

## **Gutachten**

### **zu einigen Rechtsfragen hinsichtlich der Umsetzung der Zielbestimmungen des Berliner Landeskonzpts zur Weiterentwicklung der Antisemitismus-Prävention durch die für Kultur zuständige Senatsverwaltung (Antisemitismusklauseln)**

#### Gliederung

I. Auftrag .....	4
II. Sachverhalt.....	6
III. Gutachten.....	9
A. Zu Frage 1.....	9
1. Vereinbarkeit der Antidiskriminierungsklausel in der Förderrichtlinie mit den Grundrechten und weiteren grundgesetzlichen Bestimmungen.....	9
a) Kunstfreiheit (Artikel 5 Absatz 3 Satz 1 GG) .....	10
aa) Schutzbereich der Kunstfreiheit .....	11
bb) Eingriff in den Schutzbereich .....	12
cc) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung .....	15
dd) Zwischenergebnis .....	17
b) Meinungsfreiheit (Artikel 5 Absatz 1 Satz 1 GG).....	17
c) Allgemeiner Gleichheitssatz (Artikel 3 Absatz 1 GG).....	18
aa) Ungleichbehandlung innerhalb der Förderung durch die Senatsverwaltung für Kultur und Gesellschaftlichen Zusammenhalt .....	18
(1) Ungleichbehandlung .....	18

Die Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung – auch auszugsweise – ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt. Die Gutachten geben nicht die Auffassung des Abgeordnetenhauses, eines seiner Organe oder der Abgeordnetenhausverwaltung wieder. Sie liegen allein in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Leitung der Abteilung Wissenschaftlicher Dienst.

(2)    Rechtfertigung der Ungleichbehandlung .....	19
(a) Prüfungsmaßstab .....	19
(b) Konkrete Prüfung .....	20
bb) Ungleichbehandlung im Verhältnis Zuwendungsbe- Kulturverwaltung und Zuwendungsbe- werber andere Senatsverwaltungen.....	22
cc) Zwischenergebnis.....	23
d)    Bestimmtheitsgebot .....	23
aa) „Vielfältige Gesellschaft“.....	25
bb) „Jedwede Diskriminierung und Ausgrenzung“.....	25
cc) „Jede Form von Antisemitismus“.....	26
dd) „Sich entgegenstellen“ und „ablehnen“.....	27
ee) Zwischenergebnis.....	27
2.    Vereinbarkeit der Selbsterklärung mit den Grundrechten und weiteren grundgesetzlichen Bestimmungen .....	27
a) Kunstfreiheit (Artikel 5 Absatz 3 Satz 1).....	28
b) Meinungsfreiheit (Artikel 5 Absatz 1 Satz 1 GG) .....	28
aa) Eingriff in den Schutzbereich.....	29
bb) Rechtfertigung .....	29
dd) Zwischenergebnis .....	32
c) Allgemeines Gleichheitsgebot (Artikel 3 Absatz 1 GG).....	33
d) Besondere Diskriminierungsverbote (Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 GG).....	34
e) Bestimmtheitsgebot .....	34
3.    Vereinbarkeit der Zuwendungsbescheide mit den Grundrechten und anderen verfassungsrechtlichen Grundsätzen.....	35
a) Kunstfreiheit (Artikel 5 Absatz 3 Satz 1 GG).....	36
b) Meinungsfreiheit (Artikel 5 Absatz 1 Satz 1 GG) .....	38
aa) Eingriff in den Schutzbereich.....	38
bb) Rechtfertigung .....	39
c) Allgemeiner Gleichheitssatz (Artikel 3 Absatz 1 GG) und besondere Diskriminierungsverbote (Artikel 3 Absatz 3 GG) .....	39
d) Bestimmtheitsgebot.....	40
4.    Ergebnis zu Frage 1.....	42
B.    Zu Frage 2.....	44
C.    Zu Frage 3.....	46
D.    Zu Frage 4.....	48
1.    Vereinbarkeit mit der Kunstfreiheit (Artikel 5 Absatz 3 GG) .....	48

2. Gebotenheit der Klausel unter dem Aspekt des Staatsschutzes.....	48
E. Zu Frage 5.....	50
1. Verstoß gegen die Antisemitismusklausel in der Förderrichtlinie.....	50
2. Verstoß gegen die Antidiskriminierungsklausel in der Selbsterklärung.....	50
3. Verstoß gegen die Antidiskriminierungsklausel in den Zuwendungsbescheiden...	53
IV. Ergebnisse.....	55

## **I. Auftrag**

Die Präsidentin des Abgeordnetenhauses hat den Wissenschaftlichen Parlamentsdienst aufgrund einer entsprechenden Bitte der Fraktion der AfD mit der Erstellung eines Gutachtens zu dem Thema rechtliche Bewertung einer Antisemitismusklausel beauftragt.

Der Gutachtauftrag lautet wie folgt:

Vorbemerkung: Die Antidiskriminierungsklausel, die hier zur Diskussion steht, lautet wie folgt: 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 International Holocaust Remembrance Alliance (IHRA) und ihre Erweiterung durch die Bundesregierung zu stellen.“

*Frage 1: Inwiefern ist*

- a) die Aufnahme einer Antisemitismusklausel in die Förderrichtlinie der Senatsverwaltung für Kultur und
- b) eine damit verbundene Verpflichtung zu einer entsprechenden Erklärung seitens der Zuwendungsempfänger mit dem Grundgesetz, insbesondere mit der grundgesetzlich garantierten Freiheit der Kunst (Art. 5 Abs. 3 GG) vereinbar?

*Frage 2: Inwiefern sind die Aufnahme einer Antisemitismusklausel in die Förderrichtlinien der Senatsverwaltung für Kultur und die damit verbundene Verpflichtung zu einer entsprechenden Erklärung seitens der Zuwendungsempfänger unter dem Aspekt der grundgesetzlich geschützten Menschenwürde (Art. 1 GG) sogar geboten?*

*Frage 3: Inwiefern ist es rechtlich praktikabel, es bei der konkreten Formulierung der Antisemitismusklausel bei einem offenen Rechtsbegriff Antisemitismus zu belassen, d.h. keine spezielle Definition in die Klausel aufzunehmen und sich damit auf den Rechtsbegriff des Antisemitismus zu beschränken und den Rest der Rechtsanwendung, die die notwendige Unterscheidung im Einzelfall durchführt, zu überlassen (vgl. <https://www.lto.de/recht/meinung/m/gelder-foerdergelder-antisemitismus-meinung-kunsthfreiheit/>)?*

*Frage 4: Inwiefern ist die Forderung einer Selbstverpflichtung der Zuwendungsempfänger alles Notwendige zu veranlassen, um sicherzustellen, dass die gewährten Fördergelder keinen Vereinigungen zugutekommen, die als terroristisch und/oder extre-*

*mistisch eingestuft werden, mit der grundgesetzlich garantierten Freiheit der Kunst (Art. 5 Abs. 3 GG) vereinbar und unter dem Aspekt des Staatsschutzes geboten?*

*Frage 5: Mit welchen Konsequenzen müssen Zuwendungsempfänger bei Verstoß gegen die Förderrichtlinien der Kulturverwaltung respektive bei Verstoß gegen die Antisemitismusklausel rechnen?“*

## II. Sachverhalt

In seinem Beschluss vom 31. Mai 2018 hat das Abgeordnetenhaus ausgeführt, dass die Stadt Berlin jede Form des Antisemitismus aufs Schärfste“verurteile. Dieses Bekenntnis schlieÙe ausdrücklich den sekundären und israelbezogenen Antisemitismus“mit ein. Der Kampf gegen Antisemitismus sei eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe.“ Die Stadt Berlin trete Antisemitismus in jeglicher Form entgegen. Dazu zählten die konsequente Bekämpfung, Verfolgung und Erfassung von antisemitisch motivierten Straftaten, der Opferschutz, die Stärkung der Zivilgesellschaft sowie die Sensibilisierung für antisemitische Denkmuster und Einstellungen.“ Im Rahmen dieses Beschlusses wurde der Senat aufgefordert, bis zum 28. Februar 2019 ein Konzept zur Weiterentwicklung der Antisemitismus-Prävention in Berlin vorzulegen.<sup>1</sup> Dieses Konzept sollte u.a. mit der Maßgabe erstellt werden, die Arbeitsdefinition Antisemitismus der Internationalen Allianz für Holocaust-Gedenken in der von der Bundesregierung empfohlenen erweiterten Form zugrunde zu legen.<sup>2</sup>

Zur Umsetzung dieses Beschlusses hat der Senat dem Abgeordnetenhaus das Berliner Landeskonzert zur Weiterentwicklung der Antisemitismus-Prävention“vorgelegt. <sup>3</sup> Dieses enthält in Bezug auf den für dieses Gutachten einschlägigen Bereich der Kulturförderung folgende Zielbestimmung: „*In Kultureinrichtungen sowie Kunst- und Kulturprojekten, die finanzielle Förderung durch das Land Berlin erhalten, darf Antisemitismus keinen Platz haben.*“<sup>4</sup>

Zur Erreichung dieses Ziels werde der Senat „*in der Kulturförderung und in der Förderung der kulturellen Bildung einen Passus in Zuwendungsbescheide einfügen, dem zufolge –mit Verweis auf das AGG –die Zuwendung unter der Bedingung gewährt wird, dass es im Rahmen der Mittelverwendung zu keiner Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, der ethnischen Herkunft, einer rassistischen oder antisemitischen Zuschreibung, der Nationalität, der Religion und Weltanschauung, einer Behinderung, einer chronischen Erkrankung, des Lebensalters, der sexuellen und geschlechtlichen Identität sowie des sozialen Status kommt.*“<sup>5</sup>

Zur Umsetzung dieser Zielbestimmung teilte die für Kultur zuständige Senatsverwaltung im Januar 2024 mit, dass (1.) Zuwendungsbescheide fortan nur noch mit der neu entwickelten Antidiskriminierungsklausel verschickt würden. Zugleich würden (2.) die

---

<sup>1</sup> Vgl. Plenarprotokoll 18/27 vom 31. Mai 2018, S. 3102 ff; Drs. 18/1061.

<sup>2</sup> Vgl. Drs. 18/1061, S. 2 (Ziffer 3).

<sup>3</sup> Vgl. Drs. 18/1754, S. 6 ff.

<sup>4</sup> Vgl. Drs. 18/1754, S. 21 f.

<sup>5</sup> Vgl. Drs. 18/1754, S. 21 f.

Förderrichtlinien durch einen entsprechenden Passus und (3.) eine Selbsterklärung ergänzt.“<sup>6</sup>

(1.) Die Regelung in den Zuwendungsbescheiden lautete<sup>7</sup>:

*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 International Holocaust Remembrance Alliance (IHRA) und ihrer Erweiterung durch die Bundesregierung zu stellen. Diese besagt: 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.’*

*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 Zuwendungszweckes nur an Zuwendungsempfängerinnen und Zuwendungsempfänger vergeben, die sich zweifelsfrei von Terror distanzieren und die Existenz Israels anerkennen.“*

(2.) Die Ergänzung der Förderrichtlinie lautete davon abweichend<sup>8</sup>:

*Die Kulturverwaltung des Berliner Senats fördert Projekte, die [...]*

*NEU: sich im Sinne einer vielfältigen Gesellschaft gegen jedwede Diskriminierung und Ausgrenzung stellen und jede Form von Antisemitismus ablehnen“*

---

<sup>6</sup> Vgl. Pressemitteilung vom 4.1.2024 Senatsverwaltung für Kultur und Gesellschaftlichen Zusammenhalt führt Antidiskriminierungsklausel ein; abrufbar unter <https://www.berlin.de/sen/kultgz/aktuelles/pressemitteilungen/2024/pressemitteilung.1402065.php> (zuletzt abgerufen am 7.11.2024).

<sup>7</sup> Vgl. Winterhoff/Henckel/Klatt, Gutachterliche Stellungnahme zur Rechtmäßigkeit der Einführung einer Antidiskriminierungsklausel für den Bereich der Kulturförderung im Land Berlin, Graf von Westphalen 16.2.2024, S. 6 f.

<sup>8</sup> Vgl. Winterhoff/Henckel/Klatt, ebenda, S. 7.

(3.) Die Selbsterklärung lautete<sup>9</sup>:

*Hiermit erkläre ich/erklären 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.“*

Der Begriff „Antidiskriminierungsklausel“ oder synonym in der Presseberichterstattung häufig auch als „Antisemitismusklausel“<sup>10</sup> bezeichnet, besteht damit aus drei Teilelementen, die in den Zuwendungsbescheiden, der Förderrichtlinie und der Selbsterklärung verwendet wurden.<sup>11</sup>

Am 22. Januar 2024 teilte der Senator für Kultur und Gesellschaftlichen Zusammenhalt Joe Chialo mit, dass die Antidiskriminierungsklausel unter anderem aufgrund juristischer Bedenken ab sofort keine Anwendung mehr in den zu erlassenden Zuwendungsbescheiden finde. Das Ziel einer diskriminierungsfreien Kultur bleibe von dieser Entscheidung aber unberührt.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Vgl. *Winterhoff/Henckel/Klatt*, ebenda, S. 8.

<sup>10</sup> So beispielsweise auch beim Tagesspiegel „Antisemitismus-Klausel – handwerkliche Fehler, guter Impuls: Berlins Kultursenator Chialo ist auf dem richtigen Weg.“ In diesem Artikel heißt es in der Überschrift „Antisemitismus-Klausel;“ im folgenden Text wird das Wort „Antidiskriminierungsklausel“ verwendet.  
Abrufbar unter: <https://www.tagesspiegel.de/berlin/antisemitismus-klausel--handwerkliche-fehler-richtiger-impuls-berlins-kultursenator-chialo-ist-dennoch-auf-dem-richtigen-weg-11093479.html>, (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

<sup>11</sup> Vgl. *Winterhoff/Henckel/Klatt*, Fn. 7, S. 11.

<sup>12</sup> Vgl. Pressemitteilung vom 22.1.2024, „Antidiskriminierungsklausel kommt ab sofort nicht mehr zur Anwendung;“ abrufbar unter: <https://www.berlin.de/sen/kultgz/aktuelles/pressemitteilungen/2024/pressemitteilung.1407434.php> (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).



### III. Gutachten

#### A. Zu Frage 1

*Inwiefern ist*

- a) *die Aufnahme einer Antisemitismusklausel in die Förderrichtlinie der Senatsverwaltung für Kultur und*
- b) *eine damit verbundene Verpflichtung zu einer entsprechenden Erklärung seitens der Zuwendungsempfänger mit dem Grundgesetz, insbesondere mit der grundgesetzlich garantierten Freiheit der Kunst (Art. 5 Abs. 3 GG) vereinbar?*

Vor der rechtlichen Prüfung ist zunächst der Umfang des Prüfauftrags in Frage 1 zu klären. Entsprechend der konkreten Fragestellung ist die Aufnahme einer Antisemitismusklausel in der Förderrichtlinie und die damit verbundene Verpflichtung zur Abgabe einer Selbsterklärung zu prüfen.

Der Teil der Antidiskriminierungsklausel, der in der Vorbemerkung des Gutachtenauftrags angeführt wird, findet sich aber weder in der Förderrichtlinie noch in der Selbsterklärung, sondern ausschließlich in den Förderbescheiden. Aufgrund der Vorbemerkung ist aber davon auszugehen, dass eine vollumfängliche Prüfung aller Teilelemente der Antidiskriminierungsklausel stattfinden soll. Im folgenden Gutachten wird deshalb nicht nur die Grundgesetzkonformität einer Antidiskriminierungsklausel in der Förderrichtlinie (1.) und der Selbsterklärung (2.) geprüft, sondern es wird auch die Formulierung in den Förderbescheiden (3.) dieser Prüfung unterzogen.

#### **1. Vereinbarkeit der Antidiskriminierungsklausel in der Förderrichtlinie mit den Grundrechten und weiteren grundgesetzlichen Bestimmungen**

Förderrichtlinien stellen neben allgemeinen Verwaltungsvorschriften, Nebenbestimmungen und Verwaltungsvereinbarungen einen wichtigen Teil der Zuwendungspraxis dar. Förderrichtlinien ergänzen und modifizieren insbesondere die allgemeinen Verwaltungsvorschriften, sodass sie als besondere Verwaltungsvorschriften charakterisiert werden können. Entsprechend ihrem Charakter als Verwaltungsvorschrift wenden sie sich nicht an den Zuwendungsempfänger oder die Zuwendungsempfängerin, sondern an die Bewilli-

gungsbehörde. Da sie aber zugleich als Information für potentielle Zuwendungsempfänger dienen, wird ihnen eine Doppelfunktion zuteil.<sup>13</sup>

Die Ergänzung der Förderrichtlinie sollte lauten:

*Die Kulturverwaltung des Berliner Senats fördert Projekte, die*

*[],*

*sich im Sinne einer vielfältigen Gesellschaft gegen jedwede Diskriminierung und Ausgrenzung stellen und jede Form von Antisemitismus ablehnen.“*

Fraglich ist, ob dieses Teilelement der Antidiskriminierungsklausel Grundrechte der Kulturschaffenden verletzt oder ihm andere grundgesetzliche Bestimmungen entgegenstehen. In Betracht kommen hinsichtlich der Grundrechte vor allem die Kunstfreiheit aus Artikel 5 Absatz 3 Satz 1 GG<sup>14</sup> (a) und die Meinungsfreiheit aus Artikel 5 Absatz 1 Satz 1 GG (b) sowie ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (c). In Bezug auf andere grundgesetzliche Bestimmungen kommt eine Verletzung des Bestimmtheitsgebots (d) in Frage.

a) Kunstfreiheit (Artikel 5 Absatz 3 Satz 1 GG)

Es wird vorab darauf hingewiesen, dass sich die folgenden rechtlichen Ausführungen auf die Grundrechtsträger der natürlichen Personen beziehen, obgleich die Kunstfreiheit kein höchstpersönliches Grundrecht ist und ebenso unterschiedlich strukturierte Personengemeinschaften einzuschließen vermag.<sup>15</sup>

Fraglich ist, ob die Ergänzung der Förderrichtlinie eine Verletzung des Grundrechts der Kunstfreiheit aus Artikel 5 Absatz 3 Satz 1 GG darstellt. Das ist dann der Fall, wenn durch die Ergänzung der Förderrichtlinie ein ungerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich dieses Grundrechts erfolgt.

---

<sup>13</sup> Vgl. Gröpl BHO/Rossi, 2. Aufl. 2019, BHO § 44 Rn. 18 ff.

<sup>14</sup> Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 19. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2478).

<sup>15</sup> Vgl. Sachs/Bethge, 9. Aufl. 2021, GG Art. 5 Rn. 191.

