

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 559

# Öffentliche Kunstsubventionierung

Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Probleme,  
insbesondere bei Einschaltung nicht-staatlicher Instanzen  
in das Subventionsverfahren

Von

Michael Mihatsch



Duncker & Humblot · Berlin

**MICHAEL MIHATSCH**

**Öffentliche Kunstsubventionierung**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 559**

# **Öffentliche Kunstsubventionierung**

**Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Probleme,  
insbesondere bei Einschaltung nicht-staatlicher Instanzen  
in das Subventionsverfahren**

**Von**

**Dr. Michael Mihatsch**



**Duncker & Humblot · Berlin**

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Mihatsch, Michael:**

Öffentliche Kunstsubventionierung: verfassungs- und  
verwaltungsrechtliche Probleme, insbesondere bei Einschaltung  
nicht-staatlicher Instanzen in das Subventionsverfahren / von  
Michael Mihatsch. – Berlin: Duncker u. Humblot, 1989

(Schriften zum Öffentlichen Recht; Bd. 559)

Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 1988

ISBN 3-428-06622-7

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1989 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61

Printed in Germany

ISSN 0582-0200

ISBN 3-428-06622-7

# Vorwort

Die vorliegende Arbeit hat im Sommersemester 1988 der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg als Dissertation vorgelegen. Rechtsprechung und Literatur sind bis Juni 1988 berücksichtigt.

Der hier unternommene Versuch einer Typisierung und Strukturierung der auf dem Gebiet der öffentlichen Kunstsubventionierung handelnden nicht-staatlichen Instanzen bedurfte eingehender empirischer Recherche. Deshalb danke ich an dieser Stelle all denjenigen Personen und Institutionen, die mir das insofern notwendige Material zur Verfügung gestellt haben. Stellvertretend für alle seien in diesem Zusammenhang genannt das Institut für Föderalismusforschung, Innsbruck, und sein Leiter, Herr Professor Dr. Peter Pernthaler, Herr Ministerialdirigent Dr. Hanns Hieronymus, Bundesministerium des Innern, Bonn, sowie Herr Ministerialrat Dr. Roland Felber, Verwaltungsdirektor der Bayerischen Staatsoper, München.

In zahlreichen Gesprächen haben meine Kollegen und Freunde, Herr Regierungsrat Dr. Wilhelm Schmidbauer, Bayerisches Staatsministerium des Innern, München, und Herr Regierungsrat Michael Griesbeck, Bundesministerium des Innern, Bonn, die Höhen und Tiefen im Laufe der Beschäftigung mit dieser Arbeit mit mir geteilt und so manchen wertvollen Hinweis geliefert. Nicht vergessen werden darf auch die unersetzliche technische Hilfe von Frau Rechtsreferendarin Elisabeth Nordgauer und Frau Maria Gatter, beide Regensburg.

Dank schulde ich aber zu allererst meinem akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Udo Steiner, für die nie nachlassende liebevolle Betreuung der Dissertation und für die schönen Jahre der Arbeit an seinem Lehrstuhl für Öffentliches Recht an der Universität Regensburg.

Ganz besonders darf ich schließlich der Verlagsbuchhandlung Duncker & Humblot GmbH, Berlin, für die Aufnahme der Arbeit in die "Schriften zum Öffentlichen Recht" danken.

München, im Dezember 1988

Michael Mihatsch



# Inhaltsverzeichnis

## Erster Teil Verfassungsrechtliche Grundlagen der öffentlichen Kunstsubventionierung

I.	Begriffliches	3
1.	Kunst	3
a)	Anknüpfung an objektive Kriterien	4
aa)	Definitionsgebot/Definitionsverbot	4
bb)	Ausweg über formale Kriterien	9
b)	Anknüpfung an subjektive Kriterien: Selbstdefinition und Drittanererkennung	10
aa)	Selbstdefinition	11
bb)	Drittanererkennung	12
c)	Unmöglichkeit einer Kunstdefinition	13
d)	Möglicher Ausweg für den Bereich der Kunstförderung	15
e)	"Kunst und Kultur"	17
2.	Subvention	19
a)	"vermögenswerte Zuwendung"	20
aa)	Das Element der Gegenleistung	21
bb)	Der unmittelbare Vermögensvorteil	23
b)	"seitens der öffentlichen Hand"	25
c)	"an einen Privaten"	25
3.	Kunstsubvention	26
a)	Fehlende Gemeinsamkeiten	27
b)	Der "Zweck" der Kunstsubvention	28
II.	Kunstsubventionierung als staatliche Aufgabe	33
1.	Die staatliche Befugnis zur Kunstsubventionierung	33
a)	Die reale Lage	33
b)	Zur historischen Entwicklung	34
c)	Pragmatisches zu Nutzen und Nachteil öffentlicher Kunstsubventionierung	36
d)	Kunstsubventionierung und Art. 5 Abs. 3 GG	40
aa)	Kunstsubventionierung als Eingriff gegenüber dem Subventionsempfänger: Das Problem des "goldenen Zügels"	42



