

Stellungnahme

zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung
der Landeshaushaltsordnung
Schleswig-Holstein (Drs. 20/2321)

vorgelegt von

Prof. Dr. Ralf Poscher
Direktor der Abteilung Öffentliches Recht des
Max-Planck-Instituts zur Erforschung von
Kriminalität, Sicherheit und Recht,
Honorarprofessor
an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

unter Mitarbeit von
Dr. Sarah Katharina Stein und André Bartsch

November 2024

A. Neuregelungsanlass	3
B. Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN .. 3	
I. Vereinbarkeit von § 44 Abs. 1 S. 5 und 6 LHO-E mit Art. 5 Abs. 1 GG – Meinungsfreiheit.....	4
1. Betroffenheit des Schutzbereich	4
2. Eingriff in die Meinungsfreiheit	6
3. Rechtfertigung des Eingriffs.....	9
(I) Art. 5 Abs. 2 GG: Keine Wahrung der Schranke des allgemeinen Gesetzes.....	9
(II) Verstoß gegen Bestimmtheitsgebot.....	12
4. Zwischenergebnis	17
II. Vereinbarkeit von § 44 Abs. 1 S. 5 LHO-E mit Art. 5 Abs. 3 GG – Kunst- und Wissenschaftsfreiheit	17
1. Betroffenheit der Schutzbereiche.....	17
2. Eingriff in die Freiheit von Kunst und Wissenschaft	18
3. Keine Rechtfertigung der Eingriffe	22
III. Vereinbarkeit von § 44 Abs. 1 S. 5 LHO-E mit Art. 3 Abs. 3 GG.....	22
1. Verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung	22
2. Keine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	23
IV. Verfassungskonforme Auslegung?	24
V. Ergebnis	25
C. Änderungsantrag der SSW-Fraktion.....	26
D. Änderungsantrag der FDP-Fraktion	26
E. Wesentliche Ergebnisse	27

A. Neuregelungsanlass

Das Land Schleswig-Holstein sieht die Förderung von Kultur als Kernaufgabe des demokratischen Gemeinwesens und schützt und fördert Kunst, Wissenschaft, Forschung und Lehre (Art. 13 Abs. 1 VerfSH). Die Förderung von Kultur, Sport, Erwachsenenbildung, des Büchereiwesens und der Volkshochschulen wird als Aufgabe dem Land, den Gemeinden und Gemeindeverbänden zugewiesen (Art. 13 Abs. 3 VerfSH). Die im Rahmen dieses Verfassungsauftrags vorgenommene Kulturförderung erfolgte bisher durch die Anwendung unterschiedlicher Richtlinien verschiedener Ressorts unter Anwendung von Antidiskriminierungsklauseln. Für die Vergabe von Mitteln aus dem Landeshaushalt soll nun mit den neuen Sätzen 5 und 6 des § 44 Abs. 1 Landeshaushaltsordnung eine einheitliche, formelle und gesetzliche Grundlage geschaffen werden, die es zuwendenden Stellen ermöglicht, die Gewährung von Zuwendungen unter die Voraussetzung der Abgabe einer Antidiskriminierungserklärung zu stellen. Zusammen mit Nr. 4.1 der Richtlinie für die Gewährung von Zuwendungen zur Förderung von Kulturprojekten kann sodann von einer ansonsten zu gewährenden Förderung abgesehen werden, wenn die Antidiskriminierungsklausel nicht unterzeichnet wird oder sonst bekannt ist, dass die Zuwendungsempfängerin oder der Zuwendungsempfänger sich nicht zu einer vielfältigen Gesellschaft bekennt und gegen jedwede Diskriminierung und Ausgrenzung stellt und jede Form von Antisemitismus ablehnt.

Die Einführung eines solchen möglichen Zuwendungsvorbehalts trifft auf verfassungsrechtliche Bedenken, die im Folgenden dargestellt werden.

B. Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Der Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN versucht den politischen Wunsch umzusetzen, Landeshaushaltsgelder nicht im Rahmen einer finanziellen Förderung von Zuwendungsempfängerinnen und Zuwendungsempfängern zu verwenden, die sich nicht zu einer vielfältigen Gesellschaft bekennen und gegen jede Form von Antisemitismus und Diskriminierung stellen. Angriffspunkt der Neuregelung ist mithin nicht vergangenes oder zukünftiges projektbezogenes Verhalten, wie etwa die Vergabe von Unteraufträgen ohne Verstöße gegen das Antidiskriminierungsrecht. Auch wird nicht an den Inhalt der zu fördernden Kunst, Kultur oder Wissenschaft angeknüpft und festgelegt, dass dieser den genannten Werten

entsprechen müsse und daher nicht die Grenzen der Meinungsfreiheit, Kunstfreiheit oder Wissenschaftsfreiheit verlasse. Die Norm soll gar nicht auf das Verhalten der Zuwendungsempfängerinnen und Zuwendungsempfänger einwirken, sondern greift allein auf der Ebene der inneren Haltung ein, die diese gegenüber Diskriminierung, Antisemitismus und einer offenen Gesellschaft einnehmen. Die Norm verlangt mithin nicht gesetzestreu Verhalten, sondern eine bestimmte Gesinnung von den Zuwendungsempfängerinnen und Zuwendungsempfängern.

Mit dem in der Drucksache 20/2321 formulierten § 44 Abs. 1 LHO-E gelingt die Neuregelung der Vergabe von Fördermitteln nicht in verfassungsgemäßer Weise, da dem Grundgesetz die Sanktionierung von politischen Gesinnungen allein aufgrund ihres geistigen Inhalts fremd ist und der Entwurf darüber hinaus auch erhebliche Bestimmtheitsmängel aufweist.

I. Vereinbarkeit von § 44 Abs. 1 S. 5 und 6 LHO-E mit Art. 5 Abs. 1 GG – Meinungsfreiheit

Die Gesetzesbegründung geht zu Recht davon aus, dass die geplante Neuregelung in die Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG eingreift. Anders als die Gesetzesbegründung annimmt, genügen § 44 Abs. 1 S. 5 und 6 LHO-E aber den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Eingriffsrechtfertigung nicht.

1. Betroffenheit des Schutzbereich

§ 44 Abs. 1 S. 5 und 6 LHO-E erlauben staatlichen Stellen, Zuwendungen davon abhängig zu machen, dass sich Zuwendungsempfängerinnen und Zuwendungsempfänger „zu einer vielfältigen Gesellschaft bekennen und gegen jedwede Diskriminierung und Ausgrenzung stellen und jede Form von Antisemitismus ablehnen“ und dass sie eine Erklärung über diese Haltung abgeben. Die Regelung zielt daamit auf Meinungen der Zuwendungsempfängerinnen und Zuwendungsempfänger zu offenen Gesellschaften, Diskriminierungen und Antisemitismus ab. Damit ist der sachliche Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 GG betroffen, der nicht nur das Haben von Meinungen, sondern als negative Meinungsfreiheit auch das Recht umfasst, keine eigene Meinung bilden, äußern oder verbreiten zu müssen,

BVerfGE 95, 173 (182); *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, 18. Aufl. 2024, Art. 5 Rn. 15; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 39.

Aufl. 2023, Rn. 765; *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 104. EL April 2024, Art. 5 Abs. 1 Rn. 95; *Merten* DÖV 1990, 761; *Merten*, in: ders./Papier HGR § 42 Rn. 90 ff.

Die Betroffenheit des Schutzbereichs ist auch nicht etwa dadurch ausgeschlossen, dass die Regelung lediglich Meinungen betrifft, die Wertungen des Grundgesetzes diametral entgegenlaufen. Die Meinungsfreiheit erfasst auch solche Meinungen, deren Inhalte irrational oder verfassungswidrig sind. Denn das Grundgesetz gewährt auch solchen Meinungen den grundrechtlichen Schutz aus Art. 5 Abs. 1 GG, die nicht mit seinen Werten korrespondieren. Es vertraut auf „die Kraft der freien Auseinandersetzung als wirksamste Waffe auch gegen die Verbreitung totalitärer und menschenrechtsverachtender Ideologien“

BVerfGE 33, 1 (15); 54, 129 (139); 61, 1 (7); 90, 241 (247); 93, 266 (289); 124, 300 (320 f.); BVerfG NVwZ 2016, 761 (762); *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 39. Aufl. 2023, Rn. 198, 756; *Möllers*, Grundrechtliche Grenzen und grundrechtliche Schutzgebote staatlicher Kulturförderung (Gutachten 2023), S. 32; *Klausmann*, Meinungsfreiheit und Rechtsextremismus, S. 103; *Paulus*, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. 2024, Art. 5 Rn. 75; anders hingegen *Ludyga*, NJW 2023, 713.

