

Zur Zulässigkeit von präventiven Maßnahmen der Bekämpfung von Antisemitismus und Rassismus in der staatlichen Kulturförderung

Ein verfassungs- und verwaltungsrechtliches Kurzgutachten im Auftrag der Beauftragten der Bundesregierung für Kultur und Medien*

Inhalt

Fragestellung.....	2
Rechtliche Würdigung	3
I. Drei Ebenen: demokratische Politik – öffentliche Kunstinstitution – Künstler.....	3
II. Materielle Kriterien der Kunstförderung	4
1. Kunstimmanente und andere Kriterien.....	4
2. Ebene demokratischer Kunstpolitik.....	5
3. Ebene öffentlicher Kulturinstitutionen	6
a) Öffentliche Kulturinstitution als Adressatin kriterialer Vorgaben	6
b) Öffentliche Kulturinstitution als Autorin kriterialer Vorgaben.....	7
4. Ebene geförderter Künstler.....	7
III. Gesetzliche Grundlage.....	10
1. Förderrichtlinie	10
2. Gesetzesvorbehalt.....	11
a) Wirkung gegenüber öffentlichen Kulturinstitutionen.....	11
b) Wirkung gegenüber privaten Grundrechtsberechtigten.....	12
aa) Widerruf und Vertrauensschutz.....	12
bb) Nebenbedingung als eigenständiger Eingriff.....	13
cc) Kopplungsverbot	15
dd) Regelungsgehalt des Verwaltungsakts.....	15
IV. Einzelne Instrumente	16
1. Verpflichtung auf Kampf gegen Antisemitismus durch Verwaltungsvorschrift	16
2. Verpflichtung durch Gesetz und Verwaltungsakt.....	17
a) Äußeres Handeln und innere Gesinnung.....	17
b) Bestimmtheit	17
c) Verhältnismäßigkeit.....	18
aa) Öffentliche Kulturinstitutionen.....	19
bb) Geförderte Künstler.....	20

* Der Umfang dieses Gutachtens war auf Bitten des BKM auf 20 Seiten zu beschränken. Das ließ sich nicht verwirklichen.

3.	Verpflichtung auf individuelles Bekenntnis.....	22
a)	Eingriffsqualität.....	22
b)	Verhältnismäßigkeit.....	23
4.	Verpflichtung auf Bekenntnis zu einer Definition des Antisemitismus	25
a)	Staatliche Selbstverpflichtung.....	26
b)	Verpflichtung von Grundrechtsträgern.....	26
aa)	Eingriffsintensität	26
bb)	Verhältnismäßigkeit.....	28
5.	Zwischenüberlegung zum Verfahren	28
6.	Verfassungsrechtliche Zielbestimmungen gegen Antisemitismus	29
V.	Schluss: Institutionelle Überlegungen	30
1.	Durchsetzung oder symbolisches Kulturverwaltungsrecht?.....	30
2.	Zur künstlerischen Relativierung kunsteigener Kriterien	31
3.	Vertrauen in und Verantwortung von öffentlichen Kulturinstitutionen	31
	Anhang: Klauseln und verfassungsrechtliche Bestimmungen.....	33

Fragestellung

Das Problem, wie Bund, Länder und Gemeinden im Bereich der öffentlichen Kunstförderung den Kampf gegen Antisemitismus unterstützen können, beschäftigt spätestens seit der *documenta fifteen* 2022 die öffentliche und die juristische Diskussion. Neben der Frage, inwieweit das Verfassungsrecht repressive (*ex post*) staatliche Eingriffe in die Kunstfreiheit wie die Kommentierung, Kontextualisierung oder Beendigung von zunächst staatlich geförderten künstlerischen Ausdrucksformen gestattet oder gebietet, werden seit einiger Zeit auch präventive (*ex ante*) Maßnahmen debattiert. Namentlich sollen die Förderbedingungen an den Kampf gegen Antisemitismus und andere diskriminierende Praktiken angepasst werden und sich staatlich geförderte Künstlerinnen und Künstler mit der Annahme einer staatlichen Förderung gegen diese bekennen oder zu ihrer Bekämpfung verpflichten. Das vorliegende kurze Rechtsgutachten wird sich allein mit den Möglichkeiten solcher Formen präventiver Regulierung staatlicher Förderung beschäftigen. Zu den allgemeinen Fragen der Grenzen staatlicher Kunstförderung im Verhältnis zur Kunstfreiheit liegt ein gleichfalls im Auftrag der BKM verfasstes Gutachten von mir vor, auf dem die folgenden Überlegungen aufbauen,

Christoph Möllers, Grundrechtliche Grenzen und grundrechtliche Schutzgebote staatlicher Kulturförderung – ein Rechtsgutachten im Auftrag der Beauftragten der Bundesregierung für Kultur und Medien, 2022 (im Folgenden Möllers, Gutachten).

Der Zweck der Bekämpfung von Antisemitismus und Rassismus sollte politisch und moralisch unbestritten sein. Jedenfalls auf der Grundlage des Grundgesetzes ist er normativ unanfechtbar,

vgl. nur eingehend und differenziert zum Antisemitismus: *Sergey Lagodinsky*, Kontexte des Antisemitismus, 2013.

Aber es gilt eben auch: „Das Postulat des Rechtsstaats ist letztlich nichts anderes als eine Kritik des Schlusses vom Zweck auf das Mittel.“,

Niklas Luhmann, Die Grenzen einer betriebswirtschaftlichen Verwaltungslehre, Verwaltungs-Archiv 56 (1965), S. 301 (308).

Rechtliche Würdigung

Um die Darstellung nicht zu weitgehend von einzelnen rechtlichen Ausgestaltungen abhängig zu machen, wird im Gutachten vom Allgemeinen zum Besonderen hin argumentiert. Dabei ist zunächst ein Grundgedanke des ersten Gutachtens, nämlich die für eine rechtliche Analyse notwendige Unterscheidung zwischen staatlichen Akteuren, öffentlichen Kunstinstitutionen und privaten Trägern der Kunstfreiheit, kurz in Erinnerung zu rufen (I.). Mit Blick auf diese Unterscheidung ist dann materiell-rechtlich zu klären, inwieweit die so differenzierten Institutionen und Personen bei der Förderung von Kunst andere als kunstimmanente Zielsetzungen anwenden oder solchen unterworfen werden dürfen (II.). Daran schließt sich die Untersuchung der Frage an, unter welchen Bedingungen dies einer formellen Rechtfertigung im Sinne einer parlamentsgesetzlichen Ermächtigung bedarf (III.). Auf dieser Grundlage können einzelne institutionelle Lösungen, die in der Diskussion stehen oder bereits praktisch geworden sind, auf ihre materielle Verfassungskonformität geprüft werden (IV.). Die Analyse wäre nicht vollständig, wenn diese Regelungen jenseits der verfassungsrechtlichen Beurteilung nicht auch institutionenpolitisch eingeordnet würden (V.). Die folgende Begutachtung ist zu einem gewissen Grad fiktiv, weil Klauseln wie im Land Berlin zurückgezogen wie in Schleswig-Holstein geändert oder wie im Bund erst angedacht werden. Darum finden sich – unabhängig von ihrer Geltung – einige Instrumente im Anhang dieses Gutachtens zitiert.

I. Drei Ebenen: demokratische Politik – öffentliche Kunstinstitution – Künstler

In der rechtlichen Analyse staatlicher Kunstförderung lassen sich drei Arten von Akteuren typisierend unterscheiden: Demokratische Kulturpolitik, die von Bund und Ländern durch

Gesetz, Haushalt und Regierungshandeln, auf gemeindlicher Ebene durch die zuständigen Organe gestaltet wird, die durch diese Politik eingerichteten öffentlichen Institutionen wie Museen, Theater, Festivals, sowie schließlich die geförderten privaten Künstlerinnen und Künstler,

Möllers, Gutachten, S. 8 ff.

Diese Unterscheidung ist die dreiteilige Typisierung des Kontinuums, das zwischen den beiden Polen demokratischer Gestaltung der Kunstpolitik auf der einen und der Berechtigung privater Individuen durch die Kunstfreiheit auf der anderen Seite verortet ist. Die (von öffentlichen Hochschulen bekannte) Besonderheit der Konstellation der staatlichen Kunstförderung besteht darin, dass sich auch durch den Staat eingerichtete und finanzierte Stellen auf die Kunstfreiheit berufen können, wenn sie ein entsprechendes Mandat zu künstlerischer Arbeit haben.

II. Materielle Kriterien der Kunstförderung

1. Kunstimmanente und andere Kriterien

Wenn eine staatliche Stelle – in welcher konkreten Ausgestaltung auch immer – die Förderung von Kunst unter den Vorbehalt der Bekämpfung von Antisemitismus und Rassismus stellt dann wendet sie dabei ein nicht kunstimmanentes Kriterium auf die Förderung von Kunst an,

anderer Ansicht *Hannes Ludyga*, Kunstfreiheit und Antisemitismus, NJW 2023, 713, der argumentiert antisemitische Kunst sei wegen ihrer diskriminierenden und die Menschenwürde tangierenden Inhalte nicht als Kunst im Sinne der Kunstfreiheit geschützt (ähnlich *Gerhard Robbers*, Das Grundrecht auf Meinungsfreiheit und Möglichkeiten der Beschränkung von BDS, in: Volker Beck (Hrsg.), Mögliche juristische und rechtspolitische Antworten auf BDS nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts gegen die Stadt München, 2023, 52). Auch wenn ohne weiteres zuzugestehen ist, dass antisemitische Äußerungenwürdeverletzend sind, ist der daraus folgende Schluss, sie sei nicht von der Kunstfreiheit geschützt, nicht haltbar. Dies entspricht zunächst nicht der herrschenden Grundrechtsdogmatik, die solche verletzenden Wirkungen einer grundsätzlich geschützten Handlung nicht im Schutzbereich, sondern in der Abwägung verarbeitet (zur nicht mehr ganz neuen Diskussion nur *Wolfgang Kahl*, Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt, Der Staat 43 (2004), S. 167 ff.). So auch *Hans-Jürgen Papier*, Überlegungen zur Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG und ihren verfassungsimmanenten Grenzen, VerfBlog, 2023/03/28, <https://verfassungsblog.de/antisemitismus-auf-der-documenta-fifteen/>; *Wolfgang R. Fuß*, Antisemitismus und die Grenzen der Kunstfreiheit, DÖV 2023, S. 1050 ff.; allgemein *Andreas von Arnould*, BK-GG, Art. 5 Abs. 3 Rn. 87. Eine andere Sicht widerspräche dem inhaltsoffenen Kunstbegriff, den das Bundesverfassungsgericht Art. 5 Abs. 3 GG entnimmt, BVerfGE 67, 213 (227). *Hannes Ludyga*, Kunstfreiheit und Antisemitismus, NJW 2023, 713, weist zu seinen Gunsten auf BVerfG, NJW 1984, 1293 hin, das aber allgemein als Ausreißer

verstanden wird. Vgl. auch die Feststellung bei *Nina Keller-Kemmerer*, Judenfeindlichkeit und Kunstförderung: Für Anti-Antisemitismusklauseln in staatlichen Förderrichtlinien, KJ 2023, 416 (421), dass der Grundgesetzgeber das „Nie Wieder Kunstrichertum“ dem „Nie Wieder Antisemitismus“ vorgeordnet habe.

