

der vom Parlament gebilligte Abschlussbericht die Forderung, Lebendtransporte nur noch in solche Länder zuzulassen, die gleichwertige Tierschutzstandards garantieren und einhalten.⁶¹ Es bleibt abzuwarten, wie sich diese Forderung in der für dieses Jahr erwarteten Überarbeitung der TTVO niederschlägt.

5.2 Stärkere Transparenz für den Verbraucher

Schließlich ist die Politik aufgerufen, die Bedingungen des Transports von Tieren nicht weiter aus den Bemühungen um ein transparentes Tierwohllabel auszuklammern. So stellt das derzeit geplante einheitliche Label zur Tierwohlkennzeichnung einen begrüßenswerten Schritt für einen besseren Tierschutz dar.⁶² Allerdings beschränkt sich die geplante Kennzeichnung alleine auf die Haltungsbedingungen der Tiere. Die Bereiche des Transports und der anschließenden Schlachtung bleiben unberücksichtigt. Dabei sind es oftmals gerade diese Abschnitte, die für die betroffenen Tiere den Großteil des Leidens bedeuten. Die Beschränkung auf den Bereich der Haltung ist somit nicht nur im Hinblick auf den Tierschutz unbefriedigend, sondern ist auch dazu geeignet, den für das Tierwohl sensibilisierten Verbraucher in die Irre zu führen.

Vor diesem Hintergrund sollte eine Erweiterung der Tierwohlkennzeichnungen auf die Bereiche der Schlach-

tung und des Transports dringend auf den Weg gebracht werden. Denkbar wäre hier etwa, als Kriterien für die Kennzeichnung die Entfernung vom Haltungsbetrieb zum Schlachthof, der Einsatz teilmobiler Schlachtungen oder die Schlachtung der Tiere vor Ort, um einen Lebendtransport ganz zu vermeiden. Auch die Art des Transports, etwa die Verwendung klimatisierter Transportfahrzeuge oder die Bereitstellung eines die gesetzlichen Mindeststandards übertreffenden Raumangebots für die Tiere während des Transports, ließen sich vergleichsweise einfach dokumentieren und einer Kennzeichnung zuführen.

Es liegt im Ergebnis an der Politik, weitergehende Schritte für einen effektiven Tierschutz zu implementieren und damit auch sogenannte Nutztiere als sensible und soziale Mitgeschöpfe zu begreifen, die unter dem besonderen Schutz unserer Verfassung stehen.

61) Bericht des Europäischen Parlaments über die Untersuchung von angeblichen Verstößen gegen das Unionsrecht und Missständen bei dessen Anwendung im Zusammenhang mit dem Schutz von Tieren beim Transport innerhalb und außerhalb der Union“ v. 14.12.2021 – 2020/2269(INI).

62) Vgl. „Ein Tierwohllabel mit fünf Stufen – Özdemir stellt Kennzeichnung vor“, Tagesschau v. 7.6.2022, Stand 20.3.2023, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/inland/tierwohl-103.html>.

<https://doi.org/10.1007/s10357-023-4221-y>

Die Abwägung von Kunstfreiheit und Tierschutz

Lukas Paul Korn*

© Der/die Autor(en) 2023. Dieser Artikel ist eine Open-Access-Publikation.

Werden lebendige Tiere im Rahmen künstlerischer Darbietungen verwendet und ihnen dabei Schmerzen, Leiden oder Schäden zugefügt, kann dies einen Verstoß gegen das Tierschutzgesetz (TierSchG) begründen und Untersagungsverfügungen, Bußgelder oder Strafverfahren nach sich ziehen. In derartigen Fällen kommt es entscheidend darauf an, ob die Ausübung der grundrechtlich gewährleisteten Kunstfreiheit einen „vernünftigen Grund“ i. S. d. TierSchG darstellt. Die Ausfüllung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs erfordert eine Abwägung zwischen den Verfassungsgütern der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG und dem Staatsziel Tierschutz aus Art. 20a GG. Der vorliegende Beitrag zeigt auf, in welchen Fällen eine solche Abwägungsentscheidung notwendig ist und entwickelt Kriterien für den Abwägungsvorgang.

1. Einleitung

Immer wieder kommen Kunstschaffende auf die Idee, im Rahmen eines Theaterstücks, einer Kunstperformance oder einer Installation lebendige Tiere zu verwenden oder diese zu Zwecken der Kunst zu töten. Ein gewisses Medienecho rief zuletzt ein Fall aus Wolfsburg hervor: Im dortigen Kunstmuseum wurde die Installation „A Hundred Years“ von Damien Hirst ausgestellt. Diese bestand aus zwei miteinander verbundenen Kammern aus Glas. In der einen Kammer schlüpfen aus Larven Fliegen, in der an-

deren befand sich eine elektrische Fliegenfalle, welche die Fliegen mit Hilfe ihres Lichts anlockte. Folgten die frisch geschlüpften Fliegen nun ihrem natürlichen Drang, zum Licht zu fliegen, verendeten sie an den Drähten der Fliegenfalle. Hirst selbst bezeichnet sein Werk als „eine Metapher für die von Gott gegebene Freiheit“, die jedoch nur zum Schein bestehe, da letztlich die Menschen, wie auch die Fliegen, nur dem göttlichen Willen folgten.¹ Das zuständige Veterinäramt sah in der Tötung der Fliegen jedoch einen Verstoß gegen das Tierschutzgesetz (TierSchG) und erteilte dem Kunstmuseum daher eine Verwarnung.

Auch wenn behördliche Maßnahmen und Gerichtsverfahren aufgrund der Verwendung von Tieren in Kunstwerken eher eine Ausnahme darstellen dürften, so stellen sich diesbezüglich doch allgemeine verfassungsrechtliche Fragen zur Kollision von grundrechtlich gewährleitetester Kunstfreiheit auf der einen und dem durch Art. 20a GG zum Verfassungsprinzip erhobenen Tierschutz auf der anderen Seite. Diese verfassungsrechtlichen Grundsätze werden im Folgenden dargestellt (2.) um anschließend die im TierSchG enthaltenen Regelungen auf ihre Verfassungskonformität zu überprüfen (3.). Danach wird unter Aus-

*) Ein herzlicher Dank für ihre kritischen Anmerkungen gilt Jana Weckert und Dr. Barbara Felde.

1) Zitiert aus dem Bericht des monopol Magazin: „Tierrechtsektat im Kunstmuseum Wolfsburg: Auch Fliegen fühlen“, v. 12.7.2022, Stand 28.6.2023, abrufbar unter <https://www.monopol-magazin.de/tierrechtsektat-wolfsburger-kunstmuseum-auch-fliegen-fuehlen>.

Lukas Paul Korn, Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Professur für Öffentliches Recht (Prof. Dr. Steffen Augsberg), Justus-Liebig-Universität Gießen, Gießen, Deutschland

wertung der bisherigen Rechtsprechung (4.) aufgezeigt, wo im Einzelfall eine Abwägungsentscheidung zwischen Kunstfreiheit und Tierschutz stattfinden muss, und Kriterien für den Abwägungsvorgang herausgearbeitet (5.).

