

LÖSUNGSVORSCHLAG

I. Schutzbereich

Die Aufführung der P müßte als Kunst iSd Art. 5 III GG zu werten sein. Der Begriff der Kunst ist str.

1. Definition von vornherein unzulässig; Selbstverständnis des “Künstlers” entscheidend (Lehre vom Definitionsverbot)

Arg.: jede Definition hat Ausschlußwirkung, damit wirkt schon die Definition grundrechtseinschränkend.

Arg.: eine Definition setzt einen Definitionsherrn voraus, der die Befugnis trägt, bestimmte Verhaltensweisen aus der Kunstfreiheit auszuschließen. Mit einer staatlichen Definition schwingt sich der Staat zum Kunstrichter auf.

Contra:

Arg.: Kunst als Solche kann nicht definiert werden.

Arg.: Aber: begriffliche Auflösung der Kunst im Rahmen des Art. 5 III GG hieße auch dessen normative Auflösung - für Kunst als Gegenstand der Kunstfreiheit besteht daher ein Definitionsgebot.

Arg.: Definition kann auch nicht im Belieben des Grundrechtsträgers stehen, sonst ebenfalls Auflösung.

2. formaler Kunstbegriff: Verwendung traditioneller Form künstlerischer Gestaltung(Kunst kommt von Können)

Arg.: Kulturgeschichte weist eine selbständig entstandene Unterscheidung zwischen Kunst und Nicht-Kunst auf.

Arg.: Gegenwärtige Definitionsschwierigkeiten spiegeln lediglich Veränderungen in den ästhetischen Kategorien der Gegenwart wieder. Durch Erweiterung der historisch überlieferten Kategorien um neue ästhetische Entwicklungen kann den Bedürfnissen der Freiheit der Kunst ausreichend Rechnung getragen werden.

3. offener Kunstbegriff (BVerfG): “das Wesentliche der künstlerischen Betätigung ist die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen oder Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden” (BVerfGE 30, 173 (188f.) – Mephisto)

- auch neuartigen Kunstformen gegenüber offen (Hier: Performance)
- Mehrheitsauffassungen oder allgemeine Anschauungen unbeachtlich (vehement: Bethge in: Sachs, Art. 5 Rn 185)
- keine staatliche Inhaltskontrolle nach Stil oder Niveau

- Typisch: Stilisierung, Verfremdung
- Erforderlich: Ernsthaftigkeit der künstlerischen Intention (NJW 1994, 952f. – “Der Asylbe-träger in Deutschland”)

II. Eingriff

- klassischer Eingriff (Rechtsakt, final, unmittelbar, imperative Heranziehung): unproblema-tisch
- Qualifikation des Eingriffs: Unterscheidung zwischen Werk- und Wirkungsbereich nicht mög-lich, da bei der Performance beide zusammenfallen..

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

1. Einschränkung des Grundrechts

- kein Gesetzesvorbehalt
- Schrankenleihe ? (Bei Art. 5 II, 2 I)
- nur verfassungsimmanente Schranken

a) Grundrechte anderer

b) Sonstiges Rechtsgut von Verfassungsrang

- Tierschutz, Art. 20a GG (“und die Tiere” eingefügt durch Gesetz vom 26.7.2002)

2. Verfassungsmäßige Rechtsgrundlage

- Erfordernis förmlichen Gesetzes bei verfassungsimmanenten Schranken: Wesentlichkeits-theorie, Erst-Recht-Schluß aus GV'en
- Hier: § 19 iVm § 18 I Nr. 1 TierschG

a) Rechtsfolge (vollständige Überprüfung) (+)

b) keine evidente Überschreitung des Tatbestandes (§ 18 I Nr. 1 TierSchG)

Hinweis: eine Prüfung des Tatbestandes der einfachgesetzlichen Norm ist für die Heranziehung der Norm als gesetzliche Grundlage nur insoweit erforderlich, als die Tatbestandsmerkmale verfassungsrechtlichen Anforderungen entspringen.

- Wirbeltier (+)
 - P = Halterin (+)
 - erhebliche Schmerzen, Leiden oder Schäden des Vogels
 - Schäden (-), Wellensittich unverletzt
 - Schmerzen, wohl (-)
 - Leiden: durch verklebtes Gefieder sowie Angst und Streß während der Performance wohl (+)
 - ohne vernünftigen Grund - hier Ausübung der Kunstfreiheit als vernünftiger Grund denkbar
 - aber: vernünftiger Grund im Schwerpunkt wertendes Tatbestandsmerkmal, daher an dieser Stelle nur Evidenzkontrolle
 - jedenfalls keine akute Notwendigkeit der Leidenszufügung
- Mithin Rechtsgrundlage (+)

3. Verfassungsmäßigkeit Einzelakt

- **Zuständige Behörde** ? Bezirksamt Friedrichshain-Kreuzberg, § 1 Nr. 1 lit. a) ZustVO-OWiG Bln iVm § 36 II OWiG iVm ZustKat Ord, Zweiter Abschnitt Nr. 16 Abs. VI iVm § 2 IV 1 ASOG.
- Verhältnismäßigkeit: Abwägung Tierschutz vs. Kunstfreiheit
- kein absoluter Vorrang der Kunstfreiheit
- aber: Abwägung erschwert, wenn dem Staat eine Beurteilung des Inhaltes der künstlerischen Tätigkeit verwehrt bleibt. Eine solche bejahen jedoch IM Rahmen der Abwägung Bethge in Sachs, Rn 187 sowie BVerfGE 83, 130 (139)
- hier: keine unmittelbaren Schäden für den Vogel, Langzeitwirkungen nicht abzusehen; andererseits ist die Bedeutung des Vogels für die Performance nicht abzuschätzen. Mithin Vorrang der Kunstfreiheit.