Dass eine andere Sicht auch nicht dem Sprachgebrauch zu antisemitischen Figuren wie Richard Wagner, Ezra Pound oder Louis-Ferdinand Céline gerecht wird (zu Bildern *Julia Bernstein/Florian Diddens*, Antisemitische Kontinuitäten in Bildern, 2023), die der Kunstgeschichte ohne weiteres zugeordnet werden, ist kein juristisches, aber doch ein juristisch anschlussfähiges Argument für eine Grundrechtsdogmatik, die auf Schutzbereichsebene an die Selbstbeschreibung der Grundrechtsträger anknüpft. Grundlegend *Martin Morlok*, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993.

Dabei kann die kunsttheoretische Frage, inwieweit es überzeugend ist, von der Möglichkeit solcher kunststeigenen Kriterien auszugehen, hier zunächst offenbleiben, auch wenn sie uns im Folgenden noch an zwei Stellen beschäftigen wird,

zur Anwendung von Institutionen, die von der Kunstfreiheit geschützt sind, unten II., 3., b); zum Problem des Plausibilitätsverlusts der Unterscheidbarkeit von Kunst und Nichtkunst, unten V., 3.

Die Geltung der Kunstfreiheit setzt diese Unterscheidbarkeit jedenfalls zunächst voraus. Ob es dem Staat dann im Bereich der Kulturförderung offensteht, außerkünstlerische Kriterien in kunstbezogene Förderentscheidungen zu integrieren, bedarf entlang der oben eingeführten Entscheidung einer differenzierenden Antwort.

2. Ebene demokratischer Kunstpolitik

Auf der Ebene demokratischer Kunst- und Kulturpolitik kann der Staat die Förderung von Kunst und Kultur mit nicht kunst- oder kulturimmanenten weiteren Zielen verbinden,

dazu *Möllers*, Gutachten, S. 24 ff.

Dies dürfte sogar der Regelfall sein: Die Gründung eines Konzerthauses kann der wirtschaftlichen Standortförderung dienen, die Eröffnung eines Freilichtmuseums Nachhaltigkeitsziele befördern und das Kindertheater mag vom Gemeinderat auch als moralische Anstalt angelegt sein. Solche kulturpolitischen Nebenziele unterliegen in der Regel keiner verfassungsrechtlichen Rechtfertigungspflicht. Sie bilden eher den normalen kulturpolitischen Hintergrund, den man in beide Richtungen kritisieren kann, mit der Frage, ob künstlerische Institutionen zu weitgehend mit gesellschaftspolitischen Erwartungen überfrachtet werden, oder mit der Gegenfrage, inwieweit der Staat eine selbstgenügsame ästhetische Formensprache ohne sozialen Mehrwert fördern sollte. In vielen Fällen, etwa bei

historischen Museen, werden sich ästhetische, wissenschaftliche und politische Kriterien von vornherein nicht trennen lassen.

Eine Verrechtlichung solcher Debatten ist nicht geboten. Für die Bekämpfung des Antisemitismus als kulturpolitischem Ziel gilt nichts anderes, zumal dieses verfassungsrechtlich abgesichert ist,

für viele: *Susanne Baer/Nora Markard*, Art. 3, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 1, 7. Aufl., Rn. 470, 476.

Gleiches gilt für antirassistische Zielsetzungen,

für viele: *Susanne Baer/Nora Markard*, Art. 3, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 1, 7. Aufl., Rn. 476.

3. Ebene öffentlicher Kulturinstitutionen

Einmal eingerichtete öffentliche Kulturinstitutionen können materiell von der politischen Ebene auf solche Nebenziele verpflichtet werden (a), aber diese auch selbst vorsehen (b).

a) *Öffentliche Kulturinstitution als Adressatin kriterialer Vorgaben*

Einmal eingerichtete öffentliche Kulturinstitutionen sind, auch wenn sie in staatlicher Trägerschaft stehen, in ihrer künstlerischen Arbeit, sei es als Organisation, sei es durch die Grundrechtsfähigkeit der sie vertretenden Personen, grundsätzlich von der Kunstfreiheit geschützt,

Möllers, Gutachten, S. 8 ff.

Interventionen in den eigentlichen Bereich ihrer Arbeit, etwa in die Programmplanung, sind deswegen durch Art. 5 Abs. 3 GG ausgeschlossen,

Möllers, Gutachten, S. 21 ff.

Auch wenn diesen Institutionen durch politische Organe Vorgaben für die künstlerische Arbeit gemacht werden, die nicht die Programmebene betreffen, liegt ein Eingriff in die Kunstfreiheit vor. Für die ausdrückliche Verpflichtung auf Ziele wie die Bekämpfung von Antisemitismus und Rassismus wird man aber vorbehaltlich einer Prüfung im Einzelfall von der Möglichkeit einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung ausgehen können,

eingehend unten, IV., 2., c), aa).

b) *Öffentliche Kulturinstitution als Autorin kriterialer Vorgaben*

Fraglich ist, ob öffentliche Kulturinstitutionen bei eigenständig zu treffenden künstlerischen Entscheidungen selbst bestimmen dürfen, nicht allein kunsteigene Kriterien anzuwenden, also ob sie als Museum selbst die Entscheidung treffen dürfen, bei der Einstellung von Kuratoren besonders auf eine antisemitische Gesinnung infrage kommender Personen zu achten.

Soweit diese Entscheidung sich im Rahmen des künstlerischen Auftrags der Institution hält, wird man sie bejahen. Zwar steht es einer öffentlichen Kulturinstitution nicht einfach frei, im Namen ihres künstlerischen Auftrags alles Mögliche zu tun und zu lassen. Doch gewinnt die Institution mit der Berechtigung, sich auf die Kunstfreiheit zu berufen, Spielräume, für sich zu bestimmen, was sie unter künstlerischer Arbeit versteht.

Grenzen wird man zum einen im expliziten Auftrag der Institution finden: Der musikalische Leiter kann die Musiker nicht zur Produktion von Lyrik verpflichten. Zum anderen sind auch Missbrauchsgrenzen denkbar. Das ändert grundsätzlich nichts daran, dass öffentliche Kulturinstitutionen mit ihrer Programmfreiheit über Gestaltungsmöglichkeiten verfügen, die den Kunstbegriff selbst betreffen. Dazu kann es gehören, die Bekämpfung von Antisemitismus und Rassismus in die eigene Aufgabenwahrnehmung zu integrieren.

Entsteht hier kein Widerspruch zur oben eingeführten Unterscheidung zwischen künstlerischen und nicht-künstlerischen Kriterien? Dies ist nicht der Fall, wenn man annimmt, dass die Auslegung der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheit keine rechtlich festgeschriebene Definition von Kunst, sondern vielmehr eine Praxis schützt, deren Grenzen nicht darauf überprüft werden können, was Kunst „ist“, sondern nur darauf, wer sich legitimerweise darauf berufen kann, Kunst zu betreiben,

Fabian Wittreck, in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 5 III (Kunst), Rn. 41; *Andreas von Arnould*, § 167 Freiheit der Kunst, in: Isensee/Kirchhof, HStR VII, 3. Aufl. 2009, Rn. 26 f., 28 f.; Siehe auch *Hans-Jürgen Papier*, Überlegungen zur Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG und ihren verfassungsimmanenten Grenzen, VerfBlog, 2023/03/28 zu einem dynamischen Kunstverständnis.

Im Ergebnis ist die Entscheidung einer öffentlichen Kulturinstitution, bei der Ausgestaltung von Programmen, bei der Auswahl von Künstlerinnen oder beim Umgang mit einer Sammlung, mögliche antisemitische oder rassistische Inhalte zu einem negativen Kriterium zu machen, von der Kunstfreiheit geschützt.

4. Ebene geförderter Künstler

Aus der Sicht von Anwärtnerinnen auf eine staatliche Kunstförderung, von Preisgewinnern, Regisseurinnen, Gastdirigentinnen und Stadtschreibern stellt sich die rechtliche Lage noch

einmal anders dar. Sie sind auf der einen Seite unzweifelhaft durch die Kunstfreiheit geschützt. Auf der anderen Seite haben sie in aller Regel weder aus der Kunstfreiheit noch aus dem Gesetz einen individuellen Anspruch auf Förderung ihrer künstlerischen Tätigkeit. Allenfalls besteht in besonderen Fällen ein subjektives Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung eines Förderantrags,

allgemein zum Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Auflage 2024, § 8 Rn. 15.

Darum entbehrt die Annahme, die Hinzunahme zusätzlicher Kriterien für eine Auswahlentscheidung im Bereich von Kunst und Kultur stelle per se eine Verletzung der Kunstfreiheit dar,

in diese Richtung aber wohl Kai Ambos/Cengiz Barskanmaz/Maxim Bönnemann/Andreas Fischer-Lescano/Matthias Goldmann/Anna Katharina Mangold/Nora Markard/Ralf Michaels/Jerzy Montag/Maximilian Steinbeis/Tarik Tabbara/Tim Wihl/Lothar Zechlin, Die Implementation der IHRA-Arbeitsdefinition Antisemitismus ins deutsche Recht – eine rechtliche Beurteilung, VerfBlog, 2023/12/18, <https://verfassungsblog.de/die-implementation-der-ihra-arbeitsdefinition-antisemitismus-ins-deutsche-recht-eine-rechtliche-beurteilung/>.

der dogmatischen Grundlage. Die Grundrechte der potentiellen Adressaten einer Förderung sind im Normalfall nicht nur nicht verletzt, sondern noch nicht einmal in ihrem Schutzbereich berührt. Wenn durch die Kriterienverschiebung der allgemeine Umgang mit Kunst durch den Staat verschoben wird, so werden dadurch doch nicht per se Rechte berührt.

Etwas anderes kann sich aber in zwei Fällen ergeben:

Zum Ersten gilt das Gesagte nicht, wenn schon eine Förderentscheidung getroffen wurde. Mit der Berechtigung aus der Förderung entsteht auch eine umfassendere materielle individualrechtliche Position. Dabei handelt es sich in der Regel um vertraglich vereinbarte Inhalte der konkreten Förderung. Zudem gelten die allgemeinen Regeln des Vertrauensschutzes auf den Bestand eines Verwaltungsakts oder einer privatrechtsförmigen staatlichen Förderentscheidung. Mit der Förderentscheidung entsteht eine auch grundrechtlich umhegte subjektive Rechtsposition.

Zum Zweiten könnte sich eine eigenständige Rechtsposition der Adressaten daraus ergeben, dass mit der Entscheidung Nebenbestimmungen verbunden sind, die einen eigenen Eingriff in die Rechte der Begünstigten schaffen. Grundsätzlich bedarf eine Nebenbestimmung, die sich auf einen Verwaltungsakt bezieht, auf den kein Anspruch besteht, seinerseits keiner spezialgesetzlichen Grundlage, bzw. wird sich eine solche aus der allgemeinen Regel des § 36

Abs. 2 VwVfG ergeben. Die Nebenbestimmung begründet keinen Eingriff, wenn der Grundakt nicht gewährt werden muss.

Dies ist anders, wenn die Nebenbestimmung, die mit der Zuwendung verbunden ist, eine eigene Verpflichtung begründet und eine selbstständige Form der Freiheitsausübung beschränkt. Dann greift mit dem neuen Eingriff auch der Gesetzesvorbehalt,

eingehender unten, III., 2.

Als Beleg für die mögliche Grundrechtsrelevanz von Förderrichtlinien, die mit besonderen Nebenbestimmungen versehen wurden, wird in der aktuellen Diskussion namentlich eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts angeführt. In dieser hatte der Senat eine von der beklagten Gemeinde verlangte Distanzierung von Scientology als Bedingung einer umweltpolitischen Fördermaßnahme als gleichheitswidrige Verletzung der Grundrechte zurückgewiesen,

BVerwG, Urteil vom 06.04.2022 - 8 C 9.21; Anmerkung *Christian Waldhoff*, Grundrechte und Kommunalrecht: Überörtliche (Neben-)Ziele bei Selbstverwaltungsaufgaben, JuS 2022, 983.