## aa) Schutzbereich der Kunstfreiheit

Die von Artikel 5 Absatz 3 Satz 1 GG geschützten Verhaltensweisen betreffen sowohl die eigentliche künstlerische Tätigkeit, den sog. „Werkbereich“ als auch die Vermittlung des Kunstwerks an Dritte, den sog. „Wirkbereich.“<sup>16</sup>

Unter den geschützten „Werkbereich“ fällt auch die freie Themenwahl, sodass auch religiöse oder politische Themen der künstlerischen Tätigkeit zugrunde liegen können. Unerheblich für die Eröffnung des Schutzbereichs ist, ob das Werk als niveau- und geschmacklos, als Kunst „höherer“ oder „niederer“, „besserer“ oder „schlechterer“ Art angesehen wird, da dies auf eine verfassungsrechtlich unzulässige Inhaltskontrolle hinausläufe. Die staatliche Neutralität erfordert, dass der Staat die Kunstfreiheit unabhängig von der geistigen Überzeugung, in deren Dienst sich eine Künstlerin oder ein Künstler stellt, schützt.<sup>17</sup> Sinn und Aufgabe des Grundrechts ist, „die auf der Eigengesetzlichkeit der Kunst beruhenden, von ästhetischen Rücksichten bestimmten Prozesse, Verhaltensweisen und Entscheidungen von jeglicher Ingerenz öffentlicher Gewalt freizuhalten. []. Insoweit bedeutet die Kunstfreiheitsgarantie das Verbot, auf Methoden, Inhalte und Tendenzen der künstlerischen Tätigkeit einzuwirken, insbesondere den künstlerischen Gestaltungsraum einzuengen, oder allgemein verbindliche Regeln für diesen Schaffensprozeß vorzuschreiben.“<sup>18</sup> Für die Eröffnung des Schutzbereichs ist es unerheblich, ob das Kunstwerk einen unzulässigen Eingriff in die Menschenwürde darstellt.<sup>19</sup> Auch bei Kunstwerken, die antisemitische Elemente und Darstellungen enthalten, ist der Schutzbereich der Kunstfreiheit eröffnet.<sup>20</sup>

Die Aufnahme der oben dargestellten Antidiskriminierungsklausel in der Förderrichtlinie würde bewirken, dass nur noch Projekte gefördert würden, die „sich im Sinne einer vielfältigen Gesellschaft gegen jedwede Diskriminierung und Ausgrenzung stellen und

---

<sup>16</sup> Jarass/Pieroth/Jarass, 18. Aufl. 2024, GG Art. 5 Rn. 120.

<sup>17</sup> Huber/Voßkuhle/Paulus, 8. Aufl. 2024, GG Art. 5 Rn. 430; BVerfGE 75, 369 (377).

<sup>18</sup> Vgl. BVerfGE 30, 173 (190).

<sup>19</sup> Huber/Voßkuhle/Paulus, Fn. 17, Rn. 430.

<sup>20</sup> Vgl. Hans-Jürgen Papier, Überlegungen zur Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG und ihren verfassungsimmanenten Grenzen, VerfBlog vom 28. März 2023, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/antisemitismus-auf-der-documenta-fifteen/> (zuletzt abgerufen am 19.11.2024);

Möllers, Zur Zulässigkeit von präventiven Maßnahmen der Bekämpfung von Antisemitismus und Rassismus in der staatlichen Kulturförderung 2024, S. 4; anders Ludyga: Kunstfreiheit und Antisemitismus, NJW 2023, 713 ff. nach dessen Ansicht antisemitische Werke keine Kunst im Sinne des Art. 5 III GG darstellen.

*jede Form von Antisemitismus ablehnen.*“ Betroffen von dieser Wirkung wären also alle Kunstprojekte, die inhaltlich diesem Erfordernis nicht nachkommen. Nach den oben dargelegten Grundsätzen gewährt die Kunstfreiheit aber einen sehr umfassenden Schutz, insbesondere auch ein Verbot auf Inhalte und Tendenzen der künstlerischen Tätigkeit einzuwirken. Die Kriterien, die durch die Antidiskriminierungsklausel eingeführt werden sollen, betreffen aber den Inhalt der Kunstprojekte. Nur wenn sich diese im Sinne einer vielfältigen Gesellschaft gegen jedwede Diskriminierung und Ausgrenzung stellen und jede Form von Antisemitismus ablehnen, sollen sie förderfähig sein. Der Schutzbereich der Kunstfreiheit gemäß Artikel 5 Absatz 3 Satz 1 GG ist damit eröffnet.<sup>21</sup>

#### bb) Eingriff in den Schutzbereich

Eingriffe in die Kunstfreiheit aus Artikel 5 Absatz 3 Satz 1 GG können direkter oder mittelbarer Natur sein. Unter direkten Eingriffen in das Grundrecht der Kunstfreiheit versteht man staatliche Maßnahmen, die die vom Schutzbereich erfassten Handlungen oder Unterlassungen zielgerichtet behindern oder verhindern. Beispiele für einen direkten Eingriff sind beispielsweise Sanktionen für künstlerisches Handeln, also etwa eine Sanktionierung des Künstlers oder der Künstlerin selbst oder aber ein Verbot des Kunstwerks und seine Verbreitung.<sup>22</sup>

Durch die Ergänzung der Förderrichtlinie um die Antidiskriminierungsklausel wird die staatliche Förderung auf diejenigen Projekte beschränkt, die den Vorgaben der Klausel entsprechen. Es gibt im Sinne der obigen Definition jedoch keine Sanktionen für künstlerisches Handeln, das diesen Vorgabe nicht entspricht, es findet lediglich keine Förderung statt. Da es den Kunstschaffenden frei steht, sich um eine Förderung zu bemühen oder nicht zu bemühen, ist ein direkter Eingriff damit abzulehnen.

Zu prüfen ist, ob zumindest ein mittelbarer Eingriff in die Kunstfreiheit vorliegt.

Als mittelbare Eingriffe in die Kunstfreiheit versteht man solche Maßnahmen, die indirekt negative Wirkungen auf das künstlerische Schaffen entfalten oder aber auch ein Werk gegenüber anderen schlechterstellen. Dazu kann auch eine ablehnende Förderent-

---

<sup>21</sup> So auch *Winterhoff/Henckel/Klatt*, Fn. 7, S. 37.

<sup>22</sup> *Dreier GG/Germelmann*, 4. Aufl. 2023, GG Art. 5 Abs. 3 Artikel 5 III (Kunst) Rn. 77.

scheidung in öffentlichen Programmen zählen, da hier letztlich die negative Bewertung des Kunstwerks dem Staat zuzurechnen ist.<sup>23</sup>

Gleichzeitig ist bei der Beurteilung, ob die Ergänzung einer Förderrichtlinie einen zumindest mittelbaren Eingriff in die Kunstfreiheit darstellt, zu berücksichtigen, dass die Kunstfreiheit gerade kein subjektives Recht auf staatliche Förderung begründet.<sup>24</sup> Eine Ansicht geht deshalb davon aus, dass die Hinzunahme zusätzlicher Kriterien für eine Auswahlentscheidung grundsätzlich keinen Grundrechtseingriff in die Kunstfreiheit darstelle.<sup>25</sup>

Teilweise wird unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>26</sup> darauf hingewiesen, dass der Staat bei der Ausgestaltung seiner Förderungsmaßnahmen im Rahmen seiner Kulturpolitik einen breiten Gestaltungsraum genieße. So dürfe er beispielsweise auch wirtschafts- und finanzpolitische Gesichtspunkte berücksichtigen, ohne damit gegen Artikel 5 Absatz 3 Satz 1 GG zu verstoßen.<sup>27</sup> Eine Übertragung dieser Rechtsprechung auf den zu prüfenden Fall erscheint allerdings nicht überzeugend. Das Bundesverfassungsgericht hat in diesen Entscheidungen zwar dargelegt, dass wirtschafts- und finanzpolitische Gesichtspunkte bei wirtschaftlichen Förderungsmaßnahmen beachtet werden können. Es sei dem Staat beispielsweise nicht verwehrt, die eigene wirtschaftliche Kraft der im Kulturbereich tätigen Personen und Institutionen angemessen zu berücksichtigen. Anders als die Vorgaben einer Antidiskriminierungsklausel knüpfen wirtschafts- und finanzpolitische Gesichtspunkte aber nicht an den Inhalt der zu fördernden Kunst an, sie stellen sich vielmehr als grundsätzlich neutrales Instrument dar. Diese Rechtsprechung kann damit im vorliegenden Fall lediglich als Indiz für einen breiten

---

<sup>23</sup> Vgl. *Germelmann*, Fn. 22, Rn. 77.

<sup>24</sup> Vgl. *Paulus*, Fn. 17, Rn. 446.

<sup>25</sup> so *Möllers*, Fn. 20, S. 8 f., der bei der Hinzunahme zusätzlicher Kriterien für eine Auswahlentscheidung im Bereich von Kunst und Kultur im Normalfall schon den Schutzbereich als nicht berührt ansieht. Ein Grundrechtseingriff könne aber dann vorliegen, wenn eine Förderentscheidung schon getroffen wurde oder wenn eine Nebenbestimmung, die mit der Zuwendung verbunden wurde, eine eigene Verpflichtung begründet und eine selbständige Form der Freiheitsausübung beschränkt. Im Bereich der Aufnahme von Bekenntnispflichten käme dann etwa eine Beschränkung der Meinungsfreiheit in Betracht.

<sup>26</sup> BVerfGE 36, 312 (332) und BVerfGE 81, 108 (116).

<sup>27</sup> *Ewer/Thienel*, Rechtsgutachten zur Verfassungsmäßigkeit einer Antidiskriminierungsklausel im Bereich der Kulturförderung, WEISSLEDER EWER Rechtsanwälte Partnerschaft mbH 20.02.2024, S. 16, abrufbar unter:  
<https://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl20/umdrucke/03400/umdruck-20-03463.pdf>.

Gestaltungsraum bei der Ausgestaltung von Förderbedingungen dienen, trifft aber den hier zu prüfenden Fall nicht.

Eine andere Ansicht spricht sich dafür aus, auf dem Gebiet der staatlichen Zuwendung zwischen dem *Ob* und dem *Wie* zu differenzieren. Demnach sei es –von seltenen grundrechtlichen Leistungspflichten abgesehen –eine freie politische Entscheidung des Staats, ob er Kunst fördert und welche Gebiete, etwa Malerei oder Bildhauerei. Hier könne der Staat weitgehend frei von rechtlichen Vorgaben entscheiden. Sobald er sich aber für die Förderung eines Bereichs entschieden habe (*Ob*), unterliege das *Wie*; also die Art und Weise der Förderung, einer strengen Bindung an das Grundgesetz und damit auch an die Grundrechte.<sup>28</sup>

Die Antidiskriminierungsklausel in den Förderrichtlinien wirkt in erster Linie inhaltsbezogen. Sie dürfte im Sinne der oben dargestellten Ansicht damit das *Wie* der Förderung betreffen, sodass nach dieser Ansicht eine strenge Grundrechtsbindung des Staates folgen dürfte. Es wären die Vorgaben des Artikel 5 Absatz 3 Satz 1 GG zu beachten, der unter anderem vor einer staatlichen Inhaltskontrolle der Kunst und einer Schlechterstellung eines Werks gegenüber einem anderen schützt.

Wie eingangs erwähnt, kann auch eine ablehnende Förderentscheidung in öffentlichen Programmen dazu zählen, da hier letztlich die negative Bewertung des Kunstwerks dem Staat zuzurechnen ist.<sup>29</sup>

Bei der Ergänzung der Förderrichtlinie handelt es sich jedoch nicht um eine ablehnende Förderentscheidung im obigen Sinne. Wie oben erläutert handelt es sich bei Förderrichtlinien um Verwaltungsvorschriften, denen grundsätzlich keine Außenwirkung zukommt. Allerdings ist hier zu berücksichtigen, dass eine Förderrichtlinie die Entscheidung über den Förderantrag inhaltlich determiniert und damit die Verwaltungspraxis maßgeblich vorzeichnet. Wenn aber die ablehnende Förderentscheidung wegen der damit verbundenen negativen inhaltlichen Bewertung einen mittelbaren Eingriff in die Kunstfreiheit

---

<sup>28</sup> *Ambos/Barskanmaz/Frankenberg/Goldmann/Mangold/Markard/Michaels/Montag/Wahl: Antidiskriminierungsklauseln im Zuwendungs- und Förderungsrecht: Rechtliche Überlegungen, VerfBlog, 2024/5/16, S. 5 der Printversion, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/antidiskriminierungsklauseln-im-zuwendungs-und-forderungsrecht/> (zuletzt abgerufen am 19.11.2024); ebenso *Winterhoff/Henckel/Klatt, Fn. 7, S. 39*; Kritisch: *Heinig, Kein Grundrecht auf Zuwendungen für antisemitische und rassistische Kunstwerke*, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/kein-grundrecht-auf-zuwendungen-fur-antisemitische-und-rassistische-kunstwerke/> (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).*

<sup>29</sup> Vgl. *Germelmann, Fn. 22, Rn. 77*.

darstellt, spricht viel dafür, dies für die dem Förderbescheid zugrundeliegende Förderrichtlinie ebenfalls zu bejahen. Dafür spricht außerdem, dass Förderrichtlinien anders als ein konkreter Förderbescheid, der nur einen Einzelfall regelt, generelle Aussagen über die Förderwürdigkeit und damit implizit auch über die Wertigkeit von Kunstprojekten treffen.<sup>30</sup>

Darüber hinaus dienen Förderrichtlinien als Information für potentielle Zuwendungsempfänger<sup>31</sup>, sodass sie –auch wenn sie nach außen nicht bindend wirken –durch ihre Informationsfunktion zumindest Einfluss auf die künstlerische Tätigkeit haben können und dadurch eine gewisse Lenkungsfunktion entfalten können. Dies dürfte insbesondere dann gelten, wenn man von einem hohen Anreiz ausgeht, für ein Kulturprojekt eine staatliche Förderung zu erhalten und dementsprechend das Projekt an die Anforderungen der Antidiskriminierungsklausel in den Fördergrundsätzen anzupassen.<sup>32</sup>

Insgesamt lässt sich damit festhalten, dass eine Erweiterung von Förderrichtlinien um bestimmte Kriterien nicht immer einen Grundrechtseingriff darstellt. In dem hier konkret zu prüfenden Fall, in dem eine inhaltliche Bewertung von Kunst impliziert wird, sprechen aber gute Argumente dafür, einen mittelbaren Eingriff anzunehmen und die Antidiskriminierungsklausel in den Fördergrundsätzen einer Grundrechtsprüfung am Maßstab der Kunstfreiheit aus Artikel 5 Absatz 3 Satz 1 GG zu unterziehen.

### cc) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Bei der Kunstfreiheit handelt es sich um ein vorbehaltloses Grundrecht, sodass die Kunstfreiheit nur in kollidierendem Verfassungsrecht ihre Schranken finden kann.<sup>33</sup> Dabei bedarf die Einschränkung eines vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechtes zum Schutz eines anderen Verfassungswertes immer einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage.<sup>34</sup>

Zu prüfen ist, ob eine solche hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage vorliegt.

---

<sup>30</sup> Vgl. *Winterhoff/Henckel/Klatt*, Fn. 7, S. 39 f.

<sup>31</sup> Vgl. *Rossi*, Fn. 13, § 44 Rn. 18 ff.

<sup>32</sup> So auch *Winterhoff/Henckel/Klatt*, Fn. 7, S. 40.

<sup>33</sup> BeckOK GG/*Kempen*, 58. Ed. 15.6.2024, GG Art. 5 Rn. 176.

<sup>34</sup> BVerfGE 108, 282 (297); 83, 130 (142); *Jarass*, Fn. 16, GG Art. 5 Rn. 128.

Im Rahmen dieser Prüfung ist die Wesentlichkeitstheorie zu berücksichtigen. Anhand der Wesentlichkeitstheorie wird nicht nur beurteilt, ob ein parlamentarisches Gesetz erforderlich ist, dieses Gesetz muss auch inhaltlich hinreichend bestimmt sein. Mit zunehmender Wesentlichkeit der Entscheidung nimmt auch die erforderliche Regelungsdichte des Gesetzes zu.<sup>35</sup>

Die Kulturförderung im Land Berlin erfolgt auf Grundlage der Landeshaushaltsordnung.<sup>36</sup> Zu prüfen ist damit, ob die Landeshaushaltsordnung Berlin eine geeignete gesetzliche Rechtsgrundlage für die Erweiterung der Fördergrundsätze um die Antidiskriminierungsklausel darstellt. In §§ 23, 44 Absatz 1 LHO<sup>37</sup> wird die haushaltsgesetzliche Befugnis zur Gewährung von Zuwendungen geregelt. Bei der Landeshaushaltsordnung handelt es sich um ein formelles Gesetz. Fraglich ist jedoch, ob diese Regelungen auch die aus der Wesentlichkeitstheorie folgenden Anforderungen an die Regelungsdichte einer parlamentarischen Grundlage erfüllen. Aufgrund der oben dargestellten Grundrechtsrelevanz dürften die Folgen der Antidiskriminierungsklausel als wesentlich zu charakterisieren sein, sodass es nach dem Grundsatz der Wesentlichkeitstheorie eines Gesetzes mit hoher Regelungsdichte bedarf.<sup>38</sup> Der Norm müsste jedenfalls mit hinreichender Deutlichkeit eine Ermächtigung zur Einschränkung von Freiheitsrechten zu entnehmen sein.<sup>39</sup>

§ 23 LHO lautet:

*Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Leistungen an Stellen außerhalb der Verwaltung Berlins zur Erfüllung bestimmter Zwecke (Zuwendungen) dürfen nur veranschlagt werden, wenn Berlin an der Erfüllung durch solche Stellen ein erhebliches Interesse hat, das ohne die Zuwendungen nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann.*

§ 44 Absatz 1 LHO lautet:

*Zuwendungen dürfen nur unter den Voraussetzungen des § 23 gewährt werden. Dabei ist zu bestimmen, wie die zweckentsprechende Verwendung der Zuwendungen nachzuweisen ist. Außerdem ist ein Prüfungsrecht der zuständigen Dienststelle oder ihrer Beauftragten festzulegen. Ausführungsvorschriften, welche die Regelung des Verwendungsnachweises und die Prüfung durch den*

---

<sup>35</sup> Vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, 104. EL April 2024, GG Art. 20 Rn. 106; BeckOK GG/Rux, 58. Ed. 15.6.2024, GG Art. 20 Rn. 179.

<sup>36</sup> <https://www.berlin.de/sen/kultur/foerderung/#:~:text=Die%20Kulturverwaltung%20des%20Senats%20f%C3%B6rdert> (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

<sup>37</sup> Landeshaushaltsordnung in der Fassung vom 30. Januar 2009 (GVBl. 2009, 31, 486), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 09.02.2023 (GVBl. S. 30).

<sup>38</sup> So auch Winterhoff/Henckel/Klatt, Fn. 7, S. 34.

<sup>39</sup> BVerwG Urteil vom 27.03.1992 - 7 C 21/90, NJW 1992, 2496 (2500).



