

## Methodik ÖR

### Examensklausur

Priv.-Doz. Dr. Birgit Schmidt am Busch, LL.M. (Iowa) und Ref. iur. Christof Gregor

# Tierische Kunst

DOI 10.1515/jura-2015-0191

Grundrechtsprüfung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren: Einstweiliger Rechtsschutz nach § 80 V 1 VwGO – Anordnungen nach § 16a I 1 TierSchG – grundrechtskonforme Auslegung der Eingriffsnorm – Verfassungsrang des Tierschutzes in Art. 20a GG – Abwägung Kunstfreiheit-Tierschutz

## SACHVERHALT<sup>1</sup>

Die Künstlerin A plant am 28. Februar 2015 die Aufführung ihrer Performance »Der Tod als Metamorphose« im Münchner M-Theater. Auf ihrer Internetseite lädt sie zu dieser Performance ein, die sich an traditionellen thailändischen Kunstformen orientieren werde. Geplant ist zunächst eine 15-minütige Meditation. Im Anschluss sollen zwei Hundewelpen mittels eines Kabelbinders getötet werden, die Performance ende mit einem Gong und Trauermusik. Mit dieser Performance wolle sie auf das Schicksal von ausgedienten Schlittenhunden in Alaska und leistungsschwachen Jagdhunden in Spanien aufmerksam machen, die auf gleiche Weise zu Tode stranguliert würden. Auf dieselbe Weise würden auch Millionen von Hunden in China geschlachtet. Anliegen der Aktion sei es, auf die Verlogenheit der dekadenten deutschen Gesellschaft hinzuweisen, die das öffentliche grausame Töten in Deutschland beklage, aber die zeitgleiche grausame Tötung von Tieren weltweit durch ihr Schweigen mit ermögliche.

Als das Veterinäramt der Stadt München am 16. Februar 2015 von der Aktion erfährt, wird der Künstlerin ohne vorherige Anhörung die Durchführung der für den 28. Feb-

ruar 2015 angesetzten Performance sogleich mit Bescheid vom 17. Februar 2015 unter Anordnung von dessen sofortiger Vollziehung in der auf der Internetseite angekündigten Form (Tötung zweier Hundewelpen) auf der Grundlage von § 16a I 1 TierSchG verboten. In der Begründung des Bescheids wird ausgeführt, dass die Performance gegen § 4 I TierSchG verstoßen würde. Nach dieser Vorschrift sei das Töten eines Tieres ohne Betäubung und ohne entsprechende Sachkenntnis verboten. Sofern sich die Künstlerin auf die Kunstfreiheit berufen wolle, könne man bei dieser Art von Performance kaum von Kunst sprechen. Selbst wenn man den Kunstcharakter der Performance bejahen würde, sei der Eingriff in die Kunstfreiheit der A jedenfalls gerechtfertigt. Das besondere öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung begründet die Behörde damit, dass die akute Gefahr bestehe, dass die Tiere an dem unmittelbar bevorstehenden Termin getötet werden und diese Handlung sofort und sicher verhindert werden müsse.

Die Künstlerin A ist völlig überrascht und empört, da sie bereits alle Vorbereitungen für die Performance getroffen, insbesondere das M-Theater angemietet hat. Noch am Tage des Zugangs des Untersagungsbescheids begibt sie sich persönlich zum zuständigen Verwaltungsgericht und will Klage erheben. Dort wird ihr geraten, zunächst bei der Geschäftsstelle nur einen Antrag auf gerichtlichen Eilrechtsschutz zu stellen. In ihrem Antrag beruft sie sich ausdrücklich auf die Kunstfreiheit. Bei ihrer Aktion handle es sich unzweifelhaft um Kunst, die Performance sei eine etablierte Kunstform. Da das Grundgesetz die Kunstfreiheit vorbehaltlos garantiere, sei ein möglicher Verstoß gegen das Tierschutzgesetz hinzunehmen. Ein Verstoß komme aber schon deshalb nicht in Betracht, weil die Tiere nach zwei Minuten bewusstlos würden und nach 5 Minuten tot seien.

### Aufgabe:

In einem Gutachten, das auf alle aufgeworfenen Fragen eingeht, ist zu klären, ob der Antrag der A auf gerichtlichen Eilrechtsschutz Erfolg hat.

Hinweis: Weitere Verstöße gegen das Tierschutzgesetz als der vom Veterinäramt der Stadt München angenommene Verstoß gegen § 4 I TierSchG sind nicht zu prüfen.

<sup>1</sup> Der Sachverhalt ist angelehnt an den Beschluss des VG Berlin vom 14. 4. 2012 – AZ. 24 L 113.12.

**Birgit Schmidt am Busch:** Die Autorin ist Privatdozentin an der Humboldt-Universität zu Berlin und Akademische Direktorin an der Ludwig-Maximilians-Universität.

**Christof Gregor:** Der Autor ist Rechtsreferendar am Landgericht München I.

## LÖSUNGSVORSCHLAG

Der Antrag der A auf gerichtlichen Eilrechtsschutz gegen den Bescheid vom 17. Februar 2015 hat Erfolg, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen und der Antrag begründet ist.