Das Grundgesetz ist hingegen auch nicht naiv. Wenn das Vertrauen des Grundgesetzes darin, dass sich irrationale und extremistische Meinungen in der demokratischen Auseinandersetzung abschleifen, enttäuscht wird und die Ansichten sich zu kämpferischen Haltungen verfestigen und besonders auch institutionalisieren, erlaubt es auch, gegen entsprechende kämpferische Verhärtungen unter hohen verfahrensrechtlichen Anforderungen vorzugehen (Art. 9 Abs. 2 GG, Art. 18 GG und Art. 21 Abs. 2, 4 GG). Aber es erlaubt ein solches Vorgehen auch erst dann. Das Grundgesetz hat das Konzept der wehrhaften Demokratie,

Begriff nach *Loewenstein*, *Militant Democracy and Fundamental Rights*, 31 *American Political Science Review* 3 (1937), 417 ff., 638 ff.; das Bundesverfassungsgericht spricht insofern von einer „streitbaren Demokratie“, BVerfGE 5, 85 (139); BVerfGE 80, 244 (253),

nicht so umgesetzt, dass es bestimmte Meinungsinhalte bereits aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit ausschließt. Dies hat das Bundesverfassungsgericht selbst im Hinblick auf nationalsozialistisches Gedankengut noch

einmal ausdrücklich betont: „Insbesondere kennt das Grundgesetz kein allgemeines antinationalsozialistisches Grundprinzip, das ein Verbot der Verbreitung rechtsradikalen oder auch nationalsozialistischen Gedankenguts schon in Bezug auf die geistige Wirkung seines Inhalts erlaubte“,

BVerfGE 124, 300 (Rn. 67).

Potenzielle private Förderungsempfängerinnen und Förderungsempfänger unterfallen auch dem persönlichen Schutzbereich der Meinungsfreiheit. § 44 Abs. 1 S. 5 und 6 LHO-E geben keinen Anlass, auf die Grundrechtsfähigkeit von öffentlichen Kulturinstitutionen wie öffentlichen Museen, Opernhäusern, etc. einzugehen. Deren Finanzierung erfolgt in der Regel durch die Zuweisung von Haushaltsmitteln durch den betreibenden Verwaltungsträger. Diese rechtsträgerinternen Haushaltszuweisungen unterfallen nicht dem Zuwendungsbegriff des § 23 LHO S-H, auf den § 44 Abs. 1 S. 5, 6 LHO-E verweist, und sind daher nicht von dem Entwurf erfasst,

vgl. zur parallelen Vorschrift in § 23 BHO: *von Lewinski/Burbat*, Bundeshaushaltsordnung, 2013, § 23 Rn. 22. Zur ausführlichen Darstellung siehe *Möllers*, Gutachten 2023, S. 11 ff.

Für private Zuwendungsempfängerinnen und Zuwendungsempfänger betreffen § 44 Abs. 1 S. 5 und 6 LHO-E Verhalten, das in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 GG fällt.

2. Eingriff in die Meinungsfreiheit

§ 44 Abs. 1 S. 5 und 6 LHO-E greifen auch in die Meinungsfreiheit potentieller Zuwendungsempfänger ein.

Nach dem klassischen Eingriffsbegriff ist ein Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts dann gegeben, wenn eine finale, unmittelbare, rechtsförmige und imperative Beschränkung eines Verhaltens, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, vorliegt.

Statt vieler: *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 39. Aufl. 2023, Rn. 335.

Darüber hinaus wurde der Eingriffsbegriff zum modernen Eingriff hin erweitert. Dieser setzt für das Vorliegen eines Eingriffs voraus, dass ein in den

Schutzbereich fallendes Verhalten durch ein dem Staat zurechenbares Verhalten ganz oder teilweise unmöglich gemacht oder erschwert oder mit Nachteilen belastet wird,

statt vieler: *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 39. Aufl. 2023, Rn. 339; *Bruckert/Zimmermann*, JuS 2024, 415, 416.

Für die Meinungsfreiheit ist Letzteres besonders dann der Fall, wenn die Ausübung der Meinungsfreiheit mit einer nachteiligen Rechtsfolge verknüpft wird,

BVerwG Urt. v. 20.1.2022 – 8 C 35.20 = NVwZ 2023, 169, Rn. 19.

§ 44 Abs. 1 S. 5 und 6 LHO-E knüpfen an die mangelnde Zustimmung zu einer offenen Gesellschaft und Ablehnung von jedweder Diskriminierung, Ausgrenzung und Form von Antisemitismus an und ggf. auch an die mangelnde Äußerung entsprechender Meinungen, die negative Konsequenz des Ausschlusses der chancengleichen Teilhabe an staatlichen Förderprogrammen, auf die nach Art. 3 Abs. 1 GG jedenfalls ein grundrechtlicher Anspruch besteht.

Dass in dem Ausschluss von Teilhabeansprüchen, der an die Ausübung von Freiheitsrechten anknüpft, ein Nachteil liegt, der einen Grundrechtseingriff in die betroffenen Freiheitsrechte begründet, ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Grundrechten im Sozialrecht ganz anerkannt. In der Entscheidung zu Sanktionen im Sozialrecht hat das Gericht konzeptionell unterschieden zwischen der Leistungsgewährung bzw. -ausgestaltung, dem Auferlegen zusätzlicher Pflichten und deren Sanktionierung bzw. Durchsetzung,

BVerfGE 152, 6; hierzu *Wallrabenstein*, in: Kahl/Ludwigs, Handbuch des Verwaltungsrechts I, 2021, § 19 Rn. 28; auch: *Müller*, JZ 2023, 39, 42.

Die im Sozialrecht etablierten Mitwirkungspflichten werden als eigenständige Grundrechtseingriffe in die Handlungsfreiheit der Bürger angesehen,

BVerfGE 152, 68 (Rn. 128).

Dies spiegelt sich auch in einer neueren Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts wider, die im Falle einer Pedelec-Förderung die Verpflichtung

zur Abgabe einer Distanzierungserklärung gegenüber Scientology als Eingriff in die Religionsfreiheit des Art. 4 Abs. 1 GG angesehen hat. Auch hier liegt der Grundrechtseingriff in das Freiheitsrecht in dem Ausschluss von einem Teilhaberecht.

BVerwGE 175, 199 Rn. 20; vgl. zum Ausschlusses von einer kommunalen Leistung aufgrund der Unterstützung der BDS-Kampagne BVerwGE 174, 367 Rn. 19.

Die religiösen Überzeugungen der Antragsteller stehen in keinem sachlichen, internen Zusammenhang mit dem Zweck der Fördermaßnahme. In dem Ausschluss von dem Recht auf chancengleiche Teilhabe nach sachgerechten Kriterien liegt daher ein Eingriff in die Religionsfreiheit. § 44 Abs. 1 S. 5 und 6 LHO-E sehen nun im Hinblick auf die Meinungsfreiheit eine entsprechende Nachteilszufügung vor und ordnen sie nicht nur für eine bestimmte Fördermaßnahme an, sondern erstrecken sie auf alle Fördermaßnahmen des Landes.

So im Ergebnis auch die Gesetzesbegründung LTDRs, 20/2321, S. 3.