2. Verfassungsrechtliche Grundsätze

Auch Werke unter Verwendung lebendiger Tiere sind grundsätzlich von der Kunstfreiheit des Grundgesetzes erfasst. Kunstschaffende können sich sowohl für den Prozess der Erschaffung des Kunstwerks (sog. Werkbereich) als auch für die Präsentation der Kunstwerks in der Öffentlichkeit (sog. Wirkbereich) auf die Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG berufen.² Gleiches gilt für die „Vermittlung“ der Kunst, etwa durch Kunsthandel, Galerien, Museen oder Theater.³

In den Schutzbereich der Kunstfreiheit wird von staatlicher Seite eingegriffen, wenn eine geplante künstlerische Darbietung durch eine Behörde präventiv untersagt wird oder wenn staatliche Sanktionen an die Schaffung oder Ausstellung eines Kunstwerks geknüpft werden. Neben Untersagungsverfügungen kommen hier beispielsweise eine Verwarnung durch das Veterinäramt, ein Bußgeldbescheid oder gar eine strafrechtliche Verurteilung in Betracht.

Diese staatlichen Eingriffe in die Kunstfreiheit können unter Umständen gerechtfertigt sein. Für eine Rechtfertigung bestehen aber hohe Hürden: Die Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG unterliegt keinem Gesetzesvorbehalt, ist also vorbehaltlos gewährleistet. Eine Rechtfertigung des Eingriffs kommt daher nur dann in Betracht, wenn er dem Schutz kollidierender Rechtspositionen von Verfassungsrang dient. Nur in diesem Fall kann es der Ausgleich der gegenüberstehenden Interessen im Wege der praktischen Konkordanz erforderlich machen, dass die vorbehaltlos gewährleistete Kunstfreiheit hinter anderen Verfassungsgütern zurücktritt.

Als kollidierende Verfassungsgüter kommen vor allem die Grundrechte Dritter in Betracht, aber auch der Schutz anderer Rechtswerte von Verfassungsrang kann Eingriffe in vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte rechtfertigen.⁴ Zu diesen gehört auch der Tierschutz: Mit der Einfügung des Zusatzes „und die Tiere“ in Art. 20a GG im Jahr 2002 wurde dem Tierschutz als Staatsziel Verfassungsrang eingeräumt. Damit können nun auch vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte aus Gründen des Tierschutzes beschränkt werden.

Dabei muss jedoch versucht werden, die Konkurrenz der beiden grundsätzlich gleichrangigen Verfassungsbestimmungen nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz aufzulösen und einen schonenden Ausgleich zwischen ihnen herzustellen.⁵ Ziel einer der Abwägung muss es sein, beide Verfassungsgüter trotz ihrer Beschränkung durch das jeweils andere zu einer möglichst optimalen Wirksamkeit gelangen zu lassen.⁶

3. Verfassungskonformität der einfachgesetzlichen Umsetzung

Der Ausgleich der Verfassungsgüter Kunstfreiheit und Tierschutz müsste also sowohl auf Ebene der gesetzlichen Grundlage, als auch im jeweiligen Einzelfall mit dem Ziel der Herstellung praktischer Konkordanz und in verhältnismäßiger Weise erfolgen.⁷ Auf Gesetzebene wurden im TierSchG sowohl unmittelbar wirkende Verbotsnormen als auch die Ermächtigung staatlicher Stellen zu Beschränkungen der Kunstfreiheit aus Gründen des Tierschutzes kodifiziert.

3.1 Einschlägige einfachgesetzliche Normen

Einschlägig sind hier insbesondere die §§ 17, 18 TierSchG: Durch § 17 TierSchG wird es unter Strafe gestellt, ein Wirbeltier ohne vernünftigen Grund zu töten oder ihm aus Rohheit erhebliche Schmerzen oder Leiden oder länger anhal-

tende oder sich wiederholende erhebliche Schmerzen oder Leiden zuzufügen. Nach § 18 Abs. 1 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. Zum Begriff der Schäden zählt dabei auch die Tötung eines Tiers als „der mit dem schwersten Schaden verbundene Eingriff“.⁸

Einen noch deutlich weiteren Anwendungsbereich besitzt § 18 Abs. 2 TierSchG, der sich nicht nur auf Wirbeltiere, sondern grundsätzlich alle (auch wirbellose)⁹ Tiere bezieht und es untersagt, diesen ohne vernünftigen Grund erhebliche Schmerzen, Leiden oder Schäden zuzufügen. Damit sind grundsätzlich alle Tiere vom Tierschutzgesetz geschützt, was das Kunstmuseum Wolfsburg offenbar überraschte („Wir dachten, Fliegen fallen nicht unter das Tierschutzgesetz.“).

Diese Normen ordnen einerseits schon kraft Gesetzes ein Verbot der beschriebenen Handlungen an und dienen andererseits staatlichen Stellen als Ermächtigungsgrundlage zur Reaktion auf Verstöße durch Strafurteile, Verpflichtungen zu Bußgeldzahlungen oder (wie im Fall des Wolfsburger Museums) zu behördlichen Verwarnungen (§ 56 OWiG). Sowohl das gesetzliche Verbot einer Handlung, als auch staatliche Sanktionen bei Zuwiderhandeln greifen in die Grundrechte des Adressaten ein und erfordern daher eine verfassungskonforme gesetzliche Grundlage.

3.2 Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe

Die Normen des TierSchG müssten also einen verfassungskonformen Ausgleich von Kunstfreiheit und Tierschutz gewährleisten. Eine Berücksichtigung der Kunstfreiheit sowie anderer möglicherweise einschlägiger Grundrechtspositionen des Handelnden ermöglicht der Gesetzgeber durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, für deren Auslegung und Konkretisierung im Einzelfall dann insbesondere die Wertungen der Grundrechte maßgeblich sind.

So enthält § 18 Abs. 2 TierSchG die Einschränkung, dass nur die Zufügung „erheblicher“ Schmerzen, Leiden oder Schäden eine Ordnungswidrigkeit darstellt, setzt also eine gewisse Schwelle für das erforderliche Maß der Beeinträchtigung an.

Entscheidender Punkt der gesetzlichen Regelungen ist aber der Terminus des „vernünftigen Grundes“, der sich in §§ 17 Nr. 1, 18 Abs. 1 Nr. 1 und 18 Abs. 2 TierSchG findet. Dieser hat die Funktion eines Rechtfertigungsgrundes.¹⁰ Vernünf-

2) Vgl. dazu nur Wittreck, in: Dreier, Grundgesetz, 3. Aufl., 2013, Art. 5 Abs. 3 Rdnr. 45 ff. m. w. N.

3) Zur Reichweite der Kunstfreiheit im staatlich geförderten und organisierten Kunstbetrieb zuletzt ausführlich Möllers, Grundrechtliche Grenzen und grundrechtliche Schutzgebote staatlicher Kulturförderung, Rechtsgutachten im Auftrag der Beauftragten der Bundesregierung für Kultur und Medien.