Eine einfache Übernahme der Entscheidung, insbesondere des Ergebnisses der Rechtswidrigkeit, auf die kulturverwaltungsrechtliche Diskussion muss jedoch zwei Unterschiede in Rechnung stellen:

Erstens sind beide Fälle materiell nicht einfach miteinander gleichzusetzen. In einem Fall handelt es sich um die Distanzierung von einem quasi-religiösen Bekenntnis, das zwar amtlich beanstandet wurde, zu dem sich die Verfassung aber grundsätzlich neutral verhält. Im anderen Fall geht es um ein Bekenntnis zu bestimmten Gehalten, die in der Verfassung verankert sind. Zweitens gilt das Neutralitätsgebot nicht in gleicher Weise für die Kunstfreiheit wie für die Religionsfreiheit. Der Staat soll sich keine religiösen Inhalte zu eigen machen. Diese entziehen sich staatlichen Qualitätsurteilen. Das ist bei der Kunstfreiheit (wie auch bei der Wissenschaftsfreiheit) anders, in denen öffentliche Stellen permanent Qualitätsurteile fällen,

grundlegend zu diesem Unterschied: *Stefan Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2017, 2. Aufl., S. 436 ff. (insb. Fn. 123 auf S. 463) im Anschluss an *Ronald Dworkin*, Can a Liberal State Support Art?, in: ders., A Matter of Principle, 1985, S. 221. Differenziert zur Debatte: *Fabian Wittreck*, in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 5 III (Kunst), Rn. 73. Zu den geforderten Verfahren *Möllers*, Gutachten, 24 f.

Weder ist der Staat im Umgang mit der Kunstfreiheit zu strikter Neutralität verpflichtet, noch ist er, wie oben gesehen, daran gehindert, mit kunstpolitischen Instrumenten auch andere Probleme anzugehen. Das bedeutet, dass die hier interessierenden Nebenbedingungen eine

deutlich stärkere materielle verfassungsrechtliche Rechtfertigung haben als die vom Bundesverwaltungsgericht aufgehobene.

Damit verliert die Entscheidung aber nicht alle Bedeutung für die vorliegende Konstellation. Sie begründet die Möglichkeit, dass eine selbstständige Erklärungspflicht auch, wenn auf die Grundleistung kein Anspruch besteht, einen Grundrechtseingriff darstellt und dass damit jedenfalls der Gesetzesvorbehalt ausgelöst werden kann,

BVerwG, Urteil vom 06.04.2022 - 8 C 9.21, Rn. 20-22, zur Frage des Gesetzesvorbehaltes eingehend sogleich, III., 2.

An diesem Punkt muss nur festgehalten werden, dass auf den Erlass von Leistungsbescheiden im Bereich der Kunstförderung kein Anspruch besteht, und damit auch – jenseits allgemeiner Ermessensgrenzen – keine grundrechtliche Einhegung der Einführung nicht kunstimmanenter Kriterien gilt. Etwas anderes ergibt sich aus Vertrauensschutz, wenn ein Förderbescheid bereits erlassen wurde, oder wenn mit dem Bescheid weitere gesonderte Pflichten verbunden werden, die neue eigene Eingriffe konstituieren.

III. Gesetzliche Grundlage

Die Frage, ob die Erweiterung der Auftragskriterien hin zur Bekämpfung von Antisemitismus und Rassismus einer parlamentsgesetzlichen Grundlage bedarf, stößt auf den ersten Blick auf zwei widersprüchliche Dogmen: Auf der einen Seite steht das Dogma des fehlenden Gesetzesvorbehalts in der Leistungsverwaltung. Staatliche Förderung, auf die kein materieller Anspruch besteht, kann in der Regel mit einer haushaltsrechtlichen Grundlage ohne parlamentsgesetzliche Regelung verausgabt werden. Auf der anderen Seite steht die Grundrechtsnähe der Vorgänge, die die Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG und die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 2 GG miteinander in Verbindung bringen sollen. Auch dieser Widerspruch und mit ihm die Frage des Gesetzesvorbehalts kann nur unter Anwendung der genannten Unterscheidung zwischen verschiedenen Typen von Beteiligten aufgelöst werden.

1. Förderrichtlinie

Der Staat kann in Rahmen seines kulturpolitischen Handlungsspielraums, wie gesehen, Kulturpolitik in der Sache grundsätzlich auch mit anderen politischen Zielen verbinden und diese etwa mit dem Kampf gegen Antisemitismus und Rassismus verbinden,

oben, II., 2.

Tut er dies im Rahmen von Förderrichtlinien, also in der Kategorienwelt der Rechtsformenlehre durch eine Verwaltungsvorschrift, so verstößt er damit nicht gegen den Vorbehalt des Gesetzes, weil das deutsche Recht die Erbringung von Leistungen grundsätzlich nicht unter den Vorbehalt des Gesetzes stellt,

vgl. nur BVerwGE 90, 112 (126); *Hartmut Maurer/Christian Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Auflage 2024, § 6 Rn. 20 ff.; *Johannes Masing*, Der Rechtstatus des Einzelnen im Verwaltungsrecht, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GrVwR, 3. Aufl. 2022, § 10 Rn. 88.

Zwar finden sich Ansätze, die staatliche Kulturpolitik gesetzlich zu regeln,

vgl. Sächsisches Kulturraumgesetz (1994); ähnliche Pläne bestehen etwa in Nordrhein-Westfalen,

aber natürlich steht es dem Gesetzgeber frei, auch solche Politikbereiche auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen, bei denen dies nicht verfassungsrechtlich geboten ist.

Dem kann die Kunstfreiheit nicht entgegengehalten werden, wie sich aus dem oben Entwickelten ergibt: Der objektive Grundrechtsgehalt der Kunstfreiheit schließt die Verfolgung von Nebenzielen nicht aus. Der subjektive Grundrechtsgehalt ist auf der Leistungsebene nicht berührt,

oben, II., 2.

Kann der Staat ergänzende Kriterien per Verwaltungsvorschrift regeln, dann verpflichtet dies aber zunächst ausschließlich die nicht mit eigenen Rechten agierende Innenseite der Verwaltung. Mit der Regelung zeigt ein Ministerium also an, nach welchen Kriterien es selbst oder ihm nachgeordnete weisungsunterworfenen Stellen Fördermittel vergeben.

2. Gesetzesvorbehalt

Bindet die Regelung durch Verwaltungsvorschrift nur den internen kulturpolitischen Handlungsspielraum, so begründet sie keine Verpflichtungswirkung für andere subjektiv Berechtigte.

a) *Wirkung gegenüber öffentlichen Kulturinstitutionen*

Dies betrifft zunächst öffentliche Kulturinstitutionen, soweit diese sich auf die Kunstfreiheit berufen können,

zu hier offen zu lassenden umstrittenen Fragen des Schutzes von Organisationen und/oder Personen der Meinungsstand bei *Möllers*, Gutachten, S. 11 ff. Da im Ergebnis stets auch Personen betroffen sind, bleibt die Frage praktisch unerheblich.

Wenn diese so ausgestaltet sind, dass sie von der Kunstfreiheit geschützt sind und wenn die Ausgestaltung dieses Auftrags in Hinsicht auf Nebenziele von dieser Gestaltungsfreiheit umfasst wird, dann entfalten diese Richtlinien ihnen gegenüber keinerlei Bindungswirkung. Um den Punkt – und seine Grenzen – deutlich zu machen: Wenn ein Ministerium unter öffentlichen Kulturinstitutionen Fördermittel ausschreibt, so kann es diese nach den von ihm selbst gewählten Richtlinien vergeben. Hier herrscht eine politische Gestaltungsmöglichkeit, soweit die Kulturinstitutionen keinen Anspruch auf Vergabe dieser Mittel haben. Dagegen kann ein Ministerium mit der Richtlinie eben nicht den Anspruch verbinden, den eigenen Entscheidungsspielraum öffentlicher Kulturinstitutionen zu regulieren. Insoweit löst die Grundrechtsposition der dort Arbeitenden den Gesetzesvorbehalt aus. Allgemeine, die Gesamtheit aller öffentlichen Kulturinstitutionen bindende Regeln bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Das gilt auch für bindende Verpflichtungen gegen Antisemitismus und Rassismus.

b) Wirkung gegenüber privaten Grundrechtsberechtigten

Die Vorgaben gegenüber von der Kunstfreiheit geschützten öffentlichen Institutionen gelten auch gegenüber privaten Kulturschaffenden mit Grundrechtsberechtigung. Die Teilnahme an Ausschreibungen ohne eigenen Anspruch löst den Gesetzesvorbehalt nicht aus. Die zweitgenannte Konstellation einer eigenständigen Vergabe von kunstbezogenen Aufträgen ist zwar auch bei privaten Akteuren denkbar. Man denke nur an den Fall der *documenta fifteen*: Die als künstlerische Leitung eingestellten Privaten dürfen, ja sollen künstlerische Aufträge an andere Private weiterreichen. In diesem Fall bleibt die Ausgestaltung aber ein zwischen Institution und Kurator auszuhandelndes Internum, das vertraglich geregelt wird und keiner gesetzlichen Grundlage bedarf.

Für Private wird der Gesetzesvorbehalt erst ausgelöst, wenn mit der Vergabe eine eigene grundrechtlich relevante selbstständige Beschwer entsteht, wenn also die Künstlerinnen und Künstler durch die Richtlinie zu einem besonderen Verhalten genötigt werden. Die beiden Konstellationen, in denen dies möglich erscheint, wurden oben entwickelt,

oben, II., 4.

aa) Widerruf und Vertrauensschutz

Zum Ersten kann dies der Fall sein, wenn mit der Richtlinie neue, im Gesetz so nicht vorgesehene Aufhebungstatbestände etabliert werden sollen.

Insbesondere ist hier auf die Widerrufsregelungen für begünstigende Verwaltungsakte des allgemeinen Verwaltungsrechts hinzuweisen, wie sie § 49 Abs. 2, 3 VwVfG vorsieht,

zum Überblick: *Hinnerk Wissmann*, Verwaltungsrecht, 2023, Rn. 536-538;
Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Aufl.
2024, § 11 Rn. 59 ff.

Rückforderungen von geldwerten Leistungen sind demnach grundsätzlich nur zulässig, wenn ein Widerrufsgrund im Gesetz ausdrücklich vorgesehen war. Leistungen können in diesem Fall nur soweit zurückverlangt, wie sie noch nicht verausgabt wurden.