Soweit das Vorliegen eines Eingriffs mit dem Hinweis darauf bestritten wird, dass die Nichtgewährung der fraglichen Förderung keine negative Konsequenz darstellt, weil kein Anspruch auf die einzelnen Fördermaßnahmen besteht,

Ewer/Thienel, Rechtsgutachten zur Verfassungsmäßigkeit einer Antidiskriminierungsklausel im Bereich der Kulturförderung, 2024, S. 11 f., die im Ausschluss von der Förderung keinen Eingriff sehen; ebenso *Drechsler*, NdsVbl. 2023, 6, 8 ff.

ist daran zutreffend, dass Freiheitsrechte in der Regel nicht dadurch verletzt werden, dass der Staat bestimmte Fördermaßnahmen nicht einrichtet oder abschafft. Daraus folgt jedoch nicht, dass dies auch für den Ausschluss von Fördermaßnahmen gilt, die der Staat eingerichtet hat und weiterhin anbietet. Mit der Einrichtung einer Fördermaßnahme entsteht aus Art. 3 Abs. 1 GG ein Anspruch auf chancengleiche Teilhabe an der Maßnahme nach sachlichen Kriterien.

Vgl. bereits *Ingold*, DÖV 2015, 13 (15 f.); allgemein *Suhr*, RPhZ 2024, 141 (143 ff.) m.w.N.; *Kingreen*, in: Bonner Kommentar GG, 202. EL Februar 2020, Art. 3 Abs. 3 Rn. 303 ff.

Auch das Bundesverfassungsgericht erkennt Teilhaberecht an, vgl. etwa BVerfGE 147, 253 (Rn. 103 ff.).

Der in § 44 Abs. 1 S. 5 und 6 LHO-E liegende Eingriff besteht nicht darin, dass bestimmte Fördermaßnahmen nicht vorgesehen werden, sondern darin, dass die Ausübung der Meinungsfreiheit potentieller Fördergeldempfänger mit dem Nachteil verknüpft wird, dass ihr Recht auf chancengleiche Teilhabe an bestehenden Fördermaßnahmen ausgeschlossen wird.

3. Rechtfertigung des Eingriffs

(I) Art. 5 Abs. 2 GG: Keine Wahrung der Schranke des allgemeinen Gesetzes

Für Eingriffe in die Meinungsfreiheit besteht der Gesetzesvorbehalt des allgemeinen Gesetzes des Art. 5 Abs. 2 GG. Ein allgemeines Gesetz ist eines, das sich nicht gegen die Meinungsäußerung als solche und nicht gegen spezifische Meinungen wendet, sondern stattdessen zum Schutze eines auch sonst in der Rechtsordnung geschützten Rechtsgutes besteht,

BVerfGE 124, 300 (322); st. Rspr.

§ 44 Abs. 1 S. 5 und 6 LHO-E wenden sich hingegen gegen Ansichten, die Diskriminierung und Antisemitismus befürwortend gegenüberstehen und eine vielfältige Gesellschaft ablehnen. Sie wenden sich gegen Meinungen allein wegen ihres geistigen Inhalts. § 44 Abs. 1 LHO-E ist nicht meinungsneutral und daher kein allgemeines Gesetz im Sinn von Art. 5 Abs. 2 GG.

So auch *Ewer/Thienel*, Rechtsgutachten zur Verfassungsmäßigkeit einer Antidiskriminierungsklausel im Bereich der Kulturförderung, 2024, S. 25.

Eine Rechtfertigung des mit § 44 Abs. 1 S. 5 und 6 LHO-E verbundenen Eingriffs in die Meinungsfreiheit scheidet bereits daran, dass die Neuregelung die Anforderungen des qualifizierten Gesetzesvorbehalts in Art. 5 Abs. 2 GG nicht wahrt.

Vgl. BVerwGE 174, 367 Rn. 20 f., das den Ausschluss von einer kommunalen Leistung wegen der Unterstützung der BDS-Kampagne ebenfalls aufgrund eines Verstoßes gegen Art. 5 Abs. 2 GG für verfassungswidrig erachtet hat. Die verfassungsrechtlichen Regelungen zur Staatsangehörigkeit, Art. 116 GG, und zum Berufsbeamtentum, Art. 33 Abs. 5 GG,

denen besondere Loyalitätspflichten für die Tätigkeit als Beamter oder den Erwerb der Staatsangehörigkeit entnommen werden und die insoweit eine Sonderregelung gegenüber Art. 5 Abs. 2 GG darstellen, waren in dem vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Fall wie auch hier offensichtlich nicht einschlägig.

Soweit einzelne Stimmen in der Literatur annehmen, dass neben der Schrankentrias aus Art. 5 Abs. 2 GG auch kollidierendes Verfassungsrecht als Schranke der Meinungsfreiheit herangezogen werden könne und sich dafür die Wunsiedel-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts anführen ließe,

z.B. *Paulus*, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. 2024, Art. 5 Rn. 272; auch kritisch, aber im Ergebnis für kollidierendes Verfassungsrecht als Schranke *Sodan*, in: ders., GG, 5. Aufl. 2024, Art. 5 Rn. 32.

verkennen sie die durch das Gericht selbst mit allem Nachdruck unterstrichene Singularität der Entscheidung.

BVerfGE 124, 300 (331).

Die Entscheidung bildet eine Ausnahme, die dem Bundesverfassungsgericht einzig im Hinblick auf das nationalsozialistische Unrecht und die nationalsozialistischen Gräueltaten geboten erschien. Nicht nur aufgrund ihrer methodischen Zweifelhaftigkeit, sondern gerade auch nach dem ausdrücklich bekundeten Willen des Gerichts selbst, eignet sie sich nicht zu einer verallgemeinernden Nivellierung der Schranke des allgemeinen Gesetzes.

Kingreen/Poscher, Grundrechte, 39. Aufl. 2023, Rn. 805 f. m.w.N. in Fn. 107; *Schemmer*, in: Epping/Hillgruber, GG, 59. Ed. 15.9.2024, Art. 5 Rn. 99.4; im Ergebnis auch: *Kaiser*, in: Dreier, GG, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 1 Rn. 138; *Augsberg/Höfling*, JZ 2010, 1088, 1091; deutlich: *Jestaedt* in Meriten/Papier HGR, Bd. IV, 2011, § 102, Rn. 65; *Hong*, DVBl. 2010, 1267 (1270); kritisch: *Hörnle*, JZ 2010, 310, 311; *Grabenwarter*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 104. EL April 2024, Art. 5 Abs. 1, Rn. 137.

Selbst wenn man davon ausginge, dass kollidierendes Verfassungsrecht die Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG einschränken könnte, liegt kein solches vor. Wenn zum Teil kollidierendes Verfassungsrecht daraus abgeleitet wird, dass sich aus Art. 3 Abs. 3 GG eine verfassungsrechtliche Pflicht für den Staat ergebe, bestimmte Diskriminierungen, wie etwa antisemitische, nicht zu fördern und in diesem Förderverbot die Legitimation für Regelungen wie § 44 Abs. 1 S. 5 und 6 LHO-E gesehen wird,

Möllers, Gutachten 2023, S. 29 ff.; *ders.* Gutachten 2024, S. 20,

geht die Argumentation gleich mehrfach fehl.

Nicht fehl geht sie darin, dass Art. 3 Abs. 3 GG dem Staat verbietet, Diskriminierungen der dort bezeichneten Art zu fördern. Der Staat dürfte etwa kein Programm zur Förderung des Antisemitismus auflegen. Fehl geht der Gedanke aber, wenn angenommen wird, dass dem Staat damit auch verboten wird, Privaten Räume zu eröffnen, die der Ausübung grundrechtlicher Freiheit dienen, die selbst nicht an Grundrechte gebunden ist. Wenn der Staat Freiheitsräume eröffnet, ist ihm die Ausübung grundrechtlicher Freiheit nicht als eigenes Handeln zuzurechnen. Dies erkennt auch *Möllers*, Gutachten 2023, S. 8 ff., ausdrücklich an.

So ist der Staat bei der finanziellen Förderung von Parteien und Vereinigungen nicht dergestalt gebunden, dass er seine finanziellen Mittel nur solchen Empfängern zur Verfügung stellen darf, die dann selbst wiederum alle politischen Anschauungen, Religionen etc. gleichwertig fördern. Der Verantwortungsbereich des grundrechtsgebundenen Staates endet dort, wo er Grundrechtsträgerinnen und Grundrechtsträgern Freiheitsspielräume einräumt, die diese in eigener Verantwortung und Freiheit ausfüllen.

Vgl. für die mittelbare Drittwirkung *Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 339; für die mittelbare Diskriminierung: *Vrhovac*, Mittelbare Diskriminierung, 2021, S. 147.