4) Als weitere verfassungsrechtliche Begründung für eine Beschränkung bspw. des Zugangs zu künstlerischen Darbietungen, bei denen Tiere beeinträchtigt oder getötet werden, käme insbesondere der Jugendschutz in Betracht, der ebenfalls Verfassungsrang besitzt, vgl. Grabenwater, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, 99. EL September 2022, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rdnr. 190.

5) Hirt/Maisack/Moritz/Felde, Tierschutzgesetz, 4. Aufl., 2023, Art. 20a GG Rdnr. 8.

6) Hirt/Maisack/Moritz/Felde, Tierschutzgesetz, 4. Aufl., 2023, Art. 20a GG Rdnr. 8.

7) Hirt/Maisack/Moritz/Felde, Tierschutzgesetz, 4. Aufl., 2023, Art. 20a GG Rdnr. 9.

8) BVerwG, Urt. v. 18.6.1997 – 6 C 5.96, NVwZ 1998, 853, 855; Hirt/Maisack/Moritz/Felde, Tierschutzgesetz, 4. Aufl., 2023, § 1 Rdnr. 28 m. w. N.

9) Hirt/Maisack/Moritz/Felde, Tierschutzgesetz, 4. Aufl., 2023, § 18 Rdnr. 36.

10) Hirt/Maisack/Moritz/Felde, Tierschutzgesetz, 4. Aufl., 2023, § 17 Rdnr. 9 m. w. N.; zur strafrechtsdogmatischen Einordnung ausführlich Gerhold, NuR 2022, 369, 372 ff.

tig ist ein Grund, wenn er „als triftig, einsichtig und von einem schutzwürdigen Interesse getragen anzuerkennen ist und wenn er unter den konkreten Umständen schwerer wiegt als das Interesse des Tiers an seiner Unversehrtheit“.¹¹

Dieses Tatbestandsmerkmal ermöglicht es somit, die Ausübung von Individualgrundrechten als „vernünftigen Grund“ zur Beeinträchtigung der Tiere und damit als rechtlich zulässig zu bewerten. Insbesondere bei der Anwendung der gesetzlichen Grundlage auf den Einzelfall hat die entscheidende staatliche Stelle eine Abwägung des verfolgten Zwecks des Tierschutzes mit kollidierenden Rechtspositionen zu treffen. Kommt sie dabei zu dem Ergebnis, dass die Ausübung der einschlägigen Freiheitsrechte im vorliegenden Einzelfall ein höheres Gewicht als der Tierschutz besitzt, hat sie diese als „vernünftigen Grund“ zu bewerten und von einer Sanktionierung abzusehen.

3.3 Einfachgesetzliches Verbot durch § 3 S. 1 Nr. 6 TierSchG?

Einer Abwägung bedürfte es jedoch nicht, wenn der Gesetzgeber die Entscheidung über die Unzulässigkeit bereits selbst in Gesetzesform getroffen hätte. So enthält § 3 TierSchG zwingende Verbotsnormen, bei denen eine Rechtfertigung durch Vorliegen eines vernünftigen Grundes nicht möglich ist.¹² Wer gegen ein Verbot des § 3 TierSchG verstößt, handelt in jedem Fall ohne „vernünftigen Grund“.¹³ Bei einer Beeinträchtigung von Tieren zu Zwecken der Kunst kommt ein Verstoß gegen § 3 S. 1 Nr. 6 TierSchG in Betracht: Nach diesem ist es verboten, ein Tier zu einer Filmaufnahme, Schaustellung, Werbung oder ähnlichen Veranstaltung heranzuziehen, sofern damit Schmerzen, Leiden oder Schäden für das Tier verbunden sind. Zudem läge bei einem Verstoß gegen ein Verbot aus § 3 S. 1 TierSchG auch eine eigene Ordnungswidrigkeit nach § 18 Abs. 1 Nr. 4 TierSchG vor.

3.3.1 „Schaustellung“ oder „sonstige Veranstaltung“

Denkbar ist eine Subsumtion der Verwendung von Tieren zu Zwecken der Kunst (beispielsweise in einer Installation, einem Theaterstück oder einer Performance) unter den Begriff der „Schaustellung“, hilfsweise den einer „ähnlichen Veranstaltung“.

So wird in der Literatur unter „Schaustellung“ das Besichtigtenlassen der Tiere in einem Zoo, in einer Tierschau, bei einem Umzug oder auf einer Bühne verstanden,¹⁴ teilweise zusätzlich ausdrücklich das Zurschaustellen in einem Ausstellungsraum und Vorführungen mit Tieren in einem Theater.¹⁵ Für die „ähnlichen Veranstaltungen“ soll wesentliches Merkmal die Ausrichtung auf einen Zuschauerkreis sein, auch der künstlerische Charakter einer Publikumsveranstaltung schließe eine solche Einordnung nicht aus.¹⁶

3.3.2 Pauschales gesetzliches Verbot?

Problematisch an dieser Einordnung wäre jedoch, dass der Gesetzgeber mit einer solchen Regelung pauschal die Ausübung der Kunstfreiheit unter „Schaustellung“ von Tieren untersagt hätte, sofern diesen dabei Schmerzen, Leiden oder Schäden zugefügt werden. Die Kunstfreiheit müsste daher in jedem Fall hinter Tierschutzinteressen zurücktreten, ohne dass Spielraum für eine Abwägung bestünde. Schon auf den ersten Blick erscheint ein derartiger einfallunabhängiger Vorrang eines Verfassungsguts vor einem anderen durchaus problematisch, von einem „schonenden Ausgleich“ im Sinne einer praktischen Konkordanz ließe sich in diesem Fall nicht sprechen.

Dennoch wird teilweise vertreten, dass der Gesetzgeber durch die Norm beabsichtigt habe, dem Tierschutz in den aufgeführten Fällen unabhängig von den konkreten Umständen des Einzelfalls den Vorrang einzuräumen. Durch die Einführung des Staatsziels Tierschutz bestehe hinreichendes kollidierendes Verfassungsrecht um eine Beschränkung der Kunstfreiheit rechtfertigen zu können.¹⁷ Selbst

wenn es sich bei der „Schaustellung“ oder „ähnlichen Veranstaltung“ um eine Ausübung der Kunstfreiheit handele, eröffne dies keinen Raum für eine Abwägungsentscheidung.¹⁸ Andere gehen davon aus, dass das Verbot des § 3 S. 1 Nr. 6 TierSchG auch Veranstaltungen mit künstlerischem Charakter erfasse, aber trotz des an sich eindeutigen Wortlauts eine Abwägung zwischen dem Tierschutz als Verfassungsprinzip und dem Grundrecht auf Kunstfreiheit durchgeführt werden müsse.¹⁹