*Rechnungshof (§ 91) betreffen, werden im Einvernehmen mit dem Rechnungshof erlassen.*

Die §§ 23, 44 Absatz 1 LHO Berlin enthalten damit keine Ermächtigung zur Einschränkung von Freiheitsrechten, sodass sie nicht als gesetzliche Rechtsgrundlage für die Antidiskriminierungsklausel in Betracht kommen.

Damit fehlt es an einer gesetzlichen Rechtsgrundlage für die Einführung der Antidiskriminierungsklausel in der Förderrichtlinie, sodass der (hier angenommene mittelbare) Eingriff in die Kunstfreiheit aktuell nicht gerechtfertigt werden kann.

#### dd) Zwischenergebnis

Es sprechen gute Argumente dafür, dass die Erweiterung der Förderrichtlinie der Senatsverwaltung für Kultur und Gesellschaftlichen Zusammenhalt einen mittelbaren Eingriff in die Kunstfreiheit darstellt. Legt man einen solchen Eingriff zugrunde, bedarf es einer gesetzlichen Rechtsgrundlage. Die Landeshaushaltsordnung erfüllt die Anforderungen, die an eine entsprechende Rechtsgrundlage zu stellen sind, nicht. Die Antidiskriminierungsklausel in der Förderrichtlinie ist damit mangels gesetzlicher Rechtsgrundlage nicht mit der Kunstfreiheit vereinbar.

#### b) Meinungsfreiheit (Artikel 5 Absatz 1 Satz 1 GG)

Fraglich ist, ob die Ergänzung der Förderrichtlinie eine Verletzung des Grundrechts der Meinungsfreiheit aus Artikel 5 Absatz 1 Satz 1 GG darstellt. Das ist dann der Fall, wenn durch die Ergänzung der Förderrichtlinie ein ungerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich dieses Grundrechts erfolgt.

Bei der Schutzbereichsprüfung der Meinungsfreiheit ist zu berücksichtigen, dass das Grundrecht der Kunstfreiheit nach Artikel 5 Absatz 3 GG das gegenüber der Meinungsfreiheit speziellere Grundrecht darstellt. Soweit der Schutzbereich der Kunstfreiheit eröffnet ist, wird die Meinungsfreiheit nach Artikel 5 Absatz 1 Satz 1 GG aufgrund dieses Spezialitätsverhältnisses verdrängt.<sup>40</sup>

Wie bereits oben geprüft (III. A. 1 aa)), ist im Bereich der Förderrichtlinie der Schutzbereich der Kunstfreiheit eröffnet, sodass eine Prüfung der Förderrichtlinie am Maßstab der Meinungsfreiheit ausscheidet.

---

<sup>40</sup> Vgl. *Paulus*, Fn. 17, Rn. 413; *Germelmann*, Fn. 22, Rn. 96.

c) Allgemeiner Gleichheitssatz (Artikel 3 Absatz 1 GG)

Die Ergänzung der Förderrichtlinie könnte ferner gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Artikel 3 Absatz 1 GG verstoßen. Dabei kommt einerseits die Ungleichbehandlung derjenigen Personen in Betracht, die sich bei der Senatsverwaltung für Kultur und Gesellschaftlichen Zusammenhalt um eine Förderung bewerben (aa). Daneben kommt eine Ungleichbehandlung im Verhältnis zwischen Zuwendungsbewerbern der Senatsverwaltung für Kultur und Gesellschaftlichen Zusammenhalt und Zuwendungsbewerbern anderer Senatsverwaltungen des Landes Berlin in Betracht (bb).

aa) Ungleichbehandlung innerhalb der Förderung durch die Senatsverwaltung für Kultur und Gesellschaftlichen Zusammenhalt

Der allgemeine Gleichheitssatz ist dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird (aa), obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten (bb).<sup>41</sup>

(1) Ungleichbehandlung

Der allgemeine Gleichheitssatz des Artikel 3 Absatz 1 GG gebietet, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln.<sup>42</sup> Er gilt für ungleiche Belastungen wie auch für ungleiche Begünstigungen.<sup>43</sup> Verboten ist daher auch ein gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss<sup>44</sup>, bei dem einem Personenkreis eine Begünstigung gewährt wird, einem anderen Personenkreis die Begünstigung aber vorenthalten bleibt.<sup>45</sup>

Durch die Ergänzung der Förderrichtlinie sollen Zuwendungen nur noch für solche Projekte gewährt werden, die sich gegen jedwede Art der Diskriminierung und Ausgrenzung stellen und jede Form von Antisemitismus ablehnen. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass Projekte, die oben Gesagtes befürworten oder sich jedenfalls nicht (aktiv) gegen jedwede Antidiskriminierung und Ausgrenzung stellen, einer Förderung nicht zugänglich sind, sodass eine Ungleichbehandlung, bzw. ein ungleicher Begünstigungsausschluss vorliegt.

---

<sup>41</sup> BVerfGE 55,72 (88).

<sup>42</sup> StRspr. vgl. BVerfGE 1, 14 (52); BVerfGE 98, 365 (385).

<sup>43</sup> Vgl. BVerfGE 79, 1 (17).

<sup>44</sup> Vgl. BVerfGE 93, 386 (396); BVerfGE 105, 73 (110ff., 133).

<sup>45</sup> Vgl. BVerfGE 110, 412 (431).

Diese Ungleichbehandlung muss aber auch die Behandlung von „wesentlich Gleichem“ betreffen. Von etwas „wesentlich Gleichem“ kann dann ausgegangen werden, wenn sich zwei Vergleichsgruppen bilden lassen, die gewisse Gemeinsamkeiten aufweisen, sodass sie sich unter einen gemeinsamen Oberbegriff fassen lassen.<sup>46</sup> Hier kommen als Vergleichsgruppen einerseits diejenigen Projekte bzw. projekteinreichenden Personen in Betracht, die sich gegen jedwede Art der Diskriminierung und Ausgrenzung stellen und jede Form von Antisemitismus ablehnen und andererseits diejenigen, die diese Anforderungen nicht erfüllen, weil ihre Projekte entweder diskriminierenden bzw. antisemitischen Inhalt aufweisen oder sich jedenfalls nicht hinreichend diesem entgegenstellen. Diese beiden Gruppen bewerben sich mit ihrer Kunst um eine Zuwendung durch die Kulturverwaltung. Bei den Einreichungen beider Gruppen handelt es sich aber nach der oben durchgeführten Prüfung um Kunst i.S.d. Artikel 5 Absatz 3 Satz 1 GG, denn auch bei Werken mit diskriminierenden oder antisemitischen Inhalt handelt es sich um Kunst (vgl. III. A. 1. a) aa)) Damit kann festgehalten werden, dass sich hier zwei Vergleichsgruppen bilden lassen, eine dieser Gruppen aber von der Förderung durch die Kulturverwaltung ausgeschlossen wird. Damit liegt eine Ungleichbehandlung von „wesentlich Gleichem“ vor.

## (2) Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

### (a) Prüfungsmaßstab

Liegt eine Ungleichbehandlung im Sinne des Artikel 3 Absatz 1 GG vor, ist zu prüfen, ob diese verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Das ist dann der Fall, wenn ihr Sachgründe zugrunde liegen, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Der Gleichheitssatz ist dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten oder Normbetroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können<sup>47</sup>

Das Bundesverfassungsgericht legt dazu nunmehr in ständiger Rechtsprechung die sogenannte „Stufenlos-Formel“ an.<sup>48</sup> In Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Sachgrund ergeben sich je nach *„Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnis-*

---

<sup>46</sup> Dreier GG/Thiele, 4. Aufl. 2023, GG Art. 3 Abs. 1 Rn. 36.

<sup>47</sup> BVerfGE 130, 240 (253); BVerfGE 124, 199 (220).

<sup>48</sup> BeckOK GG/Kischel, 58. Ed. 15.6.2024, GG Art. 3 Rn. 28.

mäßigkeitsanforderungen reichen können.“<sup>49</sup> Dem Gesetzgeber kommt im Bereich der gewährenden Staatstätigkeit für die Abgrenzung der begünstigten Personenkreise grundsätzlich ein weiter Gestaltungsspielraum zu.<sup>50</sup> „Eine strengere Bindung des Gesetzgebers kann sich aus den jeweils betroffenen Freiheitsrechten ergeben. Zudem verschärfen sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen, je weniger die Merkmale, an die die gesetzliche Differenzierung anknüpft, für den Einzelnen verfügbar sind oder je mehr sie sich denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern.“<sup>51</sup>

Zwar handelt es sich bei der Kunst- und Kulturförderung um gewährende Staatstätigkeit, angesichts des oben diskutierten Eingriffs in die Kunstfreiheit aus Artikel 5 Absatz 3 Satz 1 GG dürften nach den soeben dargestellten Grundsätzen die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Regelung aber über eine bloße Willkürprüfung hinausgehen. Gleichzeitig ist zu berücksichtigen, dass es sich nur um einen mittelbaren Eingriff handeln dürfte und die Merkmale, an die die Differenzierung anknüpft, für die Person verfügbar sind. Der oder die Einzelne kann selbst entscheiden, ob sein oder ihr Werk diskriminierenden oder antisemitischen Inhalts sein soll oder nicht. Damit dürfte nach den oben genannten Grundsätzen hier eine Verhältnismäßigkeitsprüfung mit großzügigem Prüfungsmaßstab anzulegen sein, der aber über eine Willkürprüfung hinausgeht.<sup>52</sup>

#### (b) Konkrete Prüfung

Es kommen damit die einzelnen Elemente der Verhältnismäßigkeit zum Tragen. Es müsste ein legitimes Ziel verfolgt werden und die Ungleichbehandlung müsste geeignet sein, das Ziel zu erreichen. In einem weiteren Schritt ist die Erforderlichkeit der Ungleichbehandlung zu untersuchen und abschließend die Angemessenheit.<sup>53</sup>

Ausweislich des Berliner Landeskonzepts zur Weiterentwicklung der Antisemitismus-Prävention liegt das Ziel der Antidiskriminierungsklausel darin, dass „In Kultureinrichtungen sowie Kunst- und Kulturprojekten, die finanzielle Förderung durch das Land Berlin erhalten, [.] Antisemitismus keinen Platz haben [darf]. Um dieses Ziel zu erreichen beabsichtigt der Senat [.] [dass] die Zuwendung unter der Bedingung gewährt wird, dass es im Rahmen der Mittelverwendung zu keiner Diskriminierung [.] kommt.“<sup>54</sup>

---

<sup>49</sup> BVerfGE 130, 240 (254); BVerfGE 129, 49 (68).

<sup>50</sup> BVerfGE 130, 240 (254); BVerfGE 99, 165 (178).

<sup>51</sup> BVerfGE 130, 240 (254); BVerfGE 88, 87 (96); BVerfGE 129, 49 (69).

<sup>52</sup> Dies wäre dann anders zu beurteilen, wenn man bei der Prüfung der Kunstfreiheit einen mittelbaren Eingriff in dieselbe ablehnt, dann dürfte eine Willkürprüfung genügen.

<sup>53</sup> Jarass/Pieroth/Jarass, 18. Aufl. 2024, GG Art. 3 Rn. 22.

<sup>54</sup> Vgl. Drs. 18/1754, S. 21 f.

Ausweislich dieser Erläuterung ist das Ziel der Antidiskriminierungsklausel, keine staatlichen Mittel für solche Kulturprojekte zur Verfügung zu stellen, die einen diskriminierenden und antisemitischen Inhalt aufweisen. Dabei handelt es sich um einen gewichtigen Sachgrund. Gemäß Artikel 3 Absatz 3 GG sind unter anderem Diskriminierungen aufgrund der Rasse unzulässig. Bei Antisemitismus handelt es sich um eine Ausprägung von Rassismus<sup>55</sup>, sodass dem verfolgten Ziel der Antidiskriminierungsklausel in diesem Punkt sogar Verfassungsrang zukommt.<sup>56</sup>

Durch die Ergänzung der Förderrichtlinie kann dieses Ziel erreicht werden, die Einführung einer Antidiskriminierungsklausel in den Förderrichtlinien ist damit grundsätzlich geeignet.

Fraglich ist, ob die Ungleichbehandlung auch erforderlich ist. So darf die durch die Ungleichbehandlung bewirkte Belastung nicht weiter greifen, als der die Verschiedenbehandlung legitimierende Zweck es rechtfertigt.<sup>57</sup>

Bei der vorgesehenen Formulierung der Antidiskriminierungsklausel in der Förderrichtlinie könnte das legitime Ziel aber sogar übertroffen werden. Die Formulierung deutet darauf hin, dass nur noch Projekte gefördert werden, die sich durch eine aktive Handlung gegen jedwede Diskriminierung und Ausgrenzung stellen und jede Form von Antisemitismus ablehnen. Dem Wortlaut entsprechend könnten damit auch Projekte aus der Förderung fallen, die sich hinsichtlich der oben genannten Kriterien neutral verhalten. Ziel der Antidiskriminierungsklausel dürfte nach dem oben Gesagten aber nicht sein, auch inhaltsneutrale Projekte von einer Förderung auszuschließen, sondern nur solche Projekte, die diskriminierenden oder antisemitischen Inhalt aufweisen.

Legt man die Antidiskriminierungsklausel in der Förderrichtlinie in diesem Sinne aus, ist sie zwar grundsätzlich geeignet, das Differenzierungsziel zu erreichen, sie erscheint aber nicht erforderlich. Als milderer Mittel käme hier insbesondere eine Klausel in Betracht, die kein aktives „sich Entgegenstellen“ fordert, sondern sich darauf beschränkt, dass die förderungsfähigen Projekte keinen diskriminierenden oder antisemitischen Inhalt aufweisen.<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> V. Münch/Kunig/Boysen, 7. Aufl. 2021, GG Art. 3 Rn. 182; in diesem Sinne auch BVerfGE 144, 20 (208).

<sup>56</sup> So auch Winterhoff/Henckel/Klatt, Fn.7, S. 58 f.

<sup>57</sup> Jarass/Pieroth/Jarass, 18. Aufl. 2024, GG Art. 3 Rn. 22; BVerfGE 85, 238 (245).

<sup>58</sup> Sofern man der Klausel im Wege der Auslegung lediglich eine Unterlassenspflicht entnimmt – was angesichts des Wortlauts, der eine Handlungspflicht erwarten lässt, nur schwer vertretbar erscheint – dürfte die Klausel als verhältnismäßig einzustufen sein. Angesichts des gewichtigen Ziels, keine diskriminierende und antisemitische Kunst mit staatlichen Mittel zu fördern, dürfte die durch die Antidiskriminierungsklausel bewirkte Ungleichbehandlung in einem angemessenen

bb) Ungleichbehandlung im Verhältnis Zuwendungsbeerber der Kulturverwaltung und Zuwendungsbeerber andere Senatsverwaltungen

Der Gleichbehandlungsgrundsatz aus Artikel 3 Absatz 1 GG verpflichtet aber nicht nur die einzelnen Senatsverwaltungen innerhalb ihrer eigenen Förderentscheidungen zur Gleichbehandlung. Adressatin des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist vielmehr die Exekutive insgesamt und damit der gesamte Senat.<sup>59</sup>

Als Vergleichsgruppen finden sich auf der einen Seite diejenigen Personen, die sich bei der Kulturverwaltung um staatliche Zuwendungen bewerben und auf der anderen Seite diejenigen, die sich bei anderen Senatsverwaltungen um Zuwendungen bemühen. Die Ungleichbehandlung liegt darin, dass die Antidiskriminierungsklausel jedoch nur von der Kulturverwaltung angewendet werden sollte, sodass auch nur diese Zuwendungsbeerber die zusätzlichen Vorgaben der Antidiskriminierungsklausel erfüllen müssen.

Es liegt damit eine Ungleichbehandlung vor. Nach den oben dargestellten Grundsätzen ist auch hier ein über das Willkürverbot hinausgehender Prüfungsmaßstab anzulegen, da die Antidiskriminierungsklausel in den Fördergrundsätzen Grundrechtsrelevanz aufweist. Gleichzeitig stellt sich der Eingriff in die Kunstfreiheit nur als mittelbar und damit nicht als besonders schwerwiegend dar. Damit ist hier zu prüfen, ob der Ungleichbehandlung Sachgründe zugrunde liegen, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind.

Als sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung könnte die besondere Außenwirkung von Kunst- und Kulturprojekten in Betracht kommen. Die Gelder werden in diesem Bereich typischerweise für die Realisierung von Projekten verwendet, die der Allgemeinheit präsentiert werden und haben damit eine über die Zuwendungsempfängerin oder den Zuwendungsempfänger hinausgehende Außenwirkung. Diese Außenwirkung dürfte hingegen bei Zuwendungen anderer Senatsverwaltungen geringer ausfallen. Dort verbleiben die Wirkungen der Zuwendungen häufig bei den Zuwendungsempfängern und entfalten seltener Außenwirkung. Darin könnte ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung gesehen werden.<sup>60</sup>

Andererseits erscheint es nicht überzeugend, die Verwendung öffentlicher Gelder für antisemitische und diskriminierende Zwecke nur im Kulturbereich durch die Einführung

---

Verhältnis zu dem Sachgrund stehen. Dies gilt umso mehr angesichts der Tatsache, dass hier ein großzügiger Prüfungsmaßstab anzulegen ist.

<sup>59</sup> So auch *Winterhoff/Henckel/Klatt*, Fn. 7, S. 62; *Heinemann*, Kein Steuergeld für Antisemitismus, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/meinung/m/gelder-foerdergelder-antisemitismus-meinung-kunstfreiheit> (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

<sup>60</sup> So *Winterhoff/Henckel/Klatt*, Fn. 7, S. 62.

einer Antidiskriminierungsklausel unterbinden zu wollen und in anderen Bereichen die Antidiskriminierungsklausel nicht anzuwenden.<sup>61</sup> Wenn der Staat sich entscheidet, keine öffentlichen Gelder für antisemitische oder diskriminierende Zwecke zur Verfügung stellen zu wollen, erscheint es wenig überzeugend, dies nur auf den Kulturbereich zu begrenzen. Außerdem dürfte es auch in Bereichen außerhalb der Kunst- und Kulturförderung Projekte geben, die eine gesteigerte Außenwirkung aufweisen.

Damit spricht viel dafür, dass kein ausreichender sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung vorliegt, sodass sie nicht gerechtfertigt werden kann.

#### cc) Zwischenergebnis

Es spricht viel dafür, dass die Verwendung der Antidiskriminierungsklausel zumindest in der oben dargestellten Formulierung nicht angemessen ist und eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung im Sinne des Artikel 3 Absatz 1 GG darstellt. Darüber hinaus dürfte kein hinreichend sachlicher Grund dafür vorliegen, dass die Antidiskriminierungsklausel allein durch die Senatsverwaltung für Kultur und Gesellschaftlichen Zusammenhalt verwendet wird und andere Senatsverwaltungen diese nicht nutzen.

