist dagegen aus den oben genannten Gründen ausgeschlossen. Nur durch eine solche Arbeitsteilung zwischen politischer und künstlerischer Ebene lässt sich staatlich geförderte Kunst von staatlicher Propaganda unterscheiden. Ob dieses System, das wie jedes freiheitliche fehleranfällig ist, funktioniert, zeigt sich nicht zuletzt darin, dass ihre durch diese Arbeitsteilung geschaffene Verantwortung auch von den Kulturschaffenden wahrgenommen wird.
14. Ausstellungen und andere ästhetische Ausdruckformen können im Rahmen der Kunstfreiheit ästhetisch und politisch unausgewogen sein. Je mehr sich eine solche Unausgewogenheit unter Berücksichtigung der spezifischen Logiken ästhetischer Kommunikation auch als politische Aussagen lesen lässt, die sich in Widerspruch zu Pflichten

aus dem Recht der Antidiskriminierung oder dem Schutz des politischen Kernbereichs der grundgesetzlichen Ordnung stellen, desto eher wird es aber den staatlichen Stellen, die durch ihre konkrete Förderung für die künstlerischen Praktiken zwar nicht in der Sache, aber eben doch in Form von Organisation und Finanzierung verantwortlich sind, erlaubt sein, öffentlich Gegenpositionen zu äußern.

Berlin, 10. Oktober 2022

A handwritten signature in black ink, reading "Christoph Möllers". The signature is written in a cursive style with some loops and flourishes.

(Christoph Möllers)