3.3.3 Historisch-genetische und systematische Gegenargumente

Tatsächlich sprechen jedoch einige Überlegungen gegen eine Anwendbarkeit des § 3 S. 1 Nr. 6 TierSchG auf künstlerische Darbietungen. So wurde die Norm bereits im Jahr 1986 in das TierSchG eingefügt.²⁰ Zu diesem Zeitpunkt existiere das Staatsziel Tierschutz noch nicht, sodass kein kollidierendes Verfassungsrecht für die Beschränkung der Kunstfreiheit zur Verfügung stand. Jedenfalls das Verbot solcher Schaustellungen oder sonstiger Veranstaltungen, die sich als Ausübung der Kunstfreiheit darstellten und nicht im Konflikt mit anderen Rechtsgütern von Verfassungsrang standen, wäre danach verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen gewesen.²¹ Um die Verfassungswidrigkeit der Norm zu vermeiden, wäre daher bis zur Einführung des Staatsziels Tierschutz eine verfassungskonforme Auslegung der Begriffe „Schaustellung“ und „andere Veranstaltung“ erforderlich gewesen: Tätigkeiten, die sich als Ausübung der Kunstfreiheit darstellten, hätten nicht unter sie gefasst und damit verboten werden dürfen.²²

Mit der Aufwertung des Tierschutzes zum Verfassungsprinzip wäre dann die zuvor verfassungsrechtlich problematische Beschränkung der Kunstfreiheit grundsätzlich möglich.²³ Dafür müsste jedoch ab der Einführung des Staatsziels Tierschutz im Jahr 2002 eine Neuinterpretation

11) *Lorz/Metzger*, Tierschutzgesetz, 7. Aufl., 2019, § 1 Rdnr. 61.

12) *Hirt/Maisack/Moritz/Felde*, Tierschutzgesetz, 4. Aufl., 2023, § 3 Rdnr. 2.

13) *Metzger*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 244. EL Dezember 2022, TierSchG § 3 Rdnr. 2; *Pfohl*, in: Erb/Schäfer, Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl., 2022, TierSchG § 17 Rdnr. 39.

14) *Metzger*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 244. EL Dezember 2022, TierSchG § 3 Rdnr. 22; *Lorz/Metzger*, Tierschutzgesetz, 7. Aufl., 2019, § 3 Rdnr. 44.

15) *Hirt/Maisack/Moritz/Felde*, Tierschutzgesetz, 4. Aufl., 2023, § 3 Rdnr. 31.

16) *Metzger*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 244. EL Dezember 2022, TierSchG § 3 Rdnr. 22; *Lorz/Metzger*, Tierschutzgesetz, 7. Aufl., 2019, § 3 Rdnr. 46.

17) *Metzger*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 244. EL Dezember 2022, TierSchG § 3 Rdnr. 22; *Kloepfer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 218. Akt., Dezember 2022, Art. 20a Rdnr. 131.

18) *Metzger*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 244. EL Dezember 2022, TierSchG § 3 Rdnr. 22; *Lorz/Metzger*, Tierschutzgesetz, 7. Aufl., 2019, § 3 Rdnr. 46.

19) *Hirt/Maisack/Moritz/Felde*, Tierschutzgesetz, 4. Aufl., 2023, § 3 Rdnr. 35.

20) Erstes Gesetz zur Änderung des Tierschutzgesetzes vom 12. 8. 1986, BGBl. I 1986, Nr. 42 22. 8. 1986, S. 1309, 1310; die Norm basierte dabei auf § 2 Nr. 3 Reichs-Tierschutzgesetz, vgl. dazu *Lorz*, Tierschutzgesetz, 3. Aufl., 1987, § 3 Rdnr. 42.

21) *Ort/Reckewell*, in: Kluge, Tierschutzgesetz, 2002, § 3 Rdnr. 55.

22) Allgemein zur damaligen Notwendigkeit einer „verfassungskonformen Reduktion“ des TierSchG innerhalb des Schutzbereichs vorbehaltloser Grundrechte *Caspar/Geissen*, NVwZ 2002, 913, 915.

23) So *Metzger*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 244. EL Dezember 2022, TierSchG § 3 Rdnr. 22; *Lorz/Metzger*, Tierschutzgesetz, 7. Aufl., 2019, § 3 Rdnr. 44; *Caspar/Geissen*, NVwZ 2002, S. 913, 915; *Kloepfer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 218. Akt., Dezember 2022, Art. 20a Rdnr. 131.

des § 3 S. 1 Nr. 6 TierSchG in der Weise angenommen werden, dass nun auch künstlerische Betätigungen erfasst sein sollen, ohne dass eine Änderung des Wortlauts der Norm oder ausdrückliche Anordnung des Gesetzgebers stattgefunden hätte.²⁴

Gegen eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der Norm auf diesem Wege bestehen jedoch erhebliche Bedenken. So spricht die Wesentlichkeitstheorie dafür, dass ein derart schwerwiegender Eingriff in das vorbehaltlos gewährleistete Grundrecht der Kunstfreiheit durch den Gesetzgeber hätte erfolgen müssen und nicht durch Änderung der Auslegung der Norm durch den Rechtsanwender. Dies gilt umso mehr, als die Auslegung des § 3 S. 1 Nr. 6 TierSchG sich auch auf eine mögliche Strafbarkeit nach § 17 Nr. 1 TierSchG auswirkt. Der strafrechtliche Parlamentsvorbehalt und das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG erfordern, dass die Strafbarkeit eines Verhaltens durch den parlamentarischen Gesetzgeber selbst und zudem inhaltlich hinreichend bestimmt angeordnet werden muss. Der Einzelne muss erkennen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist, um sich dementsprechend verhalten zu können.²⁵ Es muss sichergestellt sein, dass der Gesetzgeber selbst und nicht erst das rechtsanwendende Gericht über eine Strafbarkeit entscheidet.²⁶ Dem widerspräche es, wenn sich eine Strafbarkeit nach § 17 Nr. 1 TierSchG allein aus einer geänderten Auslegung des § 3 S. 1 Nr. 6 TierSchG ergäbe.

Die besseren Argumente sprechen dafür, die Norm bereits vom Zeitpunkt ihres Erlasses an nicht auf künstlerische Betätigungen ausgerichtet zu sehen: Die beiden Tatbestandsvarianten „Filmaufnahme“ und „Werbung“ betreffen in der Regel keine Tätigkeiten, die von der Kunstfreiheit erfasst sind, sondern von anderen Grundrechten, insbesondere der Filmfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 3 GG) und der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG). Hier stehen bei der Präsentation der Tiere vor Publikum wirtschaftliche Interessen im Vordergrund, ebenso wie bei den in der Literatur angeführten Beispielen von Schaustellungen in Zoos oder Tierschauen. Diese Grundrechte aber stehen unter den Gesetzesvorbehalten der Art. 5 Abs. 2 bzw. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG. Eingriffe in sie konnten bereits mit Erwägungen des Tierschutzes gerechtfertigt werden, bevor dieser als Staatsziel Verfassungsrang erhielt. Für derartige Beeinträchtigungen aus wirtschaftlichen Gründen hat der damalige Gesetzgeber die Entscheidung getroffen, dass sie keinen „vernünftigen Grund“ darstellen und daher ausnahmslos untersagt werden.

