

## Wellensittich im Glas

### Lösungsvorschlag

© Markus Heintzen (Freie Universität Berlin)  
 Stand der Bearbeitung: Dezember 2013

#### Teil I:

Das BVerfG wird der Verfassungsbeschwerde stattgeben, wenn sie zulässig und begründet ist.

#### A. Zulässigkeit:

##### I. Zuständigkeit des BVerfG gem. Art- 93 I Nr. 4a iVm §§ 13 Nr. 8a, 90ff BVerfGG

Das BVerfG ist für VB gemäß Art. 93 I Nr. 4a iVm §§ 13 Nr. 8a, 90ff BVerfGG zuständig.

##### II. Beschwerdefähigkeit (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG: „jedermann“)

M ist als natürliche Person „jedermann“ im Sinne des Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG und damit beschwerdefähig.

##### III. Beschwerdegegenstand (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG: „Akt der öffentlichen Gewalt“)

Beschwerdegegenstand kann jeder Akt der öffentlichen Gewalt sein, also Akte der vollziehenden Gewalt, Rechtsprechung (vgl. §§ 94 III, 95 II BVerfGG) und Gesetzgebung (vgl. §§ 93 III, 94 IV, 95 III BVerfGG). Die Verfassungsbeschwerde der M richtet sich gegen die behördliche Einziehung des Wellensittichs und die sie bestätigenden Gerichtsentscheidungen; es handelt sich jedoch nur um eine Verfassungsbeschwerde.<sup>1</sup>

*Anmerkung: Es liegt also eine Urteilsverfassungsbeschwerde vor, die sich nur mittelbar gegen die zugrunde liegenden gesetzlichen Bestimmungen der §§ 18 I Nr. 1, 19 I Nr. 2 TierSchG richtet.*

##### IV. Beschwerdebefugnis (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG: „Behauptung, in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Art. 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 GG enthaltenen Rechte verletzt zu sein“)

Gemäß § 90 I BVerfGG ist die Verfassungsbeschwerde nur zulässig, wenn der Beschwerdeführer behauptet, in einem seiner Grundrechte verletzt zu sein. Die Beschwerdebefugnis setzt voraus, dass eine Grundrechtsverletzung zumindest möglich

<sup>1</sup> Vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 24. Auflage, 2008, Rn. 1125 ff.

ist, und dass der Beschwerdeführer in den möglicherweise verletzten Grundrechten selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen ist.<sup>2</sup>

### **1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung**

Die Aufführung der M könnte zunächst unter den Schutzbereich der Kunstfreiheit aus Art. 5 III 1 GG fallen. In diesem Falle könnte mit der Einziehung des Wellensittichs ein Eingriff in die Kunstfreiheit vorliegen, so dass eine Verletzung dieses Grundrechts jedenfalls möglich ist. Weiterhin könnte die Einziehung Wellensittich einen Eingriff in die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG darstellen. Auch ein Verstoß gegen dieses Grundrecht ist daher zumindest möglich. Schließlich kommt, soweit die Schutzbereiche der vorgenannten Grundrechte nicht betroffen sind, eine Verletzung des subsidiären Grundrechts auf allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) in Betracht. Die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung der M liegt nach alledem vor.

### **2. Selbst, gegenwärtig und unmittelbar beschwert**

Die M müsste in ihren Grundrechten selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein. Die eigene Beschwer liegt vor, da die M Adressatin der behördlichen und gerichtlichen Hoheitsakte ist. Auch die unmittelbare Beschwer ist unproblematisch gegeben.

Fraglich ist hingegen, ob die M in ihrem Grundrecht auf Kunstfreiheit auch gegenwärtig betroffen ist. Die gegenwärtige Beschwer fehlt bei allen in der Vergangenheit abgeschlossenen Beeinträchtigungen.<sup>3</sup> Der gegenwärtigen Beschwer könnte entgegenstehen, dass der eingezogene Wellensittich im Gewahrsam der Behörde verstorben ist. Hier ist zu berücksichtigen, dass das Versterben des Tieres an Altersschwäche auch eingetreten wäre, wenn das Tier nicht konfisziert worden wäre. Auch ohne die Einziehung des Wellensittichs wäre M daher nicht mehr im Besitz des Vogels und könnte diesen nicht mehr für ihre Aufführungen verwenden. Die mögliche Beeinträchtigung der Eigentums- und der Kunstfreiheit der M durch die Einziehung des Tieres ist daher eine in der Vergangenheit liegende Beeinträchtigung. Damit fehlt es grundsätzlich an einer gegenwärtigen Beschwer.

Auch bei bereits vergangenen Beeinträchtigungen ist die gegenwärtige Beschwer aber dann zu bejahen, wenn eine Wiederholung zu besorgen ist.<sup>4</sup> Die M ist inzwischen Besitzerin eines neuen gefiederten Haustiers und möchte die Aufführung mit diesem auch in Zukunft darbieten. Es besteht daher die Gefahr, dass auch ihr neues Tier durch das Bezirksamt eingezogen wird. Die Beschwerdebefugnis liegt daher im Ergebnis vor.

### **V. Ordnungsgemäßer Antrag nach §§ 23 Abs. 1, 92 BVerfGG**

Ein ordnungsgemäßer Antrag nach §§ 23 Abs. 1, 92 BVerfGG müsste gestellt worden sein. Ein solcher verlangt die Wahrung des Frist- und des Formerfordernisses.

Die Verfassungsbeschwerde ist gemäß § 93 I BVerfGG binnen eines Monats nach Erlass des letztinstanzlichen Urteils zu erheben. Die formalen Voraussetzungen des § 23 BVerfGG sind einzuhalten. Beides ist mangels gegenteiliger Anhaltspunkte zu unterstellen.

<sup>2</sup> Degenhart, Klausurenkurs im Staatsrecht I, 2009, Rn. 667 f.

<sup>3</sup> Umbach/Clemens (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1992, § 90 Rn. 49, 65 ff.

<sup>4</sup> BVerfGE 103, 44, 58 f.; 116, 69, 79.

## VI. Rechtsschutzbedürfnis

Ein Rechtsschutzbedürfnis ist nur dann zu bejahen, wenn der Rechtsweg erschöpft ist und der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde der Zulässigkeit nicht entgegensteht.

Gemäß § 90 II BVerfG kann die Verfassungsbeschwerde erst nach Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden. M hat den ihr zur Verfügung stehenden Rechtsweg bis zur letzten Instanz erschöpft, so dass auch diese Voraussetzung vorliegt. Auch der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde steht ihrer Zulässigkeit im vorliegenden Fall nicht entgegen.

## VII. Zwischenergebnis:

Die Verfassungsbeschwerde der M ist zulässig.

### B. Begründetheit:

Die Verfassungsbeschwerde der M ist begründet, wenn sie durch die angegriffenen Hoheitsakte tatsächlich in ihren Grundrechten verletzt ist.

### I. Prüfungsmaßstab:

Vorliegend handelt es sich um eine Urteilsverfassungsbeschwerde. Hier ist zu beachten, dass das BVerfG keine Superrevisionsinstanz ist. Es prüfe nicht, ob das Fachgericht das einfache Recht richtig angewendet und ausgelegt hat, sondern beschränkt sich auf die Prüfung spezifischen Verfassungsrechts. Dies gilt nur dann nicht, wenn die Grundrechtsbeeinträchtigung so intensiv ist, dass eine vollständige Überprüfung angezeigt erscheint, wofür hier allerdings keine Anhaltspunkte bestehen.<sup>5</sup>

### II. Kunstfreiheit, Art. 5 III 1 GG:

Fraglich ist zunächst, ob ein Verstoß gegen die Kunstfreiheit der M vorliegt.

#### 1. Schutzbereich:

Die Aufführung der M müsste als Kunst i.S.d. Art. 5 III 1 GG zu werten sein. Der Begriff der Kunst ist umstritten.<sup>6</sup>

a) Nach der **Lehre vom Definitionsverbot**<sup>7</sup> ist eine Definition des Begriffs Kunst von vorne herein unzulässig. Dies wird damit begründet, dass jede Definition Ausschlusswirkung habe und damit schon die Definition grundrechtseinschränkend wirke. Eine Definition setze einen Definitionsherrn voraus, der die Befugnis trägt, bestimmte Bereiche aus dem Schutz der Kunstfreiheit auszuschließen. Der Staat schwinde sich daher mit einer Definition in unzulässiger Weise zum „Kunstrichter“ auf. Jede Definition stehe daher in grundsätzlichem Widerspruch zu dem Sinn der

<sup>5</sup> Vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 24. Auflage, 2008, Rn. 1172 ff.

