

Rechtsgutachten zur Verfassungsmäßigkeit einer Antidiskriminierungsklausel im Bereich der Kulturförderung

erstellt von

Prof. Dr. Wolfgang Ewer
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht

und

Dr. Tobias Thienel, LL.M. (Edinburgh)
Rechtsanwalt

im Auftrag des

Ministeriums für Allgemeine und Berufliche Bildung,
Wissenschaft, Forschung und Kultur
des Landes Schleswig-Holstein

am

20.02.2024

(55/24)

- Prof. Dr. Wolfgang Ewer
- Prof. Dr. Angelika Leppin
- Prof. Dr. Marcus Arndt
- Prof. Dr. Marius Raabe
- Dr. Gyde Otto
- Dr. Gunnar Postel
- Dr. Bernd Hoefler

- Dr. Tobias Thienel
- Dr. Malte Weismüller
- Dr. Rainer Bökel
- Dr. Niels Bock
- Dr. Bastian Heuer
- Dr. Jonas Dörschner

- Walkerdamm 4 - 6
24103 Kiel
- Telefon (04 31) 9 74 36 - 0
- Telefax (04 31) 9 74 36 - 36
- kanzlei@weissleder-ewer.de
- www.weissleder-ewer.de

- Sitz Kiel.
- Partnerschaftsregister:
AG Kiel PR 533 KI
- Gesellschafter/innen der Partnerschaft:
Prof. Dr. Ewer, Prof. Dr. Leppin,
Prof. Dr. Arndt, Prof. Dr. Raabe,
Dr. Otto, Dr. Postel, Dr. Hoefler.

- Alle vorgenannten Anwältinnen und Anwälte sind einzeln zur Vertretung der Partnerschaft berechtigt. Mandate werden nur für die Partnerschaft angenommen und geführt.

Inhaltsverzeichnis

A. Zur Ausgangslage und zu den Gutachtenfragen	3
B. Zur Rechtslage	5
I. Zum Bedürfnis einer gesetzlichen Grundlage der Antidiskriminierungsklausel	5
1. Eingriff in die Kunstfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG?	8
a) Eingriff durch Versagung einer Förderung der Kunst aufgrund der Verwendung der Antidiskriminierungsklausel?	9
b) Eingriff aufgrund der Finalität der staatlichen Maßnahme?	12
c) Eingriff aufgrund einer staatlichen Bewertung der Kunst?	15
d) Zwischenergebnis zum Eingriff in die Kunstfreiheit	16
2. Eingriff in die Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG?	17
a) Anwendbarkeit der Meinungsfreiheit	17
b) Eröffnung des Schutzbereichs der Meinungsfreiheit	18
c) Eingriff in die Meinungsfreiheit?	20
d) Maßgaben für die erforderliche gesetzliche Grundlage?	24
3. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG	31
4. Ergebnis zur ersten Gutachtenfrage	33
II. Zur Verwendungsfähigkeit der IHRA-Arbeitsdefinition des Antisemitismus	34
1. Unbestimmtheit der Definition?	37
2. Vereinbarkeit mit der Kunstfreiheit	43
3. Ergebnis zur zweiten Gutachtenfrage	44
III. Zur Schaffung der gesetzlichen Grundlage in einem neuen Kulturförderungsgesetz oder in einem allgemeineren Gesetz	45
IV. Zum Nutzen einer Staatszielbestimmung in der Landesverfassung	47
C. Ergebnisse und Executive Summary	51

A. Zur Ausgangslage und zu den Gutachtenfragen

Das Land Schleswig-Holstein leistet insbesondere auf der Grundlage der Richtlinie für die Gewährung von Zuwendungen zur Förderung von Kulturprojekten vom 01.06.2023 (Amtsbl. Schl.-H. S. 1568) eine Vielzahl von Zuwendungen an vielfältige Kunst- und andere Kulturprojekte. Nr. 4.1 der Richtlinie sieht vor, dass aufgrund dieser Richtlinie (nur) Projekte gefördert werden,

„die sich zu einer vielfältigen Gesellschaft bekennen und sich gegen jedwede Diskriminierung und Ausgrenzung stellen und jede Form von Antisemitismus ablehnen.“

Auf dieser Grundlage lautet eine Passage in dem amtlichen Formular für den Antrag auf die Förderung von Kulturprojekten:

„Der Antragsteller/die Antragstellerin bekennt sich zu einer vielfältigen Gesellschaft und stellt sich gegen jedwede Diskriminierung und Ausgrenzung sowie gegen jede Form von Antisemitismus gemäß der Antisemitismus-Definition der International Holocaust Remembrance Alliance (IHRA) und ihrer Erweiterung durch die Bundesregierung von 2017.

Dort heißt es: Antisemitismus ist eine bestimmte Wahrnehmung von Juden, die sich als Hass gegenüber Juden ausdrücken kann. Der Antisemitismus richtet sich in Wort oder Tat gegen jüdische oder nichtjüdische Einzelpersonen und/oder deren Eigentum sowie gegen jüdische Gemeindeinstitutionen oder religiöse Einrichtungen. Darüber hinaus kann auch der Staat Israel, der dabei als jüdisches Kollektiv verstanden wird, Ziel solcher Angriffe sein.“

Hierbei handelt es sich um die sog. Antidiskriminierungsklausel. Der Sache nach könnte bereits die entsprechende Passage aus Nr. 4.1 der Richtlinie für die Gewährung von Zuwendungen zur Förderung von Kulturprojekten so bezeichnet werden, aber jedenfalls in diesem Gutachten soll der Begriff „Antidiskriminierungsklausel“ nur für die zitierte Stelle aus dem Antragsformular verwendet werden.

Nach der geltenden Fassung des Antragsformulars ist eine Erklärung dieses Inhalts von der jeweiligen Antragstellerin oder dem jeweiligen Antragsteller durch Ankreuzen eines Feldes „Ja“ unter der zitierten Passage abzugeben. Das Formular besagt nicht, dass ohne ein Ankreuzen dieses Feldes keine Förderung stattfinden werde, aber dieses Ergebnis folgt aus Nr. 4.1 der oben zitierten Richtlinie. Die Richtlinie wird im Formular und in den Erläuterungen zum Formular an mehreren Stellen in Bezug genommen und in den Erläuterungen verlinkt. Im unmittelbaren Zusammenhang mit der eben zitierten Erklärung wird die Richtlinie nicht genannt.

In jüngerer Zeit ist die Frage aufgekommen, ob die Verwendung der Antidiskriminierungsklausel in ihrer vorhandenen Form eine hinreichende Rechtsgrundlage hat. Das Ministerium für Allgemeine und Berufliche Bildung, Wissenschaft, Forschung und Kultur des Landes Schleswig-Holstein hat deshalb die Unterzeichner beauftragt, die folgenden Fragen rechtlich zu begutachten:

1. Stellt sich Richtlinie für die Gewährung von Zuwendungen zur Förderung von Kulturprojekten vom 01.06.2023 (Amtsbl. Schl.-H. S. 1568) als ausreichende Rechtsgrundlage für die Antidiskriminierungsklausel dar oder empfiehlt sich insoweit der Erlass einer formell-gesetzlichen Regelung?
2. Wie ist insbesondere eine Verpflichtung auf die Anerkennung der IHRA-Definition als Fördervoraussetzung zu bewerten?
3. Sollte ggf. eine derartige formell-gesetzliche Regelung im Rahmen der Schaffung eines eigenständigen Gesetzes – etwa eines Kulturförderungsgesetzes – erfolgen oder erscheint es vorzugswürdig, diese in ein bestehendes allgemeines, d.h. nicht bereichsspezifisches Gesetz einzufügen?
4. Erscheint die Aufnahme einer Staatszielbestimmung in die Landesverfassung, nach der das Land das friedliche Zusammenleben der Menschen schützt, Antisemitismus, Rassismus sowie jeder anderen Form gruppenbezogener Menschenfeindlichkeit entgegentritt und das jüdische Leben und die jüdische Kultur fördert, zielführend mit Blick auf künftige Regelungen zu staatlichen Fördervoraussetzungen?

B. Zur Rechtslage

Die Gutachtenfragen sollen im Folgenden in der Reihenfolge der vorstehenden Darstellung bearbeitet werden.

I. Zum Bedürfnis einer gesetzlichen Grundlage der Antidiskriminierungsklausel

Fraglich ist daher zunächst, ob die Verwendung der Antidiskriminierungsklausel mit der Richtlinie für die Gewährung von Zuwendungen zur Förderung von Kulturprojekten vom 01.06.2023 (Amtsbl. Schl.-H. S. 1568; im Folgenden: Richtlinie) auf einer hinreichenden Rechtsgrundlage beruht oder ob es einer Grundlage in einem formellen Gesetz (d.h. in einem Parlamentsgesetz) bedarf.

Gemäß dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt, wie er sich aus dem Demokratie- und dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 2 und 3 GG) in der Gestalt der sog. Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts ergibt, muss der Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen die wesentlichen Entscheidungen selbst treffen,

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, S. 89, 126; Urteil des Ersten Senats vom 05.11.2014 – 1 BvF 3/11 –, BVerfGE 137, S. 350, 363 f.

Die Wertungskriterien zu der Frage, was grundlegend und wesentlich ist, sind dabei dem Grundgesetz selbst, insbesondere den im Grundgesetz verbürgten Grundrechten zu entnehmen,

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, BVerfGE 49, S. 89, 126; vgl. auch Sommermann, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, 7. Auflage, Band 2, München 2018, Art. 20 Rn. 275, m.w.N.

Der allgemeine Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt gebietet es somit,

„in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen dem Gesetzgeber zu überlassen,“

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 06.07.1999 – 2 BvF 3/90 –, BVerfGE 101, S. 1, 34.

Im Bereich der Leistungen der öffentlichen Hand, besonders also im Zuwendungsrecht, liegt die Grenze zur Wesentlichkeit aber höher als im Bereich der Eingriffsverwaltung,

BVerwG, Urteil vom 21.03.1958 – VII C 6.57 –, BVerwGE 6, S. 282, 287; VG Schleswig, Urteil vom 11.05.2016 – 12 A 315/15 –, juris, Rn. 22; Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Kommentar, Band III, Stand: 01/2022, Art. 20 VI Rn. 117 f.

Für nicht besonders grundrechtsrelevante Bereiche der Leistungsverwaltung genügt daher eine Grundlage im Haushaltsgesetz,

s. BVerwG, Urteil vom 21.03.1958 – VII C 6.57 –, BVerwGE 6, S. 282, 287; Urteil vom 17.03.1977 – VII C 59.75 –, NJW 1977, S. 1838; Urteil vom 26.04.1979 – 3 C 111.79 –, BVerwGE 58, S. 45, 48; VerfGH Sachsen, Beschluss vom 24.03.2021 – Vf. 121-II-20 –, juris, Rn. 28; OVG Berlin, Urteil vom 11.09.2001 – 8 B 3.00 –, juris, Rn. 51; OVG Brandenburg, Urteil vom 10.05.2005 – 1 A 744/03 –, LKV 2006, S. 39, 40; OVG Münster, Beschluss vom 08.12.2008 – 13 A 2091/07 –, juris, Rn. 6, 16; OVG Bautzen, Urteil vom 29.11.2016 – 2 A 309/15 –, juris, Rn. 20; VGH München, Beschluss vom 15.06.2020 – 4 ZB 20.159 –, juris, Rn. 23.

Dies gilt jedoch nur, soweit staatliche Leistungen keine Grundrechtsprobleme, insbesondere auch mit Blick auf etwaige nicht am Zuwendungsverhältnis beteiligte Dritte, aufwerfen,

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 22.02.2023 – 2 BvE 3/19 –, NJW 2023, S. 831, 838 (Rn. 192); BVerwG, Urteil vom 27.03.1992 – 7 C 21.90 –, BVerwGE 90, S. 112, 126; OVG Berlin, Urteil vom 11.09.2001 – 8 B 3.00 –, juris, Rn. 51; OVG Münster, Beschluss vom 08.12.2008 – 13 A 2091/07 –, juris, Rn. 16; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14.03.2012 – OVG 6 B 19/11 –, NVwZ 2012, S. 1265, 1272; VGH München, Beschluss vom 15.06.2020 – 4 ZB 20.159 –, juris, Rn. 23.

In erster Linie kommt es daher auf die Grundrechtsrelevanz der zu Regelungen an. Wird in Freiheitsgrundrechte eingegriffen, ist eine gesetzliche Regelung erforderlich.

Dabei genügt dem Vorbehalt des Gesetzes grundsätzlich nicht nur ein formelles, also parlamentarisches Gesetz, sondern schon jede materielle Rechtsnorm, einschließlich der Normen aus Rechtsverordnungen, sofern diese ihrerseits auf hinreichend bestimmten formell-gesetzlichen Ermächtigungen beruhen. Dies gilt auch, soweit es um den Vorbehalt des Gesetzes wegen der Wesentlichkeit der Regelung geht,

s. BVerwG, Urteil vom 19.07.2012 – 5 C 1.12 –, BVerwGE 143, S. 363, 368 (Rn. 15); Urteil vom 20.08.2012 – 2 C 23.10 –, BVerwGE 144, S. 93, 96 ff. (Rn. 11 ff.); Sachs, in: ders., GG, Kommentar, 9. Auflage, München 2021, Art. 20 Rn. 118, m.w.N.

Dieser Aspekt des Gesetzesvorbehalts kann hier allerdings außer Betracht bleiben, denn weder gibt es derzeit eine Rechtsverordnung, die bereits eine Ermächtigung zur Verwendung der Antidiskriminierungsklausel enthielte, noch ist erkennbar, dass es schon eine gesetzliche Ermächtigung für den Erlass einer solchen Rechtsverordnung

gäbe. Mit der Frage, ob es einer gesetzlichen Grundlage für die Verwendung der Antidiskriminierungsklausel bedarf, ist daher zugleich und ausschließlich die Frage nach der Notwendigkeit eines formellen Gesetzes aufgeworfen.