Ebenso finden sich in den Gesetzgebungsmaterialien keine Hinweise darauf, dass auch künstlerische Betätigungen ohne Abwägungsmöglichkeit untersagt werden sollten. In der Begründung des Gesetzesentwurfs wird lediglich festgestellt, dass die Heranziehung von Tieren zu einer Filmaufnahme, Schaustellung oder Werbung „nicht vertretbar“ sei, wenn dem Tier dabei Schmerzen, Leiden oder Schäden zugefügt würden und dies daher durch das Gesetz verboten werde.²⁷ Künstlerische Tätigkeiten werden nicht eigens erwähnt, ebenso wenig wie die Notwendigkeit kollidierenden Verfassungsrechts für die Beschränkung vorbehaltlos gewährleisteter Grundrechte.

Auch im Hinblick auf die unterschiedlichen Wirkungsdimensionen der Kunstfreiheit ergäben sich nicht hinnehmbare Unstimmigkeiten: Die „Schaustellung“ von Kunstwerken betrifft lediglich den Wirkungsbereich der Kunst, die Erstellung des Kunstwerks (Werkbereich) wird dadurch nicht erfasst. Damit würde für die Ausstellung eines Kunstwerks unter Beeinträchtigung von Tieren § 3 S. 1 Nr. 6 TierSchG Anwendung finden, die daraufhin ohne Ausnahme gesetzlich verboten wäre. Demgegenüber dürften für die Erzeugung des Kunstwerks Tiere beeinträchtigt werden, solange ein „vernünftiger Grund“ i. S. d. §§ 17, 18 TierSchG vorliegt, was eine Güterabwägung von Tierschutz und Kunstfreiheit ermöglicht.

Dies hätte die paradoxe Folge, dass beispielsweise die Tötung tausender Schmetterlinge, um aus ihren Flügeln ein Fensterbild herzustellen²⁸ aufgrund der Berücksichtigung der Kunstfreiheit rechtlich zulässig sein könnte, während die Tötung auch nur einer einzelnen Fliege im Rahmen der Ausstellung einer Kunstinstallation ohne Abwägungsmöglichkeit durch § 3 S. 1 Nr. 6 TierSchG verboten wäre.

3.3.4 Keine Anwendbarkeit des § 3 S. 1 Nr. 6 TierSchG auf künstlerische Betätigungen

Letztlich würde es der Bedeutung der Kunstfreiheit, zumal als vorbehaltlos gewährleitetem Grundrecht, nicht gerecht wenn sie durch den Gesetzgeber pauschal und unabhängig vom Einzelfall als nachrangig hinter Interessen des Tierschutzes bewertet würde. Daher ist davon auszugehen, dass § 3 S. 1 Nr. 6 TierSchG künstlerische Betätigungen nicht erfasst. Diese Interpretation der Norm vermeidet auch das ansonsten vor 2002 bestehende Erfordernis einer verfassungskonformen Auslegung unter Ausschluss von künstlerischen Tätigkeiten. Es existiert somit kein pauschales gesetzliches Verbot, Tieren im Rahmen der Zurschaustellung eines Kunstwerks Schmerzen, Leiden oder Schäden zuzufügen. Auch die Erlaubnispflicht des § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 8 lit. d TierSchG für die gewerbsmäßige Zurschaustellung von Tieren erfasst bei einer einheitlichen Auslegung des Begriffs keine künstlerischen Darbietungen, sondern nur wirtschaftliche Betätigungen.²⁹

Die Nichtanwendbarkeit des § 3 S. 1 Nr. 6 TierSchG bedeutet im Gegenzug nicht, dass die Ausübung der Kunstfreiheit die Beeinträchtigung von Tieren in jedem Fall rechtfertigen und damit einen „Freibrief“ darstellen würde, sodass nur das Vorliegen eines Kunstwerks behauptet werden müsste, um Tieren unbeschränkt Schmerzen, Leid und Schäden zufügen zu dürfen. Notwendig ist vielmehr in jedem Einzelfall eine Abwägung zwischen Kunstfreiheit und Tierschutz.³⁰

Ermöglicht wird diese Abwägung durch Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs „vernünftiger Grund“ in §§ 17, 18 TierSchG, sodass bei deren Anwendung die betroffenen Individualgrundrechte hinreichend berücksichtigt und in einen schonenden Ausgleich mit dem Verfassungsgut des Tierschutzes gebracht werden können. Die einfachgesetzlichen Vorschriften sind damit als verfassungsgemäß zu bewerten, bedürfen aber einer jeweils verfassungskonformen Anwendung im Einzelfall.

4. Durchführung von Abwägungen in der Rechtsprechung

Zu der Frage, ob eine Abwägungsentscheidung zwischen Tierschutz und Kunstfreiheit notwendig ist und nach welchen Kriterien diese zu erfolgen hat, existiert in der bisherigen Rechtsprechung lediglich eine übersichtliche An-

24) So wohl *Caspar/Geissen*, NVwZ 2002, S. 913, 916; *Ort/Reckewell*, in: Kluge, Tierschutzgesetz, 2002, § 3 Rdnr. 57.

25) *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Grundgesetz, 3. Aufl., 2013, Art. 103 Abs. 2 Rdnr. 28 ff. m. w. N.

26) *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Grundgesetz, 3. Aufl., 2013, Art. 103 Abs. 2 Rdnr. 38 m. w. N.

27) BT-Drs. 10/3158, S. 19.

28) Ein weiteres Werk von *Damien Hirst*, vgl. FAZ v. 2. 4. 2007, Stand 28. 6. 2023, abrufbar unter <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/kunstmarkt/gegenwartskunst-vanitas-in-beverly-hills-1405748.html>.

29) Anderenfalls müsste auch hier für die Entscheidung über die Erteilung der Erlaubnis eine Abwägung zwischen Kunstfreiheit und Tierschutz erfolgen.

30) Zur selben rechtlichen Folge würde man auch gelangen, wenn man § 3 S. 1 Nr. 6 TierSchG zwar auf künstlerische Veranstaltungen für anwendbar halten, aber gleichwohl vom Erfordernis einer Güterabwägung ausgehen würde, wie *Hirt/Maisack/Moritz/Felde*, Tierschutzgesetz, 4. Aufl., 2023, § 3 Rdnr. 35.

zahl von Fällen. Zwei der gerichtlichen Entscheidungen fallen dabei in die Zeit vor der Aufnahme des Staatsziels Tierschutz ins Grundgesetz im Jahr 2002, zwei in die Zeit danach.