### A. Sachentscheidungs- voraussetzungen des Antrags

#### I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Der Verwaltungsrechtsweg muss eröffnet sein. Dies ergibt sich aus § 80 V 1 VwGO, der bestimmt, dass für den Eilantrag das Gericht in der Hauptsache zuständig ist<sup>2</sup>. Abzustellen ist auf die Rechtswegeröffnung in der Hauptsache, die sich mangels aufdrängender Sonderzuweisung nach § 40 I 1 VwGO richtet.

Streitbefangen sind Vorschriften des Tierschutzgesetzes, mithin Vorschriften des öffentlichen Rechts. Es handelt sich folglich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit. Diese ist auch nicht-verfassungsrechtlicher Art, da weder unmittelbar am Verfassungsrechtskreis Beteiligte im Kern um materielles Verfassungsrecht streiten noch eine prinzipale Normenkontrolle des formellen Gesetzgebers ersichtlich ist. Da keine abdrängende Sonderzuweisung gegeben ist, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet.

#### II. Statthafte Antragsart

Die statthafte Antragsart richtet sich nach dem klägerischen Begehren, §§ 88, 86 III VwGO analog<sup>3</sup>. A begehrt einstweiligen Rechtsschutz gegen den Bescheid der Stadt München vom 17. Februar 2015.

Ausgangspunkt für die Bestimmung der Antragsart ist § 123 V VwGO, der den Vorrang des Verfahrens nach § 80 V VwGO festlegt. Ein Antrag nach § 80 V VwGO kommt in Betracht, wenn im Hauptsacheverfahren eine Anfechtungsklage statthaft ist, die entgegen § 80 I 1 VwGO keine aufschiebende Wirkung hat<sup>4</sup>.

Eine Anfechtungsklage ist gem. § 42 I Alt. 1 VwGO statthaft, wenn die Aufhebung eines belastenden noch

nicht erledigten Verwaltungsakts begehrt wird. Bei der Untersagungsverfügung des Veterinäramts der Stadt München vom 17. Februar 2015 handelt es sich um einen Verwaltungsakt iSd Art. 35 S. 1 BayVwVfG.

Das Veterinäramt der Stadt München hat die Untersagungsverfügung im selben Bescheid gem. § 80 II 1 Nr. 4 VwGO für sofort vollziehbar erklärt und damit der Klage die ihr nach § 80 I VwGO an sich zukommende aufschiebende Wirkung genommen. Statthaft ist daher ein Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V 1 Alt. 2 VwGO.

#### III. Antragsbefugnis

Zum Ausschluss einer Popularklage ist auch im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes eine Antragsbefugnis analog § 42 II VwGO zu fordern. Diese orientiert sich an der Klagebefugnis im Hauptsacheverfahren.

Antragsbefugt ist, wer die Möglichkeit einer subjektiven Rechtsverletzung plausibel geltend machen kann<sup>5</sup>. Als Adressatin der Untersagungsanordnung ist A jedenfalls in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit betroffen (sog. Adressatentheorie). Zudem kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass A durch das Verbot ihrer Performance in ihrer Kunstfreiheit aus Art. 5 III 1 Alt. 1 GG verletzt ist.

A ist daher antragsbefugt analog § 42 II VwGO.

#### IV. Ordnungsgemäßer Antrag

Vor dem Verwaltungsgericht besteht kein Vertretungszwang (§ 67 I VwGO). Daher konnte A den Antrag ohne Prozessbevollmächtigten persönlich zur Niederschrift beim Urkundsbeamten der Geschäftsstelle stellen, § 81 I 2 VwGO.

#### V. Rechtsschutzbedürfnis

Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt insbesondere, wenn der Antrag wegen Bestandskraft der angegriffenen Verfügung aussichtslos ist<sup>6</sup>. Laut Sachverhalt hat A unverzüglich nach Zugang des Untersagungsbescheids den Antrag auf gerichtlichen Eilrechtsschutz gestellt. Die Klagefrist des § 74 I 2 VwGO war somit noch nicht abgelaufen, die Unter-

<sup>2</sup> Posser/Wolff/Gersdorf VwGO, 2. Aufl., § 80 Rn 139.

<sup>3</sup> Posser/Wolff/Brink (Fn 2), § 88 Rn 1.

<sup>4</sup> Schoch/Schneider/Bier/Schoch VwGO, Std.: März 2014, § 123 Rn 1.

<sup>5</sup> Hufen Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl., § 32 Rn 34.

<sup>6</sup> Hufen (Fn 5), § 32 Rn 35.

sagungsverfügung ist noch nicht bestandskräftig geworden<sup>7</sup>.

Allerdings ergeben sich im konkreten Fall aus anderen Gründen Zweifel am Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses:

### 1. Fehlendes Rechtsschutzbedürfnis mangels Erhebung der Anfechtungsklage in der Hauptsache?

A hat in der Hauptsache den erforderlichen Rechtsbehelf der Anfechtungsklage bisher nicht eingelegt, an den die Herstellung der aufschiebenden Wirkung geknüpft werden kann. Streitig ist, ob zum Zeitpunkt der Entscheidung ein Hauptsacherechtsbehelf eingelegt sein muss. Zum Teil<sup>8</sup> wird gefordert, dass der Antragsteller gleichzeitig einen Hauptsacherechtsbehelf eingelegt haben muss, weil die aufschiebende Wirkung eines inexistenten Rechtsbehelfs nicht angeordnet werden könne. Überzeugender ist es jedoch, mit der gegenteiligen Auffassung<sup>9</sup> die Erhebung einer Anfechtungsklage nicht als notwendige Voraussetzung anzunehmen, da ansonsten der Antragsteller gezwungen wäre, schon vor der ihm eingeräumten vierwöchigen Klagefrist die Anfechtungsklage zu erheben. Zudem lässt der Wortlaut des § 80 V 2 VwGO die vorherige Stellung des Antrags explizit zu (aA vertretbar).