1. **Eingriff in die Kunstfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG?**

Aufgrund der vorstehenden Überlegungen ist somit zunächst die Frage aufgeworfen, ob die Verwendung der Antidiskriminierungsklausel bei der Kunstförderung einen Eingriff in das Grundrecht der Kunstfreiheit mit sich bringt. Gemäß Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ist die Kunst frei. Das Grundrecht ist nach dem Verfassungstext nicht durch Gesetz einschränkbar; allerdings ist es der Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht zugänglich, mit dem im Kollisionsfall eine praktische Konkordanz herzustellen ist,

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24.02.1971 – 1 BvR 435/68 –, BVerfGE 30, S. 173, 193; Beschluss des Ersten Senats vom 17.07.1984 – 1 BvR 816/82 –, BVerfGE 67, S. 213, 228; Beschluss des Ersten Senats vom 13.06.2007 – 1 BvR 1783/05 –, BVerfGE 119, S. 1, 23; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 28.01.2019 – 1 BvR 1738/16 –, NJW 2019, S. 1277, 1278, 1279 (Rn. 19, 23).

Ein Eingriff in die Kunstfreiheit, der eine solche praktische Konkordanz kollidierender Verfassungsrechtsgüter herstellen soll, bedarf dann außerdem einer gesetzlichen Grundlage,

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27.11.1990 – 1 BvR 402/87 –, BVerfGE 83, S. 130, 142; vgl. in demselben Sinne zur ebenso vorbehaltlos gewährleisteten Religionsfreiheit BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 14.01.2020 – 2 BvR 1333/17 –, BVerfGE 153, S. 1, 35 (Rn. 82).

Wenn in der Verwendung der Antidiskriminierungsklausel bei der Kunstförderung ein Eingriff in die Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG läge, wäre also eine gesetzliche Grundlage für die Klausel erforderlich.

Dass bei der Kunstförderung die Kunstfreiheit der Sache nach einschlägig, also der sachliche Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG eröffnet ist, liegt auf der Hand. Fraglich ist daher nur, ob in der Verwendung der Antidiskriminierungsklausel bei der Kunstförderung ein Eingriff in das Grundrecht liegt.

Der klassische Eingriffsbegriff, der unter dem Grundgesetz nicht mehr maßgeblich ist, erfasste nur rechtsförmliche, befehlende, finale (zielgerichtete) und unmittelbare Belastungen der Rechtsinhaber. Unter dem Grundgesetz können nunmehr auch Handlungen ohne formellen Rechtscharakter (Realakte) und Handlungen, die nicht imperativ und nicht final auf das Grundrecht gerichtet sind und die nur mittelbar auf das Grundrecht einwirken, als Eingriffe zu qualifizieren sein. Daraus folgt allerdings nicht, dass in jeder staatlichen Maßnahme, die eine Grundrechtsträgerin oder einen Grundrechtsträger nur irgendwie belastet, ein Eingriff zu sehen wäre. Die Abgrenzung ist komplexer und hängt von weiteren Kriterien ab,

vgl. Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Kommentar, Band I, Stand: 02/2018, § 90 Rn. 346, 356b; Dreier, in: ders., GG, Kommentar, 3. Auflage, Band I, Tübingen 2013, Vorbemerkungen vor Art. 1 Rn. 124 ff.; Sachs, in: ders., GG, Kommentar, 9. Auflage, München 2021, Vorbemerkungen zu Abschnitt I. Rn. 83; Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Kommentar, 7. Auflage, Band 1, München 2018, Art. 1 Rn. 265.

a) Eingriff durch Versagung einer Förderung der Kunst aufgrund der Verwendung der Antidiskriminierungsklausel?

Fraglich ist zunächst, ob ein Grundrechtseingriff schon deshalb vorliegt, weil wegen der Verwendung der Antidiskriminierungsklausel Künstlerinnen und Künstler im Ergebnis keine staatliche Förderung erhalten könnten.

Damit ist die Reichweite des Grundrechts der Kunstfreiheit angesprochen. Insbesondere ist die Frage aufgeworfen, inwieweit in das Grundrecht durch die Versagung einer Leistung eingegriffen wird.

Grundrechte sind in erster Linie Abwehrrechte der Bürgerinnen und Bürger gegen den Staat,

BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 15.01.1958 – 1 BvR 400/51 –, BVerfGE 7, S. 198, 204; Beschluss des Ersten Senats vom 04.04.2006 – 1 BvR 518/02 –, BVerfGE 115, S. 320, 358.

Daneben können aus den Grundrechten auch Ansprüche auf Schutz,

vgl. z.B. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 26.07.2016 – 1 BvL 8/15 –, BVerfGE 142, S. 313, 337 (Rn. 69),

und auf staatliche Leistungen in Form von Geld oder Sachmitteln, etwa im Bereich der Sicherung des Existenzminimums,

vgl. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 09.02.2010 – 1 BvL 1, 3, 4/09 –, BVerfGE 125, S. 175, 222,

erwachsen.

Der Eingriffsbegriff ist jedoch nur mit der Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat angesprochen. Nur als Abwehrrechte verpflichten die Grundrechte den Staat zur Unterlassung rechtswidriger Eingriffe,

Dreier, in: ders., GG, Kommentar, 3. Auflage, Band I, Tübingen 2013, Vorbemerkungen vor Art. 1 Rn. 84; vgl. auch Sachs, in: ders., GG, Kommentar, 9. Auflage, München 2021, Vorbemerkungen zu Abschnitt I. Rn. 78: „Der ‚klassische‘ Grundrechtseingriff ist Teil der Dogmatik der Abwehrrechte.“

Selbst soweit im Bereich der Kunst ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Förderung durch den Staat bestünde, läge daher in der Versagung einer solchen Förderung kein Eingriff in das Grundrecht, sondern ggf. nur eine Verletzung des Leistungsanspruchs,

vgl. nur VG Berlin, Beschluss vom 22.02.2021 – 14 L 42/21 –, juris, Rn. 32.

Mit der Versagung einer Förderung der Kunst ist somit nicht die Eingriffsverwaltung, sondern nur der Bereich der Leistungsverwaltung berührt, in dem eine gesetzliche Grundlage nicht zwingend erforderlich ist (s.o., unter B. I., S. 6).

Im Übrigen folgt aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG nur eine objektivrechtliche Pflicht im Sinne eines Staatsziels, ein freiheitliches Kunstleben zu erhalten und zu fördern,

BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 05.03.1974 – 1 BvR 712/68 –, BVerfGE 36, S. 321, 331; Beschluss des Ersten Senats vom 29.11.1989 – 1 BvR 1402, 1528/87 –, BVerfGE 81, S. 108, 116; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 15.12.2003 – 1 BvR 2378/03 –, NVwZ 2004, S. 472; BFH, Urteil vom 07.05.1987 – IV R 125/86 –, juris, Rn. 24; BVerwG, Beschluss vom 08.04.2022 – 6 B 17.21 –, NVwZ-RR 2022, S. 610, 611 (Rn. 14),

aber kein individueller grundrechtlicher Anspruch auf eine Förderung der Kunst,

BVerwG, Beschluss vom 16.08.1979 – 7 B 174.78 –, Buchholz 451.55 Subventionsrecht Nr. 58; BFH, Urteil vom 07.05.1987 – IV R 125/86 –, juris, Rn. 24; VGH Mannheim, Beschluss vom 15.10.2003 – 9 S 1858/03 –, NJW 2004, S. 624; Starck/Paulus, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Kommentar, 7. Auflage, Band 1, München 2018, Art. 5 Rn. 414, 446.

Auf diesen Umstand kommt es freilich für die Verneinung eines Grundrechtseingriffs nicht mehr an, weil selbst die Versagung einer Förderung, auf die ein grundrechtlicher Anspruch bestünde, kein Eingriff wäre. Ein Eingriff liegt aber nochmals ferner, wenn es an einem grundrechtlichen Anspruch sogar fehlt. Außerdem fehlt es aus diesem Grund auch an einer sonstigen Grundrechtsrelevanz der Versagung einer Kunstförderung, wegen derer die Regelungsmaterie evtl. wesentlich sein und deshalb ein Bedürfnis nach einer gesetzlichen Grundlage bestehen könnte.

Konsequenterweise wird daher in der Literatur ein Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit, die an derselben Stelle und in derselben Weise wie die Kunstfreiheit geregelt ist, nicht schon für den Fall bejaht, dass einer Wissenschaftlerin oder einem Wissenschaftler eine Förderung durch Sach- oder Geldmittel nicht zuteilwird, sondern nur für den Fall gesehen, dass eine zugesagte Wissenschaftsförderung dieser Art anschließend wieder entzogen wird,

Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Kommentar, Band I, Stand: 08/2019, Art. 5 Abs. 3 Rn. 148; Hufen, Zivilklauseln, Ethikkommissionen und Drittmittelkontrolle aus verfassungsrechtlicher Sicht, NVwZ 2017, S. 1265, 1266.

b) Eingriff aufgrund der Finalität der staatlichen Maßnahme?

Ein weiterer Gesichtspunkt, der für die Annahme eines Eingriffs streiten kann, ist die Finalität der Maßnahme. Danach liegt ein Eingriff insbesondere dann vor, wenn die staatliche Maßnahme auf das Ziel gerichtet war, Grundrechtsträgerinnen und -träger in der Ausübung eines Grundrechts zu beschränken,

BVerwG, Urteil vom 18.04.1985 – 3 C 34.84 –, BVerwGE 71, S. 183, 193 f.; Urteil vom 06.11.1986 – 3 C 72.84 –, BVerwGE 75, S. 109, 115; Urteil vom 18.10.1990 – 3 C 2.88 –, BVerwGE 87, S. 37, 42 f.; Urteil vom 27.03.1992 – 7 C 21.90 –, BVerwGE 90, S. 112, 120; vgl. auch Bethge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Kommentar, Band I, Stand: 02/2018, § 90 Rn. 346, 356b; Dreier, in: ders., GG, Kommentar, 3. Auflage, Band I, Tübingen 2013, Vorbemerkungen vor Art. 1 Rn. 126.

Mit diesem Ansatz hat das Bundesverwaltungsgericht Grundrechtseingriffe bejaht, als

- ▶ einen Grundrechtseingriff bejaht, als eine Liste mit Angaben über Preise und Wirksamkeit von Medikamenten mit dem Ziel herausgegeben worden war, Einsparungen am Arzneimittelmarkt zu ermöglichen und damit als „notwendige Kehrseite“ Einbußen bei einigen Herstellern von Arzneimitteln zu bewirken,

BVerwG, Urteil vom 18.04.1985 – 3 C 34.84 –, BVerwGE 71, S. 183, 194,

- ▶ einen Grundrechtseingriff bejaht, als eine Norm nur zwei Unternehmen als Betreuer im Bereich einzelbetrieblicher Investitionen in der Landwirtschaft zugelassen und damit als unmittelbare Kehrseite alle anderen Unternehmen von dieser Tätigkeit ausgeschlossen hatte,

BVerwG, Urteil vom 06.11.1986 – 3 C 72.84 –, BVerwGE 75, S. 109, 115,

- ▶ einen Grundrechtseingriff unter dem Gesichtspunkt der Finalität verneint, als eine Warnung vor diethylenglykolhaltigen Weinen herausgegeben worden war, die aber nicht zielgerichtet die Absatzchancen oder Umsätze der Winzer beeinträchtigen sollte,

BVerwG, Urteil vom 18.10.1990 – 3 C 2.88 –, BVerwGE 87, S. 37, 43,

und

- ▶ einen Grundrechtseingriff bejaht, als ein Verein staatlicherseits gefördert worden war, der es stets zu seiner Aufgabe gemacht hatte, vor bestimmten Sekten zu warnen, so dass Nachteile für eine solche Sekte „das zwangsläufige und sichere Ergebnis, gleichsam die ‚Kehrseite‘ der erstrebten Beeinflussung der Öffentlichkeit“ gewesen waren,

BVerwG, Urteil vom 27.03.1992 – 7 C 21.90 –, BVerwGE 90, S. 112, 119 ff.

Diesen Fällen ist gemeinsam, dass die staatlichen Maßnahmen jeweils auf Belastungen für die Grundrechtsträgerinnen und -träger gerichtet waren (bzw. im Fall der Warnung vor DEG-haltigen Weinen nicht auf solche Belastungen gerichtet waren). Da sich aber aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, dass die Ablehnung einer Begünstigung jedenfalls nicht ohne Weiteres einer Belastung gleichsteht (s.o., unter B. I. 1. a), S. 9 ff.), führt auch der Gesichtspunkt, dass der mit der Ablehnung einer Begünstigung notwendig verbundene Effekt, dass die jeweilige Antragstellerin oder der jeweilige Antragsteller die Begünstigung nicht erhält, zugleich das Ziel der Ablehnung ist, nicht zur Annahme eines Grundrechtseingriffs.

Die Ablehnung einer Begünstigung in der Form der Kunstförderung ist auch nicht etwa final darauf gerichtet, dass die jeweilige Antragstellerin oder der jeweilige Antragsteller nicht in der Lage sein solle, künstlerisch tätig zu werden. Die Ablehnung der Förderung ist weder ein staatliches Verbot der künstlerischen Tätigkeit, noch kommt sie ihr nach der Zielsetzung der staatlichen Handlungsweise gleich. Die Zielrichtung der Ablehnung einer Förderung geht nur dahin, dass für das jeweilige Projekt keine staatlichen Mittel aufgewendet werden sollen.