<sup>6</sup> Siehe dazu Pernice in Dreier, Grundgesetz – Kommentar, 2. Auflage, 2004, Bd. 1 (Art. 1-19), Art. 5 III Rn. 17 ff.; Bethge in Sachs, Grundgesetz – Kommentar, 4. Auflage 2007, Art. 5 Rn. 182 ff.; Wendt in von Münch/Kunig, Grundgesetz – Kommentar, 5. Auflage 2000, Bd. 1 (Art. 1-19), Art. 5 Rn. 89 ff.; Kobler, Grundfälle zu Art. 5 III GG, JuS 2006, 593, 695.

<sup>7</sup> Begründet von Knies, Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, 1967, S. 214 ff. Dazu Hoffmann, Kunstfreiheit und Sacheigentum – Bemerkungen zum „Sprayer“- Beschluss des BVerfG, in NJW 1985, 237.

Freiheitsgewährleistung. Nach dieser Ansicht ist ausschließlich das Selbstverständnis des „Künstlers“ entscheidend, so dass es nur darauf ankomme, ob die betroffene Person ein bestimmtes Objekt bzw. ein bestimmtes Verhalten als Kunst ansehe oder nicht.

Gegen diese Ansicht spricht, dass der Staat Grundrechte nicht beachten kann, wenn nicht klar ist, was sie schützen und was nicht. Die begriffliche Auflösung der Kunst im Rahmen des Art. 5 III 1 GG hieße daher zugleich dessen normative Auflösung.<sup>8</sup> Entgegen dieser Lehre besteht daher für die Kunst als Gegenstand der Kunstfreiheit ein Definitionsgebot.<sup>9</sup> Auch kann die Definition nicht im Belieben des Grundrechtsträgers selbst stehen, da dies ebenfalls eine faktische Auflösung des Schutzbereichs zur Folge hätte.

**b)** Nach dem **formalen Kunstbegriff**<sup>10</sup> besteht das Wesentliche eines Kunstwerks darin, dass es einem bestimmten Werktyp zugeordnet werden kann, der zu den traditionellen Formen künstlerischer Gestaltung zählt (z.B. Malen, Bildhauen, Dichten, Theaterspielen usw.). Der Vorteil dieser Ansicht liegt darin, dass sie die Annäherung an einen praktikablen Kunstbegriff erleichtert. Weiterhin verbleibt außer der Form als Abgrenzungskriterium nur der Inhalt – eine inhaltliche Abgrenzung bringt aber wiederum ein Aufschwingen des Staats zum Kunstrichter mit sich. Dies ist indessen auch beim reinen Abstellen auf formale Kriterien der Fall. Der Nachteil des formalen Kunstbegriffs besteht daher in dem Ausschluss neuer avantgardistischer Formen der Kunst.<sup>11</sup> Urteile über Kunst sind „normativ“ und damit zwangsläufig dem Wandel unterworfen. Erforderlich sind daher Kriterien, die die Unterscheidung von Kunst und Nicht-Kunst und damit eine Abgrenzung des von Art. 5 III 1 GG geschützten Freiheitsbereichs ermöglichen, ohne sich dabei neuen gesellschaftlichen Entwicklungen zu verschließen.<sup>12</sup> Der formale Kunstbegriff ist daher nur mit der Maßgabe zu befürworten, dass die historisch überlieferten Kategorien um neue ästhetische Entwicklungen erweitert werden. Unter dieser Voraussetzung kann den Bedürfnissen der Freiheit der Kunst ausreichend Rechnung getragen werden.

**c)** Nach dem **materiellen Kunstbegriff** ist das Wesentliche der künstlerischen Betätigung, „die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zur unmittelbaren Anschauung gebracht werden. Alle künstlerische Tätigkeit ist (...) primär nicht Mitteilung, sondern Ausdruck, und zwar unmittelbarster Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers.“<sup>13</sup> Für diesen Kunstbegriff spricht, dass er auch neuartigen Erscheinungsformen der Kunst gegenüber offen ist. Er stellt zudem auf das typische Merkmal der Stilisierung und Verfremdung der Aussage ab und basiert auf der Überzeugung, dass Mehrheitsauffassungen oder allgemeine Anschauungen nicht entscheidend sein dürfen.

<sup>8</sup> Ipsen, StaatsrechtII, Grundrechte, 7. Auflage 2004, Rn. 473.

<sup>9</sup> BGH NJW 1975, 1882, 1884; Scholz in Maunz/Dürig, Grundgesetz – Kommentar, 20. Lfg. (1977), Art. 5 Rn. 25.

<sup>10</sup> F. Müller, Strafrecht, Jugendschutz und Freiheit der Kunst, in JZ 1970, 87, 89 m.w.N.; siehe auch BVerfGE 67, 213, 227

<sup>11</sup> Henschel, Die Kunstfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfG, in NJW 1990, 1937, 1939.

<sup>12</sup> Pernice in Dreier, Grundgesetz – Kommentar, 2. Auflage, 2004, Bd. 1 (Art. 1-19), Art. 5 III Rn. 17; siehe auch Lerche, Ausgewählte Fragen der Kunstfreiheit nach deutschem Verfassungsrecht, in Berka u.a. Kunst und Recht, im In- und Ausland, 1994, S. 1 ff.

<sup>13</sup> Grundlegend BVerfGE 30 173, 188 f. (Mephisto-Beschluss); aus neuerer Zeit: BVerfGE 83, 130, 138. Kritisch Isensee, Wer definiert die Freiheitsrechte? 1980, S. 27; E. Denninger, HStR VI, § 146, Rn. 8.

**d)** Der sog. **offene Kunstbegriff** schließlich 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 Bedeutungen zu entnehmen, so dass sich praktisch eine unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergibt“<sup>14</sup>. Das Abstellen auf die Deutungsvielfalt und Interpretationsoffenheit stellt, in Ergänzung zu dem formalen und materiellen Kunstbegriff, ein weiteres charakteristisches Merkmal künstlerischen Wirkens in den Vordergrund und ist daher ebenfalls zu begrüßen.

Das BVerfG verwendet die drei zuletzt genannten Kunstbegriffe nebeneinander und trifft damit eine Beurteilung aufgrund einer „Gesamtheit von Gesichtspunkten“, welche es als die „der Kunst eigenen Strukturmerkmale“ bezeichnet.<sup>15</sup> Dem folgt der überwiegende Teil des Schrifttums.<sup>16</sup>

Nach allen genannten Kunstbegriffen fällt die vorliegende Aufführung der M in den Schutzbereich des Art. 5 III 1 GG: Nach der ersten Ansicht ist der Schutzbereich bereits mangels einer Definitionsmöglichkeit als solcher eröffnet. Da die „Performance“ als Kunstform inzwischen allgemeine Akzeptanz erfahren hat, ist der formale Kunstbegriff erfüllt. Die Aufführung ist weiterhin eine schöpferische Tätigkeit, in der die Persönlichkeit der M zum Ausdruck gebracht wird (materieller Kunstbegriff) und die einer vielseitigen Interpretation offen steht (offener Kunstbegriff).

Die Einbeziehung des Wellensittichs fällt auch nicht etwa deshalb aus dem Schutzbereich heraus, weil sie nur bei Gelegenheit der künstlerischen Darbietung erfolgte.<sup>17</sup>

Sie war vielmehr ein planmäßiger Teil der Performance und diente gerade der verfremdeten Darstellung von erlittenem Leid während der NS-Zeit.

Nach alledem ist der Schutzbereich des Art. 5 III 1 GG eröffnet.

## 2. Eingriff:

Aufgrund der Einziehung des Wellensittichs konnte M diesen nicht mehr in ihre Performance einbeziehen. Es liegt daher ein Eingriff in den Schutzbereich vor. Dies ist bereits nach dem klassischen Eingriffsbegriff der Fall, da es sich um einen zielgerichteten (finalen) Rechtsakt handelt, der unmittelbar gegenüber M erging und sie in imperativer (befehlender) Weise heranzog.<sup>18</sup> Gleiches gilt für die den behördlichen Eingriff bestätigenden Gerichtsurteile.

Eine Qualifikation des Eingriffs hinsichtlich der Unterscheidung zwischen Werk- und Wirkungsbereich<sup>19</sup> ist vorliegend nicht möglich, da bei der Performance beide Bereiche zusammenfallen.