Der Schluss von der verfassungsrechtlichen Pflicht, selbst keine Diskriminierungen im Sinn von Art. 3 Abs. 3 GG vorzunehmen, auf eine verfassungsrechtliche Pflicht, Diskriminierungen durch Grundrechtsträger zu verhindern, ist ein klassisches Non-sequitur.

Der weitere Fehler der Überlegung besteht darin, dass es – anders als es in der Argumentation erscheint – keiner besonderen verfassungsrechtlichen Absicherung des Antisemitismus bedarf, damit der Staat Maßnahmen gegen ihn ergreifen darf.

Vgl. *Möllers*, Gutachten 2024, S. 6, 20, der wiederholt auf die „verfassungsrechtliche Absicherung“ der Bekämpfung des Antisemitismus als kulturpolitisches Ziel rekurriert.

Der demokratische Gesetzgeber ist grundsätzlich frei, sich politische Ziele zu setzen und zu verfolgen. Die Grundrechte haben nicht die positive Funktion,

politische Zwecksetzungen zu legitimieren, sondern lediglich die negative, dem Staat bei der Verfolgung seiner Zwecke einige Schranken zu setzen, d. h. der Zweckverfolgung einen grundrechtlichen Rahmen zu geben. Es ist nicht so, dass Art. 3 Abs. 3 GG die gegen Diskriminierung gerichteten Maßnahmen des Staates legitimiert oder gar legitimieren müsste; nur andersherum wird ein Schuh daraus: Art. 3 Abs. 3 GG begrenzt die Mittel, derer sich der Staat bedienen darf, wenn er gegen Diskriminierungen vorgehen will. Dazu hat er eine Fülle von Möglichkeiten – angefangen von der schulischen Bildung bis hin zur politischen Aufklärung und auch der Förderung entsprechender Initiativen und vor allem durch den Schutz vor diskriminierendem Handeln, wie er etwa durch das allgemeine Gleichstellungsgesetz oder Straftatbestände den der Volksverhetzung gewährleistet wird. Die demokratische Legitimation entsprechender gesetzlicher Maßnahmen ist ganz ausreichend; durch das Verfassungsrecht sind sie weder vorgegeben, noch bedarf es einer solchen Vorgabe.

Ein dritter Fehler des Arguments liegt darin, dass selbst wenn dem Grundgesetz eine Pflicht oder ein Staatsziel entnommen werden könnte, gegen Antisemitismus und andere Formen der Diskriminierung vorzugehen, diese Pflicht nur im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben umgesetzt werden dürfte. Auch das Staatsziel des Schutzes der natürlichen Lebensgrundlagen, Art. 20a GG, berechtigt nicht zu entschädigungslosen Enteignungen, sondern kann nur unter Beachtung von Art. 14 Abs. 3 GG umgesetzt werden. Ebenso dient der Vorbehalt des allgemeinen Gesetzes als Schranke der staatlichen Bestrebungen zum Schutz vor Diskriminierung, selbst wenn sich ein entsprechendes Ziel oder gar eine entsprechende Pflicht im Grundgesetz verorten ließe. Verfassungsrechtliche Zweckvorgaben lassen sich nicht zur Überwindung der Qualifikationen der Gesetzesvorbehalte instrumentalisieren.

(II) Verstoß gegen Bestimmtheitsgebot

Der Gesetzentwurf verstößt nicht nur wegen der Verletzung der Anforderungen des Gesetzesvorbehalts aus Art. 5 Abs. 2 GG gegen das Grundgesetz, sondern auch wegen der Missachtung des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots, das auch für Eingriffe in die Meinungsfreiheit gilt.

Der Bestimmtheitsgrundsatz folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip und erfordert, dass Normen derart bestimmt sind, dass die Adressatinnen und Adressaten ihr Verhalten an die Erfordernisse der Norm anpassen können. Daher müssen Normen so formuliert sein, dass die Folge der Regelung vorhersehbar und berechenbar ist.

BVerfGE 31, 255 (264); 37, 132 (142); 45, 400 (420); 52, 1 (41); 56, 1 (12); 62, 169 (183); 78, 205 (212); 83, 130 (145); 84, 133 (149); 87, 234 (263); 108, 52 (75); 110, 33 (53 f.).

Das Erfordernis einer möglichst bestimmten Norm steht in einem Spannungsverhältnis zur Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers. Daher muss eine Norm aufgrund des Bestimmtheitsgrundsatzes nicht vollständig bestimmt sein, sondern es muss ein Ausgleich mit der Typisierungsbefugnis gefunden werden. Für das verfassungsrechtlich erforderliche Maß der Bestimmtheit von Eingriffsgesetzen sind die Eingriffsintensität der Norm und die sachlichen Eigenarten des Regelungsgegenstandes von besonderer Bedeutung.

Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 104. EL April 2024, Art. 20 Rn. 60 f.; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, 18. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 83; *Kotzur*, in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 148 f.; *Sommermann*, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 289.

An eingriffsintensive Gesetze in grundrechtlich sensiblen Regelungsbereichen sind erhöhte Bestimmtheitsanforderungen zu stellen.

Die Meinungsfreiheit, in die § 44 Abs. 1 LHO-E eingreift, hat nicht nur Bedeutung für die individuelle Selbstentfaltung, sondern sie ist auch die Grundlage der kollektiven freiheitlich demokratischen Selbstbestimmung.

BVerfGE 7, 198 (208); 62, 230 (247); 76, 196 (208 f.), st. Rspr.

Jedenfalls dann, wenn sich Eingriffe in die Meinungsfreiheit, wie der mit § 44 Abs. 1 LHO-E verbundene, gegen politische Meinungsäußerungen richten, sind beide Dimensionen des Grundrechts betroffen. Angesichts der für eine freiheitliche Demokratie grundlegenden Funktion der Meinungsfreiheit ist die Eingriffsintensität von § 44 Abs. 1 LHO-E bereits deshalb als hoch zu bewerten.

Dem hat die Bestimmtheit der Norm Rechnung zu tragen. Gerade wenn Grundrechtsträgerinnen und Grundrechtsträger aufgrund der Unbestimmtheit der Beschränkung ihrer Meinungsfreiheit unsicher sein müssen, welche

Grundrechtsausübung mit staatlichen Sanktionen verknüpft wird, ist zu befürchten, dass die Regelungen mit Einschüchterungseffekten verbunden sind, die weit über den angestrebten Zweck hinausgehen und die demokratische Willensbildung nachhaltig verzerren.

Zur grundrechtlichen Bedeutung von Einschüchterungseffekten BVerwG, Urt. v. 25.10.2017 – 6 C 46/16 = NJW 2018, 716 (720, Rn. 32); vgl. auch BVerfGE 122, 342 (368 ff.); 125, 260 (335).

Die Einschüchterungseffekte werden für § 44 Abs. 1 LHO-E noch dadurch verstärkt, dass die von ihm erfassten Förderentscheidungen den Aufhebungsregeln des allgemeinen Verwaltungsrechts unterliegen. Sollte nach einer positiven Förderentscheidung, die auf einer Anwendung von § 44 Abs. 1 LHO-E beruht, ein früheres oder späteres Verhalten bekannt werden, das auf eine andere als die vom Gesetz verlangte Haltung schließen lässt, könnte das Zweifel an der Aufrichtigkeit einer Haltung oder eines Bekenntnisses zum Zeitpunkt der Beantragung begründen. Die Zweifel könnten zur Rücknahme des Förderbescheids nach § 116 LVwG-SH (der im Wortlaut § 48 VwVfG entspricht) führen, wenn sie sich bei der Behörde zu einer Überzeugung verdichten. Dabei ist nach § 116 Abs. 2 LVwG-SH zu beachten,

Schoch, in: ders./Schneider, VwVfG, 4. EL November 2023, § 48 Rn. 125 ff.; *Müller*, in: Bader/Ronellenfitsch, VwVfG, 64. Ed. 1.4.2024, § 48 Rn. 47 ff.; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/ders., VwVfG, 10. Aufl. 2022, § 48 Rn. 127 ff.

dass sich die Rechtswidrigkeit eines zuwendungsgewährenden Verwaltungsakts daraus ergibt, dass er durch „unrichtige Anwendung bestehender Rechtssätze zu Stande gekommen ist“,

BVerwG NVwZ 2003, 1384; ThürOVG ThürVBl 2004, 241 (242).