Bei der Verwendung der Antidiskriminierungsklausel geht die staatliche Zielsetzung ebenfalls nicht dahin, die künstlerische Tätigkeit dann zu unterbinden, wenn nicht die Erklärung über die Ablehnung von Diskriminierung, Ausgrenzung und Antisemitismus abgegeben wird. Die Zielsetzung ist es auch bei der Verwendung der Antidiskriminierungsklausel nur, dass ein Projekt nicht mit staatlichen Mitteln gefördert werden soll, wenn Bedenken aufgrund der Menschenwürdegarantie und der freiheitlich-demokratischen Grundordnung bestehen.

Auch der Gesichtspunkt der Finalität der staatlichen Maßnahme führt daher nicht zur Annahme eines Eingriffs in die Kunstfreiheit.

c) Eingriff aufgrund einer staatlichen Bewertung der Kunst?

Weiter könnte sich ein Eingriff in die Kunstfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG hier unter dem Gesichtspunkt ergeben, dass mit einer Versagung der Förderung der Kunst aufgrund der Verwendung der Antidiskriminierungsklausel eine staatliche Aussage über die Qualität der Kunst getroffen würde. Dem Staat ist es durch die Garantie der Kunstfreiheit insbesondere untersagt,

„eine Niveauekontrolle, also eine Differenzierung zwischen ‚höherer‘ und ‚niederer‘, ‚guter‘ und ‚schlechter‘ (und deshalb nicht oder weniger schutzwürdiger) Kunst“

vorzunehmen,

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 03.06.1987 – 1 BvR 313/85 –,
BVerfGE 75, S. 369, 377.

Es gilt also ein

„Verbot staatlichen Kunstrichtertums,“

Mihatsch, Öffentliche Kunstsubventionierung, Berlin 1989, S. 6; Wittreck, in:
Dreier, GG, Kommentar, 3. Auflage, Band I, Tübingen 2013, Art. 5 III (Kunst)
Rn. 36; Zimmermann, Das Kreuz mit dem Tanzverbot, Der Jurist 2012, S. 1,
13.

Eine danach unzulässige staatliche Bewertung der Kunst kann unter Umständen auch bei ablehnenden Förderentscheidungen stattfinden,

Wittreck, in: Dreier, GG, Kommentar, 3. Auflage, Band I, Tübingen 2013,
Art. 5 III (Kunst) Rn. 52;

dies ist dann der Fall, wenn eine Förderung wegen mangelnder künstlerischer Qualität abgelehnt wird. Hiervon zu unterscheiden ist aber der Fall, dass die Förderung aus anderen Gründen abgelehnt wird. Der Staat darf bei seinen Förderungsmaßnahmen

auch wirtschafts- und finanzpolitische Gesichtspunkte beachten, ohne damit gegen Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG – unter dem Gesichtspunkt des Abwehrrechts gegen Eingriffe oder unter dem Gesichtspunkt des Förderungsauftrags (s.o., unter B. I. 1. a), S. 11) – zu verstoßen,

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 29.11.1989 – 1 BvR 1402, 1528/87 –, BVerfGE 81, S. 108, 116.

Außerdem darf der Staat über Höhe und Zweck seiner Kunstförderung nach kulturpolitischem Ermessen entscheiden,

Starck/Paulus, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Kommentar, 7. Auflage, Band 1, München 2018, Art. 5 Rn. 446.

Danach ist es dem Staat nicht verwehrt, eine Förderung der Kunst zu unterlassen, wenn ein Bekenntnis zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung in der Form der Ächtung der Diskriminierung und des Antisemitismus nicht abgegeben wird. Eine Bewertung der ggf. zu fördernden Kunst kann hierin nicht gesehen werden. Die Neutralität des Staates gegenüber der eigengesetzlichen Qualitätsbestimmung der Kunst wird nicht berührt.

d) Zwischenergebnis zum Eingriff in die Kunstfreiheit

Aus den dargelegten Gründen scheidet hier ein Eingriff in die Kunstfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG mit einiger Sicherheit aus, weil mit einer Versagung der Förderung aufgrund der Verwendung der Antidiskriminierungsklausel keine Belastung im Schutzbereich des Grundrechts – auch nicht in der Form einer staatlichen Bewertung der Kunst – erfolgt und keine solche Belastung final angestrebt ist. Es findet ggf. nur keine Förderung eines Kunstprojekts statt, aber dies begründet keinen Grundrechtseingriff.

Deshalb ergibt sich kein rechtliches Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage der Antidiskriminierungsklausel aus der Erwägung, dass ein Eingriff in das Grundrecht der Kunstfreiheit stattfände.

2. Eingriff in die Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG?

Allerdings könnte ein Eingriff in die Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG vorliegen. Gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG hat jeder das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten.

a) Anwendbarkeit der Meinungsfreiheit

Im Allgemeinen ist die Kunstfreiheit gegenüber der Meinungsfreiheit das speziellere und daher allein maßgebliche Grundrecht, wenn in der Form der Kunst eine Meinung ausgedrückt wird,

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24.02.1971 – 1 BvR 435/68 –, BVerfGE 30, S. 173, 200; Beschluss des Ersten Senats vom 03.06.1987 – 1 BvR 313/85 –, BVerfGE 75, S. 369, 377; Beschluss des Ersten Senats vom 07.03.1990 – 1 BvR 266/86 und 913/87 –, BVerfGE 81, S. 278, 291; Starck/Paulus, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Kommentar, 7. Auflage, Band 1, München 2018, Art. 5 Rn. 433; Wittreck, in: Dreier, GG, Kommentar, 3. Auflage, Band I, Tübingen 2013, Art. 5 III (Kunst) Rn. 76.

Unter Umständen können die Kunstfreiheit und die Meinungsfreiheit aber wohl auch nebeneinander anwendbar sein,

Bethge, in: Sachs, GG, Kommentar, 9. Auflage, München 2021, Art. 5 Rn. 194; offen BVerfG, Beschluss vom 31.10.1984 – 1 BvR 753/83 –, BVerfGE 68, S. 226, 233; Beschluss des Ersten Senats vom 25.03.1992 – 1 BvR 514/90 –, BVerfGE 86, S. 1, 9.

Jedenfalls ist die Meinungsfreiheit dort anwendbar, wo einerseits sie und andererseits die Kunstfreiheit nicht dasselbe Eingriffsgeschehen erfassen. In diesem Fall besteht schon keine echte Konkurrenz zwischen den beiden Grundrechtsnormen. Dies ist hier aber der Fall, denn mit Blick auf die Meinungsfreiheit geht es hier nicht darum, dass einer Person, die eine Kunstförderung beantragt, die Meinungsäußerung in künstlerischer Form versagt wäre, wenn sie die Förderung nicht erhielte. Für diesen Aspekt dürfte in der Tat die Kunstfreiheit die speziellere Gewährleistung und daher anwendbar sein. Vielmehr wäre die Meinungsfreiheit hier ggf. betroffen, weil der Antragstellerin oder dem Antragsteller eine Erklärung über eine bestimmte Meinung abverlangt wird oder weil an eine bestimmte Meinungsäußerung oder -nichtäußerung eine negative Folge geknüpft wird. Dies liegt jeweils im Vorfeld einer Meinungsäußerung in der Form der Kunst. Insoweit ist die Kunstfreiheit also nicht einschlägig.

b) Eröffnung des Schutzbereichs der Meinungsfreiheit

Meinungen im Sinne des Schutzbereichs des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

„durch die subjektive Beziehung des Einzelnen zum Inhalt seiner Aussage geprägt (vgl. BVerfGE 7, 198 [210]). Für sie ist das Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens kennzeichnend (vgl. BVerfGE 7, 198 [210]; 61, 1 [8]; 90, 241 [247]). Insofern lassen sie sich auch nicht als wahr oder unwahr erweisen. Sie genießen den Schutz des Grundrechts, ohne dass es darauf ankommt, ob die Äußerung begründet oder grundlos, emotional oder rational ist, als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos eingeschätzt wird (vgl. BVerfGE 90, 241 [247]). Die Bürger sind dabei rechtlich auch nicht gehalten, die der Verfassung zugrunde liegenden Wertsetzungen persönlich zu teilen. Das Grundgesetz baut zwar auf der Erwartung auf, dass die Bürger die allgemeinen Werte der Verfassung akzeptieren und verwirklichen, erzwingt die Werteloyalität aber nicht,“

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, BVerfGE 124, S. 300, 320.

Ausgehend hiervon sind auch diskriminierende, ausgrenzende und antisemitische Auffassungen noch vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit umfasst (über die Frage, ob sie auch im Ergebnis geschützt sind, ist damit allerdings noch nichts Durchgreifendes gesagt),

VG Stuttgart, Urteil vom 21.04.2022 – 7 K 3169/21 –, juris, Rn. 25; vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 23.06.2004 – 1 BvQ 19/04 –, BVerfGE 111, S. 147, 154, 156; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 07.07.2020 – 1 BvR 479/20 –, NJW 2021, S. 297 f. (Rn. 10, 18).

Nur die sog. „Auschwitzlüge“, also die Leugnung des Holocaust, die eine besondere Form des Antisemitismus darstellt,

s. nur <https://www.bpb.de/themen/antisemitismus/dossier-antisemitismus/37962/sekundaerer-antisemitismus> und <https://www.anders-denken.info/informieren/sekundärer-antisemitismus-1>,

fällt nicht in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit, dies aber nicht weil sie klar antisemitisch und grob inakzeptabel wäre, sondern weil sie keine Äußerung einer Meinung, sondern eine falsche Tatsachenbehauptung ist,

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 13.04.1994 – 1 BvR 23/94 –, BVerfGE 90, S. 241, 247 ff.; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 22.06.2018 – 1 BvR 673/18 –, NJW 2018, S. 2858, 2859 f. (Rn. 28 f.).

Erst recht fallen demnach Äußerungen, die nicht antisemitisch sind, aber deren Inhalt als Diskriminierung oder Ausgrenzung gewertet werden kann, in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit. Im Zusammenhang mit der Verwendung der Antidiskriminierungsklausel ist daher der Schutzbereich der Meinungsfreiheit eröffnet.

Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit umfasst in positiver Hinsicht – schon nach dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG – die Freiheit, eine Meinung zu haben und zu verbreiten. Außerdem umfasst der Schutzbereich die negative Meinungsfreiheit im Sinne des Rechts, eine Meinung nicht zu haben,

Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Kommentar, 3. Auflage, Band I, Tübingen 2013, Art. 5 I, II Rn. 74; vgl. Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Kommentar, Band I, Stand: 01/2013, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 95,

oder nicht zu äußern,

vgl. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 15.12.1983 – 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 –, BVerfGE 65, S. 1, 40; Beschluss des Zweiten Senats vom 22.01.1997 – 2 BvR 1915/91 –, BVerfGE 95, S. 173, 182; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 02.05.2018 – 1 BvR 666/17 –, NJW 2018, S. 2784 (Rn. 16),

oder nur gegenüber bestimmten Personen zu äußern oder nicht zu äußern,

vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 05.02.1981 – 2 BvR 646/80 –, BVerfGE 57, S. 170, 192 (abw. M. Hirsch).

c) Eingriff in die Meinungsfreiheit?

In den Schutzbereich der Meinungsfreiheit wird hiernach eingegriffen, wenn der Staat die Äußerung einer Meinung unterbindet, der Grundrechtsträgerin oder dem Grundrechtsträger eine Meinung aufdrängt oder ohne dessen Willen zurechnet,

vgl. zum letzteren Fall BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 22.01.1997 – 2 BvR 1915/91 –, BVerfGE 95, S. 173, 182,

oder eine Meinungsbildung oder die Äußerung einer Meinung abverlangt.

Dabei liegt ein Eingriff nicht erst vor, wenn das grundrechtlich geschützte Verhalten selbst eingeschränkt oder untersagt wird. Es genügt, dass nachteilige Rechtsfolgen an ein Verhalten im Schutzbereich der Meinungsfreiheit geknüpft werden,

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19.05.1992 – 1 BvR 126/85 –, BVerfGE 86, S. 122, 128; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 27.08.2019 – 1 BvR 811/17 –, NJW 2019, S. 3567, 3568 (Rn. 18); BVerwG, Urteil vom 20.01.2022 – 8 C 35.20 –, BVerwGE 174, S. 367, 371 (Rn. 18).

Hierfür genügt es auch, wenn der Grundrechtsträgerin oder dem Grundrechtsträger aufgrund einer Meinungsäußerung (oder einer Meinungs nichtäußerung oder der Nichtbildung einer Meinung) ein Vorteil versagt wird, auf den die Grundrechtsträgerin oder der Grundrechtsträger ansonsten keinen Anspruch hätte. So hat beispielsweise das Bundesverfassungsgericht einen Eingriff in das Grundrecht der Meinungsfreiheit bejaht, als ein Auszubildender aufgrund einer Meinungsäußerung von seinem Ausbildungsbetrieb nicht eingestellt worden war und die Arbeitsgerichte bis hin zum Bundesarbeitsgericht dies bestätigt hatten,

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19.05.1992 – 1 BvR 126/85 –, BVerfGE 86, S. 122, 128.

Außerdem hat das Bundesverwaltungsgericht hiernach einen Eingriff in die Meinungsfreiheit erkannt, als die Landeshauptstadt München die Widmung eines Veranstaltungsraums in einer öffentlichen Einrichtung dahingehend eingeschränkt hatte, dass der Raum nicht für Veranstaltungen mit Bezug zu Meinungen über die BDS-Kampagne (BDS steht für Boycott, Divestment, Sanctions; die Kampagne ist gegen Israel gerichtet) zur Verfügung stehen sollte,

BVerwG, Urteil vom 20.01.2022 – 8 C 35.20 –, BVerwGE 174, S. 367, 371 f. (Rn. 18 f.).