Der Widerruf steht also unter einem Gesetzesvorbehalt. Wird der Leistungsbescheid mit einer Auflage versehen, die auf den Kampf gegen Antisemitismus verpflichtet, ist ein Widerruf nach § 49 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG aber grundsätzlich möglich. Dabei wird sich allerdings sogleich die Frage stellen, ob die Verwaltung eine solche Auflage vorsehen kann, ohne dazu gesetzlich ermächtigt worden zu sein. Nur im Fall eines solchen rechtmäßigen Widerrufs erscheint es auch zulässig, Rückforderungen für die Vergangenheit zu stellen, § 49 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG, und damit die gesamte Förderung zurückzunehmen. Ohne eine solche Auflage bedürfte eine Erweiterung der Widerrufstatbestände einer gesetzlichen Grundlage, die aber die verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzvorgaben zu beachten hätte, die für den Fall eines bereits erteilten Verwaltungsakts wenig Spielräume lassen,

Ulrich Ramsauer, in: Kopp/ders. (Hrsg.), VwVfG, 24. Aufl., 2023, § 49 Rn. 3a.

bb) Nebenbedingung als eigenständiger Eingriff

Zum Zweiten wird der Gesetzesvorbehalt ausgelöst, wenn eine Nebenbestimmung einen eigenen Eingriff schafft, obwohl auf den Grundverwaltungsakt kein Anspruch besteht. Diese Möglichkeit gilt im Normalfall als ausgeschlossen, weil nicht klar ist, wie eine Begünstigung samt Auflage einen Eingriff in Rechte begründen kann, wenn auf die Begünstigung kein Anspruch besteht. Auch mit der Auflage bekommt die Begünstigte ja durch den Grundverwaltungsakt erst einmal mehr, als die Rechtsordnung ihr zwingend zugewiesen hat. Damit verbunden ist die Annahme, dass § 36 Abs. 2 VwVfG eine hinreichende gesetzliche Grundlage für belastende Nebenbestimmungen darstellt. Diese Sicht steht aber sowohl in der Rechtsprechung als auch in der wissenschaftlichen Diskussion mehr und mehr unter Druck,

„Die grundrechtliche Dimension selbständiger Verhaltensanforderungen sollte freilich Anlass geben, die Annahme zu reflektieren, wonach bei Leistungsverwaltungsakten § 36 Abs. 2 (L-)VwVfG Rechtsgrundlage belastender Nebenbestimmungen sein könne“; so BVerwG NJW 1969, 809; BVerwG NVwZ 1984, 63; OVG Lüneburg NVwZ 1988, 450; kritisch zu § 36 Abs. 2 VwVfG als alleiniger Ermächtigungsgrundlage und nur in Verbindung mit der fachgesetzlichen Ermächtigung eine Einhaltung des Vorbehalts des Gesetzes bejahend: *Christian*

Bumke, Verwaltungsakte in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), GrVwR, 3. Aufl., 2022, § 34 Rn. 146.

Die allgemeine Tendenz, staatliche Förderung unter weitere politische Vorbehalte zu stellen, also etwa mit ökologischen oder gesellschaftspolitischen Auflagen oder Bedingungen zu versehen,

guter Überblick bei *Martin Burgi/Christian Promberger*, Politische Konditionalität in der Subventions- und Förderverwaltung, DÖV 2023, 881 (insb. 883 f.),

wirft namentlich die Frage nach der Beachtung des Gesetzesvorbehalts und der materiellen Freiheits- und Gleichheitsgarantien auf,

grundlegend bereits *Hans Dieter Jarass*, Der Vorbehalt des Gesetzes bei Subventionen, NVwZ 1984, 473.

In der Rechtsprechung wurde diese Entwicklung vom Bundesverfassungsgericht im Sozialrecht aufgenommen, wenn Sanktionen, die mit Nebenbedingungen für Sozialleistungen verbunden wurden, als eigenständige Eingriffe behandelt wurden,

BVerfGE 152, 68 (118 [Rn. 132 ff.]).

Vor allem hat das Bundesverwaltungsgericht in der bereits zitierten Entscheidung die Offenbarung der Zugehörigkeit zu Scientology als Bedingung einer Subvention als Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt bewertet,

BVerwG, Urteil vom 06.04.2022 - 8 C 9.21, Rn. 21 f.

Soweit aus einer Förderrichtlinie die Ausgestaltung eines Förderbescheids folgt, die eine Verpflichtung auf ein Einstehen gegen den Antisemitismus und/oder ein eigenes persönliches Bekenntnis zu dieser Verpflichtung vorsehen, stellt sich beides als eigener Eingriff dar und zwar auch dann, wenn diese Nebenpflichten nicht mit einem Widerrufsvorbehalt versehen sind. Dafür sprechen drei Gründe:

Zum Ersten steht eine solche Nebenbedingung in keinem spezifischen Verhältnis zur Fördermaßnahme, sie könnte genauso für andere Leistungs- und Subventionsempfänger eingefordert werden. Zum Zweiten operieren solche Bedingungen sehr nah an spezifischen Schutzbereichen wie der Meinungsfreiheit,

dazu *Hans Dieter Jarass*, Der Vorbehalt des Gesetzes bei Subventionen, NVwZ 1984, 473 (475 f.).

Es geht also um Verhalten, das nicht nur pauschal durch die allgemeine Handlungsfreiheit, sondern qualifiziert durch ein Grundrecht geschützt wird.

Zum Dritten schließlich übt der Staat in Deutschland im Bereich der Kunstförderung eine sehr starke, monopolartige Stellung aus. Der Konformitätsdruck staatlicher Maßnahmen ist in

einer weitgehend etatisierten Kulturlandschaft besonders hoch und verdichtet sich zu einer faktischen Eingriffswirkung,

zu diesem Argument *Michael W. Müller*, Grundrechtsschutz bei konditionalisierten Zuwendungen, JZ 2023, 39 (43 f.).

All dies spricht dafür, dass die Verknüpfung einer Kulturförderung mit einer Verpflichtung oder einem Bekenntnis zu bestimmten grundgesetzlichen Werten als Teil eines Förderbescheids als Grundrechtseingriff unter dem Vorbehalt des Gesetzes steht.

cc) Kopplungsverbot

Die Frage eines Verstoßes gegen das Kopplungsverbots des § 36 Abs. 3 VwVfG,

dazu *Ulrich Ramsauer*, in: Kopp/ders. (Hrsg.), VwVfG, 24. Aufl., 2023, § 36 Rn. 78 ff. (insb. Rn. 82),

stellt sich dann nicht mehr. Denn soweit es um eine verwaltungsinterne Normsetzung, also Verwaltungsvorschriften in der Form von Förderrichtlinien geht, gilt das auf Verwaltungsakte bezogene Kopplungsverbot nicht. Soweit eine eigene gesetzliche Grundlage aber vorliegt, wird dieses Gebot durch diese spezialgesetzlich verdrängt. Das Kopplungsgebot schließt einen zweckentkoppelten Umgang der Verwaltung mit dem Gesetz aus. Es beschränkt aber nicht den Gesetzgeber. Der Rechtsgedanke hinter dem Kopplungsverbot, dass Eingriffe in einem spezifischen Verhältnis zum mit der Regelung verbundenen Zweck stehen müssen, wird aber bei der grundrechtlichen Prüfung aufzunehmen sein,

unten, IV., 3.

dd) Regelungsgehalt des Verwaltungsakts

Auch die Frage des Regelungsgehalts des Verwaltungsakts ist damit erledigt. Wenn mit der Erteilung eines Leistungsbescheids eine konkret individualisierte Pflicht versehen wird, so ist dies eben mehr als die Wiederholung einer bestehenden gesetzlichen Rechtslage.

Dieser Regelungsgehalt besteht unabhängig davon, ob die Einhaltung dieser Verpflichtung mit einer eigenen Sanktion versehen wurde, namentlich auch unabhängig davon, ob im Verwaltungsakt ein Widerrufsvorbehalt vorgesehen ist oder nicht. Denn der Pflichtenbestand geht in keinem Fall im Sanktionenbestand auf. *Leges imperfectae* sind dem öffentlichen Recht nichts Neues, auch nicht dem Recht des Verwaltungsakts,

zum feststellenden Verwaltungsakt, der auch Regelungswirkung hat, nur *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Auflage 2024, § 9 Rn. 47.

Schließlich sind von Gesetzes wegen auch Rechtsfolgen möglich, wenn kein Widerrufsvorbehalt vorgesehen wurde,

vgl. auch den Hinweis auf § 49 Abs. 3 Nr. 1 VwVfG bei *Christian Winterhoff/Katja Henckel/Matthias Klatt*, Gutachterliche Stellungnahme zur Rechtmäßigkeit Einführung einer Antidiskriminierungsklausel für den Bereich der Kulturförderung in Land Berlin, Februar 2024, S. 65 (im Folgenden: *Winterhoff/Henckel/Klatt*, Gutachten), die die Frage aber im Ergebnis offenlassen.

IV. Einzelne Instrumente

Jenseits der Frage einer gesetzlichen Grundlage lassen sich einzelne Ausgestaltungsmöglichkeiten nur im Rahmen einer abwägenden konkreten Prüfung rechtlich beurteilen. Dazu ist auf die bisher erzielten Ergebnisse zurückzugreifen. Zu unterscheiden ist zwischen der staatlichen Selbstverpflichtung, die Kunstförderung mit den Zielen der Bekämpfung von Antisemitismus und Rassismus zu verbinden (1.), der Verpflichtung von öffentlichen Kunstinstitutionen und Künstlern auf diese Ziele (2.), der Verpflichtung von Künstlern auf ein Bekenntnis zu diesen Zielen (3.) und insbesondere auf eine bestimmte Definition von Antisemitismus (4.). Nach einer kurzen Überlegung zur Frage der Verfahrensregelung (5.) soll schließlich noch ein Blick auf einschlägige Klauseln im Landesverfassungsrecht geworfen werden (6.).

1. Verpflichtung auf Kampf gegen Antisemitismus durch Verwaltungsvorschrift

Wie bereits gesehen, steht es dem Staat programmatisch frei, seine Förderung von Kunst und Kultur mit den Zielen der Bekämpfung von Antisemitismus und Rassismus zu verbinden,

oben, II., 1.

Als Instrument der Selbstbindung staatlicher Fördermaßnahmen kann er dies zulässigerweise auch in Form der Verwaltungsvorschrift, also ohne Gesetz, tun,

oben, III., 1.

Diese Ausgestaltung bindet öffentliche Kulturinstitutionen, die einen grundrechtlich geschützten Handlungsspielraum haben, nicht. Aus der Freiheit der öffentlichen Kulturinstitutionen folgt umgekehrt auch, dass diese sich eigenständig dazu entschließen können, ihre Förderung auf diese Ziele auszurichten.

2. Verpflichtung durch Gesetz und Verwaltungsakt

a) *Äußeres Handeln und innere Gesinnung*

Der Staat kann öffentliche Kulturinstitutionen und Begünstigungsempfänger dazu verpflichten, sich in der Wahrnehmung ihrer Aufgaben gegen Antisemitismus und Rassismus zu wenden. Auch wenn die in der Diskussion stehenden Klauseln hier nicht immer deutlich unterscheiden,

siehe Anhang,

ist es für die Prüfung wichtig, zwischen zwei Arten von Regelungen zu differenzieren: Zum Ersten sind Regeln denkbar, die *äußeres Handeln* betreffen, also beispielsweise dazu verpflichten, sich nicht antisemitisch zu äußern und/oder rassistische Bestrebungen nicht zu unterstützen. Zum Zweiten sind Regeln denkbar, die eine *innere Einstellung* betreffen, und dazu verpflichten, diese in einer Form des „Bekenntnisses“ offen zu legen. Die nun folgenden Überlegungen (2.) betreffen Pflichten zu äußerem Handeln. Unter (3.) wird es um Bekenntnisse zu innerer Einstellung gehen.

b) *Bestimmtheit*

Mit dem verfassungsrechtlichen Gebot einer gesetzlichen Regelung solcher Handlungspflichten stellt sich auch die Frage nach deren Bestimmtheit. Sowohl der die Pflichten ausgestaltende Gesetzgeber (aus dem Rechtsstaatsprinzip) als auch die einen Bescheid erlassende Behörde (aus § 37 Abs. 1 VwVfG) sind aus dem Bestimmtheitsgrundsatz verpflichtet. Wenn der Staat Pflichten formuliert, müssen die Adressaten wissen können, welche Handlungen die Rechtsordnung von ihnen erwartet. Dieses Erfordernis gilt nicht für Verwaltungsvorschriften, weil innerhalb der staatlichen Verwaltung keine selbstständigen Ansprüche auf Rechtssicherheit gelten und weil keine rechtsstaatlichen Bedenken bestehen, staatsorganisationsinterne Unklarheiten informell aufzulösen.