Das ist besonders dann der Fall, wenn die Voraussetzungen der Rechtsgrundlage für den Erlass eines Verwaltungsaktes nicht vorgelegen haben.

Schoch, in: ders./Schneider, VwVfG, 4. EL November 2023, § 48 Rn. 81; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/ders., VwVfG, 10. Aufl. 2022, § 48 Rn. 53.

Da es sich bei der mit § 44 Abs. 1 LHO-E statuierten Fördervoraussetzung um eine innere Tatsache handelt, werden die Behörden dann davon ausgehen

müssen, dass Betroffene die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes i.S.d. § 116 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 LVwG-SH kannten und durch unrichtige Angaben i.S.d. § 116 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 LVwG-SH erwirkt haben. In diesem Fall liegt eine Rückforderung im Ermessen der fördernden Behörde, welches jedoch gerade auch in der Rechtsprechung als intendiertes Ermessen verstanden wird.

OVG Münster, Urteil vom 25.11.1996 - 25 A 1950/96 = NVwZ-RR 1997, 585 (586); OVG Bautzen NVwZ-RR 2021, 410 Rn. 35 f.; *Ramsauer*, in: Kopp/ders., VwVfG, 25. Aufl. 2024, § 48 Rn. 127d; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/ders., VwVfG, 10. Aufl. 2022, § 48 Rn. 165-173; anders: *Schoch*, in: ders./Schneider, VwVfG, 4. EL November 2023, § 48 Rn. 294.

Das Ausmaß der Einschüchterungseffekte, die davon ausgehen, dass damit über jeder Äußerung der Geförderten das Damoklesschwert der Erstattungspflicht nach § 117a Abs. 1 LVwG-SH (wortgleich zu § 49a VwVfG) schwebt, die angesichts der Fördersummen auch wirtschaftlich existenzvernichtende Ausmaße annehmen kann, dürfte nicht zu unterschätzen sein. Angesichts dieser Regelungskonsequenzen müsste der Tatbestand von § 44 Abs. 1 S. 5 LHO-E so klar wie möglich gefasst sein. Diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt er nicht.

Problematisch ist besonders das verlangte Bekenntnis zu einer vielfältigen Gesellschaft. Was dieses umfasst, ist unklar. Der Begründung zum Gesetzentwurf zufolge soll es verlangen, das friedliche, demokratische Gemeinwesen stärken zu wollen sowie alle Menschen in ihrer Einzigartigkeit anzuerkennen und zu wertschätzen. Dies sind zwar politisch förderungswürdige Ziele, ihr Inhalt ist aber unklar. Dabei hilft die Gesetzesbegründung nicht, diese Unklarheiten aufzuhellen, stellt sie doch wesentlich auf Diskriminierungen ab, die aber gerade bereits durch die zweite Tatbestandsvariante der Vorschrift umfassend adressiert sind. Welche Überzeugungen darüber hinaus einer „vielfältigen Gesellschaft“ entgegenstehen – etwa auch restriktive Positionen in der Asyl- oder Ausländerpolitik? – muss für die Adressaten der Norm unklar bleiben.

Problematisch ist auch die Anknüpfung an „jedwede Diskriminierung und Ausgrenzung“. Hier müssten zumindest die Merkmale im Gesetz benannt werden, auf die sich die Diskriminierung beziehen soll, wie dies für das staatliche Handeln in Art. 3 Abs. 3 GG geschehen ist. Das einfache Recht sollte

insoweit nicht hinter den Bestimmtheitsstandard zurückfallen, den die Verfassung vorzeichnet. Was gesellschaftlich, politisch oder ethisch als Diskriminierung erachtet wird, unterliegt zum Teil dynamischen Entwicklungen. International werden etwa Diskriminierungsformen wie „Lookism“, die unterschiedliche Behandlung von Menschen auf der Grundlage stereotyper Schönheitsvorstellungen, problematisiert. In der ethischen Diskussion werden zudem meritokratische Differenzierungen in Frage gestellt.

Sandel, The Tyranny of Merit, 2020.

Auch wenn der Gesetzgeber dies nicht intendiert haben sollte, könnten sich etwa Theaterschaffende fragen, ob sie von einer Förderung ausgeschlossen werden, wenn sie bei Castings ästhetische Kriterien nutzen und befürworten; Wissenschaftlerinnen könnten sich fragen, ob sie ausgeschlossen werden, weil sie weiterhin Talent, Leistungsfähigkeit und -bereitschaft allein für maßgeblich erachten.

Der Begriff des Antisemitismus als solcher ist Gegenstand einer breiten gesellschaftlichen und auch wissenschaftlichen Diskussion.

Gould, The IHRA Definition of Antisemitism: Defining Antisemitism by Erasing Palestinians, 91 The Political Quarterly 4, S. 925 ff.; Überblick bei Sigel, ZRGP 2022, 125; Mann/Yona, Who Gets to Define Jewish Identity in Germany? , VerfBlog, 2024/11/01, <https://verfassungsblog.de/who-gets-to-define-jewish-identity-in-germany> (zugegriffen am 04.11.2024); Ambos/Barskanmaz/Frankenberg/Goldmann/Mangold/Markard/Michaels/Montag/Wihl, Antidiskriminierungsklauseln im Zuwendungs- und Förderungsrecht, Rechtliche Überlegungen, Verfassungsblog v. 16.05.2024, <https://www.verfassungsblog.de/antidiskriminierungsklauseln-im-zuwendungs-und-forderungsrecht/> (zugegriffen am 04.11.2024); anders Heinig, Kein Grundrecht auf Zuwendungen für antisemitische und rassistische Kunstwerke: Eine Erwiderung, VerfBlog, 2024/6/19, <https://verfassungsblog.de/kein-grundrecht-auf-zuwendungen-fur-antisemitische-und-rassistische-kunstwerke/> (zugegriffen am 04.11.2024).

In der Gesetzesbegründung findet sich zwar eine nähere Beschreibung, doch scheint es auch hier unter Bestimmtheitsgesichtspunkten vorzugswürdig, die Definition in das Gesetz selbst aufzunehmen. Dabei ließe sich dann auch klarstellen, in welchem Verhältnis diese Form der Diskriminierung zu den anderen beiden Tatbestandsvarianten stehen soll. Handelt es sich lediglich um ein Beispiel für „jedwede Diskriminierung“, oder verbindet sich mit der Alternative

ein eigener Regelungsgehalt, der höhere oder niedrigere Anforderungen an das Merkmal der Diskriminierung jüdischer Mitbürgerinnen und Mitbürger stellt?

4. Zwischenergebnis

§ 44 Abs. 1 LHO-E greift in die Meinungsfreiheit potentieller Fördergeldempfängerinnen und Fördergeldempfänger ein. Wegen der Missachtung der Schranke des allgemeinen Gesetzes und aufgrund seiner mangelnden Bestimmtheit ist der Eingriff nicht gerechtfertigt. § 44 Abs. 1 LHO-E verstößt gegen Art. 5 Abs. 1 GG.

II. Vereinbarkeit von § 44 Abs. 1 S. 5 LHO-E mit Art. 5 Abs. 3 GG – Kunst- und Wissenschaftsfreiheit

§ 44 Abs. 1 LHO-E erfasst alle Fördermaßnahmen des Landes und kann daher den Schutzbereich aller Grundrechte betreffen, deren reale Freiheitsbedingungen die Förderungen des Landes unterstützen. Aufgrund der besonderen Bedeutung staatlicher Förderungen für Kunst und Wissenschaft wird der Fokus hier allein auf Art. 5 Abs. 3 GG gelegt.

1. Betroffenheit der Schutzbereiche

Der Schutzbereich der Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG umfasst den Werkbereich, die künstlerische Betätigung, und den Wirkungsbereich, die Darbietung und Verbreitung des erarbeiteten Kunstwerkes. Dabei geht das Grundgesetz von einem offenen Kunstbegriff aus

BVerfGE 67, 213; BVerfG NJW 2001, 596 (597); *Kingreen/Po-scher*, Grundrechte, 39. Aufl., Rn. 795; *Paulus*, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. 2024, Art. 5 Rn. 420 ff.; *Sodan*, in: ders., GG, 5. Aufl. 2024, Art. 5 Rn. 3; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, 18. Aufl. 2024, Art. 5 Rn. 118 ff.; *Bethge*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 5 Rn. 182 ff.