Auf eine andere Gestaltung bestand nach dem einfachen Recht kein Anspruch, weil der Anspruch auf Zugang zu kommunalen öffentlichen Einrichtungen nach Art. 21 Abs. 1 Satz 1 BayGO (wie auch nach den entsprechenden Normen der Gemeindeordnungen der anderen Länder) stets nur im Rahmen der Widmung gilt,

vgl. nur VG München, Urteil vom 12.12.2018 – M 7 K 18.3672 –, juris, Rn. 22 (Vorinstanz im zitierten Fall des Bundesverwaltungsgerichts).

Weil die Einschränkung der Widmung und die daraus folgende Nichtzulassung zur Nutzung des Raums spezifisch auf die Äußerung einer Meinung bezogen war, lag aber trotzdem ein Eingriff in die Meinungsfreiheit vor. Der Ausschluss von Themen zur BDS-Kampagne hatte ungeachtet des Umstands, dass die Landeshauptstadt München an sich berechtigt war, die Widmung ihrer öffentlichen Einrichtung zu beschränken, die Äußerung entsprechender Meinungen behindert,

vgl. BVerwG, Urteil vom 20.01.2022 – 8 C 35.20 –, BVerwGE 174, S. 367, 372 (Rn. 19).

In ähnlicher Weise hat außerdem das Bundesverwaltungsgericht einen Eingriff in die – strukturell mit der Meinungsfreiheit vergleichbare – Religionsfreiheit (Art. 4 GG) erkannt, als ebenfalls die Landeshauptstadt München eine finanzielle Förderung der Anschaffung von Pedelecs davon abhängig gemacht hatte, dass die Antragstellerinnen und Antragsteller eine Erklärung über die Distanzierung von Scientology abgeben. Mit diesem Ausschluss von der Förderung, auf die ansonsten kein Anspruch bestand, wurde eine Schlechterstellung der Angehörigen einer Religionsgemeinschaft bewirkt (die auch das Ziel der Maßnahme war),

BVerwG, Urteil vom 06.04.2022 – 8 C 9.21 –, BVerwGE 175, S. 199, 204 (Rn. 20); so (ohne den Aspekt der Zielrichtung) auch bereits die Berufungsinstanz: VGH München, Urteil vom 16.06.2021 – 4 B 20.3008 –, juris, Rn. 29.

Außerdem hat das Bundesverwaltungsgericht in jenem Fall noch einen weiteren Eingriff in die Religionsfreiheit festgestellt. Schon die Verpflichtung zur Offenbarung des religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnisses zu Scientology stellte einen Eingriff in die negative Religionsfreiheit dar, die ebenso wie die negative Meinungsfreiheit grundrechtlich geschützt ist,

BVerwG, Urteil vom 06.04.2022 – 8 C 9.21 –, BVerwGE 175, S. 199, 203 (Rn. 20).

Ausgehend von diesen Maßstäben liegt hier in der Verwendung der Antidiskriminierungsklausel ebenfalls (mindestens) ein Eingriff die Meinungsfreiheit vor. Indem mit dieser Klausel ein Bekenntnis zu einer vielfältigen Gesellschaft und eine Distanzierung von jedweder Diskriminierung und Ausgrenzung sowie jeder Form von Antisemitismus eingefordert wird, wird entweder verlangt, dass eine solche Meinung erst gebildet wird, oder verlangt, dass eine solche Meinung geäußert wird. Außerdem wäre nach dieser Klausel (in Verbindung mit Nr. 4.1 der Richtlinie über die Kunstförderung) die Förderung zu versagen, wenn die entsprechende Erklärung nicht abgegeben würde. Unter allen diesen Aspekten ist die (negative) Meinungsfreiheit berührt, weil – wie ausgeführt – auch antisemitische und ähnlich inakzeptable Äußerungen noch in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG fallen.

Deshalb ergibt sich unter dem Gesichtspunkt eines Eingriffs in die Meinungsfreiheit ein verfassungsrechtliches Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage. Daran ist die Zulässigkeit der Klausel über die Distanzierung von Scientology im Fall der Münchener Pe-delec-Förderung gescheitert,

BVerwG, Urteil vom 06.04.2022 – 8 C 9.21 –, BVerwGE 175, S. 199, 204 (Rn. 21).

d) Maßgaben für die erforderliche gesetzliche Grundlage?

Weiter stellt sich die Frage, ob aus dem Eingriff in die Meinungsfreiheit besondere Anforderungen an die gesetzliche Grundlage folgen. Diese Frage ergibt sich aus dem Umstand, dass gemäß Art. 5 Abs. 2 GG die Meinungsfreiheit ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre findet. Hieraus folgt, dass nicht schon jedes Gesetz ohne Weiteres einen Eingriff in die Meinungsfreiheit rechtfertigen kann.

Vielmehr muss das einschränkende Gesetz ein „allgemeines“ Gesetz sein. Dies sieht der Wortlaut in der ersten Variante des Art. 5 Abs. 2 GG ausdrücklich vor. Allgemeine Gesetze in diesem Sinne sind solche,

„die nicht eine Meinung als solche verbieten, die sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten, sondern dem Schutz eines schlechthin ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Rechtsguts dienen (vgl. BVerfGE 7, 198 [209 f.]; 28, 282 [292]; 71, 162 [175 f.]; 93, 266 [291]; stRspr). Dieses Rechtsgut muss in der Rechtsordnung allgemein und damit unabhängig davon geschützt sein, ob es durch Meinungsäußerungen oder auf andere Weise verletzt werden kann (vgl. BVerfGE 111, 147 [155]; 117, 244 [260]).

[...]

Allerdings kann aus dieser Rechtsprechung nicht im Umkehrschluss abgeleitet werden, dass immer, wenn eine Norm ein anerkanntes Rechtsgut schützt, deren Allgemeinheit schon allein damit gesichert ist (vgl. Enders, JZ 2008, S. 1092 [1094]). Die Tatsache, dass ein meinungsbeschränkendes Gesetz ein anerkanntes Rechtsgut schützt, garantiert dessen Allgemeinheit nicht für jeden Fall, sondern ist lediglich Indiz für die Wahrung rechtsstaatlicher Distanz und die Einhaltung des Gebots der Meinungsneutralität,“

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, BVerfGE 124, S. 300, 321 f., 323.

Hiernach wäre ein Gesetz, das eine Klausel in Förderrichtlinien und in Antragsformularen erlaubte, nach der sich Antragstellerinnen und Antragsteller zu einer vielfältigen Gesellschaft bekennen und von jedweder Diskriminierung und Ausgrenzung sowie jeder Form von Antisemitismus distanzieren müssen, kein allgemeines Gesetz, weil es sich gegen bestimmte Meinungen richtet. Zwar läge einem solchen Gesetz zweifellos ein auch sonst anerkanntes Rechtsgut zugrunde, nämlich der Schutz von Menschen vor Antisemitismus, Diskriminierung und Ausgrenzung. Dies führt allerdings noch nicht dazu, dass das Gesetz deshalb meinungsneutral wäre.

Das Verfassungsgebot, nach dem Gesetze allgemein gefasst sein müssen, wenn sie die Meinungsfreiheit einschränken sollen, dient dem

„Schutz vor Diskriminierung in Anknüpfung an bestimmte Meinungen und politische Anschauungen, wie er ähnlich auch in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 Alternative 9 GG (‚politische Anschauungen‘) enthalten ist, und sichert damit rechtsstaatliche Distanz zum Schutz der Meinungsfreiheit,“

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, BVerfGE 124, S. 300, 326.

Damit dient das Verfassungsgebot, nach dem Gesetze, die die Meinungsfreiheit einschränken, inhaltlich allgemein gefasst sein müssen, zugleich der Vielfalt der Meinungen in der demokratischen Gesellschaft, weil es der Staatsmacht danach nicht gestattet ist, nur einzelne Meinungen zu reglementieren. Deshalb ist die Meinungsneutralität in einem strengen, recht formalen Sinn zu verstehen. Ein Gesetz gegen Diskriminierung, Ausgrenzung und Antisemitismus wäre nicht in diesem Sinne neutral.

Für ein Gesetz, das es dem Staat erlaubt, ein Bekenntnis zu einer vielfältigen Gesellschaft und eine Distanzierung von jedweder Diskriminierung und Ausgrenzung sowie jeder Form von Antisemitismus zu verlangen, steht daher die Befugnis zur Einschränkung der Meinungsfreiheit durch „allgemeine Gesetze“ nach der ersten Variante des Art. 5 Abs. 2 GG nicht zur Verfügung.

Aber auch die gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Jugend und im Recht der persönlichen Ehre im Sinne der zweiten und dritten Variante des Art. 5 Abs. 2 GG müssen allgemeine Gesetze sein, denn auch bei ihnen gilt das grundlegende Gebot der Neutralität des Staates, so dass ein Sonderrecht nur gegen bestimmte Meinungen auch im Bereich des Jugendschutzes und der persönlichen Ehre nicht statthaft ist,

s. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –, BVerfGE 124, S. 300, 326 f.; Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Kommentar, Band I, Stand: 01/2013, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 192; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Kommentar, 3. Auflage, Band I, Tübingen 2013, Art. 5 I, II Rn. 151 a.E.

Wenn damit die geschriebenen Schranken aus Art. 5 Abs. 2 GG nicht zur Rechtfertigung eines Gesetzes über die Antidiskriminierungsklausel genutzt werden können, schließt dies die Rechtfertigung eines solchen Gesetzes gleichwohl nicht aus. Sowohl nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts,

s. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 25.01.1984 – 1 BvR 272/81 –, BVerfGE 66, S. 116, 136; Beschluss des Ersten Senats vom 23.06.2004 – 1 BvQ 19/04 –, BVerfGE 111, S. 147, 157,

als auch nach der Rechtsprechung weiterer Gerichte,

s. OVG Bremen, Beschluss vom 31.05.2014 – 1 B 140/14 –, juris, Rn. 3; OLG Hamm, Beschluss vom 15.09.2020 – 29 U 6/20 –, juris, Rn. 159, 170; VG Berlin, Beschluss vom 26.01.2009 – 1 L 16.09 –, juris, Rn. 11,

und der überwiegenden, aber nicht einhelligen Auffassung aus dem Schrifttum,

s. Jarass, in: ders./Pieroth, GG, Kommentar, 17. Auflage, München 2022, Art. 5 Rn. 20, 79; Schemmer, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 56. Edition, Stand: 15.08.2023, Art. 5 Rn. 113; Schmidt-Jortzig, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Auflage,

Band VII, Heidelberg 2009, § 162 Rn. 58; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Kommentar, 3. Auflage, Band I, Tübingen 2013, Art. 5 I, II Rn. 152; Starck/Paulus, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Kommentar, 7. Auflage, Band 1, München 2018, Art. 5 Rn. 272; anders jedoch Bethge, in: Sachs, GG, Kommentar, 9. Auflage, München 2021, Art. 5 Rn. 173, 176 f.,

können sich Schranken der Meinungsfreiheit auch aus kollidierenden Rechtsgütern von Verfassungsrang, insbesondere aus kollidierenden Grundrechten Dritter, ergeben.

Dies ist insbesondere für solche Gesetze relevant, die nicht im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG allgemein sind,

Jarass, in: ders./Pieroth, GG, Kommentar, 17. Auflage, München 2022, Art. 5 Rn. 79; Wendt, in: von Münch/Kunig, GG, Kommentar, 7. Auflage, Band 1, München 2021, Art. 5 Rn. 122.

Insoweit kann die Gegenauffassung, nach der auch anhand kollidierenden Verfassungsrechts nur meinungsneutrale Gesetze gerechtfertigt werden könnten,

Grabenwarter, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Kommentar, Band I, Stand: 01/2013, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 137; Jestaedt, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Band IV, Heidelberg 2011, § 102 Rn. 65,

nicht überzeugen, denn mit ihr würde die Möglichkeit, nicht meinungsneutrale Gesetze zu erlassen, um etwa die Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG – gemäß dem ausdrücklichen Schutzauftrag in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG – zu schützen, gänzlich ausgeschlossen. Das wäre aber mit der Grundvorstellung eines beiderseits schonenden Ausgleichs zwischen kollidierenden Verfassungsrechtsgütern kaum zu vereinbaren. Die Werteordnung des Grundgesetzes würde einseitig zugunsten der Meinungsäußerung verschoben.

Deshalb bleibt es nach überwiegender und überzeugender Auffassung möglich, auch nicht meinungsneutrale Gesetze und mit diesen Gesetzen oder auf deren Grundlage erfolgende Beschränkungen der Meinungsfreiheit anhand kollidierenden Verfassungsrechts zu rechtfertigen.

Eine solche Schranke aus kollidierendem Verfassungsrecht kommt auch für die Rechtfertigung der Antidiskriminierungsklausel in Betracht. Das Bundesverfassungsgericht hat ausgesprochen, dass insbesondere Antisemitismus und rassistische Diskriminierung mit der Menschenwürdegarantie des Art. 1 GG unvereinbar sind:

„Menschenwürde ist egalitär; sie ist unabhängig von Merkmalen wie Herkunft, einer behaupteten ‚Rasse‘, Lebensalter oder Geschlecht. Dem Achtungsanspruch des Einzelnen als Person ist die Anerkennung als gleichberechtigtes Mitglied in der rechtlich verfassten Gemeinschaft immanent. Mit der Menschenwürde sind daher ein rechtlich abgewerteter Status oder demütigende Ungleichbehandlungen nicht vereinbar. Dies gilt insbesondere, wenn derartige Ungleichbehandlungen gegen die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG verstoßen, die sich – ungeachtet der grundsätzlichen Frage nach dem Menschenwürdegehalt der Grundrechte (vgl. hierzu BVerfGE 107, 275 <284>) – jedenfalls als Konkretisierung der Menschenwürde darstellen. Antisemitische oder auf rassistische Diskriminierung zielende Konzepte sind damit nicht vereinbar und verstoßen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung (vgl. BVerfGE 144, 20 <207 f. Rn. 541>),“

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 23.01.2024 – 2 BvB 1/19 –, juris, Rn. 253.