4.1 Köpfen eines Huhns

Das LG Köln bewertete es im Jahr 1989 als einen Verstoß gegen § 17 Abs. 1 TierSchG, dass im Rahmen der Auf-führung eines Theaterstücks einem Huhn mit einem Beil der Kopf abgeschlagen wurde und der Angeschuldigte sich danach das blutige Tier über den nackten Oberkörper verschmierte.³¹ Auch die Behauptung, er habe damit für Menschenrechte protestieren wollen, führte nach Ansicht des Gerichts nicht zum Vorliegen eines „vernünftigen Grundes“.³² Selbst wenn man dem Handelnden zugutehalten wollte, er hätte lediglich von seinen Grundrechten der freien Meinungsäußerung und Freiheit der Kunst Gebrauch gemacht, fände die Meinungsfreiheit doch ihre Grenzen in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze (Art. 5 Abs. 2 GG) bzw. unterläge die Kunstfreiheit jedenfalls verfassungsimmanenten Schranken.³³

Als das zur Beschränkung der Kunstfreiheit notwendige kollidierende Verfassungsrecht zog das LG Köln dann, mangels Verfassungsrang des Tierschutzes im Jahr 1989, das Sittengesetz mit seiner verfassungsrechtlichen Erwähnung in Art. 2 Abs. 1 GG heran.³⁴ Die Tötung eines wehrlosen und daher besonders des menschlichen Schutzes bedürftigen Tieres stelle sich als ein „erster Schritt der Verletzung der Menschlichkeit“ dar; ein Protest für Menschenrechte der Verfassungssätze verletze widerspreche dem gebotenen Schutz des Gesamtgefüges der Verfassung.³⁵

Das verfassungsrechtliche Dilemma, dass der Tierschutz nicht als kollidierendes Verfassungsrecht zur Beschränkung der Kunstfreiheit herangezogen werden konnte, versuchte das LG Köln hier also durch die Konstruktion eines anderen Rechtsguts von Verfassungsrang zu umgehen. Der Ansatz, dem Tierschutz über die Schranke des Sittengesetzes Verfassungsrang zu verleihen,³⁶ war jedoch schon damals dogmatisch wenig überzeugend und wurde daher zurecht weitestgehend abgelehnt.³⁷ Eine strafrechtliche Verurteilung hätte daher aus verfassungsrechtlichen Gründen keinen Bestand haben dürfen.³⁸

4.2 Wellensittich in Wurst-Ei-Masse

Ein Urteil des OLG Frankfurt aus dem Jahr 1991 befasst sich mit einer Kunstperformance, im Rahmen derer ein Wellensittich mit Füßen und Unterkörper in ein mit einer Masse aus zerschlagenen Eiern und Wurstresten gefülltes Goldfischglas gesteckt wurde. Danach wurde das Glas mit dem Wellensittich zunächst etwa 10 Sekunden lang zu den Klängen der deutschen Nationalhymne hin- und hergeschwenkt, dann das Glas abgesetzt und der Vogel gereinigt. Ziel der Performance war es nach Aussage der Künstlerin, „durch eigenes und stellvertretendes Leiden ... auf Passivität beispielsweise bei der Mißhandlung von Frauen, Kindern aber auch anders Denkender zur Zeit des Dritten Reiches aufmerksam machen“.³⁹ Für ihre Performance erhielt die Künstlerin einen Bußgeldbescheid in Höhe von 1000 DM.

Das OLG Frankfurt kam in seiner rechtlichen Überprüfung zu dem Ergebnis, dass schon der Tatbestand des § 18 Abs. 1 Nr. 1 TierSchG nicht erfüllt sei: Zwar werde das Wohlbefinden des Wellensittichs durch das Verkleben seiner Federn mit der Wurst-Ei-Masse beeinträchtigt, jedoch sei die Beeinträchtigung nicht von solcher Intensität, dass es sich um die Zufügung eines „erheblichen“ Leidens i. S. d. § 18 Abs. 1 Nr. 1 TierSchG handele.⁴⁰ Der Wellensittich habe sich lediglich für kurze Zeit in dem Glas mit der Eimasse befunden und sei danach sofort gesäubert worden, zudem sei er an diesen Umgang gewöhnt und habe bereits an einer früheren ähnlichen Veranstaltung mitgewirkt.⁴¹ Da schon der Tatbe-

stand nicht erfüllt sei, könne dahingestellt bleiben, ob das Verhalten auch unter Berücksichtigung des Tierschutzes den Schutz der Kunstfreiheit genieße.⁴²

In der Vorinstanz war das AG Kassel noch davon ausgegangen, dass dem Wellensittich erhebliche Schmerzen und Leiden zugefügt worden seien und der Tatbestand des § 18 Abs. 1 Nr. 1 TierSchG daher erfüllt sei.⁴³ Es hatte die Betroffene aber gleichwohl freigesprochen: Bei der Performance habe es sich nicht lediglich um eine Zurschaustellung des Wellensittichs oder der Künstlerin oder gar um „eine bloße Effekthascherei oder Verdummung ihres Publikums“ gehandelt, sondern um avantgardistische Kunst.⁴⁴ Dem Gericht selbst stehe keine positive oder negative Wertung der Darbietung zu.⁴⁵ Die Performance sei eine Ausformung darstellerischer Kunst, sodass der Schutzbereich der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG eröffnet sei.⁴⁶ Diese könne lediglich durch verfassungsimmanente Schranken begrenzt werden; der Tierschutz sei jedoch lediglich einfachgesetzlich und nicht in einer Norm mit Verfassungscharakter geregelt worden.⁴⁷ Solange der Tierschutz nicht Teil des Grundrechtskataloges geworden sei, gehe die vorbehaltlos gewährleistete Verfassungsnorm den Vorschriften des TierSchG vor und hebele diese aus.⁴⁸ Daher sei die Betroffene freizusprechen.

Entscheidendes Argument für das AG Kassel war hier also der fehlende Verfassungsrang des Tierschutzes vor dessen Aufnahme in Art. 20a GG. Die Tatsache, dass die Zufügung erheblicher Leiden im Rahmen der Ausübung der Kunstfreiheit erfolgte führte mangels entgegenstehendem Rechtsgut von Verfassungsrang richtigerweise zum Vorrang der Kunstfreiheit, ohne dass eine Abwägung notwendig gewesen wäre.

Auch hier wurde in der Literatur versucht, auf anderem Wege zu einem Verfassungsrang des Tierschutzes zu kommen. So kritisiert die Urteilsanmerkung von *Selk*, dass sich das Gericht nicht hinreichend mit möglichen anderen verfassungsrechtlichen Fundierungen des Tierschutzes auseinandergesetzt habe.⁴⁹ Er leitet aus Art. 1 Abs. 1 GG eine

31) LG Köln, Beschl. v. 2. 2. 1989 – 104 Qs 2/89, NuR 1991, 42.

32) LG Köln, Beschl. v. 2. 2. 1989 – 104 Qs 2/89, NuR 1991, 42.

33) LG Köln, Beschl. v. 2. 2. 1989 – 104 Qs 2/89, NuR 1991, 42.

34) LG Köln, Beschl. v. 2. 2. 1989 – 104 Qs 2/89, NuR 1991, 42.

35) LG Köln, Beschl. v. 2. 2. 1989 – 104 Qs 2/89, NuR 1991, 42.

36) Zu diesem und anderen Ansätzen *Lübbe*, NuR 1994, 469.

37) Vgl. dazu *Kloepfer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 218. Akt., Dezember 2022, Art. 20a Rdnr. 49 m. w. N.

38) Hier handelte es sich lediglich um den Beschluss, auf Beschwerde der Staatsanwaltschaft hin das Hauptverfahren zu eröffnen. Eine Verurteilung scheint nicht erfolgt zu sein.