## 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung:

Der Eingriff könnte verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

### a) Einschränkung des Grundrechts:

<sup>14</sup> BVerfGE 67, 213, 226 f. („Anachronistischer Zug“) mit Verweisen auf die im Schrifttum vertretenen Meinungen; vgl. auch E. Denninger, aaO, S. 11 ff.; Lerche (Fn. 11), S. 4 ff.

<sup>15</sup> BVerfGE 67, 213, 228 ff.; 75, 369, 376; 81, 278, 291 ff.

<sup>16</sup> Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 24. Auflage, 2008, Rn. 612; Rolf Schmidt, Grundrechte, 6. Auflage 2004, Rn. 509; Pernice in Dreier, Grundgesetz – Kommentar, 2. Auflage, 2004, Bd. 1 (Art. 1-19), Art. 5 III Rn. 19 ff. m.w.N.

<sup>17</sup> Vgl. Pieroth/Schlink aaO, Rn. 619.

<sup>18</sup> Vgl. BVerfGE 105, 279, 300; Jarass in Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 9. Auflage 2007, Vorb. vor Art. 1, Rn. 27.

<sup>19</sup> Bethge in Sachs, Grundgesetz – Kommentar, 4. Auflage 2007, Art. 5 Rn. 188.



Fraglich ist dabei zunächst die Einschränkung des Grundrechts auf Kunstfreiheit. Art. 5 III GG enthält keinen Gesetzesvorbehalt. Eine Anwendung der Schranken des Art. 5 II GG oder auch des Art. 2 I GG ist abzulehnen, da dies mit der Schrankensystematik des GG unvereinbar wäre.<sup>20</sup> Gleichwohl ist die Kunstfreiheit nicht schrankenlos gewährleistet, da *verfassungsimmanente Schranken* zu berücksichtigen sind.<sup>21</sup> Eingriffe in die Kunstfreiheit können daher nur, aber immerhin durch *kollidierendes Verfassungsrecht* gerechtfertigt sein.

Als kollidierendes Verfassungsrecht kommen Grundrechte anderer sowie sonstige Rechtsgüter von Verfassungsrang in Betracht. Für ein Betroffensein von Grundrechten anderer bestehen keine Anhaltspunkte. Ein sonstiges Rechtsgut von Verfassungsrang könnte jedoch der Tierschutz sein. Gemäß Art. 20a GG schützt der Staat die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung. Der Tierschutz stellt daher ein Rechtsgut von Verfassungsrang dar, das grundsätzlich in der Lage ist, das Recht der Kunstfreiheit einzuschränken.<sup>22</sup>

### **b) Verfassungsmäßige Rechtsgrundlage:**

Es müsste eine verfassungsmäßige Rechtsgrundlage auf dem Gebiet des Tierschutzes vorhanden sein. Das Erfordernis eines förmlichen Gesetzes folgt aus der Wesentlichkeitstheorie,<sup>23</sup> die im Falle von verfassungsimmanenten Schranken ebenso gilt wie bei der Einschränkung von Grundrechten aufgrund eines geschriebenen Gesetzesvorbehalts.<sup>24</sup> Rechtsstaats- und Demokratieprinzip verpflichten den Gesetzgeber, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen selbst zu treffen. Die Notwendigkeit eines einschränkenden Parlamentsgesetzes ergibt sich auch aus einem Erst-Recht-Schluss zu den geschriebenen Gesetzesvorbehalten: wenn für Grundrechte mit einfachem Gesetzesvorbehalt die Rechtfertigung ein formelles Gesetz voraussetzt, dann gilt dies erst recht bei der vorbehaltlosen Kunstfreiheit.

Als einschränkendes formelles Gesetz kommt hier § 18 I Nr. 1 TierSchG i.V.m. § 19 I Nr. 2 in Betracht. Fraglich ist, ob die Einziehung des Wellensittichs der M unter diese Bestimmungen subsumiert werden kann. Nach § 18 I Nr. 1 TierSchG handelt ordnungswidrig, wer einem Wirbeltier, das er hält, betreut oder zu betreuen hat, ohne vernünftigen Grund erhebliche Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügt. Ein Wellensittich ist ein Wirbeltier. M ist Halterin dieses Tieres. Nach der Feststellung des Sachverständigen löste das Eintauchen des Vogels in die Eimasse erheblichen Stress und Angstgefühle bei dem Tier aus, so dass auch die Zufügung erheblichen Leidens zu bejahen ist. Bei dem Tatbestandsmerkmal „ohne vernünftigen Grund“ handelt es sich um ein auslegungsbedürftiges und wertendes Merkmal. Soweit die Leidenszufügung ohne vernünftigen Grund geschah, stellt die Handlung der M eine Ordnungswidrigkeit nach § 18 I Nr. 1 TierSchG dar. In diesem Falle ergibt sich das Einziehungsrecht aus § 19 I Nr. 2 TierSchG.

<sup>20</sup> Ganz h.M.: BVerfGE 30, 173, 191-193; 67, 213, 228; 83, 130, 139; Sodan, Grundgesetz, 2009, Art. 5 Rn. 50; Rolf Schmidt, Grundrechte, 6. Auflage 2004, Rn. 521.

<sup>21</sup> BVerfGE 30, 173, 193; Sodan aaO.

<sup>22</sup> Vgl. Lange, Wissenschaft zwischen Verfassungsgarantie und Staatszielbestimmung – Ein Beitrag zur grundgesetzlichen Verankerung des Tierschutzes, KritV 2004, 171.

<sup>23</sup> BVerfGE 77, 170, 230 f.; 98, 218, 251; 101, 1, 34; BVerwGE 68, 69, 72; Jarass in Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 9. Auflage 2007, Art. 20 Rn. 46.

<sup>24</sup> BVerfGE 83, 130, 142; 108, 282, 297, 303; Jarass aaO, Art. 20 Rn. 47 sowie Vorb. vor Art. 1 Rn. 48.

Die §§ 18 I Nr. 1, 19 I Nr. 2 TierSchG kommen damit als einschränkende Rechtsgrundlagegrundsätzlich in Betracht. Fraglich ist, ob diese gesetzliche Grundlage verfassungsgemäß ist.<sup>25</sup>

*Anmerkung: Die Zuständigkeit des Bezirksamts Friedrichshain-Kreuzberg folgt aus § 1 Nr. 1 lit. a) ZustVO-OWiG i.V.m. § 36 II OWiG i.V.m. ZustKat Ord, Zweiter Abschnitt Nr. 16 VI i.V.m. § 2 IV 1 ASOG. Das BVerfG prüft diese, bereits von den Fachgerichten überprüfte einfachgesetzliche Voraussetzung indessen nicht nach, vgl. oben Prüfungsmaßstab<sup>26</sup>.*

#### **aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage:**

Der Bund müsste für den Erlass des TierSchG zuständig sein. Nach Art. 70 GG müsste sich die Zuständigkeit des Bundes aus den Bestimmungen über die ausschließliche oder konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit ergeben. Nach Art. 74 I Nr. 20 GG besteht eine konkurrierende Zuständigkeit für den Tierschutz. Unter welchen Voraussetzungen der Bund von einer konkurrierenden Zuständigkeit Gebrauch machen kann, ergibt sich aus Art. 72 II GG.<sup>27</sup> Art. 74 I Nr. 20 GG ist in Art. 72 II GG genannt, so dass die Erforderlichkeit nachgewiesen werden muss. Hier kommt die Erforderlichkeit zur Wahrung der Rechtseinheit im gesamtstaatlichen Interesse in Betracht. Diese liegt vor, wenn eine Gesetzesvielfalt auf Länderebene eine Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen darstellt, die im Interesse des Bundes und der Länder nicht hingenommen werden kann.<sup>28</sup> Gerade weil es sich beim Tierschutz nach Art. 20a GG um ein Rechtsgut von Verfassungsrang handelt, besteht ein gesteigertes Interesse an einer bundesweiten Festschreibung gewisser Mindestvoraussetzungen. Es wäre daher problematisch, wenn jedes Land seine eigenen Mindeststandards zum Schutz der Tiere hätte. Das Interesse an einer bundeseinheitlichen Regelung besteht auch nicht nur im Interesse einzelner Länder, sondern im gesamtstaatlichen Interesse. Die Erforderlichkeit nach Art. 72 II GG liegt also vor. Der Bund ist für den Erlass des TierSchG zuständig.