Namentlich gegen die Berliner Klauseln wurden Bedenken hinsichtlich ihrer Bestimmtheit formuliert. Diese betreffen sowohl den sachlichen Gehalt der erwarteten Pflichten (also letztlich die Bestimmtheit von „Antisemitismus“, „Rassismus“ und „vielfältige Gesellschaft“) als auch deren Form, also die Frage, was mit Verhalten zugunsten oder zulasten gemeint sein soll,

Winterhoff/Henckel/Klatt, Gutachten, 16 ff. Vgl. auch die Bedenken in der nicht rechtskräftig gewordenen Entscheidung Verwaltungsgerichts Dresden vom 25. April 2012 – 1 K 1755/11.

Die Bestimmtheit einer Maßnahme erfordert es, dass deren Adressatin die Fragen, was sie tun darf und tun soll, aus der formalisierten Verpflichtung in Gesetz und Verwaltungsakt selbst beantworten kann,

vgl. zuletzt für die Bestimmtheit der Bedingungen staatlicher Leistungen BVerfG, U. v. 22. 2. 2023 – 2 BvE 3/19, Rn. 185 f.

Versucht man die Klauseln in diesem Sinne verfassungskonform zu lesen, so lassen sie sich am ehesten als konkrete Unterlassenspflicht verstehen. Sie besagen, dass der Förderungsempfänger dazu verpflichtet ist, sich nicht antisemitisch oder rassistisch zu äußern oder solche Äußerungen nicht zu unterstützen, etwa sie zu verbreiten.

Hinsichtlich der sachlichen Bedeutung erscheint der Hinweis auf die fehlende Bestimmtheit von Begriffen wie Antisemitismus oder Rassismus nicht überzeugend. Auch wenn die Frage, ob eine Äußerung in diesem Sinne zu bewerten ist, in vielen Fällen streitig ist, dürfte das allein die Bestimmtheit der Kategorien nicht ausschließen. Wertungsoffene und umstrittene normative Begriffe sind nicht per se unbestimmt. Es kommt vielmehr darauf an, ob sich an die Begriffe Praktiken anschließen lassen, die jedenfalls eine konsolidierte Kernbedeutung hervorbringen. Im vorliegenden Fall zeigt schon die anerkannte Zulässigkeit von Verpflichtungen aus dem AGG, dass solche Begriffe in der Praxis der Gesetzesauslegung als handhabbar bewertet werden. So wie es viele umstrittene Fälle gibt, gibt es auch einen gesicherten Bestand an Formulierungen, die als klar antisemitisch oder rassistisch gelten. Zu unbestimmt erscheint dagegen die in Klauselentwürfen genannte Verpflichtung auf eine „vielfältige Gesellschaft“. Geht es in den beiden ersten Fällen um eine konkrete Diskriminierung, letztlich um die bestimmte Negation einer bestimmten Identität, so wird im dritten Fall auf ein ungewisses allgemeines Ideal verwiesen, das in dieser Form keinen Anhaltspunkt im Grundgesetz findet, der mit den Vorgaben des Art. 3 Abs. 2 GG vergleichbar wäre. Hier bleiben die Verhaltenspflichten deswegen undefiniert, weil sich mit der positiven Formulierung keine auch nur einigermaßen gesicherte Handlungspraxis verbinden lässt. Daher ist sie mit rechtsstaatlichen Bestimmtheitsanforderungen nicht zu vereinbaren.

c) Grundrechtskonformität

Durch eine gesetzliche Regelung können öffentliche Kulturinstitutionen und Geförderte auf bestimmte Prinzipien verpflichtet werden. Damit stellt sich Frage nach der Grundrechtskonformität solcher Pflichten.

aa) Öffentliche Kulturinstitutionen

Öffentliche Kulturinstitutionen und ihre Repräsentanten können sich auf eine funktionale oder – in der Formulierung der Rundfunkfreiheit – *dienende* Kunstfreiheit berufen. Aus ihrem Auftrag entsteht ein selbstständiges Recht auf künstlerische Arbeit. Die Institutionen und die in ihnen arbeitenden Personen genießen aber *in der Unterstützung* dieser Arbeit *durch den Staat* keine volle Grundrechtsfähigkeit, sondern sind nur in der Erfüllung ihres Auftrags geschützt. Sie können sich damit nicht auf die Garantien des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder der Meinungsfreiheit berufen,

Möllers, Gutachten, S. 14 ff.

Damit stellt sich die Frage, ob sie in diesem Auftrag durch eine gesetzliche Verpflichtung auf Ziele wie die Bekämpfung von Antisemitismus und Rassismus beschränkt werden dürfen.

Diese Frage ist aus zwei Gründen im Ergebnis zu bejahen:

Anders als bei originären Grundrechtsträgern wie begünstigten Künstlern ist diese Frage, zum Ersten, durch einen genauen Blick auf den grundrechtlichen Schutzbereich zu beantworten, eben weil dieser funktional geschaffen und beschränkt ist. Dabei ist zu unterstellen, dass ihr grundrechtlicher Status öffentliche Kulturinstitutionen vor einem politischen Durchgriff auf ihre Programmentscheidungen schützt,

nochmals Möllers, Gutachten, S. 21 ff.

In der gesetzlichen Verpflichtung auf diese Ziele liegt aber kein solcher Durchgriff. Der Gesetzgeber trifft mit einer solchen Entscheidung keine spezifische Programmentscheidung über einen Spielplan oder ein Ausstellungsprogramm, sondern er erweitert den allgemeinen Kulturauftrag um die Ziele des Kampfes gegen Antisemitismus und Rassismus. Er schreibt damit keine von der Kunstfreiheit geschützten Kriterien vor, sondern verpflichtet die öffentlichen Kulturinstitutionen darauf, bei Anwendung ihrer eigenen Kriterien weitere Kriterien zu beachten.

Mit dieser Rekonstruktion soll die faktische Intensität eines solchen Eingriffs nicht kleingeredet werden. Je nach Handhabung ist mit diesem ein beträchtliches Kontrollprogramm verbunden und je nach sachlicher und personaler Konstellation wird ein solches Programm im Ergebnis Folgen nicht nur für einzelne Entscheidungen haben können, sondern für die gesamte Kultur, in der solche Entscheidungen getroffen werden. Es ist auch nicht zu bestreiten, dass diese Grenzziehung vage und missbrauchsanfällig ist. Sie lädt zu politischer Einflussnahme ein. Das ändert rechtlich aber nichts daran, dass die Spielräume, die der demokratische Prozess bei der Verbindung von Zwecken der Kulturförderung mit anderen

Zwecken hat, durch den funktional geschützten Grundrechtsstatus der öffentlichen Kulturinstitutionen nicht aufgehoben werden. Wenn der Gesetzgeber die Möglichkeit hat, andere als reine Kunstinstitutionen zu errichten,

oben, II. 1.,

dann hat er auch die Möglichkeit, die Arbeit von Kunstinstitutionen auf andere Zwecke festzulegen.

Dies ist, zum Zweiten, jedenfalls dann der Fall, wenn diese Pflichten verfassungsrechtlich unmittelbar gedeckte Zwecke wie den Kampf gegen den Antisemitismus betreffen, auf deren Beachtung jedenfalls die unmittelbaren Staatsorgane verfassungsrechtlich verpflichtet sind,

Möllers, Gutachten, S. 29 ff.

In diesem Fall stipuliert der Gesetzgeber eben keine allein aus seinen demokratischen Spielräumen formulierte Präferenz für eine bestimmte Form der Kunstförderung, sondern er konkretisiert eine dem Grunde nach bestehende verfassungsrechtliche Pflicht und operiert damit mit einem spezifischen Maß an Rechtfertigung.

Im Ergebnis ist die öffentliche Kunstinstitution durch ihren Status vor einem direkten politischen Zugriff auf ihre Programmarbeit geschützt, nicht aber vor der Erweiterung des allgemeinen politischen Programmauftrags auf Ziele, an die sich der staatliche Träger verfassungsrechtlich ohnehin halten muss. Rechtspolitisch bleibt zu bedenken, dass eine Entscheidung des Gesetzgebers, die solche Pflichten zentral in Geltung setzt, zu einer deutlichen Veränderung der Förderpraxis führen könnte. Eine solche Erweiterung des öffentlichen Auftrags legt die Errichtung einer Kontrollstruktur nahe, die ihrerseits missbrauchsanfällig ist und die die faktischen Spielräume öffentlicher Kunstinstitutionen auf eine problematische Art und Weise zugunsten politischer Einflußnahme einengen könnte.

bb) Geförderte Künstler

Für die von einer solchen Verpflichtung betroffenen Künstlerinnen und Künstler ist die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs noch anspruchsvoller, denn sie sind anders als die öffentlichen Kulturinstitutionen voll grundrechtsberechtigt. In ihrem Fall ist eine Verhältnismäßigkeitskontrolle anzuwenden.

Mit einer solchen Verpflichtung könnte sowohl der Schutzbereich der Meinungsfreiheit als auch derjenige der Kunstfreiheit adressiert werden,

so kommen *Winterhoff/Henckel/Klatt, Gutachten, 35 ff., 49 ff.* nicht zu einem Verstoß gegen die vorbehaltlos garantierte Kunstfreiheit, aber zu einem solchen gegen die unter Gesetzesvorbehalt stehende Meinungsfreiheit.

Da sich die Verpflichtung nicht spezifisch auf den Gehalt der zu fördernden Kunst bezieht, sondern auf die Haltung der Geförderten, erscheint es näherliegend, einen Eingriff in die negative Meinungsfreiheit zu prüfen. Den Künstlern gibt der Staat durch den Förderbescheid auf, sich nicht antisemitisch oder rassistisch zu äußern oder anders in diesem Sinne aktiv zu werden. Dies ist ein nicht inhaltsneutraler Eingriff in die Meinungsfreiheit,

zu den Problemen eines solchen Eingriffs sogleich unten, IV., 3.

Der Eingriff erscheint jedenfalls im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet,

die verfassungsrechtliche Geeignetheitsprüfung beschränkt sich auf einen Plausibilitätstest. Dieser erfordert keinen Nachweis, dass das Mittel den Zweck tatsächlich erreichen kann, sondern beschränkt sich auf dessen nachvollziehbare Beförderung: *Torsten Kingreen/Ralf Poscher*, Staatsrecht II, Grundrechte, 39. Aufl. 2023, Rn. 411 f.

Das Ziel, antisemitisches oder rassistisches Handeln nicht staatlich zu unterstützen, wird durch eine solche Verpflichtung in diesem Sinne befördert.

Auch an der Erforderlichkeit des Eingriffs bestehen kaum Zweifel. Es handelt sich um eine Verpflichtung, der im Regelfall durch ein Unterlassen genüge getan wird und deren Verletzung nicht mit einer Sanktion bewährt ist. Im Vergleich dazu ist kein milderes Mittel in Sicht.

Damit stellt sich die Frage nach der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn, also dem Vergleich des Gewichts der mit dem Eingriff verbundenen Ziele mit der Intensität des Eingriffs:

Drei Gesichtspunkte dürften zusammen genommen dafür sprechen, den Eingriff auch auf dieser Ebene als gerechtfertigt zu bewerten, obwohl er als nicht inhaltsneutrale Verpflichtung keine geringe Eingriffsintensität aufweist. Zum Ersten ergeht diese Pflicht eben nur im Zusammenhang mit einer staatlichen Vergünstigung. War die Begründung eines Eingriffs hier aufwendig, so ist dies bei der Bewertung der Eingriffsintensität in Rechnung zu stellen. Auch angesichts der faktisch starken Stellung staatlicher Förderung im deutschen System bleibt es dabei, dass auf die Förderung seitens der Künstler kein Anspruch besteht und sie auf diese auch verzichten können.