### 2. Fehlendes Rechtsschutzbedürfnis mangels behördlichen Vorverfahrens nach § 80 VI VwGO?

Fraglich ist, ob der Antragsteller vor einem Antrag nach § 80 V VwGO einen Antrag bei der Behörde nach § 80 IV VwGO auf Aussetzung der Vollziehung stellen muss. Dies ist jedoch im Umkehrschluss zu § 80 VI VwGO abzuleh-

<sup>7</sup> Bestandskraft und Erledigung des angegriffenen Verwaltungsakts werden zT bereits im Rahmen der Statthaftigkeit geprüft. So z.B. von *Gersdorf* Verwaltungsprozessrecht, 5. Aufl, Rn 146. Wie hier als Frage des Rechtsschutzbedürfnisses *Hufen* (Fn 5), § 32 Rn 35; *Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen/Heckmann* Klausurenbuch – Öffentliches Recht in Bayern, 3. Aufl, 134 f.

<sup>8</sup> OVG Koblenz NJW 1995, 1043; *Wolff/Decker/Decker* VwGO/VwVfG, 3. Aufl, § 80 VwGO Rn 52; *Schoch/Schneider/Bier/Schoch* VwGO, Std.: September 2011, § 80 Rn 460 f.

<sup>9</sup> BayVGH BayVBl. 1988, 17,18; *Kopp/Schenke* VwGO, 21. Aufl, § 80 Rn 139; *Sodan/Ziekow/Puttler* VwGO, 4. Aufl, § 80 Rn 129; *Shirvani/Heidebach* Hauptsacherechtsbehelf und vorläufiger Rechtsschutz – Ist die Erhebung der Anfechtungsklage Voraussetzung für den Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO? DÖV 2010, 254, 259 f.

nen<sup>10</sup>, der ein entsprechendes Verfahren nur im Fall des § 80 II 1 Nr. 1 VwGO verlangt. Die Durchführung eines »behördlichen Vorverfahrens« ist im Fall des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO auch nicht geboten, da die Behörde selbst den Sofortvollzug angeordnet und sich somit mit der Frage der Vollziehung bereits befasst hat<sup>11</sup> (aA vertretbar).

## VI. Zuständiges Gericht

Zuständiges Gericht ist gem. § 80 V 1 VwGO das Gericht der Hauptsache, dh gem. §§ 45, 52 Nr. 3 VwGO, Art. 1 II Nr. 1 AGVwGO das VG München.

## VII. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit

A ist als natürliche Person gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligungsfähig und gem. § 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig. Die Stadt München ist gem. § 61 Nr.1 Alt. 2 VwGO i.V.m. Art. 1 S.1 BayGO als Körperschaft des öffentlichen Rechts beteiligtenfähig. Sie wird gem. § 62 III VwGO i.V.m. Art. 38 I, 34 I 2 BayGO durch den Oberbürgermeister vertreten.

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen des Antrags liegen damit vor.

## B. Begründetheit des Antrags

Der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz nach § 80 V 1 Alt. 2 VwGO ist begründet, wenn er gegen den richtigen Antragsteller gerichtet ist und

- entweder die Anordnung der sofortigen Vollziehung durch die Stadt München bereits formell rechtswidrig ist
- oder die vom Gericht eigenständig vorzunehmende Interessenabwägung ergibt, dass das Aussetzungsinteresse der Antragstellerin das öffentliche Vollziehungsinteresse überwiegt.

<sup>10</sup> Vgl *Kopp/Schenke* (Fn 9), § 80 Rn 138; *Wolff/Decker/Decker* (Fn 8), § 80 VwGO Rn 55 ff.

<sup>11</sup> *Hufen* (Fn 5), § 32 Rn 35.

## I. Richtiger Antragsgegner

Richtiger Antragsgegner ist gemäß § 78 I Nr. 1 VwGO analog die Stadt München.

*Anmerkung: Der richtige Antragsgegner wird außerhalb Bayerns bereits bei den Sachentscheidungsvoraussetzungen des Antrags geprüft.*

## II. Formelle Rechtmäßigkeit der behördlichen Sofortvollzugsanordnung

### 1. Zuständigkeit

Zuständig für die Anordnung des Sofortvollzugs ist gem. § 80 II 1 Nr. 4 VwGO die Behörde, die den Hauptverwaltungsakt erlassen hat, also hier die Stadt München.