Vom ordnungsgemäßen Zustandekommen des Gesetzes ist mangels entgegenstehender Anhaltspunkte im Sachverhalt auszugehen. Das TierSchG ist daher formell verfassungsgemäß.

#### **bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage:**

Die §§ 18 I Nr. 1, 19 I Nr. 2 TierSchG müssten auch materiell verfassungsgemäß sein. Dies setzt die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes voraus.<sup>29</sup>

Die Regelung verfolgt mit dem Tierschutz ein *legitimes Ziel* (Art. 20a GG). Zur Förderung des Tierschutzes ist es auch zweckdienlich, einem Tierhalter, der seinem Tier ohne vernünftigen Grund erhebliches Leid zufügt, das Tier zu entziehen. Die Regelung ist daher auch *geeignet*. Die Erforderlichkeit setzt voraus, dass das verfolgte Ziel nicht auch durch ein milderes, gleich wirksames Mittel erreicht werden kann. Ein milderes Mittel könnte es sein, dem Tierhalter eine Geldbuße aufzuerlegen. Fraglich

<sup>25</sup> Zum Prüfungsaufbau vgl. Degenhart, Klausurenkurs im Staatsrecht I, 2009, Rn. 662, 672 ff.

<sup>26</sup> Siehe oben Fn. 5.

<sup>27</sup> Degenhart, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 24. Auflage 2008, Rn. 174 sowie (allgemein zur Prüfungssystematik innerhalb des Art. 72 GG) Rn. 187.

<sup>28</sup> BVerfGE 106, 62, 145; Sodan, Grundgesetz, 2009, Art. 72, Rn. 16.

<sup>29</sup> Jarass in Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 9. Auflage 2007, Art. 20 Rn. 80 ff. m.w.N. (auch zu den einzelnen Voraussetzungen des Verhältnismäßigkeitsgebots) sowie Degenhart Fn. 25, Rn. 399 ff.

ist indessen bereits, ob dies in jedem Falle einen geringeren Eingriff in den Rechtskreis des Tierhalters bedeutet. Zudem wird ein „tierquälerisches Verhalten“ durch Auferlegung einer Geldbuße nicht mit Gewissheit beendet. Diese Möglichkeit stellt daher, verglichen mit der Einziehung des Tieres, kein gleich wirksames Mittel zur Förderung des Tierschutzes dar. Die gesetzliche Regelung ist daher auch *erforderlich*. Die Angemessenheit der Regelung setzt voraus, dass die Beeinträchtigung, die der Eingriff für den Einzelnen bedeutet, und der mit dem Eingriff verfolgte Zweck in einem recht gewichteten und wohl abgewogenen Verhältnis zueinander stehen. Hier stehen sich die Grundrechte des Betroffenen einerseits und der Tierschutz andererseits gegenüber. Das Tatbestandsmerkmal „ohne vernünftigen Grund“ in § 18 I Nr. 1 TierSchG ist ein wertendes Merkmal und lässt es daher zu, den Grundrechten des Betroffenen im Einzelfall ein höheres Gewicht beizumessen. Die Regelung eröffnet also gerade die Möglichkeit, den Eingriffszweck und die mit dem Eingriff einhergehende Grundrechtsbeeinträchtigung in jedem Einzelfall richtig zu gewichten.<sup>30</sup> Aufgrund dessen ist die gesetzliche Regelung in §§ 18 I Nr. 1, 19 I Nr. 2 TierSchG auch *angemessen*.

Die Rechtsgrundlage ist somit materiell verfassungskonform.

### c) Verfassungsmäßigkeit des Einzelakts:

Fraglich ist, ob der Einzelakt der Einziehung des Wellensittichs der M verhältnismäßig und damit verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.

Die Verhältnismäßigkeit des Einzelakts setzt voraus, dass dieser einen legitimen Zweck verfolgt und zu dessen Durchsetzung geeignet, erforderlich und angemessen ist. Wie bereits gezeigt, liegen die Legitimität des verfolgten Zwecks sowie die Geeignetheit und die Erforderlichkeit des Eingriffs vor. Hinsichtlich der Angemessenheit des Einzelakts kommt es darauf an, ob § 18 I Nr. 1 TierSchG im Lichte der Kunstfreiheit so auszulegen ist, dass die Aufführung der M einen „vernünftigen Grund“ für die Leiden des Vogels darstellt. Die Rechtsgüter des Tierschutzes und der Kunstfreiheit der M sind also gegeneinander abzuwägen. Bei einer Gegenüberstellung der Schwere des Eingriffs in die Kunstfreiheit mit dem Gewicht der betroffenen Tierschutzbelange darf die Grenze der Zumutbarkeit nicht überschritten sein.<sup>31</sup>

Auf Seiten des Tierschutzes ist hier zu berücksichtigen, dass die vorübergehend herbeigeführte Flugunfähigkeit des Wellensittichs – so der Sachverständige – bei dem Tier zur Ausschüttung von Stresshormonen führt und Angstgefühle in ihm auslöst. Andererseits erleidet das Tier keine Verletzungen und keine unmittelbaren körperlichen Schäden. Welche Langzeitwirkungen der wiederholte Einsatz eines Wellensittichs bei der Aufführung der M hervorruft, ist indessen nicht abzusehen. Die beeinträchtigten Tierschutzbelange können daher zwar nicht als lapidar bezeichnet werden, stehen aber hinter einer möglichen körperlichen Verletzung von Wirbeltieren deutlich zurück.

Fraglich ist demgegenüber, welches Gewicht der Beeinträchtigung der Kunstfreiheit beizumessen ist. Eine abwägungsrelevante Frage ist dabei, welche Bedeutung die Verwendung des Vogels durch M für ihre künstlerische Aussage hat. Zweifelhaft ist jedoch, ob diese Frage der gerichtlichen Überprüfung zugänglich ist. Nach einer Ansicht verbietet sich jede staatliche Inhaltskontrolle der Zweckmäßigkeit der künstlerisch intendierten Aussage sowie der zur Übermittlung dieser Aussage gewählten

<sup>30</sup> Sachs, Grundgesetz – Kommentar, 4. Auflage 2007, Art. 20 Rn. 154. Aus der Rspr des BVerfG z.B. E 93, 213, 238.

<sup>31</sup> Vgl. Jarass in Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 9. Auflage 2007, Art. 5, Rn. 114.



Formen.<sup>32</sup> Nach anderer Ansicht gilt ein solches Verbot gerichtlicher Überprüfbarkeit nur für den Bereich der Schutzbereichsprüfung, nicht hingegen für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit.<sup>33</sup>

In jedem Falle kommt der Ansicht des Künstlers hinsichtlich der von ihm intendierten Aussage und der Zweckmäßigkeit der zur Aussageübermittlung gewählten Formen ein gesteigertes Gewicht zu. Selbst bei Bejahung der gerichtlichen Überprüfbarkeit muss diese auf eine Überprüfung der Plausibilität der vom Künstler geäußerten Ansicht im Sinne einer bloßen „Vertretbarkeitskontrolle“ beschränkt sein.<sup>34</sup> Dies ergibt sich daraus, dass zum Wesen der Kunstfreiheit gerade auch die Freiheit gehört, über die Wahl der Formensprache und der bezweckten Bedeutungsübermittlung selbst entscheiden zu können.

Die intendierte Aussage der M besteht darin, auf die im Namen des Nationalsozialismus begangenen Grausamkeiten aufmerksam zu machen. Dazu bedient sich M der verfremdeten Darstellung von eigenem und fremdem Leiden. Die nach objektiver Sicht für einen Vogel nicht angenehme Situation, in einem Goldfischglas mit Eimasse umhergeschwenkt zu werden, ist, gemeinsam mit dem Ertönen der Nationalhymne, für die Übermittlung des Aussagegehalts eine plausible Formensprache. Auch der Einwand der K, dass der Aussagegehalt ohne dieses Aufführungselement nicht oder jedenfalls nur sehr eingeschränkt erreicht werden könnte, ist plausibel, da die Darstellung von dem einem anderen Lebewesen aufgezwungenen Leid nicht durch ein anderes Aufführungselement erreicht wird. Es ist daher davon auszugehen, dass der Verwendung des Vogels eine wesentliche Bedeutung für die künstlerische Tätigkeit zukommt. Die Einziehung des Tieres stellt daher eine wesentliche Beeinträchtigung der Kunstfreiheit dar.