#### d) Bestimmtheitsgebot

Fraglich ist, ob die Ergänzung der Förderrichtlinie auch an dem aus dem Rechtsstaatsprinzip (Artikel 20 Absatz 3 GG) abgeleiteten Bestimmtheitsgebot zu messen ist.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der Gesetzgeber gehalten, Vorschriften so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist. Die Betroffenen müssen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach ausrichten können. Die Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit der Norm dienen ferner dazu, die Verwaltung zu binden und ihr Verhalten nach Inhalt, Zweck und Ausmaß zu begrenzen sowie die Gerichte in die Lage zu versetzen, die Verwaltung anhand rechtlicher Maßstäbe zu kontrollieren.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> So auch *Heinemann*, Fn. 59.

<sup>62</sup> BVerfG Urteil v. 29.11.2023 -2 BvF 1/21, NVwZ-Beilage 2024, 28 (30); BVerfGE 149, 293 (323).

Das Bestimmtheitsgebot verpflichtet aus dem Rechtsstaatsprinzip in erster Linie den Gesetzgeber. Über § 37 Absatz 1 VwVfG<sup>63</sup> sind außerdem Verwaltungsakte auf ihre hinreichende Bestimmtheit hin überprüfbar.<sup>64</sup>

Ob dieser Grundsatz auch auf Verwaltungsvorschriften übertragbar ist, wird in Literatur und Rechtsprechung kaum diskutiert.<sup>65</sup>

Gegen die Zugrundelegung des Bestimmtheitserfordernisses spricht zunächst, dass Förderrichtlinien als interne Verwaltungsvorschriften zu qualifizieren sind, denen grundsätzlich keine Außenwirkung zukommt, sodass Sie sich in ihrer Wirkung erheblich von Gesetzen unterscheiden.<sup>66</sup> Gegen eine Übertragbarkeit wird angeführt, dass innerhalb der staatlichen Verwaltung keine selbständigen Ansprüche auf Rechtssicherheit gelten würden und keine rechtsstaatlichen Bedenken bestünden, staatsorganisationsinterne Unklarheiten informell aufzulösen.<sup>67</sup>

Für eine Übertragbarkeit kann jedoch angeführt werden, dass Förderrichtlinien angesichts ihrer Verbindlichkeit für die Verwaltung mit der Wirkung von Gesetzen vergleichbar sind, da sie das Verwaltungshandeln inhaltlich determinieren. Da Förderrichtlinien außerdem in der Regel zum Bestandteil des Zuwendungsbescheids gemacht werden, entfalten sie darüber hinaus zumindest mittelbar eine konkret-individuelle Außenwirkung. Wie schon bei der Prüfung der Kunstfreiheit dargestellt, lässt sich für die Heranziehung des Bestimmtheitsgebots geltend machen, dass die mit der Ergänzung der Förderrichtlinie angestrebte Regulierung der Kulturförderung erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der Grundrechte von Kulturschaffenden hat.<sup>68</sup> Es sprechen damit gute Gründe dafür, auch eine Förderrichtlinie an dem Bestimmtheitsgebot zu messen.

Wie bereits dargelegt, fordert das Bundesverfassungsgericht Normen so zu fassen, dass Betroffene die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach ausrichten können.

Gleichzeitig kann der verfassungsrechtlich gebotene Grad an Bestimmtheit nicht generell und abstrakt festgelegt werden, sondern hängt von der Eigenart des Regelungsgegenstandes und dem Zweck der betroffenen Norm ab. Insbesondere wenn die Unsicherheit die Betätigung von Grundrechten erschwert, sind die Anforderungen an den Bestimm-

---

<sup>63</sup> Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 15. Juli 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 236) geändert worden ist.

<sup>64</sup> Möllers, Fn. 20, S. 17.

<sup>65</sup> Winterhoff/Henckel/Klatt, Fn. 7, S. 12.

<sup>66</sup> Winterhoff/Henckel/Klatt, Fn. 7, S. 14.

<sup>67</sup> Möllers, Fn. 20, S. 17.

<sup>68</sup> Winterhoff/Henckel/Klatt, Fn. 7, S. 14 f.



heitsgrad zu erhöhen. Geringer sind sie hingegen bei Normen, die nicht oder nicht intensiv in Grundrechte eingreifen.<sup>69</sup>

Die Auslegungsbedürftigkeit einer Norm allein führt nicht zu einer Verletzung des Bestimmtheitsgebotes. Es genügt, wenn die Auslegungsprobleme mit herkömmlichen juristischen Methoden bewältigt werden können. Es ist insofern nicht erforderlich, dass der Inhalt gesetzlicher Vorschriften dem Bürger grundsätzlich ohne Zuhilfenahme juristischer Fachkunde erkennbar sein muss. Es dürfen nach der Auslegung allerdings keine Unsicherheiten verbleiben, die so weit gehen, dass die Norm nicht praktikabel ist, insbesondere darf die Vorhersehbarkeit und Justiziabilität des Handelns der durch sie ermächtigten Stellen nicht gefährdet sein.<sup>70</sup>

Die Antidiskriminierungsklausel in der Förderrichtlinie enthält folgende unbestimmte Rechtsbegriffe „vielfältige Gesellschaft“, „jedwede Diskriminierung und Ausgrenzung“ und „jede Form von Antisemitismus“. Außerdem enthält sie Verhaltenspflichten des „sich Entgegenstellens“ und „Ablehnen“.

#### aa) „Vielfältige Gesellschaft“

Der Begriff „vielfältige Gesellschaft“ ist in hohem Maße unbestimmt. Weder in der Förderrichtlinie noch in der Selbsterklärung findet sich eine Konkretisierung. Es handelt sich insbesondere auch nicht um einen Begriff, für dessen Auslegung sich Anhaltspunkte im Grundgesetz finden lassen. Zwar bieten die weiteren unbestimmten Rechtsbegriffe einen groben Anhaltspunkt, was unter einer „vielfältigen Gesellschaft“ zu verstehen sein könnte. Insofern dürfte insbesondere eine Auslegung dahingehend, dass zu einer „vielfältigen Gesellschaft“ auch extremistische Personen zählen, auszuschließen sein. Die verbleibenden Unsicherheiten wiegen aber so schwer, dass die Verwendung des Begriff „vielfältige Gesellschaft“ als nicht praktikabel einzustufen sein dürfte und mithin den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots nicht genügen dürfte.<sup>71</sup>

#### bb) „Jedwede Diskriminierung und Ausgrenzung“

Der Begriff „Diskriminierung“ bietet – anders als der Begriff „vielfältige Gesellschaft“ – durch die in Artikel 3 Absatz 3 GG normierten Diskriminierungsverbote einen Anknüpfungspunkt im Grundgesetz. Diese Diskriminierungsmerkmale können als von der Rechtsprechung und Literatur als ausreichend konkretisiert angesehen werden. Die

---

<sup>69</sup> BVerfG Urteil v. 29.11.2023 – 2 BvF 1/21, NVwZ-Beilage 2024, 28 (30).

<sup>70</sup> BVerfG Urteil v. 29.11.2023 – 2 BvF 1/21, NVwZ-Beilage 2024, 28 (30).

<sup>71</sup> Im Ergebnis auch Möllers, Fn. 20, S. 18 und Winterhoff/Henckel/Klatt, Fn. 7, S. 17.

Formulierung in der Förderrichtlinie spricht allerdings nicht von Diskriminierungen im Sinne des Artikel 3 Absatz 3 GG; sondern lautet jedwede Diskriminierung;“ sodass eine Beschränkung auf die Diskriminierungsverbote aus Artikel 3 Absatz 3 GG gerade nicht gemeint sein dürfte. Obwohl der Rechtsbegriff der Diskriminierung durch Rechtsprechung und Literatur Konkretisierung erfahren hat, verbleibt aufgrund der Ergänzung jedwede“ eine nicht unerhebliche Unsicherheit, was von den Antragstellern erwartet wird. Diese Unsicherheit verstärkt sich noch einmal durch die abverlangte Handlung des sich Entgegenstellens:“ Ohne weitere Konkretisierung ist nicht klar, welches Tun die Anforderungen an das sich Entgegenstellen“erfüllt oder ob auch ein Unterlassen jedweder Diskriminierung genügen kann. Diese Bedenken lassen sich auch auf den Begriff Ausgrenzung“übertragen. Hier wiegen sie sogar noch stärker, da für diesen Begriff anders als für Diskriminierung“im Grundgesetz kein Anknüpfungspunkt vorliegt. Angesichts der hier aufgeworfenen Schwierigkeiten bei der Auslegung der Begriffe jedwede Diskriminierung und Ausgrenzung“ dürften die Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot hier nicht erfüllt sein.<sup>72</sup>

cc) Jede Form von Antisemitismus“

Fraglich ist, ob die Formulierung jede Form von Antisemitismus“hinreichend bestimmt ist.

Einerseits zeigt sich gerade an der aktuellen Diskussion hinsichtlich der hier zu prüfenden Antisemitismusklausel und der Diskussion um die Implementation der sogenannten IHRA-Arbeitsdefinition Antisemitismus als Regulierungsinstrument, dass aktuell nicht vollständig geklärt ist, wie weit der Begriff des Antisemitismus reicht und welches Gedankengut davon erfasst ist.<sup>73</sup>

Andererseits wird der Rechtsbegriff antisemitisch“mittlerweile in § 46 Absatz 2 StGB<sup>74</sup>, § 10 Absatz 1 Satz 3 StAG<sup>75</sup> und in § 2 LADG<sup>76</sup> verwendet.

---

<sup>72</sup> So im Ergebnis ebenfalls *Winterhoff/Henckel/Klatt*, Fn. 7, S. 17 ff.

<sup>73</sup> Vgl. *Winterhoff/Henckel/Klatt*, Fn. 7, S. 20.

<sup>74</sup> Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 30. Juli 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 255) geändert worden ist; § 46 Absatz 2 StGB wurde durch Gesetz vom 30.3.2021 (BGBl. I S. 441) um antisemitische Motive erweitert.

<sup>75</sup> Staatsangehörigkeitsgesetz in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 102-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 22. März 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 104) geändert worden ist; § 10 Absatz 1 Satz 3 StAG wurde durch Gesetz vom 22. März 2024, (BGBl. I. Nr. 104) eingefügt.

<sup>76</sup> Landesantidiskriminierungsgesetz vom 11. Juni 2020 (GVBl. S. 532).

Der Begriff des Antisemitismus“dürfte damit durch Auslegung hinreichend bestimmbar sein. Auch wenn es viele umstrittene Fälle geben dürfte, bei denen nicht ganz eindeutig ist, ob es sich um Antisemitismus handelt, so dürfte es auch einen gesicherten Bestand an Formulierungen geben, die als klar antisemitisch gelten.<sup>77</sup>

dd) Sich entgegenstellen“und ablehnen“

Die Förderrichtlinie besagt, dass sich die Projekte gegen jedwede Diskriminierung und Ausgrenzung stellen“sollen. Diese Formulierung impliziert ein aktives Handeln, das aber nicht weiter konkretisiert wird. Auch durch Auslegung erscheint es hier sehr schwierig, den Umfang der erwarteten Handlung zu ermitteln. Wie ein Projekt ausgestaltet sein muss, dass es das Erfordernis des sich Entgegenstellens“erfüllt, bleibt offen. Für Antragstellerinnen und Antragsteller ist es damit kaum möglich, die Projekte nach diesen Vorgaben auszurichten.

Diese Auslegungsschwierigkeiten lassen sich auch auf die geforderte Ablehnungshandlung in Bezug auf Antisemitismus feststellen. Auch hier ist nicht eindeutig, was das Projekt leisten muss, um dieses Kriterium zu erfüllen.

ee) Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Formulierung der Antidiskriminierungsklausel in der Förderrichtlinie nicht mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar sein dürfte. Allein der unbestimmte Rechtsbegriff Antisemitismus dürfte als Teilelement hinreichend bestimmt sein.

## **2. Vereinbarkeit der Selbsterklärung mit den Grundrechten und weiteren grundgesetzlichen Bestimmungen**

Die Selbsterklärung lautet:

*Hiermit erkläre ich/erklären wir ausdrücklich, dass ich/wir die dem Förderzweck zugrundeliegende Förderrichtlinie zur Kenntnis genommen habe/haben. Ich/Wir*

---

<sup>77</sup> Vgl. Möllers, Fn. 20, S. 18; im Ergebnis ebenso Ewer/Thienel, Fn. 27, die aber eine Erwähnung der IHRA-Definition und ggf. anderer Antisemitismusdefinitionen in der Gesetzesbegründung einer gesetzlichen Rechtsgrundlage der Antidiskriminierungsklausel vorschlagen, um so die Begriffsbildung in Rechtsprechung und Literatur zu fördern (S. 44); kritisch: Winterhoff/Henckel/Klatt, Fn.7, die jedenfalls die Verwendung der Begriffe jede Form von Antisemitismus“als mit dem Bestimmtheitsgebot nur für schwer vereinbar halten (S. 20).

*bekennen uns zu einer vielfältigen Gesellschaft und stellen uns gegen jedwede Diskriminierung und Ausgrenzung sowie gegen jede Form von Antisemitismus.“*

a) Kunstfreiheit (Artikel 5 Absatz 3 Satz 1)

Die Selbsterklärung bzw. die Pflicht zur Unterzeichnung könnte einen ungerechtfertigten Eingriff in die Kunstfreiheit darstellen.

Durch das Unterzeichnen der Selbsterklärung erklären die Unterzeichnenden zunächst, dass sie Kenntnis auch von der Ergänzung der Förderrichtlinie betreffend Diskriminierung und Antisemitismus genommen haben. Wie bereits oben geprüft (III. A. 1. a) bb)), stellt die Ergänzung der Förderrichtlinie nach der hier vertretenen Ansicht einen mittelbaren Eingriff in die Kunstfreiheit dar, sodass einiges dafür spricht, dass auch eine Erklärung, in der die Antragstellerin oder der Antragsteller erklärt, von der Förderrichtlinie Kenntnis genommen zu haben, einen Eingriff in die Kunstfreiheit darstellen kann.<sup>78</sup>

Hinsichtlich der Rechtfertigung kann hier auf die Ausführungen unter III. A. 1. a) cc) verwiesen werden. Zur Rechtfertigung des Eingriffs in die Kunstfreiheit bedürfte es einer gesetzlichen Rechtsgrundlage, an der es aktuell fehlt.

Anders dürfte sich dies in Hinblick auf Satz 2 der Selbsterklärung darstellen, der von den Antragstellern ein persönliches Bekenntnis verlangt. Dieses Bekenntnis stellt für sich genommen keine Verpflichtung in Bezug auf den Gehalt der zu fördernden Kunst dar, sondern stellt sich als rein personenbezogen dar. Die Verpflichtung von Antragstellern, ein bestimmtes Bekenntnis abzugeben, beeinträchtigt damit in erster Linie nicht die Kunstfreiheit, vielmehr könnte hier ein Eingriff in die Meinungsfreiheit aus Artikel 5 Absatz 1 Satz 1 GG vorliegen.<sup>79</sup>

b) Meinungsfreiheit (Artikel 5 Absatz 1 Satz 1 GG)

Fraglich ist, ob das Bekenntnis zu einer vielfältigen Gesellschaft und das Entgegenstellen gegen jedwede Diskriminierung und Ausgrenzung sowie gegen jede Form von Antisemitismus einen ungerechtfertigten Eingriff in die Meinungsfreiheit aus Artikel 5 Absatz 1 Satz 1 GG darstellt.

---

<sup>78</sup> So auch *Winterhoff/Henckel/Klatt*, Fn. 7, S. 41.

<sup>79</sup> So auch *Winterhoff/Henckel/Klatt*, Fn. 7, S. 41, 50 und *Möllers*, Fn. 20, S. 20 f.

## aa) Eingriff in den Schutzbereich

Bei der Meinungsfreiheit handelt es sich um ein umfassendes Recht, das jede Meinung erfasst, ohne dass es auf deren sittliche Qualität ankommt.<sup>80</sup> Der einzelne Grundrechtsträger bzw. die einzelne Grundrechtsträgerin ist deshalb 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.<sup>81</sup> Die Meinungsfreiheit schützt –in den Schranken des Artikel 5 Absatz 2 GG –damit auch extremistische Äußerungen, auch wenn sie grundlegende Wertungen der Verfassung in Frage stellen.<sup>82</sup> Geschützt wird neben der Meinungsäußerung und Verbreitung auch die negative Meinungsäußerungsfreiheit, also die Freiheit, eine bestimmte Meinung nicht äußern zu müssen.<sup>83</sup>

Ein Eingriff in die Meinungsfreiheit liegt bei jeder staatlichen Handlung vor, die die Äußerung oder Verbreitung von Meinungen unterbindet, verhindert bzw. wesentlich erschwert oder gebietet.<sup>84</sup>

Durch das Erfordernis, die oben dargestellte Selbsterklärung unterschreiben zu müssen, fordert der Staat die Kundgabe einer bestimmten Meinung. Die (negative) Meinungsäußerungsfreiheit schützt aber gerade davor, eine bestimmte Meinung nicht äußern zu müssen, sodass hier ein Eingriff in die Meinungsfreiheit bejaht werden kann.

## bb) Rechtfertigung

Dieser Eingriff ist gerechtfertigt, wenn ihm eine gesetzliche Rechtsgrundlage zugrunde liegt, die den Anforderungen des Artikel 5 Absatz 2 GG genügt und er verhältnismäßig ist.

An einer gesetzlichen Rechtsgrundlage fehlt es derzeit.

Sofern ein entsprechendes Gesetz geschaffen werden soll, müsste es die besonderen Anforderungen des Artikel 5 Absatz 2 GG erfüllen.

Das Bundesverfassungsgericht hat dazu ausgeführt:

---

<sup>80</sup> Vgl. BVerfGE 90, 241 (247); BVerfGE 33, 1, (14 f).

<sup>81</sup> Vgl. BVerfGE 124, 300 (320).

<sup>82</sup> V. Münch/Kunig/Wendt, Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl. 2021, GG Art. 5 Rn. 24.

<sup>83</sup> BeckOK GG/Schemmer, 58. Ed. 15.6.2024, GG Art. 5 Rn. 16.

<sup>84</sup> Schemmer, ebenda, GG Art. 5 Rn. 18.