### 2. Anhörung

Laut Sachverhalt wurde A vor der Untersagungsverfügung von der Stadt München nicht angehört. Ob es vor Erlass einer Sofortvollzugsanordnung einer Anhörung des Betroffenen bedarf, ist umstritten. Die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit ist mangels eigenständigen Regelungsgehalts kein Verwaltungsakt<sup>12</sup>. Fraglich ist jedoch, ob Art. 28 BayVwVfG analog heranzuziehen ist. Für eine analoge Anwendung spricht, dass auch die Sofortvollzugsanordnung eine belastende Wirkung für den Bürger entfaltet. Jedoch fehlt es für eine Analogie bereits an einer Regelungslücke, da § 80 II 1 Nr. 4, III VwGO die formellen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der behördlichen Sofortvollzugsanordnung abschließend regelt. Auch ist die Interessenlage nicht vergleichbar mit der Interessenlage bei Erlass eines Verwaltungsakts, da sich die Anordnung der sofortigen Vollziehung im Verfahren nach § 80 V VwGO leichter korrigieren lässt als ein Verwaltungsakt, der nur im Klageverfahren aufgehoben werden kann<sup>13</sup>. Schließlich ist eine Anhörungspflicht auch nicht durch das Rechtsstaatsprinzip geboten, da der Adressat eines belastenden Verwaltungsakts mit einer Sofortvollzugsanordnung rechnen muss und seine Einwände zudem bereits im Rahmen der vor Erlass des Verwaltungsakts durchzuführenden Anhörung vorbringen kann<sup>14</sup>. Im vorliegenden Fall kann die Frage nach der Anhörungspflicht

bei Erlass von Sofortvollzugsanordnungen offen bleiben, da der Mangel der unterbliebenen Anhörung, wenn man sie für erforderlich erachten würde, im Rahmen des Verfahrens gemäß Art. 45 II i. V. m. I Nr. 3 BayVwVfG (analog) geheilt werden könnte<sup>15</sup>.

### 3. Begründung

Die Anordnung bedarf gemäß § 80 III 1 VwGO einer schriftlichen Begründung des besonderen Interesses an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts. Dabei genügt eine floskelhafte Begründung der Darlegung der Dringlichkeit nicht, vielmehr muss die Behörde schlüssig, konkret und substantiiert dartun, wieso aus ihrer Sicht gerade im zu entscheidenden Einzelfall ein besonderes Interesse besteht<sup>16</sup>. Die Stadt München hat den Sofortvollzug schlüssig und ausreichend mit der akuten Gefahr für das Leben der Hundewelpen begründet. Diese Darlegungen reichen als Begründung aus. Nicht geprüft wird vom Gericht, ob die von der Behörde angeführten Gründe den Sofortvollzug tatsächlich stützen. Diese können ggf. im Rahmen der nach § 80 V VwGO durchzuführenden originären gerichtlichen Interessenabwägung Berücksichtigung finden<sup>17</sup>.

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist formell rechtmäßig.

## III. Materielle Interessenabwägung

Im Zentrum der Begründetheitsprüfung steht die materielle Interessenabwägung, die das Gericht im Verfahren nach § 80 V VwGO in originärer Zuständigkeit eigenständig zu treffen hat. Für die Frage, ob im vorliegenden Fall das Suspensivinteresse das Vollziehungsinteresse überwiegt, sind gemäß dem in § 80 IV 3 Alt. 1 VwGO zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken vorrangig die Erfolgsaussichten in der Hauptsache zu berücksichtigen. Lässt sich schon bei summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage feststellen, dass der Hauptsacherechtsbehelf voraussichtlich Erfolg haben wird, überwiegt aus diesem Grund das Suspensivinteresse. Nur wenn die Erfolgsaussichten in der Hauptsache nicht eindeutig zu klären sind, ist eine davon

<sup>12</sup> Inzwischen wohl hM, vgl die Nachweise bei *Kopp/Schenke* (Fn 9), § 80 Rn 78.

<sup>13</sup> *Gersdorf* (Fn 7), Rn 159.

<sup>14</sup> *Schoch/Schneider/Bier/Schoch* (Fn 8), § 80 Rn 259.

<sup>15</sup> Hierauf verweist *Becker/Heckmann/Kempfen/Manssen/Heckmann* (Fn 7), 136. Vgl auch *BayVGH BayVBl.* 1988, 369, 370; *BayVBl.* 1990, 211.

<sup>16</sup> *Schoch/Schneider/Bier/Schoch* (Fn 8), § 80 Rn 247.

<sup>17</sup> *Schoch/Schneider/Bier/Schoch* (Fn 8), § 80 Rn 246.

unabhängige Abwägungsentscheidung zwischen Suspensivinteresse und Vollzugsinteresse vorzunehmen<sup>18</sup>.

Folglich sind zunächst die Erfolgsaussichten in der Hauptsache zu prüfen. Die in der Hauptsache statthafte Anfechtungsklage wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen sind im vorliegenden Fall gegeben (vgl die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Antrags). Im Einzelnen zu prüfen ist jedoch die Begründetheit der Anfechtungsklage. Richtiger Klagegegner ist gem. § 78 I Nr. 1 VwGO die Stadt München. Fraglich ist jedoch, ob die Untersagungsverfügung rechtswidrig ist und die A dadurch in ihren Rechten verletzt ist, was durch die Rechtswidrigkeit der Untersagungsverfügung indiziert wäre.