Zum Zweiten ist diese Verpflichtung jedenfalls in den vorliegenden Vorschlägen mit keinerlei Sanktionen oder anderen Rechtsfolgen verbunden. Es handelt sich um eine reine Verhaltenspflicht. Das ist bei der Eingriffstiefe in Rechnung zu stellen. Zum Dritten ist die Verpflichtung auch in diesem Fall inhaltlich allein auf ihrerseits verfassungsrechtlich unmittelbar aus Art. 3 Abs. 2 GG gerechtfertigte Zwecke gerichtet.

Ob diese Rechtfertigung auch zu bejahen wäre, wenn an die Verletzung dieser Verpflichtung Rechtsfolgen geknüpft würden, also etwa der rückwirkende Entzug der Förderung, kann hier

nicht abschließend geklärt werden, weil keine der vorgeschlagenen Klauseln solches vorsieht. Jedenfalls bedürfte eine solche Regel nicht allein einer gesetzlichen Grundlage, sondern auch einer weitergehenden verfahrensrechtlichen Ausgestaltung,

dazu unten, IV., 5.

In der Gesamtabwägung wird man eine reine Verpflichtung auf die Ziele der Bekämpfung von Antisemitismus und Rassismus damit noch als verfassungskonform bewerten.

3. Verpflichtung auf individuelles Bekenntnis

Über die Verpflichtung sich, gegen Antisemitismus und Rassismus zu verhalten, geht die Aufforderung zu einem ausdrücklichen Bekenntnis gegen diese hinaus. Diese verlangt ein Tun, das sich auf die *innere Einstellung* der Verpflichteten bezieht. Als Eingriff bedarf daher eine solche Pflicht auch einer eigenen gesetzlichen Grundlage,

oben, III., 2., b).

Mit einem solchen Bekenntnis offenbaren die Betroffenen – noch dazu potentiell öffentlich – einen Teil ihrer internen Meinungsbildung, der über das Zuwendungsverhältnis hinausgeht.

a) *Eingriffsqualität*

Mit einer solchen Verpflichtung könnte auch hier sowohl der Schutzbereich der Meinungsfreiheit als auch derjenige der Kunstfreiheit betroffen sein.

Da sich die Verpflichtung wiederum nicht spezifisch auf den Gehalt der zu fördernden Kunst bezieht, sondern auf die Haltung der potentiell Geförderten, erscheint es wiederum näherliegend, einen Eingriff in die negative Meinungsfreiheit zu prüfen. Mit der Pflicht zum Bekenntnis wird den Betroffenen eine öffentliche Meinungsäußerung in der Form eines Bekenntnisses angemutet. Dass es sich dabei um einen Eingriff handelt, ist geklärt,

oben, III.

Gleichfalls ist klar, dass dieser Eingriff keine inhaltsneutrale Regelung darstellt, sondern eine bestimmte, inhaltlich definierte Haltung erwartet und damit als qualifizierter Eingriff zu fassen ist, an den hohe Rechtfertigungsanforderungen zu stellen sind,

zur Inhaltsneutralität als Teil des Vorbehalts des Art. 5 Abs. 2 GG: BVerfGE 113, 63 (79); 117, 244 (260); 124, 300 (321 f.) mit Hinweisen auf die std. Rspr., siehe auch knapp zur unumstrittenen Ansicht *Hans Dieter Jarass*, in: ders./Pieroth, Grundgesetz, 16. Aufl. 2020, Art. 5 Rn. 67.

Auf der anderen Seite stellt ein mit einer staatlichen Leistung verbundener Eingriff gegenüber einem solchem, dem der Betroffene nicht entgehen kann, wie gesehen, ein Minus dar. Auch wenn die Verknüpfung mit der Förderentscheidung den Eingriffscharakter nicht ausschließt, mindert sie die Eingriffsintensität. Schließlich ist zu beachten, dass die auch hier die geforderten Inhalte des Bekenntnisses dem Grundgesetz entnommen wurde, also Verfassungsrang haben.

Betrachtet man vergleichbare Fälle, in denen das Bekenntnis zu verfassungsimmanenten Prinzipien als Bedingung einer Leistung im weiteren Sinne verlangt wird, so kommen drei Konstellationen in Betracht: die Einbürgerung,

dazu grundsätzlich und skeptisch *Pascal Langer*, Von der Treue der Bürger zur Verfassung, 2023,

die Aufnahme in den öffentlichen Dienst,

dazu knapp *Langer*, S. 18 in Anm. 6.

sowie die Begünstigung durch Demokratieförderprogramme,

zu letzteren liegt eine kleine Debatte vor, die solche Bekenntnisse im Ergebnis allenfalls aus Bestimmtheitsgrundsätzen beanstandet: *Albert Ingold*, „Extremismusklauseln“ bei der Vergabe öffentlicher Fördermittel, DÖV 2015, 13. Guter Überblick in: Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Rechtlicher Rahmen für Bekenntnisklauseln bei der Vergabe öffentlicher Fördermittel, WD 3 - 3000 - 245/17, 2017.

Die ersten beiden Fälle betreffen eine spezielle Konstellation der Aufnahme in eine politische Gemeinschaft oder in den Staatsapparat, mit denen jeweils besondere Loyalitätserwartungen verbunden werden und die im Ergebnis nicht nur eine einzelne Leistung, sondern einen ausgebauten Rechtstatus, als Staatsbürgerin oder Staatsdiener, verleihen.

Der dritte Fall der Gewährung von Leistungen aus Demokratieförderprogrammen ist der vorliegend zu prüfenden Konstellation am ähnlichsten. Eine staatliche Leistung, auf die kein Anspruch besteht, wird an eine Loyalitätserklärung gebunden. Zugleich liegen in der dritten Konstellation Förderzweck und Bekenntnisinhalt eng beieinander. Dass ein Demokratieförderprogramm nur durch bekennende Demokraten verwirklicht werden kann, erscheint plausibel. Gleiches gilt für die Kunstförderung nicht, in der die künstlerische Leistung nicht von der Überzeugung des Geförderten abhängt.

b) Verhältnismäßigkeit

Vor diesem Hintergrund begründet die Abwägung jedenfalls verfassungsrechtliche Bedenken: Der Zweck, keine rassistisch oder antisemitisch voreingenommenen Künstler zu fördern, ist

legitim. Auch ist das Mittel der Selbsterklärung zur Erreichung des Zwecks, keine solchen Künstler zu fördern, im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet,

zu den Anforderungen oben, 2., b), bb).

Gegen die Geeignetheit spricht auch nicht, dass auf die Frage nicht wahrheitsgemäß geantwortet werden kann. Die Möglichkeit der Nichtbefolgung spricht für sich nicht gegen die Eignung einer Regelung,

zu Kontroll- und Vollzugsproblemen als rechtspolitischem Problem aber unten, V.

Auch die Erforderlichkeit erscheint unproblematisch, ist doch die Verpflichtung zur Selbsterklärung ein relativ (nicht absolut, aber doch im Vergleich zu anderen Mitteln wie der Erhebung von Informationen) mildes Mittel zu Sicherstellung des Regelungszwecks.

Dennoch bleiben bei der Abwägung in der Angemessenheitsprüfung Bedenken. Die bekannte Feststellung des Bundesverfassungsgerichts, „[d]as Grundgesetz baut zwar auf der Erwartung auf, dass die Bürger die allgemeinen Werte der Verfassung akzeptieren und verwirklichen, erzwingt die Werteloyalität aber nicht“,

BVerfGE 124, 300 (320),

deutet an, dass mit einer solchen Bekenntnispflicht eine Grenze erreicht sein könnte. Dies gilt umso mehr, weil hier mit dem Bekenntnis zu Verfassungswerten eine innere Unterstützung bestimmter verfassungsrechtlicher Prinzipien eingefordert wird, die in keinem spezifischen Zusammenhang zu der infrage stehenden Förderleistung stehen,

deutliche verfassungsrechtliche Zweifel auch bei *Winterhoff/Henckel/Klatt*, Gutachten, 49 ff.

Dabei ist auch zu bedenken, dass die Maßnahme Ergebnis einer systemischen Zurechnung auf den „Kulturbetrieb“ ist, die aber eine scharf individualisierende Verpflichtung rechtfertigen soll.

Vergleichbare Zweifel ergeben sich aus einer anderen Feststellung der neueren Rechtsprechung, nämlich bei der Frage der Aberkennung staatlicher Finanzierung für verfassungsfeindliche politische Parteien. Auch hier geht es um eine staatliche Förderung, auf die dem Grunde nach kein verfassungsrechtlicher Anspruch besteht. In diesem Zusammenhang – wie auch sonst im Recht der wehrhaften Demokratie – legt das Gericht Wert auf die Feststellung, dass zu einem Entzug mehr als eine falsche Gesinnung verlangt werden muss:

„Art. 21 Abs. 2 GG beinhaltet kein Gesinnungs- oder Weltanschauungsverbot, sondern ein Organisationsverbot. Erst wenn eine Partei mit ihren

verfassungsfeindlichen Zielen nach außen tritt und gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung oder den Bestand des Staates agiert, kommt ein Einschreiten nach Art. 21 Abs. 2 GG in Betracht. Die Partei muss also über das Bekennen ihrer eigenen (verfassungsfeindlichen) Ziele hinaus die Grenze zum Bekämpfen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder des Bestandes des Staates überschreiten (vgl. BVerfGE 144, 20 (220 [Rn. 573])).“ BVerfG, U. v. 23. Januar 2024 - 2 BvB 1/19 -, Rn. 278.

Dies ist ein voraussetzungsreicher Vergleich, aber eben auch ein Indiz für die strengen verfassungsrechtlichen Grenzen, denen Pflichten zum Bekenntnis einer Gesinnung unterliegen. Wenn namentlich der Kampf gegen den Antisemitismus als Element des Schutzes eines Verfassungskerns des Grundgesetzes verstanden wird, ist dieser Aspekt jedenfalls nicht fernliegend.

Will man diese verfassungsrechtlichen Bedenken mangels einer ausgebauten wissenschaftlichen Diskussion und passender Rechtsprechung auch nicht mit dem klaren Verdikt der Verfassungswidrigkeit versehen, so dürften die rechtlichen Risiken einer solchen Regelung doch gewichtig sein. Sie laden dazu ein, noch einmal genauer zu überlegen, was genau mit solchen Regelungen erreicht werden kann.

4. Verpflichtung auf Bekenntnis zu einer Definition des Antisemitismus

Bekanntlich konkurrieren in der öffentlichen und der wissenschaftlichen Debatte zwei Definitionen von Antisemitismus miteinander. Im Kern kreist diese Debatte um die Frage, inwieweit Israelfeindlichkeit von einer Definition des Antisemitismus umfasst sein kann, darf oder soll,

ein Überblick über die (nicht bloß juristische) Diskussion zur IHRA-Definition findet sich bei *Robert Sigel*, Die Arbeitsdefinition „Antisemitismus“ der International Holocaust Remembrance Alliance (IHRA) – Entstehung, Kritik, Vorzüge, ZRGP 2022, 125.

Holzschnittartig formuliert: Während die eine Seite eine Definition für unvollständig hält, die den israelbezogenen Antisemitismus nicht hinreichend einbezieht, betont die andere Seite die Gefahr einer Vermischung von Kritik an der Politik der israelischen Regierung mit dem Vorwurf des Antisemitismus.