Unter diesen Kunstbegriff fallen eine Fülle von kulturellen Aktivitäten, die durch Fördermaßnahmen des Landes unterstützt werden. Die Fördermaßnahmen und der Ausschluss von ihnen, der Gegenstand von § 44 Abs. 1 LHO-E ist, beziehen sich daher auf jedwedes Verhalten, das in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fällt.

Die Wissenschaftsfreiheit schützt die wissenschaftliche Tätigkeit, wozu der wissenschaftliche Prozess als Ganzes gehört, also die Auswahl der Forschungsthemen und der angewandten Methoden, der Forschungsvorgang selbst, die Be- und Auswertung sowie die Verbreitung der Forschungsergebnisse.

Paulus, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. 2024, Art. 5 Rn. 488.

Alle diese Tätigkeiten werden auch durch vielfältige Maßnahmen der Wissenschaftsförderung des Landes ermöglicht. Aufgrund der Weite der entworfenen Vorschrift fällt auch die Wissenschaftsförderung unter § 44 Abs. 1 LHO-E. Daher ist auch der Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit von § 44 Abs. 1 LHO-E betroffen.

2. Eingriff in die Freiheit von Kunst und Wissenschaft

Ein Eingriff in Art. 5 Abs. 3 GG erfolgt, anders als im Hinblick auf die Meinungsfreiheit, nicht dadurch, dass § 44 Abs. 1 LHO-E die Ausübung der Kunst- oder Wissenschaftsfreiheit durch den Ausschluss von der Förderung mit einem Nachteil verknüpft. Der Nachteil des Ausschlusses von der Förderung knüpft gerade nicht an die in den geförderten Projekten ausgeübte Kunst- und Wissenschaftsfreiheit an, sondern an eine der Förderung vorausgehende Ausübung der Meinungsfreiheit.

Ein Eingriff in Art. 5 Abs. 3 GG ergibt sich auch nicht allein daraus, dass eine Förderung für Kunst oder Wissenschaft vorenthalten wird. Grundsätzlich liegt in der Verweigerung einer Förderung kein Grundrechtseingriff in das Verhalten, für das eine Förderung begehrt wird. Freiheitsrechte vermitteln grundsätzlich keine originären Leistungsrechte. In der Regel sind von einem Ausschluss von Fördermaßnahmen lediglich Teilhaberechte aus Art. 3 Abs. 1 GG (s.o. S. 7 ff.) betroffen.

Etwas anderes muss aber dann gelten, wenn ein grundrechtlich geschützter Lebensbereich durch die staatliche Förderung so in staatliche Obhut genommen worden ist, dass die Ausübung der grundrechtlichen Freiheit ganz wesentlich von der staatlichen Förderung abhängig ist und durch sie strukturiert wird. Ganz anerkannt ist dies etwa für den Schutz der Wissenschaftsfreiheit an staatlichen Universitäten. Wissenschaft findet in Deutschland ganz wesentlich an staatlich finanzierten Universitäten statt. Eingriffe in die Lehr- und Wissenschaftsfreiheit der dort Forschenden durch staatliche Regelungen

sind aber nicht allein deshalb ausgeschlossen, weil sie staatlich finanziert werden.

S. etwa BVerfGE 57, 70 (94 f.); 128, 1 (57 f.).

Allerdings liegt aufgrund der staatlichen Förderung und institutionellen Ausgestaltung der Universitäten auch nicht in jeder Regelung, die sich auf die universitäre Wissenschaft auswirkt, ein Grundrechtseingriff. Vielmehr unterscheidet das Bundesverfassungsgericht zutreffend zwischen Regelungen, die die Wissenschaftsfreiheit an staatlichen Hochschulen ausgestalten, und solchen, die in sie eingreifen.

BVerfGE 126, 1 (26); 141, 143 (165 ff. Rn. 51 ff.) *Krüper*, in: Dreier, GG, 4. Aufl 2023, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaft) Rn. 83.

Abgrenzen lassen sie sich durch die Art des Zwecks, den sie verfolgen. Ausgestaltungsregelungen verfolgen den internen Zweck, die für den Betrieb von Universitäten und für die in ihnen betriebene Forschung notwendigen organisatorischen und verfahrensrechtlichen Rahmenbedingungen zu regeln. Eingriffe hingegen verfolgen einen gegenüber der Wissenschaft externen Zweck, wie etwa den des Tierschutzes.

Kingreen/Poscher, JZ 2022, 961, 962 f.; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 40. Aufl. 2024, Rn. 353 ff; ähnlich: *Fehling*, in: Bonner Kommentar GG, 110. EL März 2004, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit) Rn. 156.

Jedenfalls für Teilbereiche der staatlichen Kultur- und Wissenschaftsförderung hat diese Förderung eine ähnliche Bedeutung für die Ausübung grundrechtlicher Freiheit wie die institutionalisierte Förderung der Wissenschaft durch staatliche Universitäten. Dies gilt etwa für den Sektor der freien darstellenden Künste. Zwar existieren, soweit ersichtlich, keine gesonderten Zahlen für Schleswig-Holstein, doch liegt umfangreiches Zahlenmaterial zur Finanzierung für die Bundesebene seitens des Bundesverbands Freie Darstellende Künste e.V. vor.

Bundesverband Freie Darstellende Künste e.V., Darstellung in Zahlen, 2022, https://darstellende-kuenste.de/sites/default/files/2022-05/BFDK_Darstellung_in_Zahlen.pdf (zugegriffen am 04.11.2024).

Demnach bestreitet die Szene ihre Finanzierung, je nach Jahr, zu 66–82 % aus Förderungen, von denen der Großteil (> 80 %) von öffentlichen Förderern stammt,

ebd., S. 25.

Auch das Land Schleswig-Holstein beteiligt sich an der Förderung der freien Theaterszene,

s. Richtlinie für die Landesförderung der professionellen freien Theater und Künstlerinnen und Künstler der Freien Darstellenden Künste in Schleswig-Holstein, Az. III 406, Amtsbl SH 2022, 576.

Ein Spielbetrieb ist ohne Förderung kaum denkbar. Die Freiheit, auf die Zuwendung zu verzichten, ist also eine rein theoretische,

vgl. zum Sozialrecht: *Müller*, JZ 2023, 39, 43. Vorliegend dürfen auch nicht nur isoliert die Zuwendungen der Länder (jeweils 38 %), die allein von der hier gegenständlichen Norm umfasst sind, betrachtet werden. Denn der Staat darf sich – entsprechend der Argumentation bei additiven Grundrechtseingriffen – seiner grundrechtlichen Verantwortung nicht dadurch entziehen, dass er die Belastungen auf verschiedene Rechtsträger verteilt. Es kommt, um effektiven Grundrechtsschutz zu gewährleisten, auf die Gesamtperspektive aus der Sicht der Grundrechtsträgerinnen und Grundrechtsträger an, vgl. *Ruscheimer*, Der additive Grundrechtseingriff, 2019, S. 163; auch *Ingold*, DÖV 2015, 13 (15) geht von einer „marktbeherrschenden Stellung“ des Staates bei der Kulturförderung aus.

Vergleichbares gilt für die Grundlagenforschung. Sie ist außerhalb von Universitäten ebenfalls nur durch die umfangreiche staatliche Förderung außeruniversitärer Forschungseinrichtungen wie der Max-Planck-Gesellschaft möglich. In Schleswig-Holstein wird etwa das Max-Planck-Institut für Evolutionsbiologie in Plön zu ca. 95 % mit Mitteln der öffentlichen Hand gefördert,

Bundesministerium für Bildung und Forschung, Max-Planck-Gesellschaft, 10.02.2022, https://www.bmbf.de/bmbf/de/forschung/das-wissenschaftssystem/partnerorganisationen/max-planck-gesellschaft/max-planck-gesellschaft_node.html (zugegriffen am 23.10.2024),

von denen ein für die Existenz des Instituts erheblicher Teil aus Landesmitteln stammen, die in Zukunft § 44 Abs. 1 LHO-E unterfallen sollen.