Demgegenüber ist der Tierschutz durch die bloße Herbeiführung einer Stresssituation für den Wellensittich und das Nichtvorliegen dauerhafter körperlicher Beeinträchtigungen nicht in wesentlicher Weise beeinträchtigt. Die Tierschutzbelange stehen daher hinter der Kunstfreiheit der M zurück, so dass das Grundrecht aus Art. 5 III 1 GG in unzumutbarer Weise beeinträchtigt wurde. Die Einziehung des Wellensittichs war also unverhältnismäßig und daher verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt.

*Anmerkung: Die andere Ansicht, also der Vorrang des Tierschutzes und die Annahme eines verhältnismäßigen Einzelakts, ist bei entsprechender Begründung ebenso gut vertretbar.*

#### **4. Zwischenergebnis:**

Es liegt ein Verstoß gegen das Grundrecht der M auf Kunstfreiheit vor.

### **III. Eigentumsgarantie, Art. 14 GG:**

Weiterhin könnte eine Verletzung der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG vorliegen.

#### **1. Schutzbereich:**

<sup>32</sup> Knies, Fn. 7, aaO; vgl. auch BVerfGE 75, 369, 377; 81, 278, 291.

<sup>33</sup> BVerfGE 83, 130, 139; Bethge in Sachs, Grundgesetz – Kommentar, 4. Auflage 2007, Art. 5 Rn. 187; Pernice in Dreier, Grundgesetz – Kommentar, 2. Auflage, 2004, Bd. 1 (Art. 1-19), Art. 5 III Rn. 23; Morlok, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, S. 406 ff., 449.

<sup>34</sup> BVerwGE 39, 197, 203 ff.; Scholz in Maunz/Dürig, Grundgesetz – Kommentar, 20. Lfg. (1977), Art. 5 Rn. 25 a.E.

Es müsste zunächst der Schutzbereich dieses Grundrechts eröffnet sein. Dieser ist in besonderer Weise normgeprägt. Eigentum i.S.d. Art. 14 I 1 GG umfasst zu einem bestimmten Zeitpunkt alles, was das einfache Recht zu diesem Zeitpunkt als Eigentum definiert. Darüber hinaus fallen unter den Eigentumsbegriff des Art. 14 GG alle privatrechtlichen vermögenswerten Rechte, nicht jedoch das Vermögen als solches. Der Eigentumsschutz umfasst sowohl den Bestand, als auch die Innehabung und Nutzung der geschützten Objekte.<sup>35</sup>

Tiere sind zivilrechtlich zwar keine Sachen (§ 90a S. 1 BGB), die für Sachen geltenden Vorschriften sind auf sie jedoch entsprechend anzuwenden (§ 90a S. 3 BGB). Der Wellensittich der M unterfällt daher ihrem Eigentum i.S.d. § 903 BGB. Der Schutzbereich ist somit eröffnet.

## 2. Eingriff:

Durch die Einziehung des Wellensittichs wurde der M diese Eigentumsposition entzogen und eine Nutzung vereitelt. Die Einziehung bewirkt, dass die eingezogenen Gegenstände in das Eigentum des Staates übergehen, so dass alle bisherigen Eigentumspositionen des Betroffenen erlöschen. Diese Beeinträchtigung der Eigentümerstellung der M erfolgte durch finalen Rechtsakt, der unmittelbar gegenüber M in imperativer Weise erging. Ein Eingriff liegt daher nach dem klassischen Eingriffsbegriff<sup>36</sup> vor.

Fraglich ist, ob dieser Eingriff eine Enteignung (Art. 14 III GG) oder eine Inhalts- und Schrankenbestimmung (Art. 14 I 2 GG) darstellt.<sup>37</sup> M ist der Ansicht, durch die Einziehung des Wellensittichs rechtswidrig enteignet worden zu sein. Fraglich ist daher zunächst, ob eine Enteignung i.S.d. Art. 14 III GG vorliegt.

Die Enteignung ist auf die zielgerichtete Entziehung konkreter individueller Eigentumspositionen i.S.d. Art. 14 I 1 GG zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben gerichtet. Das konkrete Eigentumsrecht kann dabei entweder durch Gesetz (Legalenteignung) oder aufgrund eines Gesetzes (Administrativenteignung) entzogen werden.<sup>38</sup> Durch die Einziehung des Wellensittichs wurde das konkrete, daran bestehende Eigentumsrecht der M zielgerichtet entzogen. Diese Entziehung müsste aber weiterhin zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben erfolgt sein. Daran fehlt es, wenn die Eigentumsentziehung aufgrund der von der Eigentumsnutzung ausgehenden Gefahren erfolgt. Bei der Enteignung geht die öffentliche Gewalt aus eigenem Interesse offensiv gegen den Privateigentümer vor, weil sie sein Eigentum für einen bestimmten öffentlichen Zweck benötigt. Wird die öffentliche Gewalt dagegen tätig, um Rechtsgüter der Gemeinschaft vor Gefahren zu schützen, liegt keine Enteignung vor. Vorliegend verfolgte die Entziehung des Eigentums der M an dem Wellensittich den Zweck, weitere als Verstöße gegen den Tierschutz gewertete Handlungen zu unterbinden. Die Eigentumsentziehung diente dem Tierschutz als Rechtsgut der Allgemeinheit und sollte eine weitere Gefährdung dieses Rechtsguts verhin-

<sup>35</sup> Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 24. Auflage, 2008, Rn. 899 ff.

<sup>36</sup> Siehe oben Fn. 18.

<sup>37</sup> Wieland in Dreier, Grundgesetz – Kommentar, 2. Auflage, 2004, Bd. 1 (Art. 1-19), Art. 14, Rn. 72 ff.; Schmid, Grundrechte, 6. Auflage 2004, Rn. 423 ff. Anders insoweit Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 24. Auflage, 2008, Rn. 920ff., 921, 925, wonach „Anwendungs- und Vollzugsakte“ nicht den Inhalts- und Schrankenbestimmungen zuzuordnen sind, sondern als dritte Gruppe der möglichen Beeinträchtigungen genannt werden.

<sup>38</sup> Wieland aaO, Rn. 77. Insbesondere zur Einziehung ebenda Rn. 83 m.w.N.

dern. Sie erfolgte hingegen nicht etwa deshalb, weil das Eigentum an dem Wellensittich für öffentliche Zwecke benötigt wurde. Eine Enteignung scheidet daher aus.

Ein Eingriff durch Inhalts- und Schrankenbestimmungen liegt vor, wenn eine Rechtsnorm die Rechte hinsichtlich solcher Rechtsgüter verkürzt, die als Eigentum i.S.d. Art. 14 I 1 GG zu verstehen sind.<sup>39</sup> Die auf der (abstrakt-generellen) Inhalts- und Schrankenbestimmung beruhende konkrete Beeinträchtigung des Art. 14 I 1 GG unterfallenden Rechtsguts erfolgt i.d.R. durch Vollzugsakt der Exekutive. Die Vorschrift des § 19 I Nr. 2 TierSchG ordnet an, dass Tiere, auf die sich eine Ordnungswidrigkeit nach § 18 I Nr. 1 TierSchG bezieht, eingezogen werden können. Das Eigentumsrecht an dem betreffenden Tier wird durch diese Regelung also eingeschränkt. Es liegt daher ein Eingriff aufgrund einer Inhalts- und Schrankenbestimmung vor.

*Anmerkung: Die Abgrenzung nach der Art des Eingriffs kann ebenso gut erst im Rahmen der verfassungsrechtliche Rechtfertigung vorgenommen werden. Streng genommen wird diese Abgrenzung erst dort relevant, da sich die Voraussetzungen der Rechtfertigung bei der Enteignung nach Art. 14 III GG richten, bei Inhalts- und Schrankenbestimmungen und Einzelfallmaßnahmen ohne Enteignungscharakter hingegen nach Art. 14 I 2, II GG.*

### 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung:

Der Eingriff in Art. 14 I 1 GG müsste verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.<sup>40</sup> Da keine Enteignung, sondern ein Eingriff aufgrund einer Inhalts- und Schrankenbestimmung vorliegt, richtet sich die Eingriffsrechtfertigung nicht nach Art. 14 III GG, sondern nach Art. 14 I 2, II GG.

#### a) Verfassungsmäßige Rechtsgrundlage:

Die Befugnis zur Inhalts- und Schrankenbestimmung besteht nach Art. 14 I 2 GG nur durch Gesetz. Die gesetzliche Grundlage der §§ 18 I Nr. 1, 19 I Nr. 2 TierSchG müsste verfassungskonform sein.