bb)	Kunstsubventionierung als Eingriff gegenüber dem nicht geförderten Konkurrenten: Die Ingerenzproblematik	44
cc)	Die Kunstfreiheitsgarantie als Gebot eines reinen "status negativus"	47
2.	Kunstsubventionierung als Rechtspflicht	49
a)	Die in einzelnen Landesverfassungen verankerte positiv-rechtliche Förderpflicht	49
aa)	Die Funktion der Förderpflichtaussagen	50
bb)	Besonderheiten in bezug auf die kommunale Kunstförderung	52
b)	Wege zu einer ungeschriebenen Förderpflicht	53
aa)	Kunstsubventionierung als kommunale Pflichtaufgabe	53
bb)	Art. 5 Abs. 3 GG als institutionelle Garantie	57
cc)	Das Kulturstaatsprinzip	61
dd)	Das Sozialstaatsprinzip	64
ee)	Andere Vorschläge	66
c)	Subjektiv-rechtliche Ansprüche auf Kunstsubventionen	67
aa)	Grundrechtunmittelbare Teilhabeansprüche	68
bb)	Leistungspflicht infolge Ermessensbindung	71
III.	Verfassungsrechtliche Direktiven an die Ausgestaltung öffentlicher Kunstsubventionierung	76
1.	Grundlegendes zur Auswirkung der Grundrechte auf Organisation und Verfahren	77
2.	Der kunstimmanente Aspekt: Eigengesetzlichkeit	79
3.	Die Situation der Kunst im Staat: Autonomie	81
4.	Das Verhältnis des Staates zur Kunst: Neutralität	82
a)	Zwei mögliche Neutralitätsinterpretationen: "Negative" und "Aktive" Neutralität	83
b)	Neutralität und Toleranz	85
5.	Das verfassungsrechtliche Gebot: Pluralismus	86
6.	Weitere Strukturprinzipien	91
a)	Subsidiarität	91
b)	Dezentralität	94
c)	Transparenz	95
7.	Zusammenfassung	97

## **Zweiter Teil**

### **Konsequenzen für das Subventionsverfahren**

I.	Bewertungskompetenz und Neutralitätsprinzip	101
1.	Argumente gegen eine Bewertungskompetenz	101
2.	Argumente für eine Bewertungskompetenz	103
a)	Art. 3 GG	104
b)	Art. 5 Abs. 3 GG	105
c)	Demokratieprinzip	107
d)	Lösung über eine Güterabwägung	108
II.	Die zulässigen Kriterien	111
1.	Qualität	113
2.	Akzeptanz	117
3.	Wirtschafts-, sozial- und strukturpolitische Kriterien	120
a)	Die "Bedürftigkeit"	120
b)	Andere Kriterien	123
4.	Stil und Inhalt	123
III.	Möglichkeiten zur Umsetzung der Grundrechtsdirektiven in konkrete Verfahrensmodelle	127
1.	Generalisierende Kunstförderung durch Steuererleichterungen	128
2.	Entstaatlichung durch Einschaltung nicht-staatlicher Instanzen in das Subventionsverfahren: "Förderungselbstverwaltung" der Kunst	133
a)	Vorteile einer Entscheidungsdelegation	134
b)	Spezifische Problemfelder der Förderungselbstverwaltung	136
aa)	Organisatorische Probleme bei der Mitwirkung künstlerischer Verbände	136
bb)	Die subjektive Wertung des mitwirkenden Einzelkünstlers	143
cc)	Die Gremienzusammensetzung	146
dd)	Weitere Einwände	149

c)	Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Delegation von Entscheidungskompetenzen unter Berücksichtigung des Gedankens der "demokratischen Legitimation"	150
aa)	Das Problem der "demokratischen Legitimation"	151
bb)	Notwendige Sicherungen	153
d)	Entstaatlichung als Verfassungsgebot	156
e)	Zusammenfassung	158
3.	Subventionsvergabe in privater Rechtsform	159