Jedenfalls für die von § 44 Abs. 1 LHO-E betroffenen Bereiche der Fördermaßnahmen des Landes, die in ähnlicher Weise wie universitäre Forschung von staatlicher Förderung abhängig sind und durch sie strukturiert werden, müssen die Grundsätze gelten, die für die institutionalisierte staatliche Förderung entwickelt wurden.

Vgl. *Lübbe-Wolff*, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 267 ff.; *Ingold*, DÖV 2015, 13 (15); *Müller*, JZ 2023, 39, 43; *Möllers*, Gutachten 2024, S. 14 f.; *Winterhoff/Henkel/Klatt*, Gutachterliche Stellungnahme zur Rechtmäßigkeit der Einführung einer Antidiskriminierungsklausel für den Bereich der Kulturförderung im Land Berlin, S. 40.

Wie dort muss auch für die Förderung dieser Bereiche zwischen der Ausgestaltung der Förderung und staatlichen Eingriffen unterschieden werden, und wie dort kann auch hier die Abgrenzung anhand der Art des verfolgten Zwecks vorgenommen werden. Soweit die Förderbedingungen etwa Schwerpunkte der Förderung festlegen oder der Sicherung der ordnungsgemäßen und wirtschaftlichen Verwendung der Fördermittel gelten, dienen sie dem internen Zweck der Strukturierung und Organisation der geförderten Freiheitsausübung. Lediglich soweit sie externen Zwecken dienen, handelt es sich um Eingriffe.

Welche Zwecke intern und welche extern sind, hängt damit entscheidend vom Zweck der Förderung ab. Bei den von § 44 Abs. 1 LHO-E erfassten Fördermaßnahmen wird der Zweck durch die fördernde Stelle bestimmt und beruht letztlich auf einer demokratisch legitimierten Entscheidung. Dabei ist es durchaus denkbar, dass Fördermaßnahmen Zwecke verfolgen, für die die in § 44 Abs. 1 LHO-E in Bezug genommenen Haltungen Bedeutung entfalten können. Legt das Land etwa ein Förderprogramm für Maßnahmen auf, die das Bewusstsein für antisemitische Tendenzen in der Gesellschaft schärfen sollen, so steht die Haltung der Antragstellenden zum Antisemitismus in einem individuellen Verhältnis zu dem Zweck der Maßnahme. Eine antisemitische Haltung der Beteiligten stellt ihre Zuverlässigkeit und Geeignetheit für förderungswürdige Maßnahmen in Frage. Auch in diesen Fällen ist es jedoch nicht die Haltung als solche, die entscheidend ist, sondern sind es die Zweifel an der Zuverlässigkeit und Geeignetheit im Hinblick auf den konkreten Zweck der Maßnahme, zu denen sie Anlass gibt.

§ 44 Abs. 1 LHO-E ist allerdings nicht auf Fördermaßnahmen beschränkt, bei denen eine solche indizielle Verbindung zu dem Zweck der Maßnahme besteht, sondern soll für alle Förderungen gelten. Für die ganz überwiegende Zahl der Fördermaßnahmen von Kunst und Wissenschaft besteht hingegen keine interne Verbindung der von § 44 Abs. 1 LHO-E geforderten Haltung zu dem Zweck der Maßnahme, weil weder die Bekämpfung von Gegnern der offenen Gesellschaft noch die von Diskriminierung und Antisemitismus allgemeine Aufgabe von Kunst und Wissenschaft ist. Die Forschungszwecke des Max-Planck-Instituts für Evolutionsbiologie und seine Förderung haben keinen Bezug zu den von § 44 Abs. 1 LHO-E inkriminierten Haltungen. Auch gelten § 44 Abs. 1 S. 5 und 6 LHO-E nicht der ordnungsgemäßen Organisation der Fördermaßnahmen. Vielmehr verfolgen § 44 Abs. 1 S. 5 und 6 LHO-E regelmäßig einen gegenüber den künstlerischen und wissenschaftlichen Zielen der Förderungen des Landes externen Zweck. Er ist daher nicht als Ausgestaltungsregelung, sondern als Eingriff zu qualifizieren.

3. Keine Rechtfertigung der Eingriffe

Art. 5 Abs. 3 GG garantiert die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit vorbehaltlos. Eingriffe können daher lediglich mit dem Schutz kollidierenden Verfassungsrechts gerechtfertigt werden. Wie bereits oben im Rahmen der Meinungsfreiheit dargelegt wurde, existiert aber kein kollidierendes Verfassungsrecht, das die Grundrechtsträger auf die von § 44 Abs. 1 LHO-E geforderten Haltungen verpflichtet. Eine Rechtfertigung muss daher ausscheiden. Auch die mit § 44 Abs. 1 LHO-E verbundenen Eingriffe in die Kunst- und die Wissenschaftsfreiheit sind verfassungswidrig.

III. Vereinbarkeit von § 44 Abs. 1 S. 5 LHO-E mit Art. 3 Abs. 3 GG

§ 44 Abs. 1 LHO-E verstößt ferner gegen Art. 3 Abs. 3 GG.

1. Verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung

Indem § 44 Abs. 1 LHO-E für den Ausschluss von staatlichen Förderungen an die politischen Haltungen der potentiellen Förderungsempfänger in Bezug auf eine vielfältige Gesellschaft, jedwede Diskriminierung und Antisemitismus anknüpft, diskriminiert sie nach einem von Art. 3 Abs. 3 GG für staatliches Handeln verbotenen Kriterium. Die politische Anschauung im Sinn

von Art. 3 Abs. 3 GG umfasst nicht nur Ansichten über das politische System von Parteien, Wahlen und Abstimmungen, sondern auch über die Zuweisung, Ausübung und Organisation von staatlicher und gesellschaftlicher Macht und ist weit zu verstehen,

Boysen, in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 189; *Baer/Markard*, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 523; *Kischel*, in: Epping/Hillgruber, GG, 59. Ed. 15.9.2024, Art. 3 Rn. 220; *Nußberger/Hey*, in: Sachs, GG, 10. Aufl. 2024, Art. 3 Rn. 306.

Darunter können auch kritische Haltungen gegenüber der Idee einer vielfältigen Gesellschaft sowie diskriminierende und antisemitische Anschauungen fallen.

2. Keine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Art. 3 Abs. 3 GG statuiert ein striktes Diskriminierungsverbot,

Uerpmann-Wittzack, ZaöRV 2008, 359,

welches die direkte Anknüpfung einer Ungleichbehandlung an ein verbotenes Kriterium verbietet und keinen Raum für eine Rechtfertigung zulässt.

Kingreen, in: Bonner Kommentar GG, 202. EL Februar 2020, Art. 3 Abs. 3 Rn. 435 ff.; zum Diskriminierungsmerkmal „Rasse“ von *Achenbach*, in: Dreier, GG, 4. Aufl. 2023, Art. 3 Abs. 2 Rn. 86.

Soweit das Bundesverfassungsgericht gelegentlich auf kollidierendes Verfassungsrecht verweist, um scheinbare Abweichungen von den Vorgaben des Art. 3 Abs. 3 GG zu rechtfertigen,

BVerfGE 114, 357 (364); vgl. zur Rechtfertigung von direkten Diskriminierungen *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 183; *Kischel*, in; BeckOK GG, 59. Ed. 15.9.2024, Art. 3 Rn. 223a ff.,

meint das Gericht nicht, dass etwa rassistische Diskriminierungen unter Berufung auf kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden könnten. Die vom Gericht für eine „Rechtfertigung“ ins Auge gefassten Fälle betreffen vielmehr bereits gar keine Diskriminierungen.

So auch *Kischel*, in: Epping/Hillgruber, GG, 59. Ed. 15.9.2024, Art. 3 Rn. 223d.

Eine Verletzung von Art. 3 Abs. 3 GG liegt erst gar nicht vor, wenn Tatsachen – und gerade nicht Vorurteile – die Grundlage für Differenzierungen sind.