Gerade auf den Ausschluss der Vertreterinnen und Vertreter solcher Konzepte, die mit der Menschenwürdegarantie und der freiheitlich-demokratischen Grundordnung unvereinbar sind, zielt die Antidiskriminierungsklausel bei der Kunstförderung des Landes. Für die Antisemitismusklausel liegt dies auf der Hand. Aber auch die Passage über „Diskriminierung und Ausgrenzung“ betrifft erkennbar nicht jede Ungleichbehandlung, die im Fall der Ungleichbehandlung durch den Staat gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstieße,

sondern im Sinne der landläufigen Begriffe Diskriminierung und Ausgrenzung – gerade bei der Verwendung dieser Begriffe im Zusammenhang – die Diskriminierung und Ausgrenzung aufgrund höchstpersönlicher, unveränderlicher Merkmale, z.B. wegen „Rasse“, Lebensalter oder Geschlecht. Mit der Verwendung der Antidiskriminierungsklausel stellt sich das Land somit auf den Standpunkt des Bundesverfassungsgerichts, dass ein rechtlich abgewerteter Status oder eine demütigende Ungleichbehandlung mit der Menschenwürdegarantie nicht vereinbar ist.

Die Antidiskriminierungsklausel wird daher von kollidierendem Verfassungsrecht gestützt. Hierbei bedarf es dann außerdem noch einer gesetzlichen Grundlage,

s. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 23.06.2004 – 1 BvQ 19/04 –, BVerfGE 111, S. 147, 157 f., und bereits oben, unter B. I. 1., S. 8.

Außerdem muss die Einschränkung der Meinungsfreiheit verhältnismäßig sein,

vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 14.01.2020 – 2 BvR 1333/17 –, BVerfGE 153, S. 1, 46 (Rn. 101).

Insoweit hat das Bundesverwaltungsgericht in einem Fall, der die Billigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft bei einer Gedenkfeier zu Ehren von Rudolf Heß und damit das Verbot aus § 130 Abs. 4 StGB betraf, ausgeführt:

„Soweit geschütztes Rechtsgut die Menschenwürde der Opfer der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft ist, dient die Bestimmung der Bewahrung des obersten Verfassungswertes vor Angriffen. Die Menschenwürde setzt der Meinungsfreiheit eine absolute Grenze,“

(Hervorhebung durch die Unterzeichner)

BVerwG, Urteil vom 25.06.2008 – 6 C 21.07 –, BVerwGE 131, S. 216, 221 (Rn. 23).

Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Ansatz in seiner nachfolgenden Entscheidung über denselben Sachverhalt nicht verfolgt. Allerdings musste das Gericht auf diese Erwägung auch nicht zwingend eingehen, weil es schon offenlassen konnte, ob die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG überhaupt durch die Billigung des Nationalsozialismus verletzt wurde,

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08 –,
BVerfGE 124, S. 300, 347.

Im Übrigen hat das Bundesverfassungsgericht selbst schon ausgesprochen, dass

„die Menschenwürde der Meinungsfreiheit [...] eine absolute Grenze setzt (vgl. BVerfGE 102, 347 [366 f.]),“

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 11.03.2003 – 1 BvR 426/02 –,
BVerfGE 107, S. 275, 281; so auch Bethge, in: Sachs, GG, Kommentar,
9. Auflage, München 2021, Art. 5 Rn. 177 (dieser offenbar unter der An-
nahme, dass Gesetze zum Schutz der persönlichen Ehre nach Art. 5 Abs. 2
GG – die auch Gesetze zum Schutz der Menschenwürde sein können –
nicht meinungsneutral sein müssten; s. dazu aber oben, S. 26).

Nach diesem Ansatz, der die Absolutheit des Schutzes der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG in die Abwägung mit der Meinungsfreiheit überträgt, würde sich hier der Schutz der Menschenwürde durch die Antidiskriminierungsklausel ohne Weiteres gegen die negative Meinungsfreiheit der Antragstellerinnen und Antragsteller im Verfahren über eine Kunstförderung durchsetzen. Es kann aber sogar offenbleiben, ob dieser Ansatz anzuerkennen ist. Denn auch wenn dies nicht schon allein wegen der Betroffenheit der Menschenwürde der Fall wäre, ergäbe sich mit erheblicher Sicherheit, dass die Antidiskriminierungsklausel als solche verhältnismäßig wäre.

Die Antidiskriminierungsklausel zielt darauf, dass ein Kunstprojekt nicht mit staatlichen Mitteln gefördert werden soll, wenn Bedenken aufgrund der Menschenwürdegarantie und der freiheitlich-demokratischen Grundordnung bestehen (s.o., unter B. I. 1. b), S. 14). Die Verwendung der Antidiskriminierungsklausel ist auch insoweit, als sie mit einem Eingriff in die negative Meinungsfreiheit der Antragstellerinnen und Antragsteller verbunden ist, geeignet und erforderlich, um dieses Ziel zu erreichen. Andere Mittel als die Abfrage der Gesinnung der Antragstellerinnen und Antragsteller sind für die Verwirklichung dieses Ziels nicht erkennbar. Die Verwendung der Antidiskriminierungsklausel bewirkt außerdem keine unzumutbare Belastung der Antragstellerinnen und Antragsteller, denn für diese hängt von der Abgabe der entsprechenden Erklärung eine Begünstigung ab, die sie begehren und auf die sie ansonsten keinen Anspruch haben.

Insgesamt muss die gesetzliche Grundlage für die Verwendung der Antidiskriminierungsklausel daher nicht die Anforderungen an ein allgemeines Gesetz i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG wahren, denn die Antidiskriminierungsklausel und das entsprechende Gesetz können – jedenfalls nach der deutlich überwiegenden Auffassung – unabhängig von Art. 5 Abs. 2 GG die Verwendung der Antidiskriminierungsklausel rechtfertigen.

3. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG

Im Übrigen ist jüngst von 13 deutschen Juristinnen und Juristen, darunter neun Hochschullehrerinnen und Hochschullehrern, darauf hingewiesen worden, dass Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG eine Schlechterstellung aufgrund der politischen oder religiösen Anschauungen verbietet; daher ist es als problematisch angesehen worden, eine Antidiskriminierungsklausel (bezogen auf den Antisemitismus) zum Maßstab von Förderentscheidungen zu machen,

Ambos/Barskanmaz/Bönnemann/Fischer-Lescano/Goldmann/Mangold/
Markard/Michaels/Montag/Steinbeis/Tabbara/Wihl/Zechlin, <https://verfassungsblog.de/die-implementation-der-ihra-arbeitsdefinition-antisemitismus-ins-deutsche-recht-eine-rechtliche-beurteilung>.

Eine Schlechterstellung aufgrund der politischen Anschauungen findet in der Tat statt, wenn eine Kunstförderung wegen der fehlenden Abgabe einer Erklärung gemäß der Antidiskriminierungsklausel unterbleibt, denn schon die Nichtabgabe der Erklärung kann als politischer Akt verstanden werden. Erst recht ergäbe sich aber eine Schlechterstellung aufgrund der politischen Anschauungen, wenn anstelle der Nichtabgabe der Erklärung sogar von einer Antragstellerin oder einem Antragsteller mitgeteilt würde, dass man die Erklärung nicht abgeben werde, weil man die darin geforderte Ablehnung des Antisemitismus, der Diskriminierung und der Ausgrenzung nicht teile. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob eine solche Haltung Respekt verdient.

Eine Schlechterstellung aufgrund der politischen Anschauungen ist jedoch nicht absolut verboten. Bei der Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts entgegen Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 GG oder wegen der Behinderung entgegen Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG lässt das Bundesverfassungsgericht eine Rechtfertigung aus zwingenden Gründen zu, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können bzw. der Berücksichtigung behindertenbezogener Besonderheiten dienen,

s. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 28.01.1992 – 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83 und 10/91 –, BVerfGE 85, S. 191, 207, bzw. Beschluss des Zweiten Senats vom 29.01.2019 – 2 BvC 62/14 –, BVerfGE 151, S. 1, 25 (Rn. 57).

Vergleichbare zwingende Gründe, die sich unmittelbar und schon der Sache nach aus dem jeweiligen Differenzierungsgrund ergeben, sind für die hier in Rede stehende Ungleichbehandlung wegen der politischen Anschauungen nicht erkennbar. Soweit es an solchen zwingenden Gründen fehlt, kommt aber immer noch eine Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht in Betracht,

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24.01.1994 – 1 BvL 18/93 und 5, 6, 7/94, 1 BvR 403, 569/94 –, BVerfGE 92, S. 91, 109; Beschluss des Zweiten Senats vom 25.10.2005 – 2 BvR 524/01 –, BVerfGE 114, S. 357, 364; Beschluss des Zweiten Senats vom 29.01.2019 – 2 BvC 62/14 –, BVerfGE 151, S. 1, 26 (Rn. 59).

Die Anforderungen an die Prüfung der Verhältnismäßigkeit sind dabei streng,

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 29.01.2019 – 2 BvC 62/14 –, BVerfGE 151, S. 1, 26 (Rn. 59); Langenfeld, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Kommentar, Band I. Stand: 05/2015, Art. 3 Abs. 3 Rn. 72.

Außerdem ist auch insoweit eine gesetzliche Grundlage erforderlich, die den Ausgleich zwischen den kollidierenden Verfassungsrechtsgütern herstellt,

Jarass, in: ders./Pieroth, GG, Kommentar, 17. Auflage, München 2022, Art. 3 Rn. 152; Langenfeld, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Kommentar, Band I, Stand: 05/2015, Art. 3 Abs. 3 Rn. 73 (beide nur für den Fall der direkten Ungleichbehandlung, der hier allerdings vorliegt).

Hieraus folgt, dass auch unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG eine gesetzliche Grundlage für die Verwendung der Antidiskriminierungsklausel erforderlich ist.

Allerdings liegt es sehr nahe, dass das Ziel, dass ein Kunstprojekt nicht mit staatlichen Mitteln gefördert werden soll, wenn Bedenken aufgrund der Menschenwürdegarantie und der freiheitlich-demokratischen Grundordnung bestehen (s.o., unter B. I. 1. b), S. 14), nicht nur den Eingriff in die negative Meinungsfreiheit, sondern zugleich die mit diesem Eingriff eng zusammenhängende Ungleichbehandlung aufgrund der politischen Anschauungen rechtfertigen kann (s.o., unter B. I. 2. d), S. 28 ff.).

4. Ergebnis zur ersten Gutachtenfrage

Nach alledem ist festzuhalten, dass eine gesetzliche Grundlage für die Verwendung der Antidiskriminierungsklausel zwar mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht unter dem Gesichtspunkt eines Eingriffs in die Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG), aber aufgrund

eines mit ihr verbundenen Eingriffs in die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) verfassungsrechtlich erforderlich ist. Der Eingriff in die Meinungsfreiheit folgt daraus, dass den Antragstellerinnen und Antragstellern zumindest die Äußerung einer Meinung sowie u.U. auch die Bildung einer Meinung abverlangt wird. Dadurch ist die negative Meinungsfreiheit berührt. Diese Freiheit, eine Meinung nach eigenem Belieben auch nicht zu haben oder zu äußern, ist außerdem dann betroffen, wenn aufgrund einer Verweigerung der Erklärung gemäß der Antidiskriminierungsklausel die Förderung des in Rede stehenden Projekts versagt wird.

Die gesetzliche Grundlage muss allerdings unseres Erachtens nicht „allgemein“, d.h. meinungsneutral, im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG sein, denn die Verwendung der Antidiskriminierungsklausel kann unabhängig von der geschriebenen Schrankenklausel des Art. 5 Abs. 2 GG auch anhand kollidierenden Verfassungsrechts, nämlich mit Rücksicht auf den Schutz der Menschenwürde und der freiheitlich-demokratischen Grundordnung, gerechtfertigt werden.

Darüber hinaus ist eine gesetzliche Grundlage für die Verwendung der Antidiskriminierungsklausel als Voraussetzung einer Förderung erforderlich, weil hiermit eine Ungleichbehandlung aufgrund der politischen Anschauungen im Sinne des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG bewirkt wird, die nur anhand kollidierenden Verfassungsrechts und aufgrund eines hierzu ergangenen Gesetzes gerechtfertigt werden kann.

II. Zur Verwendungsfähigkeit der IHRA-Arbeitsdefinition des Antisemitismus

Weiter ist gefragt, wie insbesondere eine Verpflichtung auf die Anerkennung der IHRA-Arbeitsdefinition als Fördervoraussetzung rechtlich zu bewerten ist.

Die Arbeitsdefinition des Antisemitismus der International Holocaust Remembrance Alliance (IHRA) lautet in der Fassung, wie sie derzeit in dem amtlichen Formular für den Antrag auf Kunstförderung verwendet wird, wie folgt:

„Antisemitismus ist eine bestimmte Wahrnehmung von Juden, die sich als Hass gegenüber Juden ausdrücken kann. Der Antisemitismus richtet sich in Wort oder Tat gegen jüdische oder nichtjüdische Einzelpersonen und/oder deren Eigentum sowie gegen jüdische Gemeindeinstitutionen oder religiöse Einrichtungen. Darüber hinaus kann auch der Staat Israel, der dabei als jüdisches Kollektiv verstanden wird, Ziel solcher Angriffe sein.“

Der letzte Satz ist dabei nicht der „Arbeitsdefinition“ der IHRA entnommen; diese lautet vielmehr nur wie folgt:

„Antisemitismus ist eine bestimmte Wahrnehmung von Jüdinnen und Juden, die sich als Hass gegenüber Jüdinnen und Juden ausdrücken kann. Der Antisemitismus richtet sich in Wort oder Tat gegen jüdische oder nichtjüdische Einzelpersonen und/oder deren Eigentum sowie gegen jüdische Gemeindeinstitutionen oder religiöse Einrichtungen.“

Die IHRA hat dann allerdings weiter ausgeführt:

„Um die IHRA bei ihrer Arbeit zu leiten, können die folgenden Beispiele zur Veranschaulichung dienen:

Erscheinungsformen von Antisemitismus können sich auch gegen den Staat Israel, der dabei als jüdisches Kollektiv verstanden wird, richten. Allerdings kann Kritik an Israel, die mit der an anderen Ländern vergleichbar ist, nicht als antisemitisch betrachtet werden,“

s. <https://holocaustremembrance.com/resources/arbeitsdefinition-antisemitismus>.