39) So die Feststellung der Vorinstanz AG Kassel, Urt. v. 5. 10. 1990 – 99 OWi 626 Js 15932.8/90, NStZ 1991, 443.

40) OLG Frankfurt, Beschl. v. 4. 6. 1991 – 2 Ws (B) 242/91 OWiG, NJW 1992, 1639, 1639f.

41) OLG Frankfurt, Beschl. v. 4. 6. 1991 – 2 Ws (B) 242/91 OWiG, NJW 1992, S. 1639, 1640.

42) OLG Frankfurt, Beschl. v. 4. 6. 1991 – 2 Ws (B) 242/91 OWiG, NJW 1992, S. 1639.

43) AG Kassel, Urt. v. 5. 10. 1990 – 99 OWi 626 Js 15932.8/90, NStZ 1991, S. 443, 444.

44) AG Kassel, Urt. v. 5. 10. 1990 – 99 OWi 626 Js 15932.8/90, NStZ 1991, S. 443, 444.

45) AG Kassel, Urt. v. 5. 10. 1990 – 99 OWi 626 Js 15932.8/90, NStZ 1991, S. 443, 444.

46) AG Kassel, Urt. v. 5. 10. 1990 – 99 OWi 626 Js 15932.8/90, NStZ 1991, S. 443, 444.

47) AG Kassel, Urt. v. 5. 10. 1990 – 99 OWi 626 Js 15932.8/90, NStZ 1991, S. 443, 444.

48) AG Kassel, Urt. v. 5. 10. 1990 – 99 OWi 626 Js 15932.8/90, NStZ 1991, S. 443, 444.

49) *Selk*, NStZ 1991, 443, 444f.; ebenfalls kritisch im Hinblick auf die „kurzsichtige und formalistische Begründung“ *Würkner*, NVwZ 1992, 1, 7.

„Grundpflicht“ des Menschen zu einem verantwortungsvollen Umgang mit leidensfähigen Mitgeschöpfen her, die dann mit der Kunstfreiheit abzuwägen sei.⁵⁰ Auch § 3 Nr. 6 TierSchG – der vom AG Kassel nicht erwähnt wurde – lasse sich höchstens bei Annahme einer solchen Grundpflicht als verfassungskonform bewerten.⁵¹

Jedoch ist auch der Versuch einer verfassungsrechtlichen Verankerung des Tierschutzes über eine Ableitung aus der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG als dogmatisch fernliegend abzulehnen.⁵² Richtigerweise räumte das AG Kassel daher der Kunstfreiheit schon aus normhierarchischen Gründen der Vorrang ein. Auch für § 3 Nr. 6 TierSchG wäre – wie gezeigt – gerade eine Erstreckung auf künstlerische Tätigkeiten verfassungswidrig gewesen.

4.3 Köpfen von Kaninchen

Eine andere Situation ergibt jedoch sich nach der Etablierung des Tierschutzes als Staatsziel von Verfassungsrang.

Ein Beschluss des KG Berlin aus dem Jahr 2009 beschäftigt sich mit der Tötung zweier Kaninchen im Rahmen einer künstlerischen Veranstaltung. Während der Vorstellung wurde den Kaninchen das Genick gebrochen und der Kopf abgeschlagen, sodann mit ihrem Blut der weiße Anzug eines der Darsteller beschmiert. Später wurde der Kopf eines der Kaninchen in einem Glas mit Formaldehydlösung zur Schau gestellt und zum Kauf angeboten.

Dass die Tiere eine Woche später noch gegessen worden seien, führt nach Ansicht des Gerichts nicht dazu, dass die Fleischgewinnung als etwaiger vernünftiger Grund herangezogen werden könne, maßgeblicher Hauptzweck sei hier nicht die Nahrungsmittelgewinnung sondern die künstlerische Darbietung gewesen.⁵³ Den Angeklagten sei es für die Umsetzung ihres künstlerischen Projekts um eine möglichst publikumswirksame Tötung der beiden Tiere als Hauptbestandteil der Vorführung gegangen.⁵⁴

Ob aufgrund des ausdrücklichen gesetzlichen Verbots in § 3 S. 1 Nr. 6 TierSchG eine Abwägung des Tierschutzes mit der Kunstfreiheit von vornherein entbehrlich ist, lässt das KG Berlin offen.⁵⁵ Denn auch eine Güter- und Pflichtenabwägung komme hier zu dem Ergebnis, dass die Kunstfreiheit nicht verletzt sei: Zu den verfassungsimmanenten Schranken der Kunstfreiheit gehöre auch das prinzipiell gleichrangige Staatsziel Tierschutz, das einen Ausgleich der Interessen im Wege der praktischen Konkordanz erforderlich mache.⁵⁶ Im konkreten Fall sei das Ergebnis dieser Abwägungen nicht zu beanstanden, das in Art. 20a GG vorgegebene und durch § 17 Nr. 1 TierSchG konkretisierte Ziel, einen verantwortungsvollen Umgang mit Tieren zu erreichen, legitimere die Einschränkung der Kunstfreiheit.⁵⁷ Insbesondere sei zu berücksichtigen, dass das Motiv für die Aufnahme des Tierschutzes in das Grundgesetz die Anerkennung der Mitgeschöpflichkeit von Tieren und Menschen gewesen sei; dies lasse die Staatszielbestimmung Tierschutz in Abwägung mit der Kunstfreiheit besonders schwer wiegen.⁵⁸

Gerade die vorliegende Form des künstlerischen Ausdrucks, nämlich Eventkunst, die dem Publikum die Leichtigkeit der bewussten Tötung von Tieren vor Augen führen und durch das Zelebrieren der Tötungen aufrütteln solle, sei besonders geeignet, dem Ziel des Art. 20a GG zuwiderzulaufen.⁵⁹ In ihrem Wesensgehalt sei die Kunstfreiheit nicht angetastet, da es den Angeklagten möglich gewesen wäre, ihre Anliegen auf andere Weise auszudrücken.⁶⁰

Auf die Frage, ob die Tiere vor ihrer Tötung hinreichend betäubt worden seien, komme es hier nicht an: Zwar sei die Tötung eines Tieres unter Zufügung von Schmerzen unter Verstoß gegen § 4 Abs. 1 S. 1 TierSchG dazu geeignet, das Vorliegen eines vernünftigen Grundes i. S. d. § 17 Nr. 1 TierSchG auszuschließen – allein die Tatsache, dass eine Tötung aufgrund der Betäubung für das Tier schmerzfrei

ablaufe führe aber nicht dazu, dass für die Tötung dann automatisch ein vernünftiger Grund vorliege.⁶¹

Maßgebliches Bewertungskriterium für das KG Berlin ist hier also die konkrete Form der künstlerischen Performance: Zum Überwiegen des Tierschutzes führt hier die Tatsache, dass der Akt der Tötung in den Vordergrund gestellt wird, indem diese gleichsam zelebriert und das Tier damit zum bloßen Objekt herabgewürdigt wird.⁶²

4.4 Strangulieren von Hundewelpen

Das VG Berlin beschäftigte sich in einem Beschluss aus dem Jahr 2012 mit der Untersagung einer Kunstperformance durch das Veterinäramt. Bei dieser Performance mit dem Titel „Der Tod als Metamorphose“ sollten von musikalischer Begleitung unterlegt zwei Hundewelpen mit Hilfe von Kabelbindern stranguliert werden. Dabei sollte nach zwei Minuten die Bewusstlosigkeit des Tiers, nach weiteren 10 Minuten sein Tod eintreten. Das Kunstwerk sollte nach Aussage der Künstlerin „provokieren und erregen“ und auf die auf ähnliche Weise erfolgende Tötung ausgedienter Schlitten- und Jagdhunde aufmerksam machen. Sie wolle die „Verlogenheit dekadenter westlicher Gesellschaften offen legen“, die das Töten von Tieren in Deutschland beklagten, die zeitgleiche grausame Tötung von Tieren weltweit durch ihr Schweigen aber ermöglichten.