Vgl. für an das ethnische Erscheinungsbild anknüpfende Kontrollen OVG Hamburg Urt. v. 31.1.2022 – 4 Bf 10/21 = NVwZ 2022, 1219 Rn. 69 f.; OVG Münster, Urt. v. 7.8.2018 – 5 A 294/16 = NVwZ 2018, 1497 Rn. 42; OVG Koblenz, Urt. v. 21.4.2016 – 7 A 11108/14.OVG = NJW 2016, 2820 Rn. 105; kritisch, in der Sache aber zustimmend *Gausmann*, DÖV 2023, 655 (659).

Art. 3 Abs. 3 GG schützt vor einer Ungleichbehandlung aufgrund von Vorurteilen, die auf fehlgeleiteten und manipulativen sozialen Konstrukten einzelner Diskriminierungsmerkmale beruhen.

OVG Hamburg Urt. v. 31.1.2022 – 4 Bf 10/21 = NVwZ 2022, 1219 Rn. 67; *von Achenbach*, in: Dreier, GG, 4. Aufl. 2023, Art. 3 Abs. 2 Rn. 83; *Kingreen*, in: Bonner Kommentar GG, 202. EL Februar 2020, Art. 3 Abs. 3 Rn. 517; *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 179.

Auch die Überlegungen des Bundesverfassungsgerichts betreffen nicht die Rechtfertigung entsprechender Diskriminierungen, sondern vielmehr den Ausschluss einer solchen. Eine Rechtfertigung von direkten Diskriminierungen anhand der in Art. 3 Abs. 3 GG inkriminierten Merkmale kennt die Rechtsprechung nicht. Ebenso ist sie auch für die direkte Diskriminierung politischer Anschauungen ausgeschlossen.

IV. Verfassungskonforme Auslegung?

§ 44 Abs. 1 LHO-E stellt den Ausschluss von staatlichen Fördermaßnahmen in das Ermessen der zuständigen Behörden. Trotzdem ist die Vorschrift einer verfassungskonformen Auslegung nicht zugänglich.

Der Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung gebietet es, Normen nach den anerkannten Auslegungsgrundsätzen im Rahmen des Möglichen so auszulegen, dass eine mit der Verfassung im Einklang stehende Auslegung zu wählen ist,

BVerfGE 69, 1 (55); 83, 201 (214 f.); 122, 39 (60 f.); 148, 69 (Rn. 150) sowie zuletzt BVerfG Beschl. v. 27.10.2021 – 2 BvL 12/11, Rn. 60.

Die Grenze für eine verfassungskonforme Auslegung ist neben Wortlaut, Systematik, Telos und Historie besonders auch der klare Wille des Gesetzgebers.

BVerfGE 130, 372 (398); 138, 64 (Rn. 86 ff.); 148, 69 (Rn. 150); BGH, NJW 09, 2746.

Für § 44 Abs. 1 LHO-E weist dieser ausweislich der Gesetzesbegründung darauf hin, dass nicht in allen Fällen einer Förderung die Abgabe einer Erklärung zulässig ist. Explizit angesprochen wird die Nutzung der Ermächtigungsgrundlage nach Maßgabe betroffener Freiheitsgrundrechte und Art. 3 GG. Die Zuwendungsgeber sind angehalten, die Zulässigkeit der Antidiskriminierungsklausel für jede Zuwendung zu überprüfen.

LTSHDrs. 20/2321, S. 4 f.

§ 44 Abs. 1 LHO-E könnte aber nur in den seltenen Ausnahmefällen verfassungskonform angewandt werden, in denen die in ihm bezeichneten Haltungen die mangelnde Zuverlässigkeit und Geeignetheit der zu Fördernden für die mit einer Maßnahme verfolgten Zwecke indizieren. Auch dann dürfte er entgegen seinem Wortlaut und entgegen der Absicht des Gesetzgebers nur in der Form angewendet werden, dass die von ihm inkriminierten Haltungen lediglich – wenn auch starken – indiziellen Charakter für die Zuverlässigkeit und Geeignetheit von Antragstellerinnen und Antragstellern für eine Maßnahme haben. Eine so weitgehende Beschränkung seines Anwendungsbereichs lässt sich aber nicht mehr mit dem Zweck der Vorschrift und dem Willen des Gesetzgebers vereinbaren. Eine verfassungskonforme Auslegung scheidet aus.

V. Ergebnis

§ 44 Abs. 1 LHO-E verstößt gegen die in Art. 5 Abs. 1 GG geschützte Meinungsfreiheit, gegen die in Art. 5 Abs. 3 GG geschützten Freiheiten von Kunst und Wissenschaft und gegen das in Art. 3 Abs. 3 GG niedergelegte Verbot der Diskriminierung aufgrund politischer Anschauungen. Einer verfassungskonformen Auslegung ist § 44 Abs. 1 LHO-E nicht zugänglich. Der Gesetzentwurf ist verfassungswidrig.

C. Änderungsantrag der SSW-Fraktion

Der Änderungsantrag der SSW-Fraktion (Drucksache 20/2347) verkennt mit seiner Forderung nach einer direkten Grundrechtsbindung die systematische Wirkung der Grundrechte im deutschen Verfassungsgefüge. Der Änderungsantrag ist mithin verfassungswidrig, da er eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte für Zuwendungsempfängerinnen und Zuwendungsempfänger statuiert. Er leidet daher unter den gleichen Mängeln wie der Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN.

D. Änderungsantrag der FDP-Fraktion

Der Änderungsantrag der FDP-Fraktion (Drucksache 20/2362) verkennt ebenso wie der Änderungsentwurf der SSW-Fraktion die Reichweite der Bindungswirkung von Art. 3 und 4 GG. Zudem missversteht der Änderungsantrag die Konzeption der freiheitlichen demokratischen Grundordnung und deren Bindungswirkung gegenüber Grundrechtsträgerinnen und Grundrechtsträgern. Auch dieser Änderungsantrag ist mithin verfassungswidrig.

E. Wesentliche Ergebnisse

1. § 44 Abs. 1 S. 5 und 6 LHO-E verletzen die Meinungs-, Kunst- und Wissenschaftsfreiheit und den speziellen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 3 GG.
2. Die Neuregelung berührt den Schutzbereich der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG, indem sie ein spezifisches Bekenntnis von potentiellen Zuwendungsempfängerinnen und Zuwendungsempfängern verlangt.
3. Die Neuregelung greift auch in die Meinungsfreiheit ein, da sie eine nachteilige Rechtsfolge, namentlich die Möglichkeit des Ausschlusses von der chancengleichen Teilhabe an bestehenden staatlichen Förderprogrammen vorsieht.
4. § 44 Abs. 1 LHO-E genügt obendrein nicht den Schrankenforderungen des Art. 5 Abs. 2 GG, da es sich nicht um ein allgemeines Gesetz handelt. Der qualifizierte Gesetzesvorbehalt kann auch nicht durch die Berufung auf kollidierendes Verfassungsrecht umgangen werden. Zudem liegt kein kollidierendes Verfassungsrecht vor, auf die sich die Neuregelung stützen könnte.
5. Die Anforderungen an die Bestimmtheit sind aufgrund der Eingriffsintensität der Norm, gerade auch im Hinblick auf die mit ihr verbundenen Einschüchterungseffekte, hoch. Diesen Anforderungen entspricht § 44 Abs. 1 S. 5 LHO-E nicht.
6. Die Norm betrifft auch den Schutzbereich der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit.
7. Im Hinblick auf Bereiche des Kunst- und Wissenschaftsbetriebs, deren Existenz auf staatliche Förderung angewiesen ist und die durch die staatliche Förderung strukturiert werden, greift die Regelung auch in Art. 5 Abs. 3 GG ein, weil sie regelmäßig einen den Förderungen externen Zweck verfolgt.
8. Eine Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 5 Abs. 3 GG scheitert, weil sie sich nicht auf kollidierendes Verfassungsrecht stützen lässt.
9. § 44 Abs. 1 S. 5 und 6 LHO-E verstößt auch gegen Art. 3 Abs. 3 GG. Die verfassungsrechtlich relevante Ungleichbehandlung aufgrund der durch die Neuregelung inkriminierten politischen Anschauungen ist nicht zu rechtfertigen.
10. Die Neuregelung des Gesetzentwurfs ist auch keiner verfassungskonformen Auslegung zugänglich.