### Dritter Teil

#### Verwaltungsrechtliche Probleme bei Einschaltung nicht-staatlicher Instanzen in das Subventionsverfahren

I.	Typisierung der in das Subventionsverfahren eingeschalteten nicht-staatlichen Instanzen	163
1.	Die für die Typisierung maßgeblichen Kriterien	164
a)	Die Rechtsform	164
b)	Kompetenzen in bezug auf das Vergabeverfahren	165
c)	Programmkompetenz	169
2.	Empirischer Überblick auf die in einzelnen Kunstsparten auftretenden nicht-staatlichen Instanzen	169
a)	Theater	169
b)	Musik	170
aa)	Der Deutsche Musikrat e.V.	171
bb)	Der Bayerische Musikrat e.V.	172
cc)	Verbände im Rahmen des Bayerischen Musikplans	173
dd)	Der Musikfonds für Musikurheber e.V.	175
c)	Museen/Bibliotheken/Archive	176
d)	Bildende Kunst	177
aa)	Gremien im Bereich des Projekts "Kunst am Bau"	177
bb)	Der Landesberufsverband bildender Künstler	178
cc)	Der Kunstfonds e.V.	178
e)	Film	181
aa)	Das Filmbüro Nordrhein-Westfalen e.V.	182
bb)	Das Kuratorium Junger Deutscher Film	185
cc)	Der Auswahlausschuß nach §§ 19 ff. FFRi	186
f)	Literatur	189
g)	Kunst allgemein	190
aa)	Die Kunststiftung Baden-Württemberg GmbH	190
bb)	Kulturbeiräte in Österreich	191
h)	Kurze Zusammenfassung	192

3.	Ergebnis: Vier Typen der Einschaltung nicht-staatlicher Instanzen in das Subventionsverfahren	193
	a) Fonds	193
	b) Verbände	194
	c) Die Entscheidungsgremien	195
	d) Die Beratungsgremien	196
II.	Die Einordnung der nicht-staatlichen Instanzen in Struktur und Dogmatik des Subventionsverhältnisses	199
1.	Die Einschaltung nicht-staatlicher Instanzen als Erscheinungsform von Subventionsvermittlung	199
	a) Subventionsverhältnis und Subventionsvermittlung	199
	b) Subventionsvermittlung in der Praxis	201
	c) Vor- und Nachteile der Subventionsvermittlung	202
2.	Der Subventionsvermittler zwischen Subventionsgeber und Subventionsnehmer	205
	a) Der Subventionsgeber (SG)	205
	b) Der Subventionsnehmer (SN)	208
3.	Typologie und Terminologie der Subventionsvermittlung anhand der dabei wahrgenommenen Funktionen	210
	a) Subventionsvermittlung im weiteren Sinn	210
	b) Subventionsvermittlung im engeren Sinn	211
	c) "Echte" und "unechte" Subventionsvermittlung	214
	d) Andere Terminologievorschlage in der Literatur	215
	e) Subventionsvermittlung und Globalzuweisung	217
4.	Die nicht-staatlichen Instanzen im System der Subventionsvermittlung	218
	a) Beratungsgremien	219
	b) Entscheidungsgremien	219
	c) Fonds und Verbande	220
	aa) Die Verbande	220
	bb) Die Fonds	224
III.	Einzelne verwaltungsrechtliche Probleme	231
1.	Die statusrechtliche Einordnung der nicht-staatlichen Instanzen	232
	a) Abstrakte Merkmale der Beleihung	232
	b) Die einzelnen Typen nicht-staatlicher Instanzen und ihre statusrechtliche Qualifikation	234
	aa) Fonds	235

bb)	Verbände	237
cc)	Exkorporierte Entscheidungsgremien	238
dd)	Beratungsgremien	242
c)	Einwände gegen die Beleihungslösung	243
2.	Die Rechtsverhältnisse zwischen den Beteiligten	252
a)	Subventionsvergabe in privater Rechtsform	252
b)	Die konkret gewählte Rechtsform	257
3.	Die Bindung der Verwaltung an den Gremienentscheid	260
<b>Thesen</b>		<b>263</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>		<b>267</b>

# **Erster Teil**

## **Verfassungsrechtliche Grundlagen der öffentlichen Kunstsubventionierung**



# I. Begriffliches

## 1. Kunst

Verfassungsrechtliche Überlegungen zum Thema "Öffentliche Kunstsubventionierung" nehmen ihren Ausgang in Ermangelung ausdrücklicher Aussagen des Grundgesetzes bei der Kunstfreiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 GG. Diese Vorschrift, die in für die sprachliche Diktion des modernen Gesetzgebers und selbst für Verfassungstexte völlig untypischer, nahezu prosaischer Weise feststellt, Kunst sei frei, ist nach Jahren eines von der rechtswissenschaftlichen Diskussion relativ unbeachteten Schattendaseins<sup>1</sup> seit Mitte der 60er Jahre immer mehr in den Mittelpunkt des Interesses gerückt<sup>2</sup>.