### 1. Ermächtigungsgrundlage

Als belastender Verwaltungsakt bedarf die Untersagungsverfügung nach dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes einer Rechtsgrundlage. Als Rechtsgrundlage für die Untersagung der Performance kommt vorliegend § 16a I 1 TierSchG in Betracht. Danach trifft die zuständige Behörde die zur Beseitigung festgestellter Verstöße und die zur Verhütung künftiger Verstöße notwendigen Anordnungen. Das Veterinäramt der Stadt München verweist darauf, dass durch die Performance – so wie sie auf der Homepage der Künstlerin angekündigt wird – die Vorschrift des § 4 I TierSchG verletzt würde.

An der Verfassungsmäßigkeit des § 16a I 1 TierSchG bestehen keine Zweifel, insbesondere verstößt die Vorschrift als solche nicht gegen Grundrechte. Zwar ist die zuständige Behörde, wie sich aus dem Wortlaut ergibt, bei Vorliegen der Voraussetzungen nach § 16a I 1 TierSchG zum Eingreifen verpflichtet; sie kann lediglich zwischen verschiedenen zulässigen Maßnahmen wählen<sup>19</sup>. Mit der Ermächtigung ausschließlich zu »notwendigen«

Anordnungen ist sie jedoch gehalten, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Es sind nur solche Maßnahmen nach § 16a I 1 TierSchG zulässig, die geeignet, erforderlich und im Hinblick auf den Zweck zumutbar sind<sup>20</sup>. Dies können nur Maßnahmen sein, die nicht gegen Grundrechte der von der Maßnahme Betroffenen verstoßen. Damit ist die grundrechtskonforme Anwendung der Norm im Einzelfall sichergestellt, die Norm als solche verfassungsgemäß.

### 2. Formelle Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung

Zuständige Behörde ist gem. § 1 I der Verordnung zum Vollzug tierschutzrechtlicher Vorschriften<sup>21</sup> i. V. m. Art. 9 I 1 BayGO die Stadt München. Ihre örtliche Zuständigkeit folgt aus Art. 3 I Nr. 3 BayVwVfG. Laut Sachverhalt ist eine Anhörung der A vor Erlass der Untersagungsanordnung unterblieben. Die Anhörung kann jedoch gem. Art. 45 I Nr. 3, II BayVwVfG bis zur letzten mündlichen Verhandlung im gerichtlichen Verfahren nachgeholt werden. Es ist zudem davon auszugehen, dass die Formvorschriften der Art. 37, 39 BayVwVfG eingehalten wurden. Die Untersagungsverfügung ist formell rechtswidrig, solange die nach Art. 28 I BayVwVfG erforderliche Anhörung nicht nachgeholt wurde.

### 3. Materielle Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung

#### a) Tatbestandsvoraussetzungen des § 16a I 1 TierSchG

##### aa) Drohender Verstoß gegen § 4 I TierSchG

Das Veterinäramt verweist darauf, dass die Aktion der A gegen § 4 I TierSchG verstoßen würde. Denkbar ist, dass A mit ihrer Aktion gegen weitere Vorschriften des Tierschutzgesetzes verstoßen würde (z. B. § 1 S. 2, § 3 S. 1 Nr. 6 TierSchG). Andere Verstöße als die gegen § 4 I TierSchG sind jedoch laut Aufgabenstellung nicht zu prüfen.

§ 4 I TierSchG enthält strenge Vorgaben für die Tötung eines Wirbeltiers. Danach darf ein Tier nur unter wirksamer Schmerzausschaltung (Betäubung) in einem Zustand der Wahrnehmungs- und Empfindungslosigkeit oder sonst, soweit nach den gegebenen Umständen zumutbar, nur unter Vermeidung von Schmerzen getötet

<sup>18</sup> Posser/Wolff/Gersdorf (Fn 2), § 80 Rn 189ff.; Hufen (Fn 5), § 32 Rn 39. Die Erfolgsaussichten werden idR positiv oder negativ zu beurteilen sein, so dass eine reine Abwägungsentscheidung in Prüfungsklausuren praktisch nicht durchzuführen ist.

<sup>19</sup> So auch Kluge/ders. Tierschutzgesetz, 2002, § 16a Rn 11; Hirt/Maisack/Moritz Tierschutzgesetz, 2. Aufl., § 16a Rn 5; aA Lorz/Metzger Tierschutzgesetz, 6. Aufl., § 16a Rn 8, die entgegen dem Wortlaut ein Entschließungsermessen bejahen. Für eine gebundene Entscheidung spricht jedoch die Entstehungsgeschichte des § 16a TierSchG (vgl BT-Drs. 10/3158, 38) und der Vergleich mit den wortgleichen Bestimmungen in anderen sicherheits- und ordnungsrechtlichen Gesetzen, z. B. § 69 AMG und § 39 LFGB, bei denen jeweils eine Verpflichtung der Behörde zum Eingreifen angenommen wird (vgl z. B. Wehlau LFGB, 2010, § 39 Rn 40).

<sup>20</sup> Vgl Hirt/Maisack/Moritz (Fn 19), § 16a Rn 4; Kluge/ders. (Fn 19), § 16a Rn 11.