Der letzte Satz der derzeit amtlicherseits verwendeten Definition ist also dem erstem Fallbeispiel der IHRA entnommen.

Die Arbeitsdefinition der IHRA und deren Rezeption in Deutschland ist kritisiert worden. Unter anderem haben sich erst jüngst (am 18.12.2023) 13 Juristinnen und Juristen, darunter neun Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer, gegen die unmittelbare Rezeption der IHRA-Arbeitsdefinition im deutschen Recht, insbesondere in Verbotstatbeständen und in Tatbeständen des Zuwendungsrechts, gewandt. Sie haben dabei kritisiert, die IHRA-Arbeitsdefinition sei nicht als Rechtsnorm vorgesehen und nicht wie eine solche gefasst. Die Arbeitsdefinition – oder jedenfalls ihre unkritische und unmittelbare Anwendung – sei mit dem Gebot der grundrechtsfreundlichen Auslegung von Meinungsäußerungen nicht vereinbar, und ein Gesetz gegen den Antisemitismus im Sinne der Arbeitsdefinition sei kein „allgemeines Gesetz“ im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG. Im Bereich der Kunstfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG gelte sogar erst recht, dass künstlerische Äußerungen nur mit großer Vorsicht als antisemitisch betrachtet werden dürften, dass es nur „allgemeine“ Beschränkungen und daher keine Beschränkungen nur gegen bestimmte Auffassungen geben dürfte und dass kein Bekenntnis für oder gegen bestimmte Auffassungen verlangt werden dürfte,

s. Ambos/Barskanmaz/Bönnemann/Fischer-Lescano/Goldmann/Mangold/Markard/Michaels/Montag/Steinbeis/Tabbara/Wihl/Zechlin, <https://verfassungsblog.de/die-implementation-der-ihra-arbeitsdefinition-antisemitismus-ins-deutsche-recht-eine-rechtliche-beurteilung>.

Vor diesem Hintergrund ist in verfassungsrechtlicher Hinsicht die Frage aufgeworfen, ob die IHRA-Arbeitsdefinition des Antisemitismus für die Verwendung in einer Rechtsnorm oder einer Verwaltungsvorschrift hinreichend bestimmt ist (dazu unter 1.). Weiter ist fraglich, ob die Kunstfreiheit der Verwendung der Arbeitsdefinition entgegensteht (dazu unter 2.).

(Ein weiterer Kritikpunkt aus der zitierten Stellungnahme ist bereits oben im Zusammenhang mit dem Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für die Verwendung der Antidiskriminierungsklausel behandelt worden; s.o., unter B. I. 3., S. 31 ff.)

1. Unbestimmtheit der Definition?

Aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG folgt, dass alle Rechtsnormen so gefasst sein müssen, dass die Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können,

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 22.06.1977 – 1 BvR 799/76 –, BVerfGE 45, S. 400, 420; Beschluss des Ersten Senats vom 27.11.1990 – 1 BvR 402/87 –, BVerfGE 83, S. 130, 145.

Dieses allgemeine rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot wird für die Normen des Straf- und des Ordnungswidrigkeitenrechts von dem strengeren Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG ergänzt und praktisch ersetzt. Das strengere Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG ist hier allerdings nicht anwendbar, weil es weder um Straf- noch um Ordnungswidrigkeitentatbestände geht.

Dem Bestimmtheitserfordernis nach Art. 20 Abs. 3 GG ist genügt, wenn etwaige Auslegungsprobleme

„mit herkömmlichen juristischen Methoden bewältigt werden können,“

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27.11.1990 – 1 BvR 402/87 –, BVerfGE 83, S. 130, 145; Beschluss des Zweiten Senats vom 14.01.2020 – 2 BvR 1333/17 –, BVerfGE 153, S. 1, 36 (Rn. 85), m.w.N.

Maßgeblich für die Unbestimmtheit einer Norm ist daher nicht das Verständnis des rechtsunkundigen Bürgers, sondern von einer Unbestimmtheit kann erst die Rede sein, wenn die Anwendung juristischer Auslegungsmethoden an ihre Grenzen stößt,

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 04.06.2012 – 2 BvL 9, 10, 11, 12/08 –, BVerfGE 131, S. 88, 122, 125.

Ausgehend hiervon scheint es durchaus zutreffend zu sein, dass die Arbeitsdefinition der IHRA nicht als Rechtsnorm vorgesehen und nicht wie eine solche gefasst ist. Die Feststellung, Antisemitismus sei

„eine bestimmte Wahrnehmung von Juden, die sich als Hass gegenüber Juden ausdrücken kann,“

beschreibt als solche nur die Tatsache einer bestimmten Wahrnehmung von Jüdinnen und Juden. Diese Wahrnehmung wird nicht weiter konkretisiert. Die weitere Feststellung, dass diese Wahrnehmung sich „als Hass gegenüber Juden ausdrücken kann“, leistet ebenfalls kaum eine Eingrenzung des Inhalts der Wahrnehmung, weil sich die Wahrnehmung nur als Hass gegenüber Jüdinnen und Juden ausdrücken „können“ soll.

Die weitere Feststellung, der Antisemitismus richte sich „in Wort oder Tat gegen jüdische oder nichtjüdische Einzelpersonen und/oder deren Eigentum sowie gegen jüdische Gemeindeinstitutionen oder religiöse Einrichtungen“, leistet ebenfalls noch keine tragfähige Definition des Antisemitismus, denn der Satz setzt den Antisemitismus voraus und stellt fest, dass dieser sich gegen eine Vielzahl von Zielen richten könne.

Allerdings scheint es verfehlt, die Aussagen dieser beiden Sätze nur jeweils einzeln zu berücksichtigen. In ihrem Zusammenwirken besagen die beiden Sätze, dass es sich bei dem Antisemitismus um eine bestimmte Wahrnehmung von Jüdinnen und Juden – und zwar von Jüdinnen und Juden als solchen! – handelt, die geeignet ist, sich als Hass gegenüber Jüdinnen und Juden auszudrücken, also deutlich negativ geprägt ist, und gegen jüdische und nichtjüdische Menschen oder jüdische Einrichtungen gerichtet sein kann, aber jedenfalls gegen jemanden gerichtet ist. Der erste Satz identifiziert somit das Eigentümliche am Antisemitismus, nämlich eine bestimmte negative Sichtweise auf Jüdinnen und Juden als solche. Der zweite Satz beschreibt die äußeren Erscheinungsformen des Antisemitismus und weist darauf hin, dass Antisemitismus sich nicht zwingend gegen jüdische Ziele richten muss.

Mit diesem Inhalt bietet die Arbeitsdefinition aber weniger eine tragfähige selbständige Definition des Antisemitismus als vielmehr

„in erster Linie [...] eine Hilfestellung“ „für die Erfassung judenfeindlicher Vorfälle und Straftaten,“

Bericht des Unabhängigen Expertenkreises Antisemitismus, BT-Drucks.
18/11970, S. 24.

Nach Auffassung der European Parliament Working Group on Antisemitism soll die IHRA-Arbeitsdefinition ebenfalls (nur)

„als praktischer Leitfaden für die Erkennung und Dokumentation antisemitischer Vorfälle sowie für die Erarbeitung und Umsetzung gesetzgeberischer Maßnahmen gegen den Antisemitismus dienen,“

<http://www.antisem.eu/eumc-arbeitsdefinition-antisemitismus>.

Vor diesem Hintergrund scheint es schon im Ansatz verfehlt, die Arbeitsdefinition der IHRA wie eine Rechtsnorm würdigen zu wollen. Die Arbeitsdefinition der IHRA ist in der Tat nicht als Rechtsnorm gedacht, sondern sie beschreibt ein gesellschaftliches Phänomen. Auf ein solches Phänomen darf eine Rechtsnorm Bezug nehmen, ohne es selbst abschließend definieren zu müssen. Es muss nur für die Rechtsanwendung erkennbar bleiben, was das gesellschaftliche Phänomen ausmacht. Insofern kann es aber hilfreich sein, wenn sich der staatliche Normgeber nicht an einer abschließenden Definition versucht, sondern die Ausfüllung des Begriffs, der das jeweilige gesellschaftliche Phänomen erfasst, einer über die Norm selbst hinausgreifenden Klärung durch die Rechtsprechung und die Literatur überlässt. Nur dieser Klärung muss die IHRA-Arbeitsdefinition dienen können, ohne dass ihr unbedingt eine ausschließliche Rolle zukäme. Es bietet sich hingegen nicht an, die IHRA-Arbeitsdefinition selbst als eine abschließende rechtliche Definition in einen Normtext aufzunehmen, denn dann nähme die Arbeitsdefinition eine Ausschließlichkeit für sich in Anspruch, für die sie weder gedacht noch geeignet ist.

Dass die IHRA-Arbeitsdefinition in dem genannten Sinne geeignet ist, die Klärung des Begriffs des Antisemitismus zu fördern, ist vielfach bestätigt worden. So hat das Europäische Parlament in einer Entschließung vom 01.06.2017

„die Mitgliedstaaten und die Organe und Agenturen der Europäischen Union auf[gefordert], die Arbeitsdefinition von Antisemitismus der Internationalen Allianz für Holocaust-Gedenken (IHRA) anzunehmen und umzusetzen, um die Bemühungen der Justiz- und Strafverfolgungsbehörden um eine effizientere und wirksamere Ermittlung und strafrechtliche Verfolgung antisemitischer Angriffe zu unterstützen, und fordert die Mitgliedstaaten auf, diesbezüglich dem Beispiel des VK und Österreichs zu folgen,“

Entschließung des Europäischen Parlaments vom 01.06.2017 zur Bekämpfung von Antisemitismus (2017/2692(RSP)), ABl. EU 2018 C 307, S. 183, 184.

Der Bundestag hat in einem Beschluss „Der BDS-Bewegung entschlossen entgegenzutreten – Antisemitismus bekämpfen“ vom 15.05.2019 ebenfalls die IHRA-Arbeitsdefinition verwendet:

„I. Der Deutsche Bundestag stellt fest:

Der Deutsche Bundestag bekennt sich unabänderlich zu seinem Versprechen, Antisemitismus in allen seinen Formen zu verurteilen und zu bekämpfen und bekräftigt ausdrücklich den beschlossenen Antrag der Fraktionen CDU/CSU, SPD, FDP und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN ‚Antisemitismus entschlossen bekämpfen‘ vom 17. Januar 2018.

Laut Arbeitsdefinition der Internationalen Allianz für Holocaust-Gedenken ist Antisemitismus eine bestimmte Wahrnehmung von Juden, die sich als Hass gegenüber Juden ausdrücken kann. Antisemitismus richtet sich in Wort oder Tat gegen jüdische oder nichtjüdische Einzelpersonen und/oder deren Eigentum sowie gegen jüdische Gemeindeinstitutionen oder religiöse Einrichtungen. Darüber hinaus

kann auch der Staat Israel, der dabei als jüdisches Kollektiv verstanden wird, Ziel solcher Angriffe sein,“

BT-Drucks. 19/10191, S. 1 (Antrag); Beschlussfassung in BT-PIPr. 19/102, S. 12489 f.

Die Heranziehung der IHRA-Arbeitsdefinition ist dabei in der (erstinstanzlichen) Rechtsprechung als jedenfalls vertretbar gewürdigt worden; der Bundestag hat insoweit nach der gerichtlichen Entscheidung den Anforderungen des Sachlichkeitsgebots genügt,

VG Berlin, Urteil vom 07.10.2021 – 2 K 79/20 –, juris, Rn. 99 (in der zweiten Instanz ist dies nicht bestätigt worden, weil dort das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg gar nicht in der Sache entschieden hat: Urteil vom 16.06.2023 – OVG 3 B 44/21 –, juris, Rn. 32 ff.).

Auch sonst hat die Rechtsprechung bereits mehrfach die IHRA-Arbeitsdefinition zugrunde gelegt,

OLG Karlsruhe, Urteil vom 23.06.2021 – 6 U 190/20 –, juris, Rn. 125 ff.; LG Regensburg, Endurteil vom 17.07.2018 – 62 O 1925/17 –, GRUR-RS 2018, 49029, Rn. 42; VG Schwerin, Beschluss vom 19.01.2022 – 3 B 1182/21 SN –, juris, Rn. 57.

In der juristischen Literatur ist dies ebenfalls schon geschehen,

Liebscher/Pietrzyk/Lagodinsky/Steinitz, Antisemitismus im Spiegel des Rechts, NJOZ 2020, S. 897, 898; Ludyga, Kunstfreiheit und Antisemitismus, NJW 2023, S. 713, 714; Weller/Lieberknecht/Smela, Diskriminierung von Israelis – Erweiterung des AGG um das Schutzmerkmal der Staatsangehörigkeit?, ZfPV 2020, S. 419, 421 Fn. 13.