*„Gemäß Art. 5 Abs. 2 Alternative 1 GG findet die Meinungsfreiheit ihre Grenzen in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze. Darunter sind Gesetze zu verstehen, die nicht eine Meinung als solche verbieten und 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. Dieses Rechtsgut muss in der Rechtsordnung allgemein und damit unabhängig davon geschützt sein, ob es durch Meinungsäußerungen oder auf andere Weise verletzt werden kann. Ausgangspunkt für die Prüfung, ob ein Gesetz ein allgemeines ist, ist zunächst die Frage, ob eine Norm an Meinungsinhalte anknüpft. Erfasst sie das fragliche Verhalten völlig unabhängig von dem Inhalt einer Meinungsäußerung, bestehen hinsichtlich der Allgemeinheit keine Zweifel. Knüpft sie demgegenüber an den Inhalt einer Meinungsäußerung an, kommt es darauf an, ob die Norm dem Schutz eines auch sonst in der Rechtsordnung geschützten Rechtsguts dient. Ist dies der Fall, ist in der Regel zu vermuten, dass das Gesetz nicht gegen eine bestimmte Meinung gerichtet ist, sondern meinungsneutral allgemein auf die Abwehr von Rechtsgutverletzungen zielt. Insoweit nimmt nicht schon jede Anknüpfung an den Inhalt von Meinungen als solche einem Gesetz den Charakter als allgemeines Gesetz. Vielmehr sind auch inhaltsanknüpfende Normen dann als allgemeine Gesetze zu beurteilen, wenn sie erkennbar auf den Schutz bestimmter Rechtsgüter und nicht gegen eine bestimmte Meinung gerichtet sind.“<sup>85</sup>*

Dieses Abstellen auf den Rechtsgüterschutz birgt jedoch die Gefahr, dass jedes meinungsbezogene Gesetz als allgemein bewertet werden kann.<sup>86</sup> Aus diesem Grund hebt das Bundesverfassungsgericht einschränkend hervor, dass die Tatsache, dass ein meinungsbeschränkendes Gesetz ein anerkanntes Rechtsgut schützt, die Allgemeinheit nicht für jeden Fall garantiert, sondern lediglich ein „Indiz für die Wahrung rechtsstaatlicher Distanz und die Einhaltung des Gebots der Meinungsneutralität“ sei.<sup>87</sup> Das inhaltsbezogene Gesetz dürfe sich nicht gegen eine bestimmte Meinung, gegen konkrete politische, religiöse oder weltanschauliche Standpunkte richten (Verbot der Standpunkt-diskriminierung).<sup>88</sup>

Die Klausel zielt zwar darauf ab, Menschen vor Antisemitismus, Diskriminierung und Ausgrenzung zu schützen, sodass hier ein anerkanntes Rechtsgut vorliegt, das geschützt werden soll. Dies ist allerdings nach den oben genannten Grundsätzen lediglich als Indiz für die Allgemeinheit des Gesetzes zu verstehen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist es erforderlich, dass das Gesetz „im politischen Kräftefeld als

---

<sup>85</sup> BVerfGE 124, 300 (321 f.).

<sup>86</sup> Dreier GG/Kaiser, 4. Aufl. 2023, GG Art. 5 Abs. 1 Rn. 130.

<sup>87</sup> BVerfGE 124, 300 (323).

<sup>88</sup> Dreier GG/Kaiser, 4. Aufl. 2023, GG Art. 5 Abs. 1 Rn. 130 unter Verweis auf BVerfGE 124, 300 (323 f.).

*gegenüber verschiedenen Gruppierungen offen erscheint und sich die pönalisierte oder verbotene Meinungsäußerung grundsätzlich aus verschiedenen politischen, religiösen oder weltanschaulichen Grundpositionen ergeben kann.*<sup>89</sup> Gerade diese Bedingung dürfte aber angesichts der Formulierung in der Selbsterklärung problematisch sein.

Unter Berücksichtigung der oben dargestellten Grundsätze bestehen erhebliche Zweifel, dass ein Gesetz, das die Formulierung der Selbsterklärung aufgreift den Anforderungen des Artikel 5 Absatz 2 GG genügen würde und als „allgemein“ angesehen werden kann.<sup>90</sup>

Sofern ein Gesetz nicht als allgemeines Gesetz im Sinne des Artikel 5 Absatz 2 GG qualifiziert werden kann, bleibt nach teilweiser Ansicht eine Rechtfertigung über kollidierendes Verfassungsrecht möglich.<sup>91</sup> Hier kann die Menschenwürde insbesondere im Hinblick auf Äußerungen des Rassenhasses Grenzen setzen.<sup>92</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat beispielsweise ausgeführt, dass antisemitische oder auf rassistische Diskriminierung zielende Konzepte mit der Menschenwürde nicht vereinbar seien und gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung verstießen.<sup>93</sup>

Der Teil der Antidiskriminierungsklausel, der eine Positionierung gegen Antisemitismus fordert, könnte nach dieser Ansicht über die Menschenwürde als kollidierendes Verfassungsrecht eine zulässige Schranke der Meinungsfreiheit darstellen. Im Hinblick auf den Teil der Antidiskriminierungsklausel, der jedwede Diskriminierung und Ausgrenzung betrifft, dürfte sich das jedoch anders darstellen. Wie bereits dargestellt, ist nicht jedwede Diskriminierung durch die Verfassung untersagt. Allerdings stellen sich die speziellen Diskriminierungsverbote des Artikel 3 Absatz 3 GG als Konkretisierung der Menschenwürde dar,<sup>94</sup> sodass zumindest solche Diskriminierungen aus Artikel 3 Absatz 3 GG als kollidierendes Verfassungsrecht qualifiziert werden könnten.

Auch für die Beschränkung eines Grundrechts über kollidierendes Verfassungsrecht ist jedoch eine gesetzliche Rechtsgrundlage erforderlich.<sup>95</sup> Wie bereits dargestellt, fehlt es derzeit aber an einer entsprechenden Rechtsgrundlage.

---

<sup>89</sup> BVerfGE 124, 300 (324 f.).

<sup>90</sup> Im Ergebnis so auch *Winterhoff/Henckel/Klatt*, Fn. 7, S. 54 und *Ewer/Thienel*, Fn. 27, S. 25.

<sup>91</sup> *Jarass/Pieroth/Jarass*, 18. Aufl. 2024, GG Art. 5 Rn. 79; v. Münch/Kunig/Wendt, 7. Aufl. 2021, GG Art. 5 Rn. 122; a.A.: *Dürig/Herzog/Scholz/Grabenwarter*, 104. EL April 2024, GG Art. 5 Abs. 1 Rn. 137.

<sup>92</sup> *Jarass/Pieroth/Jarass*, 18. Aufl. 2024, GG Art. 5 Rn. 80.

<sup>93</sup> BVerfGE 144, 20 (208); BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 23.01.2024 – 2 BvB 1/19 – juris, Rn. 253.

<sup>94</sup> BVerfGE 144, 20 (208); BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 23.01.2024 – 2 BvB 1/19 – juris, Rn. 253.

<sup>95</sup> BVerfGE 111, 147 (157 f.).

Es ist darüber hinaus zweifelhaft, ob eine entsprechende Bekenntnispflicht überhaupt durch Gesetz auferlegt werden könnte oder ob sie sich nicht als unangemessen darstellen würde.

Die Pflicht, sich zu einer durch den Staat vorformulierten Position zu bekennen, stellt einen erheblichen Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit dar. Die Grundrechtsträger werden durch die Selbsterklärung nicht nur verpflichtet, eine Meinung zu äußern, sie müssen sich zu einer vorgegebenen Meinung bekennen, die sie ggf. nicht teilen.<sup>96</sup>

Zwar wurde in früheren Diskussionen im Rahmen eines Demokratieförderprogramms des Bundes (Toleranz fördern – Kompetenz stärken), das ein Bekenntnis zur freiheitlich demokratischen Grundordnung forderte, die Angemessenheit einer Bekenntnispflicht größtenteils bejaht<sup>97</sup>, diese Konstellation lässt sich allerdings nur begrenzt auf die hier zu prüfende Bekenntnispflicht übertragen. Bei der Förderung von Demokratieprojekten und einer Bekenntnispflicht zur freiheitlich demokratischen Grundordnung liegen der Förderzweck und der Bekenntnisinhalt eng beieinander. So erscheint es plausibel, dass ein Demokratieförderprogramm nur durch bekennende Demokratinnen und Demokraten verwirklicht werden kann. Bei der Kunstförderung ist die Konstellation aber anders, da die künstlerische Leistung nicht von der Überzeugung der Geförderten abhängt.<sup>98</sup>

Bedenken hinsichtlich der Angemessenheit einer Bekenntnispflicht lassen sich auch aus der Feststellung des Bundesverfassungsgerichts herleiten, dass das Grundgesetz zwar auf der Erwartung aufbaue, dass die Bürger die allgemeinen Werte der Verfassung akzeptieren und verwirklichen, die Werteloyalität aber nicht erzwingen.<sup>99</sup>

#### dd) Zwischenergebnis

Damit lässt sich festhalten, dass Satz 1 der Selbsterklärung einen ungerechtfertigten Eingriff in die Kunstfreiheit darstellen dürfte.

Satz 2 der Selbsterklärung, der ein Bekenntnis zu einer vielfältigen Gesellschaft und das Entgegenstellen gegen jedwede Diskriminierung und Ausgrenzung sowie gegen jede Form von Antisemitismus fordert, stellt mangels gesetzlicher Rechtsgrundlage einen ungerechtfertigten Eingriff in die (negative) Meinungsäußerungsfreiheit aus Artikel 5

---

<sup>96</sup> Winterhoff/Henckel/Klatt, Fn. 7, S. 55.

<sup>97</sup> Battis, Zur Zulässigkeit der Extremismusklausel‘im Bundesprogramm Toleranz fördern – Kompetenz stärken‘vom 29. November 2010, S.22; Ingold, Extremismusklauseln‘bei der Vergabe öffentlicher Fördermittel, DÖV 2015, 13 (19).

<sup>98</sup> Möllers, Fn. 20, S. 23.

<sup>99</sup> BVerfGE 124, 300 (320); Möllers, Fn. 20, S. 24.



Absatz 1 Satz 1 GG dar. Darüber hinaus bestehen gewichtige Zweifel, ob eine Bekenntnispflicht mit diesem Inhalt überhaupt durch Gesetz auferlegt werden könnte.

c) Allgemeines Gleichheitsgebot (Artikel 3 Absatz 1 GG)

Die Selbsterklärung könnte zudem gegen das Allgemeine Gleichheitsgebot des Artikel 3 Absatz 1 GG verstoßen.

Dann müsste den obigen Ausführungen unter III. A. 1. c) entsprechend zunächst eine verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung vorliegen, also wesentlich Gleiches ungleich behandelt werden.

Auch bei der Selbsterklärung steht auf der einen Seite die Gruppe von Personen, die die Selbstverpflichtung unterzeichnen und eine Förderung erhalten. Auf der anderen Seite stehen diejenigen Personen, die die Selbsterklärung nicht unterzeichnen und somit für eine Förderung nicht in Betracht kommen. Wie oben bereits dargestellt, sind beide Gruppen aber vergleichbar, da beide Gruppen Kunst im Sinne des Artikel 5 Absatz 3 GG einreichen. Damit stellt auch die Antidiskriminierungsklausel in der Selbsterklärung eine Ungleichbehandlung im Sinne des Artikel 3 Absatz 1 GG dar.

In Bezug auf die Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung lassen sich die unter III. A. 1 c) (2) dargestellten Ausführungen im Wesentlichen übertragen.

Die Formulierung des zweiten Satzes der Selbsterklärung entspricht im Wesentlichen der Formulierung in der Förderrichtlinie, es wird von den Unterzeichnern also verlangt, sich aktiv gegen jedwede Diskriminierung und Ausgrenzung zu stellen. Die daraus resultierende Ungleichbehandlung erscheint unangemessen. Das Ziel, keine diskriminierende und antisemitische Kunst zu fördern, ließe sich auch durch eine Unterlassenspflicht erreichen.

Damit lässt sich festhalten, dass die Antidiskriminierungsklausel in der Selbsterklärung eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung darstellt, da sie in ihrer aktuellen Formulierung als unangemessen zu qualifizieren sein dürfte.

Eine Ungleichbehandlung i.S.d. Artikel 3 Absatz 1 GG liegt außerdem auch hier darin, dass nur Zuwendungsempfänger der Senatsverwaltung für Kultur und Gesellschaftlichen Zusammenhalt eine Selbsterklärung mit Bekenntnis abgeben müssen. Zuwendungsempfänger anderer Senatsverwaltungen sollte diese Pflicht nicht treffen. Zur Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung bedürfte es wiederum eines sachlichen Grundes, der dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen ist. Wie

bereits unter III. A. 1 c) bb) dargestellt, könnte auch hier die Ungleichbehandlung ihren sachlichen Grund in der Außenwirkung der Kulturförderung finden. Dieses Argument überzeugte aber schon im Rahmen der Prüfung der Förderrichtlinie nicht vollends. Bei der Prüfung der Selbsterklärung stellt es sich als noch schwächer dar, weil die Bekenntnispflicht in der Selbsterklärung keinen Kunstbezug aufweist. Das Argument der besonderen Außenwirkung der Kunstwerke kommt hier nicht zum Tragen, weil die Selbsterklärung die innere Haltung des Zuwendungsempfängers betrifft.<sup>100</sup>

#### d) Besondere Diskriminierungsverbote (Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 GG)

Die Antidiskriminierungsklausel in der Selbsterklärung könnten zudem gegen ein besonderes Diskriminierungsverbot aus Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 GG verstoßen.

Gemäß Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 GG darf niemand wegen seiner politischen Anschauung benachteiligt werden. Die Kunstförderung soll jedoch von dem Unterzeichnen der Selbsterklärung abhängig sein. Wird diese nicht unterschrieben, weil die Antragsteller oder die Antragstellerin beispielsweise eine andere politische Anschauung haben, käme es zu keiner Förderung. Darin könnte eine Schlechterstellung aufgrund der politischen Anschauung liegen.

Allerdings spielt das Diskriminierungsverbot wegen der politischen Anschauung in der Praxis keine eigenständige Rolle. Für den entsprechenden Schutz sind die betreffenden Freiheitsrechte –wie hier die Meinungsfreiheit –prägend. Artikel 3 Absatz 3 GG hat daneben keinen eigenständigen Anwendungsbereich, da ansonsten die speziellen Schranken dieses Grundrechts umgangen würden.<sup>101</sup>

#### e) Bestimmtheitsgebot

Entsprechend der obigen Ausführungen unter III. A. 1. d) ist neben dem Gesetzgeber auch die einen Bescheid erlassende Behörde über § 37 Absatz 1 VwVfG dem Bestimmtheitsgrundsatz verpflichtet. Bei der Selbsterklärung handelt es sich nicht um einen Verwaltungsakt im Sinne des § 37 Absatz 1 VwVfG.

Fraglich ist, ob die Bestimmtheitserfordernisse trotzdem für die Selbsterklärung Geltung entfalten können.

---

<sup>100</sup> Im Ergebnis für die Selbsterklärung so auch *Winterhoff/Henckel/Klatt*, Fn. 7, S. 62.

<sup>101</sup> *Dreier GG/von Achenbach*, 4. Aufl. 2023, GG Art. 3 Abs. 3 Rn. 87; *Sachs/Nußberger*, 9. Aufl. 2021, GG Art. 3 Rn. 308; *BeckOK GG/Kischel*, 58. Ed. 15.6.2024, GG Art. 3 Rn. 222; *BVerfGE* 39, 334, 368.

Dafür spricht trotz des Umstandes, dass es sich nicht um einen Verwaltungsakt handelt, dass die Erklärung von Seiten der Behörde vorformuliert ist und zwingende Voraussetzung für die Bewilligung einer Projektförderung ist.<sup>102</sup>

Andererseits handelt es sich trotz dessen nicht um einen staatlichen Rechtsakt, sondern um eine von einem Privatrechtssubjekt abzugebende Erklärung.<sup>103</sup>

Gerade diese Erklärung stellt aber nach der oben durchgeführten Prüfung einen Eingriff – und mangels gesetzlicher Rechtsgrundlage – sogar eine Verletzung der (negativen) Meinungsfreiheit dar.

Sinn und Zweck des Bestimmtheitsgebotes ist es, dass die Betroffenen die Rechtslage erkennen können und ihr Verhalten danach ausrichten können.<sup>104</sup> Wenn das Unterschreiben einer Selbsterklärung und ein entsprechendes Bekenntnis von den Antragstellern gefordert wird, dann müssen die Betroffenen genau erkennen können, zu welchem Verhalten bzw. Bekenntnis sie sich durch ihre Unterschrift verpflichten. In diesem Sinne sprechen gute Argumente dafür, die Selbsterklärung –genau wie die Ergänzung der Förderrichtlinie –an dem Bestimmtheitserfordernis zu messen.

Das Ergebnis dieser Prüfung lässt sich hier übertragen, da der Wortlaut der Selbsterklärung dem der Förderrichtlinie entspricht. Damit bestehen auch im Hinblick auf die Selbsterklärung erhebliche Zweifel, dass diese den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes genügt.

### **3. Vereinbarkeit der Zuwendungsbescheide mit den Grundrechten und anderen verfassungsrechtlichen Grundsätzen**

Die hier zu prüfende Regelung in den Zuwendungsbescheiden sollte lauten:

*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 International Holocaust Remembrance Alliance (IHRA) und ihrer Erweiterung durch die Bundesregierung zu stellen. Diese besagt: Antisemitismus ist eine bestimmte Wahrnehmung von Juden, die sich als Hass gegenüber*

---

<sup>102</sup> Vgl. Winterhoff/Henckel/Klatt, Fn. 7, S. 28.

<sup>103</sup> Vgl. Winterhoff/Henckel/Klatt, Fn. 7, S. 28.

<sup>104</sup> BVerfG Urteil v. 29.11.2023 –2 BvF 1/21, NVwZ-Beilage 2024, 28 (30); BVerfGE 149, 293 (323).

*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.*‘

*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 Zuwendungszweckes nur an Zuwendungsempfängerinnen und Zuwendungsempfänger vergeben, die sich zweifelsfrei von Terror distanzieren und die Existenz Israels anerkennen.*“

a) Kunstfreiheit (Artikel 5 Absatz 3 Satz 1 GG)

Fraglich ist, ob diese Formulierung eine Verletzung des Grundrechts der Kunstfreiheit aus Artikel 5 Absatz 3 Satz 1 GG darstellt.

Wie bereits bei der Ergänzung der Förderrichtlinie dargestellt, kommt auch hier ein (mittelbarer) Eingriff in die Kunstfreiheit dann in Betracht, wenn die Klausel eine staatliche Bewertung des Kunstprojekts enthielte oder indirekt negative Wirkung auf das künstlerische Schaffen bewirkte.<sup>105</sup>

Anders als bei der Antidiskriminierungsklausel in der Förderrichtlinie, die eine Bewertung einzelner Projekte nach förderungsfähig“und nicht förderungsfähig“bewirkt, folgt aus dem ersten Teil der Klausel in den Zuwendungsbescheiden keine staatliche Bewertung des Kunstprojekts, sondern es wird vielmehr die Zuwendungsempfängerin oder der Zuwendungsempfänger zu einer bestimmten Positionierung verpflichtet.<sup>106</sup> Die Formulierung entspricht weitestgehend derjenigen in der Selbsterklärung –ergänzt durch die IHRA-Arbeitsdefinition Antisemitismus –, sodass die dort gemachten Ausführungen (unter III. A. 2. a)) sich auch hier übertragen lassen.

Damit ist durch den ersten Teil der Antidiskriminierungsklausel in den Förderbescheiden in erster Linie nicht die Kunstfreiheit, sondern die Meinungsfreiheit aus Artikel 5 Absatz 1 Satz 1 GG betroffen.