Das vorliegende Gutachten hat zu dieser Diskussion nichts beizutragen. Es ist insoweit nur auf die Beobachtung angewiesen, dass es sich um eine relativ hart geführte, politisierte, nichtsdestotrotz wissenschaftliche Auseinandersetzung handelt. Jedenfalls die wissenschaftlichen Teilnehmer an der Debatte werfen sich, soweit ersichtlich, Irrtum, aber ihrerseits keinen Antisemitismus vor. Während es dem Staat freisteht, eine solche Definition

für eigene Zwecke festzulegen (a), stößt eine solche Verpflichtung gegenüber Grundrechtsträgern auf durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken (b).

a) Staatliche Selbstverpflichtung

Wenn verschiedene staatliche Stellen den Begriff des Antisemitismus verwenden, können sie diesen auch für ihren eigenen Gebrauch definieren, um den Gebrauch zu vereinheitlichen. Eine solche Praxis gibt es nicht allein in Deutschland, sondern auch in anderen Staaten,

vgl. das skeptische, aber informative Gutachten für die Fachstelle für Rassismusbekämpfung des Eidgenössischen Departements des Innern der Schweiz durch *Maya Hertig Randall/Catherine Imbeck*, Juristische Analyse der von der IHRA angenommenen Arbeitsdefinition von Antisemitismus, 06.11.2020, S. 15 ff.

Legt die Exekutive eine Definition fest, so kann sie die anderen Gewalten damit nicht binden – und erfahrungsgemäß werden sich Gerichte bei der Anwendung von Begriffen auch durch gesetzliche Definitionen nur begrenzt steuern lassen: Zu anders sieht eine begriffliche Welt aus, wenn sie auf Fälle angewendet wird.

Eine solche vereinheitlichende Definitionspraxis staatlicher Behörden ist verfassungsrechtlich auch dann nicht zu beanstanden, wenn sie nicht das Ergebnis einer wissenschaftlichen Auseinandersetzung, sondern politisch angeleitet ist. Dass die Entscheidung der Bundesregierung aus dem Jahr 2017 für die IHRA-Definition,

<https://www.auswaertiges-amt.de/de/aussenpolitik/kultur-und-gesellschaft/-/216610>,

im Zusammenhang mit bundesdeutscher Vergangenheitspolitik und ihren außenpolitischen Implikationen, namentlich einer besonderen Beziehung zu Israel, steht, begründet keinen verfassungsrechtlichen Einwand, sondern ist Teil ihres demokratisch gebotenen staatlichen Handlungsspielraums.

b) Verpflichtung von Grundrechtsträgern

aa) Eingriffsintensität

Doch stellt sich die Frage, inwieweit der Staat auch Zuwendungsempfänger auf ein Bekenntnis zu einer bestimmten Definition des Antisemitismus verpflichten kann, wie es in der zurückgezogenen Berliner und schleswig-holsteinischen Regelungen geplant war. Dass es sich bei einer solchen Verpflichtung um einen Eingriff in die Meinungs- und Bekenntnisfreiheit – wegen der wissenschaftlichen Umstrittenheit wohl auch um einen solchen in die Wissenschaftsfreiheit – handelt, ergibt sich aus dem oben Gesagten. Dies impliziert auch, dass eine solche Verpflichtung einer gesetzlichen Grundlage bedarf.

Bei diesem Instrument geht es nicht darum, dass staatlichen Institutionen im Kampf gegen den Antisemitismus eine einheitliche Definition zur Anwendung an die Hand gegeben wird, sondern um die Sicherstellung einer persönlichen Überzeugung der potenziell Geförderten. Der adressierte Private muss sich wiederum die vom Staat für richtig gehaltene Überzeugung zu eigen machen. Unzweifelhaft handelt es sich auch bei einer solchen Verpflichtung um einen Eingriff in die negative Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG.

Der Eingriff ist auch intensiv, weil er nicht nur eine Verpflichtung zu einem normativen Bekenntnis gegen Antisemitismus enthält – das ist, wie soeben gesehen, schon für sich kein trivialer Eingriff – sondern auch zu umstrittenen Annahmen der richtigen begrifflichen Beschreibung des Phänomens verpflichtet.

Nun könnte man einwenden, dass die Adressaten gar nicht auf eine bestimmte Theorie verpflichtet werden sollen, sondern nur darüber informiert werden, welcher Begriff von Antisemitismus der staatliche Empfänger der Erklärung zugrunde legt. Aber diese Unterscheidung erscheint aus der Perspektive des Verpflichteten nicht nur als spitzfindig, sondern auch als im Ergebnis irrelevant, weil dieser nicht die Möglichkeit bekommt, sich auf Grundlage einer anderen Definition vom Antisemitismus zu distanzieren.

Die sich hier ergebende Verpflichtung auf Tatsachenannahmen ist in der deutschen Rechtsordnung sehr selten, soweit es nicht um die Rechte anderer Personen geht. Man kann in der in § 130 Abs. 3, 5 StGB vorgenommenen Pönalisierung der „Leugnung“ von Völkerstraftaten eine solche Regelung erkennen,

zur Zulässigkeit von § 130 Abs. 3, 5 StGB vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 22. Juni 2018 - 1 BvR 2083/15 -, Rn. 21; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 22. Juni 2018 - 1 BvR 673/18 -, Rn. 18 ff.; beide Beschlüsse basieren in der Argumentation auf der Wunsiedel-Entscheidung, BVerfGE 124, 300.

Aber zum einen ist diese Norm mehrfach qualifiziert, zum anderen bezieht sie sich auf eine freiwillige Äußerung, zum dritten auf ein seriöserweise nicht zu bestreitendes historisches Faktum – nicht wie vorliegend um eine wissenschaftlich umstrittene Meinung.

Um die Art des Eingriffs an einem Beispiel zu veranschaulichen: Es ist eine Sache, Personen auf die freiheitliche demokratische Grundordnung des Art. 21 Abs. 2 GG und damit auch auf einen Kernbestand des Demokratieprinzips zu verpflichten. Es ist eine andere Sache, Personen auf eine bestimmte, sei es voluntaristische, deliberative oder pluralistische, Theorie der Demokratie zu verpflichten.

bb) Verhältnismäßigkeit

Legt man das Schema der Verhältnismäßigkeit an diesen Eingriff an, so ergeben sich verfassungsrechtliche Einwände: Hinsichtlich der Geeignetheit erscheint eine Definition, die den israelbezogenen Antisemitismus ausdrücklich umfasst, auf den ersten Blick den Zweck zu erreichen, eben israelbezogenen Antisemitismus zu bekämpfen. Doch setzt diese Beurteilung über die Geeignetheit gerade eine Stellungnahme in der wissenschaftlichen Debatte um den Begriff des Antisemitismus voraus. Eine Maßnahme wird eben nicht dadurch geeignet, dass man das Schutzgut, für das sie eintritt, besonders weit definiert. Das Schutzgut muss bestimmt sein, bevor die Geeignetheit geprüft werden kann. Unklar ist mit Blick auf die Geeignetheit zudem, was mit Personen geschieht, die sich ohne weiteres gegen Antisemitismus bekennen, aber diese Definition für unrichtig halten.

Schließlich erscheint das Aufzwingen einer wissenschaftlichen Lehrmeinung auch für sich unverhältnismäßig. Der Staat macht sich mit einer solchen Maßnahme zur Partei in einer wissenschaftlichen Auseinandersetzung, die aus guten Gründen von Verfassungen wegen staatsfrei ablaufen sollte. Wenn der Staat in eine offene wissenschaftliche Diskussion so interveniert, dass sich Private eine Lehrmeinung aneignen müssen, greift er damit aber nicht nur in den offenen wissenschaftlichen Prozess, sondern auch in die Freiheit der inneren Meinungsbildung der Betroffenen ein. Die Adressaten werden genötigt zu behaupten, was sie nicht glauben, obwohl die Behauptung wissenschaftlich umstritten ist. Eine solche Maßnahme begegnet schweren verfassungsrechtlichen Bedenken. In den Worten der liberalen Staatslehre: „Die wissenschaftlichen Wahrheiten sind keine Gegenstände der Gesetzgebung.“,

Friedrich Christoph Dahlmann, Die Politik, auf den Grund und das Maß der gegebenen Zustände zurückgeführt, 3. Aufl. 1847, S. 321 (mit Dank an Kollegen Gärditz).

5. Zwischenüberlegung zum Verfahren

Soweit spezielle Verpflichtungen für Grundrechtsträger zulässig sind, stellt sich die Frage nach ihrer verfahrensmäßigen Ausgestaltung. Zu dieser liegen, soweit ersichtlich, keinerlei Regelungsvorschläge vor. Es ist insoweit offen, ob die Feststellung einer Verletzung der Pflicht mit einer Beendigung der Förderung einher gehen soll. Wie gesehen, bedürfte ein Widerrufsvorbehalt einer gesetzlichen Grundlage.

Darüber hinaus ist daran zu erinnern, dass die staatliche Feststellung, eine Person habe sich antisemitisch oder rassistisch verhalten, ihrerseits einen gerichtlich überprüfbaren Grundrechtseingriff darstellt. Eine solche Feststellung wird nicht ohne vorherige Anhörung und spezifische Begründung möglich sein. Es erscheint aber fraglich, diese Anforderungen

den Regeln des Allgemeinen Verwaltungsrechts zu überlassen. Wenn der Gesetzgeber eine Regelung trifft, sollte er die Verfahren mitregeln.

6. Verfassungsrechtliche Zielbestimmungen gegen Antisemitismus

Ein weiteres Instrument namentlich im Kampf gegen Antisemitismus ist die Einführung von Klauseln in die Verfassung. Verschiedene Landesverfassungen sind diesen Weg bereits gegangen,

Art. 37a LSAVerf, Art. 7a Abs. 1 BbgVerf, Art. 65 Abs. 1a BremVerf, Präambel
Abs. 6 HmbVerf.

Andere planen, dem zu folgen. Auch für das Grundgesetz hat eine solche Diskussion begonnen.

Für einen solchen Schritt spricht, dass das historisch belastete Verhältnis der deutschen Staatsgewalt zum jüdischen Volk eine konstitutionelle Anerkennung verdient. Damit entsteht eine Verpflichtung des Staats, sich um das jüdische Leben zu kümmern, die sich im Einzelfall zu durchsetzbaren Ansprüchen verdichten lässt.

Weniger deutlich sind die juristischen Implikationen einer solchen Garantie für die hier zu untersuchenden Fragen,

siehe auch wohlwollend skeptisch: *Ulrike Lembke/Christoph Schuch*,
Antisemitismus qua Verfassung, VerfBlog, 2023/04/20,
<https://verfassungsblog.de/anti-antisemitismus-qua-verfassung/>.

Das liegt namentlich an drei Gründen:

Zum Ersten hat die Bekämpfung von Antisemitismus bereits jetzt auch ohne ausdrückliche Erwähnung im Grundgesetz Verfassungsrang. Die Garantien des Art. 3 Abs. 2 GG umfassen auch dieses Übel,

oben, II., 2., a.E. Zu Elementen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des
Kampfs gegen Antisemitismus jenseits von Art. 3 Abs. 2 GG *Lagodinsky*, Kontexte
des Antisemitismus, 2013, S. 178 ff.

Zum Zweiten führt die Niederlegung eines verfassungsrechtlichen Grundsatzes nicht dazu, dass die Ebenen parlamentsgesetzlicher und administrativer Normgebung übersprungen werden können. Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage für Eingriffe und das unvermeidliche Klein-Klein der Prüfung im Einzelfall wird und soll sich auch mit Hilfe verfassungsrechtlicher Vorgaben nicht verhindern lassen. Das gilt auch dann, wenn mit den Klauseln Bürgerinnen und Bürger in die Pflicht genommen werden. Auch solche Grundpflichten bedürfen einer gesetzlichen Umsetzung, die unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit stehen,

dazu grundlegend *Hasso Hofmann*, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, VVDStRL 1982, 42 (78 f.).