Mit ein Hauptgrund für das lange Zögern der Fachliteratur in bezug auf Art. 5 Abs. 3 GG dürfte die mit der lapidaren textlichen Formulierung korrespondierende Unsicherheit in der Auslegung der Norm gewesen sein. Hier nimmt seit jeher die Suche nach einer für juristische Zwecke hinreichend griffigen, weil subsumtionstauglichen Definition des Kunstbegriffs, die aber auch grundlegende Erkenntnisse der modernen Gesellschaftswissenschaften und einer gewandelten Ästhetik nicht ignoriert, eine zentrale Stellung ein.

An der Definitionsfrage kommt deshalb auch die Beschäftigung mit Problemen der öffentlichen Kunstsubventionierung nicht vorbei. Jede staatliche Aktivität erfordert Klarheit über ihren Gegenstand; wer fördert, muß wissen, was er fördert<sup>3</sup>. Auch müssen die Kompetenzen der zur Entscheidung Berufenen durch eine verbindliche Eingrenzung der möglichen Förderungsobjekte abgesteckt werden: Allein schon aus Gründen der Verwaltungsorganisation muß feststehen, ob etwa Subventionen für den Film zur Abteilung "Kunstförderung" oder "Wirtschaftsförderung" ressortieren sollen.

---

<sup>1</sup> Siehe *Ridder*, Freiheit der Kunst, S. 10, der noch 1963 die Kunstfreiheitsgarantie als "terra incognita" des deutschen Verfassungsrechts beschreibt, welche die alten Kartographen mit "Hic sunt leones" bezeichnet hätten.

<sup>2</sup> Dies belegen u. a. die Monographien von *Erbel*, Kunstfreiheitsgarantie (1966); *Knies*, Schranken (1967); *Müller*, Freiheit der Kunst (1969); *Hufen*, Freiheit der Kunst (1982); ferner die Beiträge von *Steiner* und *Grimm*, VVDStRL 42 (1984), 1 ff., 46 ff.

<sup>3</sup> Ähnlich *Huber*, Kulturstaat, S. 14.



Dabei soll hier nicht der Versuch unternommen werden, die zahlreichen Darstellungen zum Meinungsstand<sup>4</sup> sowie die vielfältig anzutreffenden, engagierten Definitionsvorschläge<sup>5</sup> um eine weitere Variante zu bereichern. Notwendig erscheint jedoch ein auch für die praktische Arbeit der kunstfördernden Verwaltung verwertbarer Überblick zu den von der wissenschaftlichen Diskussion hierzu bislang herausgearbeiteten Ergebnissen. Dabei gilt besonderes Augenmerk der Frage, ob sich die im wesentlichen für die *Kunstfreiheit* gewonnenen Aussagen auch auf das Gebiet der *Kunstsubventionierung* übertragen lassen, oder ob insofern Differenzierungen vorzunehmen sind.

### a) Anknüpfung an objektive Kriterien

#### aa) Definitionsgebot / Definitionsverbot

Die Schwierigkeit, Kunst zu definieren, umgeht derjenige, der sie von Verfassung wegen für definitionsfeindlich hält oder aus Art. 5 Abs. 3 GG für den Staat gar ein Definitionsverbot im Sinne der Unzulässigkeit "jeder inhaltlichen Ausfüllung des grundrechtlichen Kunstbegriffs in einem material-qualitativen Sinne" folgert, wonach der Staat nicht bestimmen dürfe, was Kunst sei<sup>6</sup>. Verständlich wird der Gedankengang dieser Auffassung vor dem Hintergrund der bis dahin vorherrschenden materialen Deutung des Kunstbegriffs. Insbesondere die Rechtsprechung der 50er und 60er Jahre übernahm mehr oder weniger unreflektiert die berühmte "Brockhaus-Formel" von der "Gestaltung eines seelisch-geistigen Gehalts durch eine eigenwertige Form nach bestimmten Gesetzen"<sup>7</sup> oder schloß sich später der blumenreichen, heute schon fast

<sup>4</sup> Aus letzter Zeit etwa *Henschel*, FS Wassermann, S. 351 ff.; *Heuer*, Besteuerung, S. 4 ff.; *Bär*, Filmfreiheit, S. 98 ff.