Fraglich ist, wie der zweite Teil der Klausel zu bewerten ist, der die Zuwendungsempfänger verpflichtet, alles Notwendige zu veranlassen, damit die zum Zuwendungs-

---

<sup>105</sup> Vgl. Germelmann, Fn. 22, Rn. 77.

<sup>106</sup> So im Ergebnis auch Winterhoff/Henckel/Klatt, Fn. 7, S. 42.

zweck ausgereichten Fördergelder in keinem Fall der Finanzierung von terroristischen oder extremistischen Vereinigungen dienen. Der zweite Teil der Klausel enthält außerdem die Festlegung, dass Zuwendungen im Rahmen dieses Zweckes nur an Zuwendungsempfänger vergeben werden, die sich zweifelsfrei von Terror distanzieren und die Existenz Israels anerkennen.

Auch dieser Teil der Klausel bewirkt keine staatliche Bewertung eines Kunstprojekts, sodass in dieser Hinsicht ein (mittelbarer) Eingriff in die Kunstfreiheit abzulehnen ist.

Zu prüfen ist weiter, ob dieser Teil der Klausel indirekt eine negative Wirkung auf das künstlerische Schaffen bewirkt, sodass es auf diese Weise zu einem mittelbaren Eingriff in die Kunstfreiheit kommt.

Der Teil der Klausel legt den Zuwendungsempfängern gewisse Verhaltens- und Handlungspflichten auf. Die Verpflichtung, sich zweifelsfrei von Terror zu distanzieren und die Existenz Israels anzuerkennen, dürfte in erster Linie wieder die (negative) Meinungsfreiheit aus Artikel 5 Absatz 1 Satz 1 GG betreffen, da hier erneut eine Art Bekenntnis verlangt wird und keine inhaltlichen Vorgaben an das Kunstprojekt gestellt werden.

Der Teil der Klausel, der die Zuwendungsempfänger dazu verpflichtet, alles Notwendige zu veranlassen, dass die ausgereichten Fördergelder in keinem Fall der Finanzierung von terroristischen oder extremistischen Vereinigungen dienen, betrifft die Durchführung des Projekts. Theoretisch sind zwar Fälle denkbar, in denen die Klausel indirekt eine negative Wirkung auf das künstlerische Schaffen bewirken kann.<sup>107</sup> Da die Klausel aber keinerlei Vorgaben in Bezug auf den Inhalt des Kunstprojekts macht, erscheint es hier wenig überzeugend, in diesem Teil der Antidiskriminierungsklausel einen mittelbaren Eingriff in die Kunstfreiheit zu sehen.

Somit ist auch durch den zweiten Teil der Antidiskriminierungsklausel in den Förderbescheiden nicht die Kunstfreiheit aus Artikel 5 Absatz 3 Satz 1 GG betroffen.

---

<sup>107</sup> Wenn etwa die Zuwendungsempfänger für den Fall, dass an dem Kunstprojekt noch weitere Personen beteiligt werden sollen, aufgrund der Klausel eine andere Auswahl dieser Personen treffen, als sie ohne die Klausel getroffen hätten.

## b) Meinungsfreiheit (Artikel 5 Absatz 1 Satz 1 GG)

### aa) Eingriff in den Schutzbereich

Wie bereits oben dargestellt, wird von Artikel 5 Absatz 1 Satz 1 GG auch die negative Meinungsäußerungsfreiheit, also die Freiheit, eine bestimmte Meinung nicht äußern zu müssen, geschützt.<sup>108</sup> Ein Eingriff in die Meinungsfreiheit liegt bei jeder staatlichen Handlung vor, die die Äußerung oder Verbreitung von Meinungen unterbindet, verhindert bzw. wesentlich erschwert oder gebietet.<sup>109</sup>

Die Klausel in den Förderbescheiden ähnelt derjenigen in der Selbsterklärung. Die Zuwendungsempfänger sind verpflichtet, sich zu einer vielfältigen Gesellschaft zu bekennen und sich gegen jedwede Art der Diskriminierung und Ausgrenzung sowie gegen jede Form von Antisemitismus zu stellen. Anders als die Klausel in der Selbsterklärung nimmt die Antidiskriminierungsklausel in den Zuwendungsbescheiden Bezug auf die Arbeitsdefinition Antisemitismus der International Holocaust Remembrance Alliance (IHRA) und ihrer Erweiterung durch die Bundesregierung. Zusätzlich verpflichtet die Klausel im Zuwendungsbescheid noch dazu, sich zweifelsfrei von Terror zu distanzieren und die Existenz Israels anzuerkennen.

Nicht ganz eindeutig ist, inwiefern diese Verpflichtung tatsächlich dazu führt, dass die Zuwendungsempfänger auch eine entsprechende Meinung bekunden müssen. Anders als bei der Selbsterklärung, die bereits bei der Antragstellung unterschrieben werden sollte und lautete *„Ich/Wir bekennen uns zu einer vielfältigen Gesellschaft“*, ist nicht klar, inwiefern die Zuwendungsempfänger nach einer positiven Bescheidung ihres Antrags tatsächlich verpflichtet sind, erneut ein Bekenntnis abzugeben. Sofern dieses gefordert wird –und dafür spricht zumindest der Wortlaut –sind die unter III. A. 2. b) aa) zur Selbsterklärung gemachten Ausführungen auf die Formulierung in den Förderbescheiden übertragbar und es dürfte ein Eingriff in den Schutzbereich der (negativen) Meinungsfreiheit aus Artikel 5 Absatz 1 Satz 1 GG vorliegen.<sup>110</sup>

Dieser Eingriff dürfte verglichen mit der Selbsterklärung noch intensiver ausfallen, da im Zuwendungsbescheid auf eine bestimmte Definition des Antisemitismus verpflichtet wird, die in der aktuellen Diskussion nicht unumstritten ist.<sup>111</sup>

---

<sup>108</sup> BeckOK GG/Schemmer, 58. Ed. 15.6.2024, GG Art. 5 Rn. 16.

<sup>109</sup> Schemmer, ebenda, Art. 5 Rn. 16, 18.

<sup>110</sup> So auch Winterhoff/Henckel/Klatt, Fn. 7, S. 51.

<sup>111</sup> So auch Möllers, Fn. 20, S. 27.

## bb) Rechtfertigung

Im Rahmen der Rechtfertigung gilt das oben unter III. A 2. b) bb) Gesagte. Es bedürfte hier einer gesetzlichen Rechtsgrundlage, die wiederum die besonderen Anforderungen des Artikel 5 Absatz 2 GG erfüllen müsste.

Ein entsprechendes Gesetz gibt es aktuell nicht, sodass der Eingriff nicht gerechtfertigt werden kann. Darüber hinaus bestehen erhebliche Zweifel, ob eine Bekenntnispflicht –im Falle der Zuwendungsbescheide sogar eine Bekenntnispflicht zu einer bestimmten Definition von Antisemitismus –durch Gesetz auferlegt werden kann.<sup>112</sup>

## c) Allgemeiner Gleichheitssatz (Artikel 3 Absatz 1 GG) und besondere Diskriminierungsverbote (Artikel 3 Absatz 3 GG)

Die Klausel in den Zuwendungsbescheiden wird an alle Zuwendungsempfänger verschickt, sodass sich daraus zunächst keine Ungleichbehandlung ergibt.

Zu einer Ungleichbehandlung würde es aber in den Fällen kommen, in denen eine Zuwendung wegen eines Verstoßes gegen die Antidiskriminierungsklausel im Zuwendungsbescheid später widerrufen würde.<sup>113</sup> Dann würden wiederum diejenigen Personen, die die Vorgaben der Klausel nicht erfüllen, schlechter behandelt, obwohl es sich auch bei ihren Einreichungen um Kunst i.S.d. Artikel 5 Absatz 3 GG handelt.

In Bezug auf die mögliche Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung können die Erwägungen zur Förderrichtlinie und zur Selbsterklärung größtenteils herangezogen werden. Hier ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass die Zuwendungsbescheide Bezug auf die IHRA –Arbeitsdefinition nehmen. Die Differenzierung danach, ob sich jemand zu einer vorgegebenen und nicht unumstrittenen Definition bekennt, dürfte unangemessen sein.

Außerdem liegt auch hier eine Ungleichbehandlung zwischen den Zuwendungsempfängern der Senatsverwaltung für Kultur und Gesellschaftliche Zusammenhalt und den Zuwendungsempfängern anderer Senatsverwaltungen vor, da nur die Zuwendungsbescheide der Kulturverwaltung die zusätzlichen Verpflichtungen der Antidiskriminierungsklausel enthalten sollten. Wie bereits bei der Förderrichtlinie und der Selbsterklärung dargestellt, dürfte für diese Ungleichbehandlung kein überzeugender sachlicher Grund vorliegen.

---

<sup>112</sup> Möllers, Fn. 20, S. 28.

<sup>113</sup> Winterhoff/Henckel/Klatt, Fn. 7, S. 58.

In Bezug auf das Verbot einer Benachteiligung aufgrund der politischen Anschauung gemäß Artikel 3 Absatz 3 GG gilt das unter III. A. 2. d) Gesagte. Der Schutz erfolgt hier über das Freiheitsgrundrecht der Meinungsfreiheit.

#### d) Bestimmtheitsgebot

Fraglich ist, ob die Formulierung der Antidiskriminierungsklausel in den Förderbescheiden die rechtlichen Bestimmtheitsanforderungen erfüllt.

Bei Zuwendungsbescheiden handelt es sich um Verwaltungsakte i.S.d. § 35 VwVfG.<sup>114</sup> Verwaltungsakte müssen gemäß § 37 Absatz 1 VwVfG i.V.m. § 1 VwVfG BE<sup>115</sup> inhaltlich hinreichend bestimmt sein. Da ein Verwaltungsakt Individualisierungs- und Klarstellungsfunktion hat, werden an seinen Grad der Bestimmtheit höhere Anforderungen gestellt als an ein Gesetz.<sup>116</sup>

Damit ein Verwaltungsakt hinreichend bestimmt ist, müssen die Beteiligten erkennen können, was von Ihnen gefordert wird, damit sie ihr Verhalten danach einrichten können. Sofern –wie hier– durch den Verwaltungsakt ein Handeln oder Unterlassen aufgegeben wird, muss die geforderte Handlung so bestimmt sein, dass sie keiner unterschiedlichen subjektiven Beurteilung zugänglich ist.<sup>117</sup>

In Bezug auf die verwendeten Formulierungen „vielfältige Gesellschaft“, „jedwede Diskriminierung und Ausgrenzung“ und „sich entgegenstellen“ können die Ausführungen, die im Rahmen der Prüfung der Förderrichtlinie gemacht wurden, hier übertragen werden (siehe dazu III. A. 1 d)). Die Bestimmtheitsanforderungen sind hier sogar noch größer, da sich die Zuwendungsbescheide konkret an eine Person wenden und dieser ein bestimmtes Verhalten abverlangen.<sup>118</sup> Die genannten Begriffe dürften damit die Bestimmtheitsanforderungen des § 37 Absatz 1 VwVfG nicht erfüllen.

Fraglich ist, ob dies im Hinblick auf die Formulierung „jede Form von Antisemitismus“ gemäß der Antisemitismus-Definition der International Holocaust Remembrance Alliance (IHRA) und ihrer Erweiterung durch die Bundesregierung anders beurteilt werden kann. Anders als die Förderrichtlinie und die Selbsterklärung enthalten die Zuwendungsbescheide zusätzlich eine Erläuterung, was unter „jede Form von Antisemitismus“ zu verstehen sein soll. Nach der hier vertretenen Ansicht dürfte bereits der Rechtsbegriff

---

<sup>114</sup> Gröpl BHO/Rossi, 2. Aufl. 2019, BHO § 44 Rn. 107.

<sup>115</sup> Gesetz über das Verfahren der Berliner Verwaltung vom 21. April 2016 (GVBl. 2016, 218) zuletzt geändert durch Gesetz vom 10.07.2024 8GVBl. S. 465, 473).

<sup>116</sup> Schoch/Schneider/Schröder, 4. EL November 2023, VwVfG § 37 Rn. 20.

<sup>117</sup> Stelkens/Bonk/Sachs/U. Stelkens, 10. Aufl. 2022, VwVfG § 37 Rn. 2, 31.

<sup>118</sup> Vgl. Winterhoff/Henckel/Klatt, Fn. 7, S. 23.



Antisemitismus die Anforderungen des Bestimmtheitsgebots erfüllen. Durch die Bezugnahme auf die IHRA-Definition wird eine zusätzliche Auslegungshilfe bereitgestellt, die grundsätzlich die Bestimmtheit verbessert. Andererseits weist auch die Definition der IHRA Schwächen auf.<sup>119</sup> So heißt es in der Definition, dass der Staat Israel Ziel von antisemitischen Angriffen sein kann. Wann genau das der Fall ist, bleibt allerdings unklar, sodass auch hier Bestimmtheitsdefizite vorliegen.<sup>120</sup>

Anders als die Förderrichtlinie und die Selbsterklärung enthalten die Zuwendungsbescheide auch die Vorgabe, dass Zuwendungsempfänger alles Notwendige veranlassen müssen, damit die zum Zweck ausgereichten Fördergelder in keinem Fall der Finanzierung von *terroristischen* oder *extremistischen Vereinigungen* dienen. Außerdem würden Zuwendungen nur an Zuwendungsempfängerinnen und Zuwendungsempfänger vergeben, die sich zweifelsfrei von *Terror distanzieren* und die Existenz Israels anerkennen. Fraglich ist, ob diese Formulierungen dem Bestimmtheitsgebot entsprechen.

Im Hinblick auf den Begriff „terroristische Vereinigung“ kann auf § 129 a StGB hingewiesen werden, der die Bildung terroristischer Vereinigungen unter Strafe stellt. Der Begriff ist der Rechtsordnung also nicht fremd und dürfte sich durch Auslegung und unter Zuhilfenahme der strafrechtlichen Regelung hinreichend bestimmen lassen. Ähnliches gilt für den Begriff „Extremismus“: Dieser findet sich zwar nicht im Strafgesetzbuch, wird aber in der Rechtspraxis vor allem durch das Bundesamt für Verfassungsschutz genutzt und hat durch entsprechende Klagen gegen Einstufungen als „extremistisch“ bereits Einzug in Gerichtsverfahren gefunden.<sup>121</sup> Auch dieser Begriff dürfte damit durch Auslegung hinreichend bestimmbar sein.<sup>122</sup>

In Bezug auf die Pflicht, sich zweifelsfrei von Terror zu distanzieren, dürfte vor allem problematisch sein, wie genau sich diese Verhaltenspflicht ausgestaltet. Hier stellen sich ganz ähnliche Bestimmtheitsprobleme wie bei dem Begriff des „sich Entgegenstellens“

---

<sup>119</sup> Zur Diskussion um die IHRA Definition siehe *Ambos/Barskanmaz/Bönnemann/Fischer-Lescano/Goldmann/Mangold/Markard/Michaels/Montag/Steinbeis/Tabbara/Wihl/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/> (zuletzt abgerufen am 6.11.2024).

<sup>120</sup> *Winterhoff/Henckel/Klatt*, Fn. 7, S. 24.

<sup>121</sup> Beispielsweise VG Köln (13. Kammer), Urteil vom 08.03.2022 –13 K 207/20 in Bezug auf „rechtsextremistisch“; VGH München, Beschluss vom 23. 9. 2010 - 10 CE 10.1830 in Bezug auf „linksextremistisch“; VG München (7. Kammer), Urteil vom 21.03.2012 - M 7 K 10.6184 in Bezug auf „islamisch-extremistisch“

<sup>122</sup> Im Ergebnis so auch *Winterhoff/Henckel/Klatt*, Fn. 7, S. 24 f.

Es ist jedenfalls nicht eindeutig, wie genau die Distanzierungshandlung aussehen muss, zumal diese Distanzierung dann auch zweifelsfrei sein müsste.<sup>123</sup>

Diese Bedenken stellen sich auch im Hinblick auf die Pflicht, die Existenz Israels anzuerkennen. Auch hier ist für die Adressaten des Verwaltungsaktes nicht hinreichend erkennbar, welche konkrete Handlung von ihnen verlangt wird. Ob hier eine innere Haltung ausreicht oder diese auch nach außen getragen werden muss.<sup>124</sup>

Damit lässt sich festhalten, dass auch im Hinblick auf die Bestimmtheit der Zuwendungsbescheide bei einem Großteil der verwendeten Begriffe erhebliche Zweifel bestehen.

#### 4. Ergebnis zu Frage 1

- Die **Ergänzung der Förderrichtlinie um die Antisemitismusklausel** stellt nach hier vertretener Ansicht einen (mittelbaren) Eingriff in die Kunstfreiheit aus Artikel 5 Absatz 3 GG dar. Dieser kann gegenwärtig nicht gerechtfertigt werden, da es an einer gesetzlichen Rechtsgrundlage fehlt; §§ 23, 44 Absatz 1 LHO können nicht als Rechtsgrundlage herangezogen werden.

Es spricht außerdem viel dafür, dass neben der Kunstfreiheit auch der allgemeine Gleichheitssatz aus Artikel 3 Absatz 1 GG durch die Ergänzung der Förderrichtlinie verletzt ist. Zunächst dürfte eine unangemessene Benachteiligung innerhalb der Förderung durch die Senatsverwaltung für Kultur und Gesellschaftlichen Zusammenhalt zum Nachteil der Projekte gegeben sein, die sich nicht (aktiv) *im Sinne einer vielfältigen Gesellschaft gegen jedwede Diskriminierung und Ausgrenzung stellen und jede Form von Antisemitismus ablehnen.*“ Zum anderen dürfte auch eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung zwischen den Personen, die sich bei der Kulturverwaltung und denjenigen Personen, die sich bei anderen Senatsverwaltungen um Fördergelder bewerben, anzunehmen sein. Es ist kein hinreichender Sachgrund ersichtlich, dass das Land Berlin ausschließlich im Kulturbereich entsprechende Anforderungen an Förderprojekte stellt, während vom Land Berlin geförderte Projekte in anderen Bereichen (z.B. Wissenschaft und Forschung oder Medizin) diese Anforderungen nicht erfüllen müssen.

Schließlich dürfte der Großteil der in der Ergänzung der Förderrichtlinie verwendeten Begriffe (*vielfältige Gesellschaft*“; *jedwede Diskriminierung und Ausgrenzung*“;

---

<sup>123</sup> So auch Winterhoff/Henckel/Klatt, Fn. 7, S. 25.

<sup>124</sup> Winterhoff/Henckel/Klatt, Fn. 7, S. 25 f.

sich entgegenstellen) auch nicht mit dem aus Artikel 20 Absatz 3 GG folgenden Bestimmtheitsgebot vereinbar sein.