Außerdem haben insgesamt 29 Staaten, darunter 20 Mitgliedstaaten der Europäischen Union und ein ehemaliger Mitgliedstaat der Europäischen Union (das Vereinigte Königreich), die IHRA-Arbeitsdefinition förmlich angenommen,

s. die Liste unter <https://ep-wgas.eu/ihra-definition>.

Die IHRA-Arbeitsdefinition sollte daher unseres Erachtens nicht als alleinige Definition des Antisemitismus in ein Gesetz aufgenommen werden, aber sie kann gemeinsam mit anderen Quellen das außerrechtliche Phänomen des Antisemitismus definieren helfen, auf das der Gesetzgeber Bezug nehmen darf. Sinnvollerweise kann der Gesetzgeber diesen Prozess unterstützen, indem er die IHRA-Arbeitsdefinition in seine Gesetzesbegründung aufnimmt. Die Gesetzesbegründung hat nur interpretatorische Bedeutung, so dass hier kein Risiko besteht, der IHRA-Arbeitsdefinition einen Anspruch auf Ausschließlichkeit zuzuweisen, den sie nicht erhebt.

Dabei kann die Gesetzesbegründung zugleich andere Definitionen nennen, darunter etwa die Ausarbeitung des Unabhängigen Expertenkreises Antisemitismus, nach der Antisemitismus wie folgt definiert wird:

„Sammelbezeichnung für alle Einstellungen und Verhaltensweisen, die den als Juden wahrgenommenen Einzelpersonen, Gruppen oder Institutionen aufgrund dieser Zugehörigkeit negative Eigenschaften unterstellen,“

Bericht des Unabhängigen Expertenkreises Antisemitismus, BT-Drucks.
18/11970, S. 24.

In ähnlicher Weise greift auch die Rechtsprechung bisweilen auf mehrere Definitionen des Antisemitismus zurück,

s. z.B. OLG Nürnberg, Urteil vom 22.10.2019 – 3 U 1523/18 –, juris, Rn. 72 ff.; LG Regensburg, Endurteil vom 17.07.2018 – 62 O 1925/17 –, GRUR-RS 2018, 49029, Rn. 41 ff. (diese Urteile wurden von der 2. Kammer

des Ersten Senats des BVerfG mit Beschluss vom 11.11.2021 – 1 BvR 11/20 –, NJW 2022, S. 769 ff., aufgehoben, aber nicht wegen Fehlern bei der Definition des Antisemitismus).

Wenn der Gesetzgeber in diesem Sinne nur den Begriff des Antisemitismus in den Wortlaut des Gesetzes aufnimmt, aber von einer gesetzesunmittelbaren Definition absieht und die Begriffsbildung nur durch Zitate in der Gesetzesbegründung erleichtert, werden damit die Fähigkeiten der juristischen Auslegung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht überfordert. Das Gesetz wäre demnach nicht zu unbestimmt.

2. Vereinbarkeit mit der Kunstfreiheit

Weiter ist fraglich, ob die Versagung einer Kunstförderung aufgrund einer Verwendung der Antidiskriminierungsklausel einschließlich der IHRA-Arbeitsdefinition mit der Kunstfreiheit vereinbar ist. Diese Frage wurde im Abschnitt B. I.1. dieses Gutachtens noch ohne Berücksichtigung des definitorischen Aspekts der IHRA-Arbeitsdefinition geprüft (s.o., S. 8 ff.). Dabei ist bereits festgehalten worden, dass aus der Versagung einer Förderung kein Eingriff in die Kunstfreiheit als grundrechtliches Abwehrrecht folgt und dass auch kein grundrechtlicher Anspruch auf eine Kunstförderung bestehen kann (s.o., unter B. I. 1. a), S. 9 ff.). Diese Erwägungen behalten ihre Gültigkeit auch unter Berücksichtigung des Aspekts der IHRA-Arbeitsdefinition. Unter diesem Aspekt tritt nur hinzu, dass eine Ausübung der Kunstfreiheit nicht leichthin als antisemitisch qualifiziert werden darf, sondern eine grundrechtsfreundliche Auslegung zu wählen ist, wenn eine solche Auslegung – besonders auch unter Berücksichtigung der „Mannigfaltigkeit des Aussagegehalts“ der Kunst – sinnvollerweise in Betracht kommt,

so zu Recht Ambos/Barskanmaz/Bönnemann/Fischer-Lescano/Goldmann/Mangold/Markard/Michaels/Montag/Steinbeis/Tabbara/Wihl/Zechlin, <https://verfassungsblog.de/die-implementation-der-ihra-arbeitsdefinition-antisemitismus-ins-deutsche-recht-eine-rechtliche-beurteilung>.

Dies ist aber kein Aspekt, der die Verwendung der Antidiskriminierungsklausel beträfe. Denn bei der Verwendung einer solchen Klausel geht es nicht darum, ein Kunstwerk oder eine künstlerische Tätigkeit als antisemitisch oder nicht antisemitisch zu bewerten; dies wäre ggf. auch schon anhand des Verbots des „staatlichen Kunstrichtertums“ (s.o., unter B. I. 1. c), S. 15) ein Problem. Die Antidiskriminierungsklausel zielt vielmehr im Vorfeld der künstlerischen Tätigkeit und der Kunstförderung, die ihrerseits in aller Regel vor dem Beginn der Tätigkeit beantragt und gewährt wird (s. Nr. 4.2 der Richtlinie), darauf ab, allein aufgrund der Nichtabgabe einer Erklärung eine Förderung durch das Land zu versagen. Insoweit kommt es auf die Interpretation der Kunst nicht an.

3. Ergebnis zur zweiten Gutachtenfrage

Insgesamt kann somit zur zweiten Gutachtenfrage festgehalten werden, dass die IHRA-Arbeitsdefinition des Antisemitismus bei der Schaffung der gesetzlichen Grundlage für die Verwendung der Antidiskriminierungsklausel im Zuwendungsrecht berücksichtigt werden kann. Aufgrund der Zielsetzung der Arbeitsdefinition, die nicht als rechtliche Definition vorgesehen ist und gegenüber dieser Anforderung auch gewisse Schwächen aufweisen würde, bietet es sich jedoch nicht an, die IHRA-Arbeitsdefinition als Definition im Gesetz selbst zu verwenden. Vielmehr wäre es sinnvoll und mit hoher Wahrscheinlichkeit zulässig, im Gesetz selbst nur von Antisemitismus zu sprechen und die IHRA-Arbeitsdefinition sowie ggf. weitere Definitionen des Antisemitismus nur in der Gesetzesbegründung zu erwähnen, um die Begriffsbildung in Rechtsprechung und Literatur zu fördern und damit zugleich die Bestimmtheit der Norm zu sichern.

In der Umsetzung der Gesetzeslage in der Verwaltungspraxis, insbesondere in Formularen, könnten ebenfalls mehrere Definitionen angeführt werden oder es könnte nur eine Definition angegeben werden, diese dann aber nur als eine mögliche Definition, also etwa mit dem Hinweis, dass Antisemitismus in dieser Weise definiert werden kann. Zulässig wäre es aber wohl auch, von einem definitorischen Hinweis ganz abzusehen.

III. Zur Schaffung der gesetzlichen Grundlage in einem neuen Kulturförderungsgesetz oder in einem allgemeineren Gesetz

Weiter ist die Frage aufgekommen, ob die – nach den Ergebnissen im Teil B. I. dieses Gutachtens erforderliche – gesetzliche Grundlage für die Verwendung der Antidiskriminierungsklausel im Rahmen der Schaffung eines eigenständigen Gesetzes – etwa eines Kulturförderungsgesetzes – erfolgen sollte oder ob es vorzugswürdig erscheint, diese gesetzliche Grundlage in ein bestehendes, nicht bereichsspezifisches Gesetz einzufügen.

Die Antwort auf diese Frage ergibt sich aus der Erwägung, dass eine gesetzliche Grundlage nur insoweit eine legitimierende Wirkung für den Eingriff in die negative Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG (in Verbindung mit dem kollidierenden Verfassungsrecht in der Form der Menschenwürdegarantie und der freiheitlich-demokratischen Grundordnung) haben kann, wie sie selbst anwendbar ist. Der Eingriff in die negative Meinungsfreiheit ergibt sich aber in der oben beschriebenen Weise in jedem Fall, in dem eine Erklärung gemäß der Antidiskriminierungsklausel verlangt wird (s.o., unter B. I. 2. c), S. 20 ff., insbesondere S. 23). Ein praktisches Bedürfnis dafür, eine Förderung durch das Land von der Abgabe einer Erklärung über die Distanzierung von Antisemitismus, Diskriminierung und Ausgrenzung abhängig zu machen, kann sich aber zumindest potenziell auch in anderen Bereichen als nur der Förderung von Kunst und Kultur ergeben. Der oben erwähnte Fall, in dem die Landeshauptstadt München die Förderung des Erwerbs von Pedelecs von einer Distanzierung von Scientology abhängig machen wollte, mag insoweit als Beispiel dienen. Er ist allerdings insofern ein etwas kurioses Beispiel, weil eine inhaltliche Verbindung zwischen der Distanzierung von Scientology und der Förderungswürdigkeit beim Erwerb eines Pedelec nicht auf der Hand liegt und die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs in jenem Fall auch dann zweifelhaft wäre, wenn es dort die erforderliche gesetzliche Grundlage gegeben hätte. In einem ähnlichen Sinne hat dort das Bundesverwaltungsgericht die sachliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 und 3 GG verneint,

BVerwG, Urteil vom 06.04.2022 – 8 C 9.21 –, BVerwGE 175, S. 199, 204 ff. (Rn. 23 ff.); so auch schon die Vorinstanz: VGH München, Urteil vom 16.06.2021 – 4 B 20.3008 –, juris, Rn. 37 ff.;

die Vorinstanz hatte mit einiger Berechtigung auch die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die negative Religionsfreiheit verneint,

VGH München, Urteil vom 16.06.2021 – 4 B 20.3008 –, juris, Rn. 36.

Diese Probleme des Falls aus München ergeben sich allerdings nicht in allen Fällen, in denen das Land bestrebt sein könnte, seine Förderung nur auszureichen, wenn keine Bedenken aufgrund der Menschenwürdegarantie und der freiheitlich-demokratischen Grundordnung bestehen. Sofern solche Fälle außerhalb der Förderung von Kunst und Kultur angesiedelt wären, wäre aber eine gesetzliche Grundlage für die Verwendung der Antidiskriminierungsklausel unanwendbar, wenn sie sich nur in einem speziellen Kulturförderungsgesetz befände.

Vorzugswürdig wäre daher die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die Verwendung der Antidiskriminierungsklausel in einem Gesetz mit breiterer Anwendbarkeit. Für die Förderungstätigkeit aus Mitteln des Landeshaushalts dürfte sich hierbei die Landeshaushaltsordnung als systematisch geeigneter Standort anbieten.

Weil es insoweit nicht um die Aufstellung des Haushaltsplans geht, zu der § 23 LHO nach seinem systematischen Standort gehört, sondern die Ausführung des Haushaltsplans geregelt werden soll, bietet sich als Standort in der Landeshaushaltsordnung § 44 LHO an. Dort dürfte der beste Standort ein neuer Satz 4 in § 44 Abs. 1 LHO sein, der damit vor die Bestimmung im aktuellen § 44 Abs. 1 Satz 4 LHO über den Erlass von Verwaltungsvorschriften träte, damit es auch Verwaltungsvorschriften zu § 44 LHO in Bezug auf die Antidiskriminierungsklausel geben dürfte.

Die neue Regelung sollte dort keine Verpflichtung zur Abforderung einer Antidiskriminierungsklausel enthalten, denn wie der Fall aus München gezeigt hat, ist ein solches Vorgehen nicht in allen Fällen der Förderungstätigkeit zulässig. Die Neuregelung sollte es daher bei einer bloßen Ermächtigung belassen; die Ermächtigung müsste dann nach Maßgabe der betroffenen Freiheitsgrundrechte und des Gleichheitsgrundrechts aus

Art. 3 GG in Anspruch genommen werden. Ein etwaiger Rechtsfehler hierbei würde die Regelung im neuen § 44 Abs. 1 Satz 4 LHO nicht „infizieren“, wenn diese Norm nur eine Ermächtigung, aber keine Verpflichtung zur Verwendung der Antidiskriminierungsklausel enthielte.

Die Neuregelung in § 44 Abs. 1 Satz 4 LHO n.F. könnte demnach wie folgt lauten:

„Zuwendungen können unter die Voraussetzung gestellt werden, dass die Antragstellerin oder der Antragsteller sich zu einer vielfältigen Gesellschaft bekennt und sich gegen jedwede Diskriminierung und Ausgrenzung sowie gegen jede Form von Antisemitismus stellt.“

IV. Zum Nutzen einer Staatszielbestimmung in der Landesverfassung

Schließlich hat sich die Frage gestellt, ob die Aufnahme einer Staatszielbestimmung in die Landesverfassung, nach der das Land das friedliche Zusammenleben der Menschen schützt, Antisemitismus, Rassismus sowie jeder anderen Form gruppenbezogener Menschenfeindlichkeit entgegentritt und das jüdische Leben und die jüdische Kultur fördert, zielführend mit Blick auf künftige Regelungen zu staatlichen Fördervoraussetzungen wäre.

Eine solche Staatszielbestimmung würde dem Anliegen, das mit der Verwendung der Antidiskriminierungsklausel verfolgt wird, landesverfassungsrechtliches Gewicht verleihen. Dieses Anliegen hat zwar bereits bundesverfassungsrechtliches Gewicht, weil Antisemitismus und Diskriminierung und Ausgrenzung (im hier gemeinten Sinn) gegen Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG und die freiheitlich-demokratische Grundordnung verstoßen (s.o., unter B. I. 2. d), S. 28 f.). Die Staatszielbestimmung würde das Ziel aber konkretisieren, weil die Normen des Grundgesetzes den Antisemitismus nicht ausdrücklich nennen und die Ablehnung der Diskriminierung und der Ausgrenzung nicht in dieser Weise ausformulieren.