Wie bereits gezeigt, ist das TierSchG formell verfassungsgemäß. Auch die materielle Verfassungsmäßigkeit ist aus den bereits ausgeführten Gründen zu bejahen: Die Regelung verfolgt mit dem Tierschutz einen legitimen Zweck (Art. 20a GG) und ist zu dessen Förderung geeignet und erforderlich. Auch die Angemessenheit liegt vor, da das wertende Tatbestandsmerkmal „ohne vernünftigen Grund“ die Möglichkeit eröffnet, den Grundrechten des Betroffenen im Einzelfall ein höheres Gewicht beizumessen, als dem Tierschutz.<sup>41</sup>

#### b) Verfassungsmäßigkeit des Einzelakts:

Fraglich ist wiederum, ob der Einzelakt der Einziehung des Wellensittichs verhältnismäßig ist. Legitimer Zweck, Geeignetheit und Erforderlichkeit liegen vor. Im Rahmen der Angemessenheit ist wiederum maßgeblich, ob das Eigentumsrecht der M einen „vernünftigen Grund“ für die Verursachung von Stress und Angstgefühlen bei dem Tier darstellt. Die im Eigentumsbegriff liegende (bloße) Sachzuweisung des Wellensittichs zugunsten der M steht jedoch erkennbar hinter den tierschutzrechtlichen Belangen zurück. Die in Art. 20a GG und einfach-gesetzlich im TierSchG ver-

<sup>39</sup> aaO, Rn. 74.

<sup>40</sup> Zum Prüfungsaufbau vgl. Degenhart, Klausurenkurs im Staatsrecht I, 2009, Rn. 737 ff.

<sup>41</sup> Siehe oben Fn. 30.

ankerte Wertung beruht gerade auf der Überzeugung, dass an den Umgang mit einem Lebewesen höhere Anforderung zu stellen sind, als an denjenigen mit sonstigem Sacheigentum im Sinne des Zivilrechts. Das Eigentumsrecht der M an dem Wellensittich steht daher hinter dem Tierschutz zurück und stellt daher keinen „vernünftigen Grund“ für die Behandlung des Wellensittichs dar. Die Einziehung des Vogels ist also eine angemessene Beschränkung des Grundrechts aus Art. 14 GG.

*Anmerkung: Vertretbar ist auch die – gegenteilige – Ansicht, wonach die grundrechtskonforme Auslegung des Merkmals „ohne vernünftigen Grund“ beide vorliegend betroffenen Grundrechte kumulativ zu beachten hat. Demnach wäre die betroffene Kunstfreiheit bei der Prüfung der Angemessenheit des Eingriffs in Art. 14 GG mit einzubeziehen: Da nach dem hier für Art. 5 III GG gewählten Lösungsweg schon die Kunstfreiheit einen „vernünftigen Grund“ i.S.d. § 18 I Nr. 1 TierSchG darstellt, ist der Eingriff in Art. 14 GG aus dieser Perspektive schon deshalb verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt, weil er nicht von der gesetzlichen Eingriffsgrundlage gedeckt ist.*

#### **4. Zwischenergebnis:**

Es liegt keine Verletzung des Grundrechts aus Art. 14 GG vor.

#### **IV. Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 I GG:**

Ein Verstoß gegen das Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG entfällt. Dieses tritt subsidiär hinter die Grundrechte aus Art. 5 III 1, 14 GG zurück.<sup>42</sup>

#### **V. Zwischenergebnis:**

Die Verfassungsbeschwerde der M ist aufgrund der Verletzung ihres Grundrechts aus Art. 5 III 1 GG begründet.

#### **C. Ergebnis:**

Die Verfassungsbeschwerde der M ist zulässig und begründet. Das BVerfG wird die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte aufheben und die Sache gemäß § 95 II BVerfGG an ein zuständiges Gericht zurückverweisen.

#### **Teil II:**

*Eine Beantwortung der Fragen in der nachfolgenden Ausführlichkeit kann – schon aus Zeitgründen – auch von einer sehr guten Bearbeitung nicht erwartet werden*

#### **Frage 1:**

Die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen bestimmt sich grundsätzlich nach Art. 19 III GG. Danach gelten die Grundrechte auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese Anwendbar sind. Die „wesensmäßige Anwendbarkeit“ setzt zunächst voraus, dass das in Betracht kommende Grundrecht nicht an natürliche Qualitäten des Menschen anknüpft, die einer juristischen Person fehlen. Knüpft ein Grundrecht an Qualitäten an, über die nur bestimmte juristische

<sup>42</sup> Kunig in von Münch/Kunig, Grundgesetz – Kommentar, 5. Auflage 2000, Bd. 1 (Art. 1-19), Art. 2 Rn. 12.



Personen verfügen, so ist es auch nur bei diesen juristischen Personen wesensmäßig anwendbar. Das BVerfG hat noch einen weiteren Aspekt entwickelt und fordert, dass die Bildung und Betätigung der juristischen Person Ausdruck der freien Entfaltung der natürlichen Personen sind, die hinter der juristischen Person stehen (Erfordernis des sog. personalen Substrats).<sup>43</sup>

Hinsichtlich juristischer Personen des öffentlichen Rechts lehnt das BVerfG die Grundrechtsberechtigung grundsätzlich mit Verweis auf das Erfordernis des personalen Substrats ab, da hinter juristischen Personen des öffentlichen Rechts keine natürlichen Personen stehen, sondern stets der Staat. Die verschiedenen staatlichen Funktionsträger seien vom Einzelnen her gesehen aber nur besondere Erscheinungsformen der einheitlichen Staatsgewalt und könnten nicht gleichzeitig Verpflichtete und Berechtigte der Grundrechte sein (*sog. Konfusionsargument*).<sup>44</sup> Dabei kommt es nach dem BVerfG nicht darauf an, ob die juristische Person des öffentlichen Rechts im konkreten Fall hoheitlich tätig wird oder nicht.

In Ausnahmefällen sieht das BVerfG das personale Substrat jedoch auch bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts gegeben. Dies ist dann der Fall, wenn Einrichtungen des Staates unmittelbar dem durch die Grundrechte geschützten Lebensbereich zuzuordnen sind, weil sie in einem grundrechtlich besonders geschützten Bereich, in dem sie vom Staat unabhängig sind, die Wahrnehmung der Grundrechte des Einzelnen verteidigen. Insbesondere für *drei Arten von juristischen Personen* des öffentlichen Rechts wird mit dieser Argumentation die *Grundrechtsfähigkeit durch das BVerfG bejaht*. Die staatlichen Universitäten und deren Fakultäten können sich auf die Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 III GG berufen (E15, 256, 262), für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gilt die Rundfunkfreiheit des Art. 5 II 2 GG (E78, 101, 102 f.) und für die Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts gelten Art. 4 GG sowie weitere Grundrechte, soweit die Religionsgemeinschaft dem Staat wie eine natürliche Person gegenüber stehen (E66, 1, 19 f.; 42, 312, 322).<sup>45</sup>

## Frage 2:

Das BVerfG sieht seit Beginn seiner Rechtsprechung in den Grundrechten nicht nur subjektive Rechte, sondern auch objektive Wertentscheidungen verkörpert. Das Gericht spricht von den Grundrechten als einem Wertsystem, als Wertmaßstäben, als objektiven Grundsatznormen.<sup>46</sup> Durch die objektiv-rechtliche Bedeutung wird die subjektiv-rechtliche Bedeutung der Grundrechte verstärkt. Sowohl die „Ausstrahlungswirkung der Grundrechte“, als auch die „grundrechtlichen Institutsgarantien“ betreffen die objektiv-rechtlichen Funktion der Grundrechte.

Die *Ausstrahlungswirkung der Grundrechte*<sup>47</sup> beschreibt die Bedeutung der Grundrechte als Vorgaben für die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts, auch des Privatrechts. Das BVerfG führt dazu aus, dass „das Grundgesetz in seinem Grundrechtsabschnitt zugleich Elemente objektiver Ordnung aufgerichtet hat, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts Geltung haben, mithin auch das Privatrecht beeinflussen“ (E 73, 261, 268). Die Gerichte müssen „Bedeutung und Tragweite der von ihren Entscheidungen berührten Grundrechte

<sup>43</sup> Sodan, Grundgesetz, 2009, Art. 19 Rn. 19.

<sup>44</sup> aaO, Rn. 22 f.