- Der erste Teil der **Selbsterklärung** dürfte –wie die Ergänzung der Förderrichtlinie – mangels gesetzlicher Rechtsgrundlage einen ungerechtfertigten Eingriff in die Kunstfreiheit beinhalten. Satz 2 der Selbsterklärung (Bekennnispflicht) stellt einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die Meinungsfreiheit aus Artikel 5 Absatz 1 Satz 1 GG dar, auch hier fehlt es derzeit an einer gesetzlichen Rechtsgrundlage. Artikel 5 Absatz 1 Satz 1 GG schützt auch davor, eine bestimmte Meinung nicht äußern zu müssen. Darüber hinaus bestehen gewichtige Zweifel, ob eine behördlich vorgegebene Bekennnispflicht mit diesem konkreten Inhalt überhaupt im Rahmen der Kulturförderung gesetzlich vorgegeben werden könnte. Eine entsprechende Rechtsgrundlage dürfte mit dem Erfordernis eines allgemeinen Gesetzes i.S.d. Artikel 5 Absatz 2 GG nicht zu vereinbaren sein. In Bezug auf das Gleichheitsgebot und das Bestimmtheitsgebot lassen sich die zuvor zu der Förderrichtlinie dargestellten Grundsätze übertragen.
- Auch die Antidiskriminierungsklausel in den **Zuwendungsbescheiden** stellt einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die Meinungsfreiheit aus Artikel 5 Absatz 1 Satz 1 GG dar. Darüber hinaus dürfte wie bei der Förderrichtlinie und der Selbsterklärung ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz und das Bestimmtheitsgebot vorliegen.

## **B. Zu Frage 2**

*Inwiefern sind die Aufnahme einer Antisemitismusklausel in die Förderrichtlinien der Senatsverwaltung für Kultur und die damit verbundene Verpflichtung zu einer entsprechenden Erklärung seitens der Zuwendungsempfänger unter dem Aspekt der grundgesetzlich geschützten Menschenwürde (Art. 1 GG) sogar geboten?*

Gemäß Artikel 1 Absatz 1 GG ist die Würde des Menschen unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

Aus der Menschenwürde ergibt sich demnach eine doppelte Verpflichtung des Staates. Auf der einen Seite steht dabei das Gebot, die Menschenwürde zu achten, sodass es dem Staat verboten ist, die Menschenwürde selbst zu verletzen. Auf der anderen Seite steht der Schutz der Menschenwürde, der die Verpflichtung des Staates zum Einschreiten gegen drohende Verletzungshandlungen Dritter bestimmt.<sup>125</sup>

Die Schutzpflicht verlangt dem Staat ab, menschenwürdeverletzende Übergriffe von Privatpersonen zu verhindern.<sup>126</sup> Bei der Ausgestaltung dieser Schutzpflicht besteht ein gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum. Dieser kann sich allerdings dann zu einer Handlungs- oder Leistungspflicht verdichten, wenn es um die Sicherung des Existenzminimums geht oder Angriffe auf die Menschenwürde nur durch staatliches Handeln abgewendet werden können.<sup>127</sup>

In einer neueren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts heißt es etwa: „*Art. 1 I GG verpflichtet die staatliche Gewalt, alle Menschen gegen Angriffe auf die Menschenwürde zu schützen. Solche Angriffe können in Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung, Ächtung und anderen Verhaltensweisen bestehen, die dem Betroffenen seinen Achtungsanspruch als Mensch absprechen.*“<sup>128</sup>

Außerdem hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass sich die Diskriminierungsverbote des Artikel 3 Absatz 3 GG als Konkretisierung der Menschenwürde darstellen und antisemitische oder auf rassistische Diskriminierung zielende Konzepte mit der Menschenwürde nicht vereinbar seien und gegen die freiheitlich demokratische Grundordnung verstießen.<sup>129</sup> Auch das Diskriminierungsverbot aus Artikel 3 Absatz 3 GG begründet einen Auftrag und unter Umständen die Pflicht des Gesetzgebers, Diskriminierungen in der Gesellschaft entgegenzutreten. Aber auch bei dieser Verpflichtung ist der

---

<sup>125</sup> Huber/Voßkuhle/Augsberg, 8. Aufl. 2024, GG Art. 1 Rn. 51.

<sup>126</sup> Dreier GG/Wapler, 4. Aufl. 2023, GG Art. 1 Abs. 1 Rn. 102.

<sup>127</sup> Dreier GG/Wapler, 4. Aufl. 2023, GG Art. 1 Abs. 1 Rn. 103.

<sup>128</sup> BVerfGE 107, 275 (284).

<sup>129</sup> BVerfGE 144, 20 (208).

Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zu berücksichtigen. Es besteht keine Verpflichtung des Gesetzgebers zu bestimmten konkreten Maßnahmen, er muss aber einen hinreichend wirksamen Schutz bewirken.<sup>130</sup> Dem Staat verbleibt im Hinblick auf die Wahrnehmung von Schutzpflichten also ein weiter Spielraum, der einerseits im Untermaßverbot und andererseits in der Beachtung der allgemeinen rechtsstaatlichen Anforderungen seine Grenzen findet.<sup>131</sup>

Die Einführung einer Antisemitismusklausel hat zum Ziel, staatliche Fördergelder nicht antisemitischen Projekten zugutekommen zu lassen. Damit entspricht das Ziel der Antisemitismusklausel grundsätzlich dem Schutzauftrag, der sich aus der Menschenwürde und den aus ihr folgenden Diskriminierungsverboten des Artikel 3 Absatz 3 GG ergibt. Gleichzeitig ist hier aber der gesetzgeberische Spielraum zu berücksichtigen. Bei der Einführung einer Antisemitismusklausel im Zuwendungsrecht dürfte es sich damit nicht um eine durch die Menschenwürde gebotene Verpflichtung handeln, sondern vielmehr um eine politische Entscheidung, auf diesem Wege die Schutzpflicht aus Artikel 1 Absatz 1 GG zu erfüllen. Entscheidet sich der Gesetzgeber zu der Einführung einer entsprechenden Klausel, muss diese aber mit den grundgesetzlichen Bestimmungen vereinbar sein. Die verfassungsrechtlichen Bedenken in Hinblick auf die aktuelle Klausel wurden bereits unter Frage 1 dargestellt.

---

<sup>130</sup> Dreier GG/von Achenbach, 4. Aufl. 2023, GG Art. 3 Abs. 2 Rn. 28.

<sup>131</sup> Papier, Fn. 20, Seite 6 der Printversion.

### C. Zu Frage 3

*Inwiefern ist es rechtlich praktikabel, es bei der konkreten Formulierung der Antisemitismusklausel bei einem offenen Rechtsbegriff des „Antisemitismus“ zu belassen, d.h. keine spezielle Definition in die Klausel aufzunehmen und sich damit auf den Rechtsbegriff des Antisemitismus zu beschränken und den Rest der Rechtsanwendung, die die notwendige Unterscheidung im Einzelfall durchführt, zu überlassen (vgl. <https://www.lto.de/recht/meinung/m/gelder-foerdergelder-antisemitismus-meinung-kunstfreiheit/>)?*

Offene bzw. unbestimmte Rechtsbegriffe in Normen werden als grundsätzlich verfassungsrechtlich zulässig betrachtet. In bestimmten Konstellationen werden sie sogar als notwendig angesehen, um den Grundrechten der Betroffenen und der Gerechtigkeit durch Flexibilität im Einzelfall Rechnung tragen zu können. Es müssen aber die durch das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot gebotenen Erfordernisse der Normklarheit und Justiziabilität eingehalten werden (siehe dazu auch oben unter III. A. 1. d)).<sup>132</sup>

Auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist es dem Gesetzgeber nicht verwehrt, unbestimmte Rechtsbegriffe zu verwenden. Deren Ausfüllung und die Klärung von Einzelfragen sei eine herkömmliche und anerkannte Aufgabe der Rechtsanwendungsorgane und dürfe ihnen überlassen werden.<sup>133</sup>

Wie bereits unter III. A. 1. d) cc) geprüft, dürfte der Rechtsbegriff „Antisemitismus“ dem Bestimmtheitsgebot auch ohne die Ergänzung durch eine spezielle Definition genügen.<sup>134</sup>

Weiter ist festzuhalten, dass die Exekutive bei einer Begriffsfestlegung andere Gewalten diesbezüglich auch nicht binden könnte. Denn erfahrungsgemäß lässt sich die Rechtsprechung bei der Anwendung von Begriffen auch durch gesetzliche Definitionen nur begrenzt steuern, da die Fälle in der Praxis zu divers und individuell sind.<sup>135</sup>

---

<sup>132</sup> Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, 10. Aufl. 2022, VwVfG § 40 Rn. 152.

<sup>133</sup> BVerfGE 79, 174 (195); BVerfGE 80, 103 (108).

<sup>134</sup> So auch Möllers, Fn. 20, der dazu anführt: Die anerkannte Zulässigkeit von Verpflichtungen aus dem AGG zeigt, dass offene Rechtsbegriffe 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.“(S. 18); im Ergebnis ebenso Ewer/Thienel, Fn. 27, die eine Erwähnung der IHRA-Definition und ggf. anderer Antisemitismusdefinitionen in der Gesetzesbegründung einer gesetzlichen Rechtsgrundlage der Antidiskriminierungsklausel vorschlagen, um so die Begriffsbildung in Rechtsprechung und Literatur zu fördern (S. 44); kritisch: Winterhoff/Henckel/Klatt, Fn. 7, die jedenfalls die Verwendung der Begriffe „jede Form von Antisemitismus“ als mit dem Bestimmtheitsgebot nur für schwer vereinbar halten (S. 20), sehen jedoch auch im Falle einer Ergänzung um die IHRA-Definition Bestimmtheitszweifel (S. 24).

<sup>135</sup> Vgl. Möllers, Fn. 20, S. 26.

Es erscheint damit rechtlich praktikabel, bei der Formulierung der Antidiskriminierungsklausel den unbestimmten Rechtsbegriff „Antisemitismus“ zu verwenden. Der Ergänzung um eine spezielle Definition bedarf es nicht.

#### **D. Zu Frage 4**

*Inwiefern ist die Forderung einer Selbstverpflichtung der Zuwendungsempfänger alles Notwendige zu veranlassen, um sicherzustellen, dass die gewährten Fördergelder keinen Vereinigungen zugutekommen, die als terroristisch und/oder extremistisch eingestuft werden, mit der grundgesetzlich garantierten Freiheit der Kunst (Art. 5 Abs. 3 GG) vereinbar und unter dem Aspekt des Staatsschutzes geboten?*

Die entsprechende Passage der Zuwendungsbescheide lautet:

*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.“*

#### **1. Vereinbarkeit mit der Kunstfreiheit (Artikel 5 Absatz 3 GG)**

In Bezug auf die Vereinbarkeit der oben dargestellten Klausel kann auf die Ausführungen unter III. A. 3. a) verwiesen werden. Wie dort dargestellt, dürfte durch die Verwendung dieses Teils der Klausel kein mittelbarer Eingriff in die Kunstfreiheit aus Artikel 5 Absatz 3 GG vorliegen. Die Klausel bewirkt weder eine staatliche Bewertung eines Kunstprojektes, noch erscheint es überzeugend, diesem Teil der Klausel einen indirekt negativen Einfluss auf das künstlerische Schaffen zu entnehmen. In die Kunstfreiheit wird durch den oben genannten Teil der Antidiskriminierungsklausel damit nicht eingegriffen, er ist somit mit der Kunstfreiheit vereinbar.

#### **2. Gebotenheit der Klausel unter dem Aspekt des Staatsschutzes**

Der Begriff „Staatsschutz“ ist eine zusammenfassende Bezeichnung für die Gesamtheit aller Bemühungen staatlicher Organe, solche Bestrebungen, die sich gegen die Verfassung, den Bestand oder die Sicherheit des Staates richten, frühzeitig zu erkennen, möglichst zu verhindern oder ggfs. zu unterbinden. Dabei unterliegt die Wahrnehmung von präventiven Staatsschutzaufgaben vornehmlich den auf gesetzlicher Grundlage



eingerrichteten Nachrichtendiensten (Verfassungsschutz von Bund und Ländern, Bundesnachrichtendienst und Militärischer Abschirmdienst).<sup>136</sup>

Darüber hinaus wird der Schutz des demokratischen Rechtsstaats auch –zumindest mittelbar –dadurch gewährleistet, dass sogenannte Staatsschutzdelikte durch die Strafverfolgungsbehörden aufgeklärt und sanktioniert werden.<sup>137</sup>

Zu den Delikten des Staatsschutzes gehört beispielsweise § 89c StGB –Terrorismusfinanzierung. Nach dieser Vorschrift wird bestraft, wer Vermögenswerte sammelt, entgegennimmt oder zur Verfügung stellt mit dem Wissen oder in der Absicht, dass diese von einer anderen Person zur Begehung der in den Nummern 1 –8 aufgezählten Straftaten verwendet werden.

Auch im siebten Abschnitt des StGB –Straftaten gegen die Öffentliche Ordnung –findet sich mit § 129a StGB –Bildung terroristischer Vereinigungen –eine weitere Vorschrift des Terrorismusstrafrechts.<sup>138</sup> In Absatz 5 der Vorschrift wird das Unterstützen einer terroristischen Vereinigung unter Strafe gestellt. Die Unterstützungshandlung kann auch durch eine Geldleistung erfolgen.<sup>139</sup>

Der Teil der Antisemitismusklausel, nach der die Zuwendungsempfänger alles Notwendige zu veranlassen haben, damit gewährte Fördergelder keinen Vereinigungen zugutekommen, die als terroristisch und/oder extremistisch eingestuft werden, weist damit denselben Schutzzweck wie die oben genannten Strafrechtsbestimmungen auf. Ihr wird damit vor allem deklaratorischer Charakter zuteil. Sie ist dem Staatsschutz zwar förderlich, geboten in dem Sinne, dass der Staatsschutz es unbedingt erforderlich macht, eine solche Klausel in die Zuwendungsbescheide aufzunehmen, dürfte die Klausel allerdings nicht sein. Der erforderliche Schutz wird über die Strafvorschriften verwirklicht. Darüber hinaus erscheint es jedenfalls fraglich, inwieweit die Pflicht zum Staatsschutz Einzelpersonen auferlegt werden kann. Handelt es sich gemäß der oben dargestellten Grundsätze des Staatsschutzes doch zuvorderst um eine Aufgabe staatlicher Organe.

---

<sup>136</sup> *Kastner*, in: Möllers, Wörterbuch der Polizei, 3. Auflage 2018.

<sup>137</sup> *Kastner*, ebenda.

<sup>138</sup> *Freier*, in: Görres-Gesellschaft, Staatslexikon | 8. Auflage 2021.

<sup>139</sup> BeckOK StGB/von Heintschel-Heinegg, 62. Ed. 1.8.2024, StGB § 129a Rn. 20; Lackner/Kühl/Heger/Heger, 30. Aufl. 2023, StGB § 129a Rn. 4.

## **E. Zu Frage 5**

*Mit welchen Konsequenzen müssen Zuwendungsempfänger bei Verstoß gegen die Förderrichtlinien der Kulturverwaltung respektive bei Verstoß gegen die Antisemitismusklausel rechnen?*

Anmerkung: Der folgenden Prüfung liegt die fiktive Annahme zugrunde, die Regelungen der Antisemitismusklausel in den einzelnen Teilelementen seien rechtmäßig.

### **1. Verstoß gegen die Antisemitismusklausel in der Förderrichtlinie**

Wie bereits unter Frage 1 kurz dargestellt, stellen Förderrichtlinien einen wichtigen Teil in der Praxis der Zuwendungsbewilligung dar. Sie ergänzen oder modifizieren allgemeine Verwaltungsvorschriften und können insofern als besondere Verwaltungsvorschriften charakterisiert werden. Dementsprechend wenden sie sich in erster Linie an die zuständige Bewilligungsbehörde.<sup>140</sup>

Die Bewilligungsbehörde hat bei ihrer Entscheidung, ob ein Projekt förderungsfähig ist oder nicht, die Vorgaben der Förderrichtlinie als besondere Verwaltungsvorschrift zu beachten. Sofern also ein Projekt eingereicht wird, das gegen die Grundsätze der Förderrichtlinie verstößt, führt dies dazu, dass das Projekt nicht gefördert wird, da es den Vorgaben nicht entspricht.

### **2. Verstoß gegen die Antidiskriminierungsklausel in der Selbsterklärung**

Ein Verstoß gegen die Antidiskriminierungsklausel in der Selbsterklärung kann darin gesehen werden, dass diese entweder gar nicht abgegeben oder wahrheitswidrig unterschrieben wird.

Sofern die Selbsterklärung gar nicht unterschrieben wird, fehlt es an einem für den Antrag auf Förderung erforderlichen Dokument. Die Bewilligungsbehörde würde aufgrund dessen den Antrag ablehnen.

Sofern die Selbsterklärung wahrheitswidrig unterschrieben wird, ist hinsichtlich der Folgen zu differenzieren, zu welchem Zeitpunkt die Bewilligungsbehörde davon Kenntnis erlangt. Hatte die Behörde bereits im Zeitpunkt der Antragsstellung Kenntnis von der

---

<sup>140</sup> Vgl. Rossi, Fn. 13, § 44 Rn. 21.

wahrheitswidrigen Selbsterklärung, käme es zu einer Ablehnung des Antrags auf Förderung. Hatte sie im Zeitpunkt ihrer Entscheidung keine Kenntnis, muss die Behörde davon ausgehen, dass die für die Förderung erforderlichen Dokumente vorliegen und eine Förderung könnte erfolgen.

Sollte sich im Nachgang herausstellen, dass der Förderungsempfänger oder die Förderungsempfängerin falsche Angaben gemacht hat, stellt sich die Frage nach der Rechtsfolge dieser Falschangaben.

Hier kommt die Rücknahme eines rechtswidrigen, begünstigenden Verwaltungsaktes gemäß § 48 Absatz 1 Satz 2, Absatz 2 VwVfG iVm § 1 VwVfG BE in Betracht.

Gemäß § 48 Absatz 1 Satz 1 VwVfG kann ein rechtswidriger Verwaltungsakt zurückgenommen werden. Gemäß Satz 2 darf ein begünstigender Verwaltungsakt nur unter den Voraussetzungen der folgenden Absätze zurückgenommen werden:

Dazu müsste es sich bei dem Zuwendungsbescheid, der aufgrund der wahrheitswidrigen Angabe in der Selbsterklärung erlassen wurde, um einen rechtswidrigen Verwaltungsakt handeln.