<sup>21</sup> Verordnung zum Vollzug tierschutzrechtlicher Vorschriften vom 26. 3. 1999 (GVBl. S. 144), zuletzt geändert durch § 1 der Verordnung vom 1. 9. 2014 (GVBl. S. 404).

werden (S. 1)<sup>22</sup>. Außer im Falle einer unaufschiebbaren Nottötung darf ein Tier zudem nur von Personen getötet werden, die über die dazu notwendige Sachkunde verfügen (S. 2)<sup>23</sup>. Vorliegend sollten die Welpen laut Ankündigung im Internet ohne Betäubung mittels eines Kabelbinders durch die nicht sachkundige Künstlerin getötet werden. A würde daher mit der Durchführung der Performance gegen die Vorschrift des § 4 I TierSchG verstoßen.

### bb) Notwendigkeit der Anordnung gem. § 16 a I 1 TierSchG

Weitere tatbestandliche Voraussetzung ist, dass das konkrete Vorgehen des Veterinäramts zur Verhinderung des Verstoßes gegen § 4 I TierSchG notwendig war, dh das Vorgehen zur Durchsetzung des Tierschutzes geeignet, erforderlich und zumutbar war. Dann, aber auch nur dann, ist die Behörde zum Einschreiten verpflichtet. Dies ist zu bezweifeln, wenn durch die Untersagung ungerechtfertigt in Grundrechte der A eingriffen wurde. Denn eine im Einzelfall grundrechtswidrige Anordnung ist keine notwendige Anordnung iSd § 16 a I 1 TierSchG.

A beruft sich ausschließlich auf ihre Kunstfreiheit nach Art. 5 III 1 Alt. 1 GG. In Betracht kommt auch eine Verletzung ihrer Meinungsfreiheit nach Art. 5 III 1 Alt. 1 GG, der jedoch die Kunstfreiheit nach ganz überwiegender Auffassung<sup>24</sup> als spezielleres Grundrecht vorgeht.

#### (1) Schutzbereich des Art. 5 III 1 Alt. 1 GG

Zu prüfen ist zunächst, ob es sich bei der Performance der A überhaupt um Kunst iSv Art. 5 III 1 Alt. 1 GG handelt. Was unter Kunst zu verstehen ist, wird im Grundgesetz nicht definiert. Es besteht Einigkeit<sup>25</sup>, dass angesichts der Wandelbarkeit der Kunst in der Geschichte der Begriff der Kunst schwierig zu definieren ist. Das Bundesverfassungsgericht spricht sogar von der Unmöglichkeit, Kunst generell zu definieren<sup>26</sup>. Allerdings kann die Kunstfreiheit nur gewährleistet werden, wenn klar ist, was sie umfassen soll. Daher ist es nötig, Kunst von Nicht-Kunst abzugrenzen.

<sup>22</sup> Näher Lorz/Metzger (Fn 19), § 4 Rn 10 ff.

<sup>23</sup> Näher Lorz/Metzger (Fn 19), § 4 Rn 22.

<sup>24</sup> Papier/Krönke Grundkurs Öffentliches Recht 2 – Grundrechte, 2. Aufl., Rn 301; Hufen Staatsrecht II – Grundrechte, 4. Aufl., § 33 Rn 24; aA Augsberg/Augsberg/Schwabenbauer Klausurtraining Verfassungsrecht, 2012, 212 m. w. N.

<sup>25</sup> Vgl z. B.: Hufen (Fn 24), § 33 Rn 4 ff.; Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, Grundrechte – Staatsrecht II, 30. Aufl., Rn 659; Papier/Krönke (Fn 24), Rn 292; Volkmann, Staatsrecht II – Grundrechte, 2. Aufl., § 11 Rn 107.

<sup>26</sup> BVerfGE 67, 213, 224 f.

Literatur und Rechtsprechung haben verschiedene Kunstbegriffe entwickelt:

Der *formale Kunstbegriff*<sup>27</sup> stellt darauf ab, ob das Werk, das zu bewerten ist, einem der traditionellen Werktypen (Malerei, Bildhauerei, Oper, Drama etc.) zugeordnet werden kann. Die Zuordnung der Performance der A fällt nicht leicht. Bei einer Performance handelt es sich um eine situationsbezogene, handlungsbetonte und vergängliche Darbietung, bei der häufig gerade die traditionellen Werktypen hinterfragt werden. Die Performance ist mittlerweile als eigene Kunstgattung bzw. als besondere Richtung in der bildenden oder darstellenden Kunst anerkannt<sup>28</sup>. Allerdings zeigt der vorliegende Fall, dass sich der formale Kunstbegriff als zu eng erweist, weil er neue Entwicklungen im Kunstbereich nicht zu erfassen vermag.

Für den *materialen Kunstbegriff* ist entscheidend, ob es sich bei dem in Rede stehenden Werk um »freie schöpferische Gestaltung« handelt, in der Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden.<sup>29</sup> A will mit ihrer Darbietung auf die Vernachlässigung von Tieren und insbesondere von Hunden in vielen Teilen der Welt aufmerksam machen und diese Kritik in Anlehnung an traditionelle thailändische Kunstformen zum Ausdruck bringen. Ihr Anliegen ist es, durch die öffentliche Tötung der Hundewelpen zu provozieren.