<sup>5</sup> Etwa *Bär*, Filmfreiheit, S. 139; *Heuer*, Besteuerung, S. 32.

<sup>6</sup> Grundlegend *Knies*, Schranken, S. 217; ihm folgend etwa *Hufen*, Freiheit der Kunst, S. 549 f.; *Ladeur*, AK, Rn. 10 zu Art. 5 Abs. 3; *Müller*, Freiheit der Kunst, S. 37. Weitere Nachweise bei *Hoffmann*, NJW 1985, 237 (238), Fn. 6.

<sup>7</sup> Siehe OVG Münster, Bescheid v. 18.11.58, NJW 1959, 1890 (1892). Kritisch gegen die Behandlung des literarischen Apercu wie eine verbindliche Norm *Isensee*, Wer definiert, S. 26.

antiquiert anmutenden Definition des BVerfG in seiner "Mephisto-Entscheidung" an:

"Der Lebensbereich Kunst ist durch die vom Wesen der Kunst geprägten, ihr allein eigenen Strukturmerkmale zu bestimmen. Von ihnen hat die Auslegung des Kunstbegriffs der Verfassung auszugehen. Das Wesentliche der künstlerischen Betätigung ist die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden. Alle künstlerische Tätigkeit ist ein Ineinander von bewußten und unbewußten Vorgängen, die rational nicht aufzulösen sind. Beim künstlerischen Schaffen wirken Intuition, Phantasie und Kunstverstand zusammen; es ist primär nicht Mitteilung, sondern Ausdruck, und zwar unmittelbarster Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers." <sup>8</sup>

Das hier zum Ausdruck kommende Begriffsverständnis kennzeichnet ein Bemühen um Objektivität. Dies zeigt sich im Anknüpfen an unbestimmte Rechtsbegriffe ("freie schöpferische Betätigung"; "bestimmte Formensprache"; "bewußte und unbewußte Vorgänge"), die zwar durchaus typische Elemente künstlerischen Schaffens beschreiben, aber eine möglichst abstrakte, allgemeingültige Definition versuchen und so notwendig vage, unbestimmt und letztlich nicht nachprüfbar bleiben<sup>9</sup>. Auch in der Literatur fanden und finden sich Stimmen, die definitorischen Halt ebenfalls bei objektiven oder zumindest objektivierbaren Kriterien suchen<sup>10</sup>.

Bedenken hiergegen beziehen sich insbesondere auf die Heranziehung von Qualitätskriterien zur Begriffsbestimmung<sup>11</sup> oder gar von metaphysischen<sup>12</sup> oder ethischen<sup>13</sup> Ansätzen.

<sup>8</sup> BVerfG, Beschl. v. 24.02.71, E 30, 173 (188 f.); Nachweise für die Übernahme dieser Definition bei *Emmerich/Würkner*, NJW 1986, 1195 (1198). Extrembeispiel bei *Hartmann*, JuS 1976, 649 (650 f.). Kritisch zu dieser Überhöhung der Kunst *Isensee*, Wer definiert, S. 27.

<sup>9</sup> *Scholz*, in: M/D/H/S, GG, Rn. 39 zu Art. 5 Abs. 3.

<sup>10</sup> In dieser Richtung etwa *Starck*, in: M/K/S, GG, Rn. 186 zu Art. 5; *Würtenberger*, Vom strafrechtlichen Kunstbegriff, in: FS für Eduard Dreher, 1977, S. 79 ff. (89).

<sup>11</sup> So etwa BVerfG, Urt. v. 16.12.71, E 39, 197 (207), wo ein "bestimmtes Maß an künstlerischem Niveau" gefordert wird; oder die st. Rspr. des BFH, jüngst Urt. v. 26.02.87, NJW 1988, 376: "Eigenschöpferische Tätigkeit mit einer gewissen Gestaltungshöhe". Auch *Maunz/Zippelius*, Deutsches StaatsR, § 24 II 3, glauben auf das Erfordernis des "meisterhaften Könnens" nicht verzichten zu können. Das in diesem Zusammenhang gern gehörte Argument, Kunst komme von Können, steht ethymologisch auf ungesichertem Boden; siehe *Henschel*, FS Wassermann, S. 355 mwN.

<sup>12</sup> Siehe etwa RG, Urt. v. 22.11.04, St 37, 315: "Kunstwerk in des Wortes höchster Bedeutung"; ähnlich *Ropertz*, Freiheit der Kunst, S. 79: "Affinität zur künstlerischen Idee".

<sup>13</sup> Zum "ethischen Kunstbegriff" vgl. *Knies*, Schranken, S. 113.