Bei Zuwendungsbescheiden handelt es sich um Verwaltungsakte.<sup>141</sup> Ein Verwaltungsakt ist dann rechtswidrig, wenn er ohne Rechtsgrundlage erlassen worden ist oder die durch ihn getroffene Regelung gegen Gesetze oder sonstiges (Außen-)Recht verstößt. Verstöße gegen Verwaltungsvorschriften (Innenrecht) machen einen Verwaltungsakt nur bei entsprechender Selbstbindung der Verwaltung über Artikel 3 Absatz 1 GG rechtswidrig.<sup>142</sup>

Erlässt die Bewilligungsbehörde einen Zuwendungsbescheid, weil sie aufgrund der wahrheitswidrigen Selbsterklärung des Antragstellers oder der Antragstellerin davon ausgeht, dass dieser oder diese die Voraussetzungen der Förderrichtlinie erfüllt, liegt ein Verstoß gegen die Förderrichtlinie, also gegen eine Verwaltungsvorschrift vor. Wie bereits dargelegt, führt dies allein aber nicht zu der Rechtswidrigkeit des Zuwendungsbescheids. Die Förderrichtlinie müsste aufgrund ständiger Praxis über die Selbstbindung der Verwaltung normähnliche (Außen-)Wirkung erlangt haben.<sup>143</sup>

---

<sup>141</sup> Gröpl BHO/Rossi, 2. Aufl. 2019, BHO § 44 Rn. 107.

<sup>142</sup> BeckOK VwVfG/J. Müller, 64. Ed. 1.4.2024, VwVfG § 48 Rn. 30; Kastner, in Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, 5. Auflage 2021, § 48 Rn. 25; Suerbaum, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Auflage 2019, § 48 Rn. 43.

<sup>143</sup> BeckOK VwVfG/J. Müller, 64. Ed. 1.4.2024, VwVfG § 48 Rn. 30; BVerwG, Urteil vom 23.4.2003 - 3 C 25/02, NVwZ 2003, 1384.

Dafür ist es jedoch nicht erforderlich, dass die Verwaltungsvorschrift bereits zur Anwendung gelangt ist, da die Verwaltungsvorschrift als antizipierte Verwaltungsübung bewertet wird.<sup>144</sup>

Stellt sich nach Erlass des Zuwendungsbescheids heraus, dass die Voraussetzungen der Förderrichtlinie nicht vorlagen, weil die Selbsterklärung wahrheitswidrig unterschrieben wurde, wäre der Zuwendungsbescheid entgegen der Vorgaben aus der Verwaltungsvorschrift erlassen worden und in diesem Fall aufgrund der Selbstbindung der Verwaltung auch rechtswidrig.

Ein rechtswidriger Verwaltungsakt der eine einmalige oder laufende Geldleistung gewährt, darf gemäß § 48 Absatz 2 VwVfG jedoch nicht zurückgenommen werden, wenn der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und sein Vertrauen schutzwürdig ist. Gemäß § 48 Absatz 2 Nr. 1 VwVfG kann sich der Begünstigte aber dann nicht auf sein Vertrauen berufen, wenn er den Verwaltungsakt durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung erwirkt hat.

Eine arglistige Täuschung liegt vor, wenn der Betroffene bei dem maßgeblichen Mitarbeiter oder der maßgeblichen Mitarbeiterin der Behörde einen Irrtum erregt hat, indem er wahrheitswidrige Angaben gemacht hat, obwohl ihm das bewusst war, oder Tatsachen verschwiegen hat, bei denen er erkennen konnte, dass sie für die Entscheidung wichtig sind, und zu deren Offenbarung er verpflichtet war.<sup>145</sup>

Unterzeichnet eine Antragstellerin oder ein Antragsteller die Selbsterklärung bewusst wahrheitswidrig, dann dürfte eine Täuschung im obigen Sinne vorliegen. Die Behörde kann den Verwaltungsakt gemäß § 48 Absatz 1 iVm Absatz 2 VwVfG für die Vergangenheit zurücknehmen. Soweit ein Verwaltungsakt für die Vergangenheit zurückgenommen wurde, sind bereits erbrachte Leistungen gemäß § 49 a VwVfG zu erstatten.

Insgesamt lässt sich damit festhalten, dass ein Verstoß gegen die Antidiskriminierungsklausel in der Selbsterklärung bei Kenntnis der Behörde im Entscheidungszeitpunkt dazu führt, dass der Antragsteller oder die Antragstellerin nicht berücksichtigt wird. Erlangt die Behörde erst nach der Förderung Kenntnis davon, dass die Selbsterklärung wahrheitswidrig unterschrieben wurde, kann sie den Verwaltungsakt gemäß § 48 Absatz 1 i.V.m. Absatz 2 Nr. 2 VwVfG zurücknehmen. Die erbrachte Leistung wäre dann durch den Leistungsempfänger oder die Leistungsempfängerin zu erstatten.

---

<sup>144</sup> *Battis*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage 2002 S. 35.

<sup>145</sup> *Kastner*, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, 5. Auflage 2021, VwVfG § 48 Rn. 46.

### 3. Verstoß gegen die Antidiskriminierungsklausel in den Zuwendungsbescheiden

Soweit ersichtlich, enthalten die Zuwendungsbescheide selbst keine Regelung, welche Folgen eine Verletzung der durch sie auferlegten Pflichten hat.

Somit ist auch hier auf die allgemeinen Regelungen des Verwaltungsverfahrensrechts nach den §§ 48 ff VwVfG zurückzugreifen.<sup>146</sup>

Sofern sich nach Erlass des Zuwendungsbescheids und Auszahlung der Förderung herausstellt, dass gegen die Vorgaben in dem Zuwendungsbescheid verstoßen wird, kommt der Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes gemäß § 49 Absatz VwVfG in Betracht.<sup>147</sup> Ist der Verwaltungsakt –wie im Fall eines Zuwendungsbescheides begünstigend –kann er unter den Voraussetzungen des § 49 Absatz 2 VwVfG für die Zukunft und unter den besonderen Voraussetzungen des Absatzes 3 auch mit Wirkung für die Vergangenheit widerrufen werden.

Gemäß § 49 Absatz 3 Satz 1 Nr. 2 VwVfG kann ein rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakt auch mit Wirkung für die Vergangenheit widerrufen werden, *„wenn mit dem Verwaltungsakt eine Auflage verbunden ist und der Begünstigte diese nicht oder nicht innerhalb einer ihm gesetzten Frist erfüllt hat.“*

Bei der Regelung in den Zuwendungsbescheiden handelt es sich verwaltungsrechtlich um eine Nebenbestimmung i. S. d. § 36 VwVfG, da sie akzessorisch an die Wirksamkeit der Bewilligungsentscheidung geknüpft ist und gemeinsam mit dieser aufgrund einer einheitlichen Behördenentscheidung erlassen wird.<sup>148</sup> Diese Nebenbestimmung dürfte sich wiederum als Auflage qualifizieren lassen. Denn der Förderungsempfängerin und dem Förderungsempfänger werden Verhaltensgebote und Handlungspflichten auferlegt. Diese erfüllen isoliert betrachtet die Merkmale eines Verwaltungsakts, was infolge der akzessorischen Verknüpfung durch die Behörde dann eine Qualifikation als Auflage i.S.v. § 36 Absatz 2 Nr. 4 VwVfG bedeutet.<sup>149</sup>

Kommt der Zuwendungsempfänger den Auflagen der Antidiskriminierungsklausel in den Zuwendungsbescheiden nicht nach, ist der Widerruf für die Vergangenheit gemäß § 49 Absatz 3 Satz 1 Nr. 2 VwVfG möglich. Dabei handelt es sich um eine Ermessensentscheidung der Behörde.

---

<sup>146</sup> Müller/Richter/Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht, 1. Auflage 2017, C I. 1. Rn 6.

<sup>147</sup> So auch Winterhoff/Henckel/Klatt, Fn. 7, S. 27.

<sup>148</sup> So auch Ingold, Fn. 97, S. 13.

<sup>149</sup> Vgl. Ingold, Fn. 97, S. 13.

Die Rechtsfolge des Widerrufs für die Vergangenheit ist ebenso wie für die Rücknahme für die Vergangenheit in § 49 a VwVfG geregelt. Die bereits erbrachten Leistungen sind zu erstatten.

## IV. Ergebnisse

### Zu Frage 1:

*Inwiefern ist*

- a) *die Aufnahme einer Antisemitismusklausel in die Förderrichtlinie der Senatsverwaltung für Kultur und*
- b) *eine damit verbundene Verpflichtung zu einer entsprechenden Erklärung seitens der Zuwendungsempfänger mit dem Grundgesetz, insbesondere mit der grundgesetzlich garantierten Freiheit der Kunst (Art. 5 Abs. 3 GG) vereinbar?*

### 1. Aufnahme einer Antisemitismusklausel in die Förderrichtlinie

Die Aufnahme der Antisemitismusklausel in die Förderrichtlinie stellt nach hier vertretener Ansicht einen (mittelbaren) Eingriff in die Kunstfreiheit aus Artikel 5 Absatz 3 GG dar. Dieser kann aktuell nicht gerechtfertigt werden, da es an einer gesetzlichen Rechtsgrundlage fehlt. Die Regelungen der Landeshaushaltsordnung in §§ 23, 44 Absatz 1 LHO enthalten keine Ermächtigung zur Einschränkung von Freiheitsrechten und genügen somit nicht den Anforderungen an ein Gesetz, das geeignet ist, die Kunstfreiheit einzuschränken.

Es spricht außerdem viel dafür, dass neben der Kunstfreiheit auch der allgemeine Gleichheitssatz aus Artikel 3 Absatz 1 GG durch die Ergänzung der Förderrichtlinie verletzt ist. Zunächst dürfte eine unangemessene Benachteiligung derjenigen Zuwendungsbewerber vorliegen, die die Anforderungen der Antidiskriminierungsklausel nicht erfüllen. Die vorgesehene Formulierung, dass nur Projekte gefördert werden, die sich „*aktiv gegen jedwede Diskriminierung und Ausgrenzung stellen und jede Form von Antisemitismus ablehnen*“ schließt auch inhaltsneutrale Projekte von der Förderung aus. Dies erscheint weder erforderlich noch verhältnismäßig. Darüber hinaus ist kein hinreichender Sachgrund ersichtlich, dass das Land Berlin ausschließlich im Kulturbereich entsprechende Anforderungen an Förderprojekte stellt, während vom Land Berlin geförderte Projekte in anderen Bereichen (z.B. Wissenschaft und Forschung oder Medizin) diese Anforderungen nicht erfüllen müssen.

Misst man die Förderrichtlinie an dem aus Artikel 20 Absatz 3 GG folgenden Bestimmtheitsgebot, so erfüllt sie die Anforderungen ebenfalls nicht hinreichend. Hinsichtlich der Begriffe „*vielfältige Gesellschaft*“, „*jedwede Diskriminierung und Ausgrenzung*“ sowie der Verhaltenspflicht des „*sich Entgegenstellens*“ bestehen

erhebliche Unwägbarkeiten, welche Anforderungen hiermit verbunden sind. Allein der unbestimmte Rechtsbegriff des „Antisemitismus“ erscheint hinreichend bestimmt.

## 2. Selbsterklärung

Das Erfordernis der hier zu prüfenden Selbsterklärung („*Ich/Wir bekennen uns zu einer vielfältigen Gesellschaft und stellen uns gegen jedwede Diskriminierung und Ausgrenzung sowie gegen jede Form von Antisemitismus*“) stellt keinen Eingriff in die Kunstfreiheit dar. Jedoch ist ein Eingriff in die Meinungsfreiheit aus Artikel 5 Absatz 1 Satz 1 GG zu bejahen. Artikel 5 Absatz 1 Satz 1 GG schützt auch davor, eine Meinung nicht äußern zu müssen. Mangels einer gesetzlichen Rechtsgrundlage kann dieser Eingriff derzeit nicht gerechtfertigt werden. Es bestehen außerdem Zweifel, ob ein Gesetz, das die Formulierung der Selbsterklärung wörtlich aufgreift, das Erfordernis eines „allgemeinen Gesetzes“ i.S.d. Artikel 5 Absatz 2 GG erfüllen würde, ebenso ob eine Bekenntnispflicht mit diesem konkreten Inhalt im Rahmen der Kulturförderung überhaupt durch Gesetz auferlegt werden könnte.

In Bezug auf das Gleichheitsgebot (Artikel 3 Absatz 1 GG) lassen sich die zu der Förderrichtlinie dargestellten Grundsätze übertragen. Jedenfalls mit Blick auf die aktuelle Formulierung der Klausel dürfte eine unangemessene Ungleichbehandlung anzunehmen sein. Bezüglich des Bestimmtheitsgebots des Artikel 20 Absatz 3 GG kann ebenfalls auf die Ausführungen zur Förderrichtlinie verwiesen werden, d.h. auch die Formulierung in der Selbsterklärung erscheint nicht mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar.

## 3. Aufnahme einer Antidiskriminierungsklausel in Zuwendungsbescheide

Die Antidiskriminierungsklausel in den Zuwendungsbescheiden stellt keinen Eingriff in die Kunstfreiheit aus Artikel 5 Absatz 3 Satz 1 GG dar. Wie bei der Selbsterklärung liegt aber ein nicht gerechtfertigter Eingriff in die Meinungsfreiheit aus Artikel 5 Absatz 1 Satz 1 GG vor. Darüber hinaus dürfte wie bei der Förderrichtlinie und der Selbsterklärung ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz vorliegen. Außerdem ist ein Großteil der gewählten Begriffe nicht mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar. Lediglich die in der Klausel für die Zuwendungsbescheide verwendeten Begriffe „*terroristische oder extremistische Vereinigungen*“ und „*Antisemitismus*“ dürften isoliert betrachtet mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar sein.



### Zu Frage 2:

*Inwiefern sind die Aufnahme einer Antisemitismusklausel in die Förderrichtlinien der Senatsverwaltung für Kultur und die damit verbundene Verpflichtung zu einer entsprechenden Erklärung seitens der Zuwendungsempfänger unter dem Aspekt der grundgesetzlich geschützten Menschenwürde (Art. 1 GG) sogar geboten?*

Aus der Menschenwürde ergibt sich für den Staat eine Schutzpflicht, Menschen gegen Angriffe auf die Menschenwürde zu schützen. Dem Gesetzgeber kommt bei der Wahrnehmung dieser Schutzpflicht ein weiter Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu, auf welche Weise und mit welchen Mitteln er diese Aufgabe erfüllt. Aufgrund dieses weiten Gestaltungsspielraums erscheint die Aufnahme einer Antisemitismusklausel in die Förderbedingungen zum Schutz der Menschenwürde nicht zwingend geboten. Ihre Aufnahme stellt sich vielmehr als politische Entscheidung dar, (auch) auf solchem Wege dem staatlichen Schutzauftrag aus Artikel 1 Absatz 1 GG nachzukommen.

### Zu Frage 3:

*Inwiefern ist es rechtlich praktikabel, es bei der konkreten Formulierung der Antisemitismusklausel bei einem offenen Rechtsbegriff „Antisemitismus“ zu belassen, d.h. keine spezielle Definition in die Klausel aufzunehmen und sich damit auf den Rechtsbegriff des Antisemitismus zu beschränken und den Rest der Rechtsanwendung, die die notwendige Unterscheidung im Einzelfall durchführt, zu überlassen (vgl. <https://www.lto.de/recht/meinung/m/gelder-foerdergelder-antisemitismus-meinung-kunstfreiheit/>)?*

Unbestimmte Rechtsbegriffe in Normen sind grundsätzlich zulässig, solange die durch das rechtstaatliche Bestimmtheitsgebot vorgegebenen Erfordernisse eingehalten werden. Bei der Verwendung des Rechtsbegriffs Antisemitismus dürften diese Erfordernisse auch ohne eine Definition gewahrt sein. Auch in einigen anderen Gesetzen wird der Begriff „antisemitisch“ verwendet, ohne dass dieser Begriff gesetzlich definiert wird (§ 46 Absatz 2 StGB, § 10 Absatz 1 Satz 3 StAG, § 2 LADG). Es dürfte daher rechtlich praktikabel sein, es bei dem Rechtsbegriff des Antisemitismus zu belassen.

Zu Frage 4:

*Inwiefern ist die Forderung einer Selbstverpflichtung der Zuwendungsempfänger, alles Notwendige zu veranlassen, um sicherzustellen, dass die gewährten Fördergelder keinen Vereinigungen zugutekommen, die als terroristisch und/oder extremistisch eingestuft werden, mit der grundgesetzlich garantierten Freiheit der Kunst (Art. 5 Abs. 3 GG) vereinbar und unter dem Aspekt des Staatsschutzes geboten?*

Dieser Teil der Antidiskriminierungsklausel stellt weder eine staatliche Bewertung eines Kunstprojekts dar, noch bewirkt er indirekt eine negative Wirkung auf das künstlerische Schaffen. Es liegt damit kein Eingriff in die Kunstfreiheit aus Artikel 5 Absatz 3 GG vor.

Die Aufnahme dieser Verpflichtung ist dem Staatsschutz zwar förderlich, geboten ist sie jedoch nicht. Der erforderliche Schutz des Staates obliegt vornehmlich den auf gesetzlicher Grundlage eingerichteten Nachrichtendiensten und wird zudem mittels der Staatsschutzvorschriften im Strafgesetzbuch gewährleistet. Darüber hinaus erscheint es auch fraglich, inwieweit die Pflicht zum Staatsschutz (privaten) Einzelpersonen auferlegt werden kann, da der Staatsschutz zuvorderst eine Aufgabe staatlicher Organe ist.

Zu Frage 5:

*Mit welchen Konsequenzen müssen Zuwendungsempfänger bei Verstoß gegen die Förderrichtlinien der Kulturverwaltung respektive bei Verstoß gegen die Antisemitismusklausel rechnen?*

Unter der Annahme einer rechtmäßigen Antidiskriminierungsklausel ergeben sich folgende Konsequenzen eines Verstoßes:

Ein Verstoß gegen die Antidiskriminierungsklausel in der Förderrichtlinie führt dazu, dass das Projekt nicht gefördert wird, weil es den Vorgaben nicht entspricht.

Ein Verstoß gegen die Antidiskriminierungsklausel in der Selbsterklärung respektive eine Nichtabgabe führt ebenfalls zu einer Nichtberücksichtigung bei der Förderentscheidung, da es an einem für die Förderung erforderlichen Dokument fehlt.

Sofern sich erst nach einer positiven Förderentscheidung herausstellt, dass der Zuwendungsempfänger die Selbsterklärung wahrheitswidrig unterschrieben hat, kann die Behörde den Zuwendungsbescheid gemäß § 48 VwVfG zurücknehmen. Da es sich bei der wahrheitswidrigen Unterzeichnung der Selbsterklärung um eine Täuschung handeln dürfte, kommt eine Rücknahme mit Wirkung für die Vergangenheit gemäß § 48 Absatz 1

i.V.m. Absatz 2 VwVfG in Betracht. Die erbrachten Leistungen sind in diesem Fall gemäß § 49 a VwVfG zu erstatten.

Bei einem Verstoß gegen die Antidiskriminierungsklausel in den Zuwendungsbescheiden kommt der Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes auch mit Wirkung für die Vergangenheit gemäß § 49 Absatz 1 i.V.m. Absatz 3 VwVfG in Betracht. Dabei handelt es sich um eine Ermessensentscheidung. Entscheidet sich die Behörde für einen solchen Widerruf, sind gemäß § 49 a VwVfG die erbrachten Leistungen zu erstatten.

\* \* \*