Der *offene Kunstbegriff* sieht das kennzeichnende Merkmal einer künstlerischen Äußerung darin, »dass es wegen der Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehalts möglich ist, der Darstellung im Wege einer fortgesetzten Interpretation immer weiter reichende Bedeutung zu entnehmen, so dass sich eine praktisch unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergibt«<sup>30</sup>. Dieser Ansatz lässt es demnach ausreichen, wenn eine gewisse Deutungsoffenheit gegeben ist. A vermengt bei ihrer Performance religiöse Elemente, Tanz- und Musikelemente, so dass unterschiedliche Zugänge zu ihrer Darbietung möglich sind.

Mithin legen die weiteren Kunstbegriffe es nahe, im vorliegenden Fall die Performance der A als Kunst iSd Art. 5 III 1 Alt. 1 GG anzusehen. Nach überwiegender Ansicht<sup>31</sup> kann nicht maßgeblich sein, ob es sich um gute oder

<sup>27</sup> BVerfGE 67, 213, 226 f.

<sup>28</sup> Vgl Der Brockhaus Kunst – Künstler, Epochen, Sachbegriffe, 2. Aufl., Stichwort: Performance.

<sup>29</sup> BVerfGE 30, 173, 188 f.

<sup>30</sup> BVerfGE 67, 213, 227.

<sup>31</sup> Vgl BVerfGE 75, 369, 377; 81, 278, 291; 83, 130, 139. Kritisch gegenüber dem Verzicht auf jegliche qualitativen Elemente jedoch Volkmann (Fn 25), § 11 Rn 111.

schlechte Kunst handelt. Auf ein Qualitätselement wird ausdrücklich verzichtet, um staatliches Kunstrichtertum auszuschließen<sup>32</sup>.

Geschützt wird von Art. 5 III 1 Alt. 1 GG nicht nur die künstlerische Betätigung als solche (Werkbereich), sondern auch die Darbietung in der Öffentlichkeit (Wirkung)<sup>33</sup>. Bei der Performance der A fallen Werk- und Wirkungsbereich zusammen.

Als Ausführende der Performance kann sich A auch ohne Weiteres auf die Kunstfreiheit berufen.

## (2) Eingriff

Unter einem Eingriff wird im klassischen Sinn ein »rechtsförmiger Vorgang verstanden, der unmittelbar und gezielt (final) durch ein vom Staat verfügbares, erforderlichenfalls zwangsweise durchzusetzendes Ge- oder Verbot, also imperativ, zu einer Verkürzung grundrechtlicher Freiheiten führt.«<sup>34</sup> Ein modernes Verständnis verlangt für das Vorliegen eines Eingriffs lediglich die Verkürzung des tatbestandlich Gewährleisteten gegen den Willen des Grundrechtsträgers durch ein dem Staat zurechenbares Verhalten, stellt somit ausschließlich auf die Wirkung ab, gleichgültig, ob sie final oder unbeabsichtigt, unmittelbar oder mittelbar, rechtlich oder tatsächlich erfolgt<sup>35</sup>. Die Untersagung der Durchführung der von A geplanten Performance erfüllt unzweifelhaft die Merkmale des klassischen und erst recht des modernen Eingriffsbegriffes. Ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 5 III 1 Alt. 1 GG liegt daher vor.

## (3) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Dieser Eingriff könnte jedoch gerechtfertigt sein, wenn vorliegend den mit § 16 a I 1 i. V. m. § 4 I TierSchG verfolgten Tierschutzbelangen der Vorrang vor der Kunstfreiheit einzuräumen war. Allerdings handelt es sich bei Art. 5 III 1 Alt. 1 GG um ein vorbehaltlos gewährleistetes Grundrecht, so dass die Kunstfreiheit lediglich verfassungsimmanente Schranken unterliegt, dh die Kunstfreiheit kann lediglich durch oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden, das den Schutz eines Verfassungsrechtsguts verfolgt<sup>36</sup>.

Seit dem 1. 8. 2002 ist der Tierschutz als Staatsziel in Art. 20 a GG verankert. Mit Art. 20 a GG werden nicht nur die Tiere als Gattung unter den Schutz des Grundgesetzes

gestellt, sondern auch das individuelle Tier<sup>37</sup>. Mit der Aufnahme der Staatszielbestimmung in Art. 20 a GG wurde daher dem ethischen Tierschutz im Sinne des Tierschutzgesetzes Verfassungsrang verliehen. Die Verfolgung des Tierschutzes hat somit Verfassungsrang und kommt daher grundsätzlich als Schranke der Kunstfreiheit in Betracht<sup>38</sup>.

Zu prüfen ist daher, wie die kollidierenden Rechtsgüter im vorliegenden Fall gegeneinander abzuwägen waren. Denkbar ist, dass der Tierschutz als Staatszielbestimmung grundrechtlichen Gewährleistungen gegenüber bereits formal als nachrangig anzusehen ist. Staatszielbestimmungen sind jedoch verfassungsrechtlich bindende Normen, die den Staat zur Beachtung sachlich umschriebener Ziele bei allen Tätigkeiten verpflichten<sup>39</sup>. Sie sind daher als Verfassungsgüter gegenüber Individualgrundrechten keineswegs nachrangig<sup>40</sup>. Allerdings könnte die Kunstfreiheit generell als höherrangig zu gewichten sein, weil sie eine gewisse Nähe zur Menschenwürde und zum Persönlichkeitsschutz, also den zentralen Grundrechtsbestimmungen aufweist. Hierfür spricht auch, dass die Kunstfreiheit vorbehaltlos gewährleistet wird. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass der Tierschutz in Art. 20 a GG explizit aufgenommen wurde, um eine verfassungsimmanente Schranke insbesondere der Wirtschaftsfreiheiten und der Wissenschaftsfreiheit (Stichwort: Tierversuche) zu schaffen<sup>41</sup> (aA mit guter Begründung vertretbar).