Zum Dritten können landesverfassungsrechtliche Garantien die grundrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes nicht überspielen, Art. 142 GG. Auch wenn die Landesverfassungen bestimmte Versprechen machen, bleiben sie auch in ihrem eigenen Handeln an die grundrechtlichen Garantien der Verfassung des Bundes gebunden.

All das spricht nicht gegen solche verfassungsrechtlichen Klauseln. Es spricht aber gegen die Erwartung, dass die hier erörterten Rechtsprobleme durch sie fundamental anders gelöst werden könnten.

V. Schluss: Institutionelle Überlegungen

Dies ist ein Rechtsgutachten, doch sei es gestattet, mit drei institutionellen Beobachtungen zu schließen, die über den Bereich der rechtlichen Begutachtung hinausgehen, die aber, wie mitunter bei rechtspolitischen Überlegungen der Fall, auf der Beschreibung der Rechtslage aufbauen.

1. Durchsetzung oder symbolisches Kulturverwaltungsrecht?

Recht ist eine Form politischer Gestaltung, die auf Durchsetzbarkeit ausgerichtet ist. Wenn sich der Staat dazu entscheidet, Rechtspflichten zu stipulieren, dann sollte er diese auch vollziehen wollen. Von der Durchsetzungsebene hört man in der kulturpolitischen Debatte freilich wenig. Wer kontrolliert, ob Angaben stimmen, wer entscheidet über die Rücknahme mit welchem Ermessen? Wer formuliert die Begründung, wenn sie staatliches Unwerturteil einen neuen Eingriff schafft? Die geltenden Regeln des Allgemeinen Verwaltungsrechts geben hier einerseits große Spielräume, andererseits dürften Grundrechte weitere verfahrensrechtliche Grenzen ziehen. Dass hier potentiell Raum für eine beträchtliche nachgelagerte Kontrolle des gesamten öffentlichen Kunstbetriebs besteht, begründet ein nachvollziehbares Unbehagen. Dass man dieses Unbehagen dadurch vertreibt, dass die Vollzugsprobleme unerwähnt bleiben, ist nur aus einer politischen Logik zu erklären. Wenn man umgekehrt nicht bereit ist, eine Regel durchzusetzen, sollte man sich Rechenschaft darüber ablegen können, warum man sie verrechtlichen will. Von durchdachten Regelungen kann man soweit auch bei Sympathie für das Anliegen in der Sache nicht sprechen.

2. Zur künstlerischen Relativierung kunsteigener Kriterien

Wer die Kunstfreiheit für sich in Anspruch nimmt, unterstellt nolens volens die Unterscheidbarkeit von Kunst von anderen Praktiken – eine Unterscheidbarkeit, die sowohl durch die oft hybriden staatlichen Förderanliegen als auch durch künstlerische Praxis und Kunsttheorie seit langem und nicht (nur) aus trivialen Gründen bestritten wird. Kunst als „Intervention“ zu verstehen, sie „transdisziplinär“ anzulegen, ihre „Entgrenzung“ zu betreiben und mit politischem Aktivismus zu verknüpfen, bedeutet eben auch, den Anspruch auf eine künstlerische Eigenlogik zu relativieren. Die juristische Praxis der Kunstfreiheit reagiert darauf zunächst mit Offenheit, namentlich mit einer Formalisierung und Institutionalisierung des Kunstbegriffs, in dem Kunst prima facie das ist, was Künstlerinnen und Künstler so machen. Auch in diesem Gutachten spielte diese Deutung eine Rolle. Freilich kommt diese Konzeption – übrigens ähnlich wie im Religionsverfassungsrecht – an ihre Grenzen. Je mehr Platz der Kunstbetrieb beansprucht, desto mehr wird die Kunstfreiheit sich verengen.

3. Vertrauen in und Verantwortung von öffentlichen Kulturinstitutionen

Dem parlamentarischen Gesetzgeber – so das zentrale Ergebnis – ist es verfassungsrechtlich grundsätzlich möglich, die Vergabe staatlicher Mittel sowohl an öffentliche Kulturinstitutionen als auch an private Künstlerinnen und Künstler durch eine Verpflichtung gegen Antisemitismus und Rassismus zu ergänzen. Der damit vollzogene Schritt ist – das wird selten gesehen – rechtspolitisch Teil eines allgemeinen Trends, staatliche Fördermaßnahmen an weitere politische Ziele zu binden. Die Entscheidung, ob ein solches Instrument gewählt wird, sollte sich bei allem verständlichem politischem und moralischem Gram über die dramatische Zunahme eines offenen Antisemitismus im Kulturbetrieb aber nicht auf die Feststellung beschränken, dass dessen Bekämpfung ein richtiges Ziel ist. Auch in der Rechtspolitik ist „gut gemeint“ das Gegenteil von Kunst. Vielmehr müssen Erfahrungen aus anderen Bereichen herangezogen werden, um zu sichten, welche Konsequenzen solche Verbindungen unterschiedlicher politischer Zweckbestimmungen haben können. Denn es verdient generell die Überlegung, ob eine benevolente Erweiterung spezifischer öffentlicher Förderzwecke eine hilfreiche Entwicklung oder nicht doch eine Überfrachtung ursprünglich ausdifferenzierter Regelungskonzepte darstellt, die letztlich auf eine Politisierung der Entscheidungspraxis hinausläuft.

Ein System staatlicher Förderung von Kunst und Kultur, das auf Vorabsicherungen verzichtet, ist also verfassungsrechtlich nicht geboten. Es ist vielmehr Produkt eines Vertrauens der staatlichen Stellen, damit letztlich der demokratischen Mehrheit, in die geförderten

Institutionen und Personen. Ein so stark auf staatliches Handeln bezogener Kultursektor wie der deutsche scheint auf ein solches Vertrauen besonders angewiesen zu sein, weil alle staatlichen Körperschaften zusammen, Bund, Länder und Gemeinden, in vielen künstlerischen Bereichen wie Monopolisten der Kunstförderung agieren können. Sich von diesem System zu verabschieden, würde deswegen einen Paradigmenwechsel darstellen. Nun mag man argumentieren, dieses Vertrauen sei grundsätzlich erschüttert worden – und Beispiele dafür gibt es zu viele. Aber natürlich stellen sich Fragen: Zum einen die Frage, ob solche Enttäuschungserfahrungen so repräsentativ oder allgemein waren, dass sie einen Paradigmenwechsel rechtfertigen. Zum Zweiten, ob man auf Enttäuschung überhaupt negativ reagieren muss. Zum Dritten, ob es eine sinnvolle Verteilung institutioneller Verantwortung darstellt, wenn Kulturpolitik und öffentliche Kulturinstitutionen im Fall eines Skandals exkulpierend auf eine gesetzliche Pflicht oder eine Selbsterklärung verweisen, anstatt sich selbst verantworten zu müssen. Die Beantwortung solcher Fragen liegt nicht mehr im Bereich dieses Gutachtens. Es ist jedoch zu bezweifeln, dass eine sinnvolle Regelung dort entstehen kann, wo man sich nicht mit ihnen auseinandergesetzt hat.

Anhang: Klauseln und verfassungsrechtliche Bestimmungen

Schleswig-Holstein

Richtlinie für die Gewährung von Zuwendungen zur Förderung von Kulturprojekten Schleswig-Holstein (Amtsbl. SH 2023, 1568)

4 Zuwendungsvoraussetzungen

4.1 Es werden Projekte gefördert,

(...)

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

(...)

Antrag auf Förderung von Kulturprojekten

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

(https://www.schleswig-holstein.de/DE/fachinhalte/K/kulturfoerderung/foerderung_kulturprojekte.html, zul. abgerufen am 1.2. 2024, unterdessen wurde die Klausel entfernt)

Stadt Leipzig

Fachförderrichtlinie der Stadt Leipzig über die Förderung freier kultureller Projekte und Einrichtungen (Fachförderrichtlinie Kultur) und Förderstrategie Freie Kunst und Kultur

Beschlussvorschlag

Wer eine Förderung im Rahmen der Fachförderrichtlinie Kultur beantragt, muss nachweisen, dass er auf dem Boden der Freiheitlich-Demokratischen Grundordnung steht und sich klar gegen Rechts- und Linksextremismus, religiösen Extremismus, Antisemitismus, Rassismus und Fremdenfeindlichkeit positioniert.

Berlin

(zurückgenommen, zitiert nach *Winterhoff/Henckel/Klatt*, Gutachten, 7 f.)

Klausel im Zuwendungsbescheid

Die Zuwendungsempfängerin/ der Zuwendungsempfänger ist verpflichtet, sich zu einer vielfältigen Gesellschaft zu bekennen und sich gegen jedwede Diskriminierung und Ausgrenzung sowie gegen jede Form von Antisemitismus gemäß der Antisemitismus-Definition der der International Holocaust Remembrance (IHRA) und ihrer Erweiterung durch die Bundesregierung zu stellen.

Zuwendungsempfängerinnen und Zuwendungsempfänger sind verpflichtet, alles Notwendige zu veranlassen, damit die zum Zuwendungszweck ausgereichten Fördergelder in keinem Fall der Finanzierung von terroristischen oder extremistischen Vereinigungen dienen.

Zuwendungen werden im Rahmen dieses Zuwendungszwecks nur an

Zuwendungsempfängerinnen und Zuwendungsempfänger vergeben, die sich zweifelsfrei vom Terror distanzieren und die Existenz Israels anerkennen.

Selbsterklärung

Hiermit erkläre ich/wir ausdrücklich, dass ich/wir die dem Förderzweck zugrundeliegende Förderrichtlinie zur Kenntnis genommen habe/haben. Ich/Wir bekennen uns zu einer vielfältigen Gesellschaft und stellen uns gegen jedwede Diskriminierung und Ausgrenzung sowie gegen jede Form von Antisemitismus.

Verfassungsrechtliche Normen

Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt

Art. 37a

Die Wiederbelebung oder Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts, die Verherrlichung des nationalsozialistischen Herrschaftssystems sowie rassistische und antisemitische Aktivitäten nicht zuzulassen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt und Verantwortung jedes Einzelnen.

Verfassung des Landes Brandenburg

Art. 7a

(1) Das Land schützt das friedliche Zusammenleben der Menschen und tritt Antisemitismus, Antiziganismus sowie der Verbreitung rassistischen und fremdenfeindlichen Gedankenguts entgegen.

Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg

Eingangsformel:

(...) Vielfalt und Weltoffenheit sind identitätsstiftend für die hanseatische Stadtgesellschaft. In diesem Sinne und mit festem Willen schützt die Freie und Hansestadt Hamburg die Würde und Freiheit aller Menschen. Sie setzt sich gegen Rassismus und Antisemitismus sowie jede andere Form gruppenbezogener Menschenfeindlichkeit ein. Sie stellt sich der Erneuerung und Verbreitung totalitärer Ideologien sowie der Verherrlichung und Verklärung des Nationalsozialismus entgegen. (...)

Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen

Artikel 65

(1a) Demokratiefeindlichen Bestrebungen, insbesondere der Wiederbelebung, Verherrlichung oder Rechtfertigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft, sowie rassistischen, antisemitischen und sonstigen menschenverachtenden Aktivitäten entschieden entgegenzutreten, ist Verpflichtung aller staatlichen Organisation und Verantwortung jeder und jedes Einzelnen. Die Freie Hansestadt Bremen fördert die Entwicklung einer offenen, vielfältigen und toleranten Gesellschaft sowie eines respektvollen und friedlichen Miteinanders.