<sup>45</sup> aaO, Rn. 25; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 24. Auflage, 2008, Rn. 154 ff., 159.

<sup>46</sup> BVerfGE 5, 85, 204 f.; 6, 55, 72; 7, 198, 204 f.; 21, 362, 371 f.; 49, 89, 141 f.

<sup>47</sup> Sachs, Grundgesetz – Kommentar, 4. Auflage 2007, vor Art. 1 Rn. 32 f.



interpretationsleitend berücksichtigen“ (BVerfGE 112, 332, 358). Verwandt mit der Ausstrahlungswirkung ist die mittelbare Drittwirkung von Grundrechten, die sich v.a. bei den zivilrechtlichen Generalklauseln entfaltet (§§ 133, 157 BGB) und letztlich die Anwendung und Auslegung jeder Privatrechtsnorm umfasst. Notwendig ist eine „Abwägung zwischen den widerstreitenden grundrechtlichen Schutzgütern, die im Rahmen der auslegungsfähigen und –bedürftigen Tatbestandsmerkmale der zivilrechtlichen Vorschriften vorzunehmen ist und die besonderen Umstände des Falls zu berücksichtigen hat“ (BVerfGE 114, 339, 348).

*Grundrechtliche Institutsgarantien*<sup>48</sup> haben die Bedeutung, dass sie privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Einrichtungen der Dispositionsbefugnis des Gesetzgebers entziehen. Beispiele hierfür sind, dass der Gesetzgeber die Ehe aufgrund Art. 6 I GG, die Privatschulen aufgrund Art. 7 IV GG, das Eigentum und Erbrecht aufgrund Art. 14 I GG und das Berufsbeamtentum aufgrund Art. 33 V GG nicht abschaffen darf. Die jeweiligen Grundrechte garantieren die grundsätzliche Existenz dieser Einrichtungen.

### Frage 3:

„Allgemein“ ist ein Gesetz nicht schon dann, wenn es abstrakt-generell formuliert ist. Wäre dies der Fall, dann wäre das Erfordernis der Allgemeinheit eines die Meinungsfreiheit einschränkenden Gesetzes neben dem Verbot von Einzelfallgesetzen in Art. 19 I 1 GG überflüssig. Zur Interpretation des Merkmals "allgemeine Gesetze" werden zwei verschiedene Positionen vertreten.

Die *Sonderrechtslehre*<sup>49</sup> hält Gesetze dann für allgemein, wenn sie nicht eine Meinung als solche verbieten, sich nicht gegen eine Meinung als solche richten. Die Sonderrechtstheorie verlangt Meinungsneutralität. Ihrzufolge ist ein solches Gesetz nicht allgemein, wenn es dem Zweck dient, eine Meinung als solche zu verbieten, und sich gegen die Äußerung der Meinung als solche richtet. Die Gegenansicht ist die *materielle Theorie*<sup>50</sup> (auch Abwägungslehre genannt). Sie sieht als allgemein alle Gesetze an, die ein gesellschaftliches Gut schützen, das wichtiger ist als die Meinungsfreiheit. Die Feststellung, ob ein Gesetz allgemein ist, ist danach also das Ergebnis einer Abwägung zwischen der Bedeutung der Meinungsfreiheit und der Bedeutung des Rechtsguts, um dessen Willen der Eingriff in die Meinungsfreiheit erfolgt. Die materielle Theorie wird daher zum Teil auch als Abwägungslehre bezeichnet.

Das BVerfG hat den Streit zwischen den beiden Theorien nicht im Sinne eines Entweder - oder entschieden; vielmehr hat es beide Theorien kombiniert. Es versteht als allgemein solche Gesetze, die nicht eine Meinung als solche verbieten, die sich nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten, die vielmehr dem Schutze eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Rechtsguts dienen, dem Schutze eines Gemeinschaftswerts, der gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit den Vorrang hat.<sup>51</sup> Da die Frage des Vorrangs immer nur im Einzelfall geprüft werden kann, erfolgt die Rechtfertigungsprüfung bei Eingriffen, die auf allgemeine Gesetze gestützt werden, zweistufig; es wird das Gesetz an der Verfassung unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit i.e.S. gemessen

<sup>48</sup> Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 24. Auflage, 2008, Rn. 70 ff.

<sup>49</sup> Rolf Schmidt, Grundrechte, 6. Auflage 2004, Rn. 491.

<sup>50</sup> aaO, Rn. 492.

<sup>51</sup> St. Rspr. Seit BVerfGE 7, 198, 209 f (Lüth-Urteil).

und es wird überprüft, ob die Auslegung und Anwendung des Gesetzes im Einzelfall verfassungskonform, insbesondere verhältnismäßig, ist.

#### Frage 4:

Ein Eingriff in Art. 12 I GG ist jedes staatliche Verhalten, welches berufsbezogen ist und die Ausübung der Berufs- oder Gewerbefreiheit rechtlich oder tatsächlich unmöglich macht oder wesentlich erschwert. Das *Merkmal der Berufsbezogenheit* kommt bei Art. 12 I GG zu den beim Eingriffsbegriff auch sonst üblichen Merkmalen hinzu. Dass Art. 12 I nicht von „Eingriff“, sondern von „Regelung“ spricht, hat im Hinblick auf den Eingriffsbegriff keine weitere Bedeutung. Eine Regelung im Sinne von Art. 12 I GG ist ein Eingriff. Berufsbezogenheit liegt vor, wenn ein staatliches Verhalten sich seinem Inhalt nach auf berufliche Tätigkeit bezieht.<sup>52</sup>

Das BVerfG unterscheidet nach der sog. *Drei-Stufen-Theorie*<sup>53</sup> drei *Eingriffsarten* und ordnet diesen drei Eingriffsarten unterschiedliche Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung zu. Es muss also bei dem Prüfungspunkt „Eingriff“ festgestellt werden, welche Eingriffsart vorliegt, und dann bei dem Prüfungspunkt „verfassungsrechtliche Rechtfertigung“, ob die verfassungsrechtlichen Anforderungen speziell an diese Eingriffsart erfüllt sind.

Das BVerfG differenziert bei Eingriffen in die Berufsfreiheit zwischen Berufsausübungsregelungen, subjektiven Berufswahlregelungen und objektiven Berufswahlregelungen.

Eingriffe in die Berufsausübung betreffen das „Wie“ der beruflichen Tätigkeit. Eingriffe in die Berufswahl betreffen das „Ob“ der beruflichen Tätigkeit. Bei den Eingriffen in die Berufswahl wird weiter danach differenziert, ob sie subjektive oder objektive Berufszugangsvoraussetzungen aufstellen. Subjektive Berufszugangsregelungen sind Regelungen, die den Zugang zu einem Beruf von persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten, insbesondere der Qualifikation, abhängig machen. Objektive Berufszugangsregelungen sind Regelungen, die den Zugang zu einem Beruf ohne Rücksicht auf die Qualifikation oder sonstige persönliche Eigenschaften entweder ganz sperren oder diesen Zugang von außerhalb der Person liegenden, deren Einfluss entzogenen und insoweit objektiven Kriterien abhängig machen.<sup>54</sup>

Die Drei-Stufen-Theorie ist der Sache nach der Versuch einer Konkretisierung der Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn. Bei der Frage der verfassungsrechtlichen Eingriffsrechtfertigung ist also zu unterscheiden: *Berufsausübungsregelungen* sind verhältnismäßig im engeren Sinne, wenn sie durch irgendeine vernünftige Erwägung des Gemeinwohls legitimiert werden. *Subjektive Berufswahlregelungen* sind nur angemessen, wenn sie dem Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter dienen. Für *Objektive Berufswahlregelungen* gelten noch strengere Voraussetzungen. Diese sind nur zulässig, wenn sie zum Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter notwendig sind. Statt unter die Definition von Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne subsumiert man bei der Prüfung von Art. 12 I GG unter die Anforderungen an die jeweilige Eingriffsart.<sup>55</sup>

#### Frage 5:

<sup>52</sup> Rolf Schmidt aaO, Rn. 765

<sup>53</sup> Sodan, Grundgesetz, 2009, Art. 12 Rn. 29.

<sup>54</sup> Sodan aaO, Rn. 30-33.

<sup>55</sup> Gubelt in von Münch/Kunig, Grundgesetz – Kommentar, 5. Auflage 2000, Bd. 1 (Art. 1-19), Art. 12, Rn. 41 ff., 48 ff., 53 ff.