Stehen sich Kunstfreiheit und Tierschutz somit gleichrangig gegenüber<sup>42</sup>, ist zu klären, ob vorliegend der Tierschutz dem Interesse der A an ihrer Performance vorgeht. Das kann angenommen werden, wenn die Untersagung der Performance geeignet, erforderlich und zumutbar war, um dem Tierschutz Rechnung zu tragen. Die Untersagung war unzweifelhaft geeignet, die Tötung der Hundewelpen während der Performance zu verhindern. Fraglich ist jedoch, ob die Untersagung der Performance erforderlich war. Möglicherweise hätte es genügt, die Tötung der Hunde zu verbieten, die Performance im Übrigen aber zuzulassen. Allerdings ergibt sich bereits aus der Ankündigung durch die Künstlerin, dass die Hundetötung zentraler Bestandteil ihrer Performance sein sollte und die anderen Elemente (Meditation) lediglich der Vorbereitung der Tö-

<sup>32</sup> Jarass/Pieroth/Jarass GG, 13. Aufl., Art. 5 Rn 119.

<sup>33</sup> Hufen (Fn 25) § 33 Rn 12 f; Volkmann (Fn 25), § 11 Rn 115.

<sup>34</sup> BVerfGE 105, 279, 300.

<sup>35</sup> Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher (Fn 25), § 6 Rn 253.

<sup>36</sup> Hufen (Fn 25), § 33 Rn 27 ff.

<sup>37</sup> BT-Drs. 14/8860, 3; Braun Tierschutz in der Verfassung – und was nun? Die Bedeutung des neuen Art. 20 a GG, DÖV 2003, 488, 490; Jarass/Pieroth/Jarass (Fn 32), Art. 20 a Rn 12.

<sup>38</sup> Vgl auch Hufen (Fn 25), § 33 Rn 55.

<sup>39</sup> Näher Badura Staatsrecht, 6. Aufl, Teil D Rn 42.

<sup>40</sup> Jarass/Pieroth/Jarass (Fn 32), Art. 20 a Rn 14.

<sup>41</sup> Landmann/Rohmer/Gärditz Umweltrecht, Bd. I, Std.: Februar 2013, Art. 20 a Rn 68 ff.

<sup>42</sup> So auch Hufen (Fn 25), § 33 Rn 55.

tung dienen sollten. Eine nur teilweise Untersagung hätte daher kein milderes Mittel dargestellt. Schließlich stellt sich noch die Frage der Zumutbarkeit. Die Performance umfasst die Tötung zweier junger Wirbeltiere. Um auf die Tierquälerei in der Welt aufmerksam zu machen, hätte A die Tiere auch in tiergerechter Weise einsetzen können. Die tierschutzrechtlichen Bestimmungen schließen gerade nicht aus, dass Tiere bei künstlerischen Darstellungen eingesetzt werden (vgl. § 3 S.1 Nr. 6 TierSchG). Eine Darstellung ihres Anliegens mithilfe anderer künstlerischer Mittel, wie z.B. Fotografien steht der A ohne Weiteres frei. Es bleibt der Künstlerin zudem unbenommen, eine Performance zum Protest gegen die weltweite Tierquälerei unter Verzicht auf die Tötung der Hunde an einem anderen Tag in dem angemieteten Theater durchzuführen.

Da danach dem Tierschutz der Vorrang einzuräumen war, ist der Eingriff in die Kunstfreiheit der A gerechtfertigt. Da die Untersagung infolgedessen keinen Verstoß gegen die Kunstfreiheit der A darstellt, bestehen keine Zweifel an der »Notwendigkeit« der Untersagung iSd § 16 a

I 1 TierSchG zur Verhinderung eines Verstoßes gegen § 4 I TierSchG.

#### **b) Rechtsfolge**

§ 16 a I 1 TierSchG verpflichtet die Behörde zum Einschreiten, dh sie verfügt über kein Entschließungsermessen<sup>43</sup>. Lediglich bei mehreren in Betracht kommenden nach § 16 a I 1 TierSchG zulässigen Maßnahmen, hat sie ein Auswahlermessen. Vorliegend kam jedoch zur Verhinderung eines Verstoßes gegen § 4 I TierSchG nur eine Untersagung der Performance in Betracht<sup>44</sup>.

Die Untersagungsverfügung ist danach auch materiell rechtmäßig. Die in der Hauptsache statthafte Anfechtungsklage hätte keinen Erfolg. Aus diesem Grund überwiegt hier das Vollzugsinteresse das Suspensivinteresse, weshalb der Antrag nach § 80 V VwGO unbegründet ist.

<sup>43</sup> Siehe oben unter B. III. 1.

<sup>44</sup> Siehe oben unter B. III. 3. a) bb) (3).