Als kollidierendes Verfassungsrecht könnte sich eine solche Staatszielbestimmung aber wahrscheinlich kaum auswirken. Zwar sind Staatszielbestimmungen grundsätzlich fähig, als kollidierendes Verfassungsrecht gegen Grundrechtspositionen in Ansatz gebracht zu werden,

VerfGH Thüringen, Urteil vom 25.05.2000 – 2/99 –, LKV 2000, S. 441, 443; vgl. in diesem Sinne zur Berücksichtigung des Art. 20a GG (Staatszielbestimmung für den Umweltschutz) BVerfG, Urteil vom 24.11.2010 – 1 BvF 2/05 –, BVerfGE 128, S. 1, 41; Beschluss des Ersten Senats vom 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18, 78, 96, 288/20 –, BVerfGE 157, S. 30, 131 f. (Rn. 185), S. 133 f. (Rn. 189 f.).

Soweit es um die Prüfung der Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG (Meinungsfreiheit) oder Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG (Verbot der Ungleichbehandlung aufgrund der politischen Anschauungen) in deren Eigenschaft als Bundesverfassungsrecht ginge, könnte eine Norm der Landesverfassung als solche aber kein kollidierendes Verfassungsrecht begründen, denn hierfür kommt es auf ein Verfassungsrechtsgut an, das den Rang des Grundrechts aus dem Grundgesetz teilt. Bei der Berücksichtigung kollidierenden Verfassungsrechts in der Grundrechtsprüfung geht es nämlich um die Herstellung einer Sinneinheit zwischen allen Rechtsgütern von Verfassungsrang. Rechtsgüter von niederrangigem Recht, zu dem alle Normen des Landesrechts einschließlich der Normen der Landesverfassung gehören,

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15.10.1997 – 2 BvN 1/95 –, BVerfGE 96, S. 345, 364,

können keine praktische Konkordanz mit Grundrechten des Grundgesetzes verlangen,

vgl. nur BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 26.05.1970 – 1 BvR 83/69 –, BVerfGE 28, S. 243, 260 f.

Anders verhält es sich nur im Ansatz, soweit die Grundrechte des Grundgesetzes gemäß Art. 3 LV in die Landesverfassung inkorporiert sind. Insoweit sind sie als Landesrecht anwendbar. Soweit sie als Landesrecht angewendet werden, können deshalb auch Rechtsgüter mit Landesverfassungsrang kollidierende Rechtsgüter hergeben. Dies spielt allerdings letztlich keine praktisch wirksame Rolle. Die Inkorporation der Bundesgrundrechte in die Landesverfassung durch Art. 3 LV und ihre daraus folgende Geltung als Landesrecht haben eine echte praktische Bedeutung nur insoweit, als das Landesverfassungsgericht grundsätzlich nur befähigt ist, das Landesverfassungsrecht anzuwenden,

vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15.10.1997 – 2 BvN 1/95 –, BVerfGE 96, S. 345, 373 ff.; Becker, in: ders./Brüning/Ewer/Schliesky, Verfassung des Landes Schleswig-Holstein, Handkommentar, Baden-Baden 2021, Art. 3 Rn. 5; das hiesige LVerfG hat allerdings offengelassen, ob es die Kompetenzvorschriften des Grundgesetzes anwenden darf: LVerfG Schleswig-Holstein, Urteil vom 14.09.2020 – LVerfG 3/19 –, juris, Rn. 72 ff.

Selbst wenn aber das Landesverfassungsgericht mit einer Frage zur Beachtung der Bundesgrundrechte – vor ihm in deren Gestalt als Landesverfassungsrecht – befasst ist, was zurzeit nur in wenigen Fällen in Frage kommt, weil es bisher keine Individualverfassungsbeschwerde auf der schleswig-holsteinischen Landesebene gibt, muss es (regelmäßig) nach der Prüfung des Landesgrundrechts prüfen, ob das Bundesverfassungsgericht bei einer Prüfung des entsprechenden Bundesgrundrechts zu demselben Ergebnis kommen würde,

BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15.10.1997 – 2 BvN 1/95 –, BVerfGE 96, S. 345, 373 f.

Auf dieser Prüfungsstufe könnte es aber der Landesverfassung kein kollidierendes Verfassungsrecht mehr entnehmen, weil dies bei der Anwendung des Bundesgrundrechts als Bundesrecht nicht möglich wäre. Deshalb würde sich eine Staatszielbestimmung

der Landesverfassung nur in den selten zulässigen Fällen als kollidierendes Verfassungsrecht gegenüber einem nach Art. 3 LV inkorporierten Bundesgrundrecht auswirken, in denen das Landesverfassungsgericht entscheidet und in denen es ausnahmsweise nicht gehalten ist, hypothetisch zu prüfen, wie das Bundesverfassungsgericht das Bundesgrundrecht auf den Fall anwenden würde. Vor allen anderen Gerichten wäre ganz unerheblich, ob die Staatszielbestimmung sich gegen das Bundesgrundrecht in dessen Eigenschaft als Landesgrundrecht durchsetzen könnte, denn alle Gerichte mit Ausnahme des Landesverfassungsgerichts können die Bundesgrundrechte auch schon als Bundesrecht anwenden, und dort wäre eine Staatszielbestimmung aus der Landesverfassung schon im Ansatz unfähig, kollidierendes Verfassungsrecht zu ergeben.

Im Ergebnis gälte also – außer in sehr wenigen Fällen – nur etwas anderes, wenn auch das Bundesverfassungsgericht die Staatszielbestimmung der Landesverfassung als kollidierendes Verfassungsrecht gegen ein Bundesgrundrecht in Ansatz bringen könnte. Dies kann das Bundesverfassungsgericht aber grundsätzlich nicht tun, es sei denn, das Grundgesetz erlaube es der Landesverfassung, die Verfassungsrechtsslage selbst auszugestalten. Das ist bei der Beachtung des Homogenitätsgebots nach Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG, das von den Ländern die Gewährleistung demokratischer und rechtsstaatlicher Grundsätze verlangt, der Fall,

vgl. nur BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 29.01.1974 – 2 BvN 1/69 –, BVerfGE 36, S. 342, 361; Urteil des Ersten Senats vom 22.02.1994 – 1 BvL 30/88 –, BVerfGE 90, S. 60, 84; Beschluss des Zweiten Senats vom 16.07.1998 – 2 BvR 1953/95 –, BVerfGE 99, S. 1, 14,

trifft jedoch bei den Grundrechten in aller Regel nicht zu. Zumal bei den Grundrechten der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) und des Schutzes gegen Ungleichbehandlungen aufgrund der politischen Auffassungen (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG) ist dergleichen nicht erkennbar.

Es bleibt somit bei dem Befund, dass die erwogene Staatszielbestimmung der Landesverfassung die Absicht, gegen Antisemitismus, Rassismus sowie jede andere Form gruppenbezogener Menschenfeindlichkeit einzutreten, gegenüber den inhaltsgleichen

Werten des Grundgesetzes nur konkretisieren würde. Kollidierendes Verfassungsrecht, das bei der Anwendung der Bundesgrundrechte zu berücksichtigen wäre, könnte die Staatszielbestimmung nicht (oder nur in sehr seltenen Fällen bei der Anwendung der Bundesgrundrechte durch das Landesverfassungsgericht) generieren.

Nur soweit es um die Prüfung von Grundrechten ginge, die nicht auf die Rechtfertigung anhand kollidierenden Verfassungsrechts angewiesen sind, weil sie entweder über einschlägige geschriebene Schrankenregelungen verfügen oder – wie der allgemeine Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG – nur rechtfertigende Gründe verlangen, könnte die Staatszielbestimmung in der Abwägung eine Rolle spielen. Mit Blick auf die Verwendung der Antidiskriminierungsklausel spielen aber – wie in diesem Gutachten dargestellt – andere Grundrechte eine vorrangige Rolle, für die es auf kollidierendes Verfassungsrecht ankommt.

Der Vorzug einer solchen Staatszielbestimmung wäre daher eher im politischen als im rechtsdogmatischen Bereich zu sehen.

C. Ergebnisse und Executive Summary

Die Verwendung der Antidiskriminierungsklausel in der Form der Abfrage eines Bekenntnisses zu einer vielfältigen Gesellschaft und einer Distanzierung von jedweder Diskriminierung und Ausgrenzung sowie jeder Form von Antisemitismus, und erst recht in der Form einer Voraussetzung der Förderung (der Kunst oder anderer Bereiche), bedarf mit erheblicher Sicherheit einer gesetzlichen Grundlage.

Zwar liegt mit hoher Wahrscheinlichkeit kein Eingriff in die Kunstfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG vor, weil die Versagung einer Förderung als solche keinen Eingriff in ein Freiheitsrecht darstellt und die Versagung auch nicht darauf zielt, die Ausübung der Kunstfreiheit zu unterbinden. Jedoch wird ein Eingriff in die Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG anzunehmen sein. Bereits mit der staatlichen Abfrage eines Bekenntnisses gegen Diskriminierung, Ausgrenzung und Antisemitismus, also mit dem

Verlangen des Staates, dass Grundrechtsträgerinnen und Grundrechtsträger sich eine solche Meinung bilden oder sie äußern, wird in die Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG eingegriffen, weil die Meinungsfreiheit auch das Recht beinhaltet, eine Meinung nicht zu haben oder nicht zu äußern. Der Unterschied gegenüber der Betrachtung der Kunstfreiheit liegt insoweit darin, dass die negative Meinungsfreiheit schon vor der staatlichen Abfrage als solcher schützt. Auf den Umstand, dass an die Antwort oder Nichtantwort auf die Abfrage dann nur die Versagung einer Förderung und kein Eingriff in ein Freiheitsrecht anknüpft, kommt es deshalb nicht mehr an, weil der Eingriff schon in der Abfrage selbst liegt.

Der Eingriff in die Meinungsfreiheit kann aber mit hoher Wahrscheinlichkeit anhand kollidierenden Verfassungsrechts, nämlich aufgrund des Schutzes der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG) und der freiheitlich-demokratischen Grundordnung, gerechtfertigt werden. Diese Rechtfertigung bedarf einer gesetzlichen Grundlage.

Eine gesetzliche Grundlage ist ebenfalls erforderlich, weil die Verwendung einer Antidiskriminierungsklausel als Förderungsvoraussetzung eine Ungleichbehandlung aufgrund der politischen Anschauungen im Sinne des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG bewirkt. Eine solche Ungleichbehandlung kann zwar ebenfalls mit hoher Wahrscheinlichkeit anhand kollidierenden Verfassungsrechts gerechtfertigt werden, aber dies setzt zunächst eine gesetzliche Grundlage voraus.

Die Arbeitsdefinition des Antisemitismus, die von der International Holocaust Remembrance Alliance erarbeitet worden ist, ist als Hilfestellung für die Feststellung von Antisemitismus geeignet. Sie soll und kann allerdings keine gesetzliche Definition sein und sollte daher nicht in das Gesetz aufgenommen werden. Der Gesetzgeber darf vielmehr auf das gesellschaftliche Phänomen des Antisemitismus Bezug nehmen, ohne es im Gesetz selbst definieren zu müssen. Allerdings ist es ratsam, die Arbeitsdefinition und idealerweise noch weitere Definitionen in die Gesetzesbegründung aufzunehmen, um die Begriffsbildung in Rechtsprechung und Literatur zu fördern und damit zugleich die Bestimmtheit der Norm zu sichern.

Wenn eine Antidiskriminierungsklausel auch außerhalb der Förderung von Kunst und Kultur als Förderungsvoraussetzung verwendet werden soll, bietet es sich nicht an, die gesetzliche Grundlage in einem besonderen Kulturförderungsgesetz zu erlassen. Ein geeigneter Ort wäre, soweit es um die Förderung aus Landesmitteln geht, vielmehr die Landeshaushaltsordnung, und dort insbesondere § 44 LHO.

Eine Staatszielbestimmung in der Landesverfassung, die sich gegen Antisemitismus, Rassismus und jede anderen Form gruppenbezogener Menschenfeindlichkeit richtet, wäre nur in den sehr wenigen Fällen, in denen die Beachtung der Grundrechte durch das Landesverfassungsgericht geprüft wird und das Landesverfassungsgericht ausnahmsweise nicht in der Pflicht ist, hypothetisch zu prüfen, wie das Bundesverfassungsgericht den Fall entscheiden würde, in der Lage, kollidierendes ranggleiches Verfassungsrecht gegenüber den betroffenen Grundrechten zu ergeben. Die Staatszielbestimmung könnte allerdings bei der Prüfung von Grundrechten, bei denen Eingriffe nicht nur aufgrund kollidierenden Verfassungsrechts gerechtfertigt werden können, legitime Gemeinwohlbelange mit Landesverfassungsrang ergeben. Solche Grundrechte stehen allerdings bei der Verwendung der Antidiskriminierungsklausel nicht im Mittelpunkt. In jedem Fall kann eine Staatszielbestimmung der Landesverfassung die entsprechenden anerkannten Verfassungsrechtsgüter des Grundgesetzes – wenn auch mit anderem Rang – konkretisieren und somit sichtbar machen. Dies hat natürlich eine politische Bedeutung, auch wenn eine verfassungsrechtliche Prüfung hierdurch in rechtsdogmatischer Hinsicht nicht entscheidend beeinflusst werden kann.

Dieses Gutachten haben wir nach bestem Wissen und Gewissen erstattet.

gez. W. Ewer

Prof. Dr. Wolfgang Ewer
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

gez. T. Thienel

Dr. Tobias Thienel, LL.M. (Edinburgh)
Rechtsanwalt