Hinsichtlich der Auslegung des Begriffs „Wohnung“ in Art. 13 I GG sind zwei Varianten denkbar. Man kann zum einen sagen, dass Art. 13 GG den Schutz der räumlichen Privatsphäre des Menschen bezwecke. Dann sind „Wohnung“ die Räumlichkeiten, welche die Privatsphäre umschließen, also diejenigen Räume, die zum dauernden Aufenthalt für Menschen als deren räumliche Lebensgrundlage bestimmt sind, einschließlich von Zusatzräumen wie Keller und Garage, unter Umständen sogar ein Campingwagen oder eine Yacht. Auf die Eigentumsverhältnisse kommt es dabei unstreitig nicht an, so dass Eigentümer und Mieter in gleicher Weise geschützt sind. Legt man dieses Verständnis zugrunde, so sind Betriebs- und Geschäftsräume vom Schutzbereich des Art. 13 I GG nicht erfasst, weil sie nicht dem dauerhaften Aufenthalt von Menschen dienen und insbesondere nicht räumliche Lebensgrundlage von Menschen sind. Weiterhin kommt man zu dem Ergebnis, dass juristische Personen nicht grundrechtsberechtigt sind. Bei dem geschilderten Wohnungsbegriff ist Art. 13 GG seinem Wesen nach auf juristische Personen nicht anwendbar (Art. 19 III GG), denn juristische Personen können sich nicht „aufhalten“ und haben keine „Lebensgrundlage“.<sup>56</sup>

Die herrschende Meinung und das BVerfG fassen den Wohnungsbegriff aber weiter. Dies ist die zweite mögliche Auslegung, welche die erste vollständig umschließt. Mit dem Argument, zum räumlichen Bereich individueller Persönlichkeitsentfaltung gehöre auch die vom Staat ungestörte berufliche und gewerbliche Betätigung, werden Betriebs- und Geschäftsräume in den sachlichen Schutzbereich des Grundrechts aufgenommen. Das hat Weiterungen beim persönlichen Schutzbereich zur Folge. Da auch juristische Personen Inhaber von Betriebs- und Geschäftsräumen sein können, ist es bei einem solch weiten Verständnis des Wohnungsbegriffs mit dem Wesen des Grundrechts vereinbar, den persönlichen Schutzbereich auf juristische Personen auszudehnen.<sup>57</sup>

[Anmerkung: Grundstücke ohne Bebauung fallen nach ganz h.M. nicht unter den Wohnungsbegriff des Art. 13 I GG, auch wenn sie eingezäunt sein mögen. Der verfassungsrechtliche Wohnungsbegriff ist deshalb bei beiden Lesarten enger als der Begriff des befriedeten Besitztums, den § 123 StGB zur Umschreibung des Hausfriedensbruchs verwendet.]

### Frage 6:

Die Formulierung, das BVerfG sei „keine Superrevisionsinstanz“, bezieht sich auf den Umfang der Begründetheitsprüfung von Urteilsverfassungsbeschwerden. Eine Urteilsverfassungsbeschwerde ist jede Verfassungsbeschwerde, die nach Erschöpfung des fachgerichtlichen Rechtswegs erhoben wird. Für den Prüfungsumfang des BVerfG gilt, dass das Gericht (im Falle der Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde) die Überprüfung der Grundrechtskonformität der behördlichen und fachgerichtlichen Entscheidungen nicht auf das vom Beschwerdeführer als verletzt gerügte Grundrecht beschränkt, sondern auch die Vereinbarkeit mit anderen Grundrechten und sonstigem Verfassungsrecht überprüft.<sup>58</sup> Jede fehlerhafte Anwendung des einfachen Rechts stellt jedoch einen Verstoß gegen den Vorrang des Gesetzes aus Art. 20 III GG dar und bedeutet im Falle der Eingriffsverwaltung zugleich eine Grundrechtsverletzung, da der zumindest bezüglich Art. 2 I GG bestehende Grundrechtseingriff nicht von der (aufgrund des Gesetzesvorbehalts erforderlichen) einfach-

<sup>56</sup> Hermes in Dreier, Grundgesetz – Kommentar, 2. Auflage, 2004, Bd. 1 (Art. 1-19), Art. 16 ff., 22 ff.

<sup>57</sup> aaO, Rn. 23 ff., 28.

<sup>58</sup> Pieroth in Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 9. Auflage 2007, Art. 93, Rn. 72.

gesetzlichen Eingriffsgrundlage gedeckt ist. Die Konsequenz wäre, dass jeder Verstoß gegen das einfache Recht durch Verwaltung und Fachgerichte zu einer begründeten Verfassungsbeschwerde führt.<sup>59</sup> Das BVerfG wäre damit eine „Superrevisionsinstanz“: Es wäre gezwungen, in jedem Fall nicht nur die Einhaltung des Verfassungsrechts, sondern auch die richtige Auslegung und Anwendung des Gesetzesrechts zu prüfen. Gerade dies ist aber Aufgabe der Fachgerichte. Zwischen BVerfG und Fachgerichtsbarkeit gibt es eine Arbeitsteilung. Das BVerfG konzentriert sich auf das Grundgesetz. Auslegung und Anwendung des einfachen Gesetzesrechts ist dagegen Sache der darauf spezialisierten Fachgerichte. Wollte das BVerfG diese Aufgabe selbst bewältigen, würde es sich übernehmen, sowohl was die Schwierigkeit als auch was den Umfang der Aufgabe anlangt.<sup>60</sup>

Es muss deshalb nach Kriterien gesucht werden, die das BVerfG von dieser Aufgabe freistellen. Das maßgebliche Kriterium lautet, dass sich das BVerfG auf die Überprüfung von „spezifischem Verfassungsrecht“ beschränkt. Die Auslegung und Anwendung des Gesetzesrechts ist danach auch im Anwendungsbereich eines Grundrechts grundsätzlich Sache der Fachgerichte. Auch dann, wenn die fachgerichtliche Entscheidung gesetzwidrig und der mit ihr verbundene Grundrechtseingriff ohne gesetzliche Grundlage sein sollte, hebt das BVerfG die Entscheidung nicht auf. In ständiger Rechtsprechung praktiziert das BVerfG den Satz: „Die Gestaltung des Verfahrens, die Feststellung und Würdigung des Tatbestands, die Auslegung des einfachen Rechts und seine Anwendung auf den einzelnen Fall sind allein Sache der dafür zuständigen Gerichte und der Nachprüfung durch das BVerfG entzogen.“<sup>61</sup> Eine Ausnahme macht das BVerfG nur dann, wenn das Fachgericht die Bedeutung und Tragweite der Grundrechte für die Auslegung und Anwendung des einfachen Gesetzesrechts entweder ganz übersehen hat oder seine Entscheidung auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung vom Inhalt eines einschlägigen Grundrechts beruht.<sup>62</sup>

Das Problem der Formel vom spezifischen Verfassungsrecht besteht darin, dass eine verlässliche Eingrenzung des spezifischen Verfassungsrechts schwierig ist, d.h. es fehlt eine genaue Definition, ab wann eine „grundsätzlich falsche“ Bewertung von Grundrechten vorliegt. Zudem hält sich das BVerfG selbst nicht konsequent an die Beschränkung der Überprüfung spezifischen Verfassungsrechts. Zum Teil unterwirft das BVerfG Entscheidungen der Fachgerichte einer intensiveren Nachprüfung, ohne dass man für deren Umfang genaue Kriterien angeben könnte. Gerade aus diesem Grund ist in neuerer Zeit Kritik am Gericht geübt worden.<sup>63</sup>

© Markus Heintzen (Freie Universität Berlin)

**Fragen und Anregungen zur Lösung? [info@hauptstadtfaelle.de](mailto:info@hauptstadtfaelle.de)**

<sup>59</sup> Meyer in von Münch/Kunig, Grundgesetz – Kommentar, 5. Auflage 2003, Bd. 3 (Art. 70-146), Art. 93, Rn. 61.

<sup>60</sup> Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 24. Auflage, 2008, Rn. 1174.

<sup>61</sup> BVerfGE 1, 418, 420; 18, 85, 92 f.

<sup>62</sup> BVerfG aaO; siehe zur Gesamtproblematik Voßkuhle in von Mangoldt/Klein/Stark, 5. Auflage, 2005, Bd. 3 (Art. 83-146), Art. 93 Rn. 54 ff.

<sup>63</sup> Pieroth/Schlink aaO, Rn. 1176 ff. sowie Voßkuhle aaO.