Das Veterinäramt untersagte die Performance zur Verhinderung eines zukünftigen Verstoßes gegen § 17 Nr. 1 TierSchG, da die Tötung der Hundewelpen nicht durch einen vernünftigen Grund gerechtfertigt sei. Zudem sei es durch § 3 S. 1 Nr. 6 TierSchG verboten, Tiere zur Schaustellung und ähnlichen Veranstaltungen heranzuziehen, wenn damit Schmerzen, Leiden oder Schäden (wie insb. der Tod als größtmöglicher Schaden) verbunden seien.

Das VG Berlin kam zu dem Ergebnis, dass durch die geplante Performance gegen verschiedene Vorschriften verstoßen werden würde: Die geplante Tötung verstoße gegen § 1 S. 2 TierSchG, ein Verstoß sei durch § 17 Nr. 1 TierSchG strafbewehrt.⁶³ Durch § 3 S. 1 Nr. 6 TierSchG werde es verboten, ein Tier zu einer Filmaufnahme, Schaustellung, Werbung oder ähnlichen Veranstaltung heranzuziehen, sofern damit Schmerzen, Leiden oder Schäden für das

50) *Selk*, NStZ 1991, S. 443, 444 f.; zu den Versuchen der Herleitung eines Verfassungsrangs aus der Menschenwürde auch *Ort/Reckewell*, in: Kluge, Tierschutzgesetz, 2002, § 3 Rdnr. 56.

51) *Selk*, NStZ 1991, S. 443, 445.

52) So auch *Kloepfer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 218. Akt., Dezember 2022, Art. 20a Rdnr. 49; *Lübbe*, NuR 1994, S. 470.

53) KG Berlin, Beschl. v. 24. 7. 2009 – (4) 1 Ss 235/09 (150/09), NStZ 2010, 175.

54) KG Berlin, Beschl. v. 24. 7. 2009 – (4) 1 Ss 235/09 (150/09), NStZ 2010, 175.

55) KG Berlin, Beschl. v. 24. 7. 2009 – (4) 1 Ss 235/09 (150/09), NStZ 2010, 175, 176.

56) KG Berlin, Beschl. v. 24. 7. 2009 – (4) 1 Ss 235/09 (150/09), NStZ 2010, 175, 176.

57) KG Berlin, Beschl. v. 24. 7. 2009 – (4) 1 Ss 235/09 (150/09), NStZ 2010, 175, 176.

58) KG Berlin, Beschl. v. 24. 7. 2009 – (4) 1 Ss 235/09 (150/09), NStZ 2010, 175, 176.

59) KG Berlin, Beschl. v. 24. 7. 2009 – (4) 1 Ss 235/09 (150/09), NStZ 2010, 175, 176.

60) KG Berlin, Beschl. v. 24. 7. 2009 – (4) 1 Ss 235/09 (150/09), NStZ 2010, 175, 176.

61) KG Berlin, Beschl. v. 24. 7. 2009 – (4) 1 Ss 235/09 (150/09), NStZ 2010, 175, 176.

62) *Metzger*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 244. EL Dezember 2022, TierSchG § 1 Rdnr. 40.

63) VG Berlin, Beschl. v. 24. 4. 2012 – VG 24 L 113.12, BeckRS 2012, 49903.

Tier verbunden seien.⁶⁴ Auch dürfe gem. § 4 Abs. 1 TierSchG ein Wirbeltier nur unter Betäubung bzw. Vermeidung von Schmerzen und durch eine Person mit den notwendigen Kenntnissen und Fähigkeiten getötet werden.⁶⁵

Mit dem Verbot der Tötung der Hundewelpen durch Strangulieren sei auch kein verfassungswidriger Eingriff in Freiheitsrechte verbunden. Da die Tötung eines Wirbeltiers ohne Betäubung den gravierendsten Eingriff in das Staatsschutzziel des Tierschutzes nach Art. 20a GG darstelle, brauche dieses auch in einer Abwägung der Kunstfreiheit nicht zu weichen.⁶⁶ Ein vernünftiger Grund für die Tötung der Welpen liege daher auch unter Berücksichtigung dieser Grundrechtsposition nicht vor.⁶⁷

Das VG Berlin geht hier also zutreffenderweise davon aus, dass eine Abwägungsentscheidung zu treffen ist, die in diesem Fall zugunsten des Tierschutzes ausfalle. Darauf, dass § 3 S. 1 Nr. 6 TierSchG eine solche Abwägung gerade ausschließt, geht es jedoch nicht weiter ein.

4.5 Zusammenfassung

Insgesamt zeigt sich, dass in der Rechtsprechung vor Etablierung des Tierschutzes als Rechtsgut von Verfassungsrang erhebliche Probleme bei der rechtlichen Bewertung künstlerischer Tätigkeiten bestanden. Während weiterhin Unsicherheiten über die Anwendbarkeit des § 3 S. 1 Nr. 6 TierSchG existieren, ist mittlerweile zumindest klar, dass für die Entscheidung, ob ein „vernünftiger Grund“ für die Beeinträchtigung der Tiere vorliegt, eine Abwägung zwischen Kunstfreiheit und Tierschutz erfolgen muss.

5. Leitlinien für die Abwägungsentscheidung

Mit Hilfe von Rechtsprechung und Literatur lassen sich einige Leitlinien für die für die zu treffende Abwägungsentscheidung aufstellen.

5.1 Keine Abwägung notwendig

Voraussetzung der Tatbestände des §§ 18 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 TierSchG ist es, dass in sachlicher Hinsicht feststeht, dass dem Tier tatsächlich Schmerzen, Leiden oder Schäden zugefügt werden. Ist dies nicht der Fall, ist die künstlerische Darbietung zulässig. Im konkreten Fall muss daher durch das Gericht oder die Behörde zunächst festgestellt werden, ob diese Tatbestandsmerkmale überhaupt erfüllt sind.

Ebenfalls entbehrlich ist eine Abwägung in denjenigen Fällen, in denen eine eindeutige gesetzliche Regelung vorliegt: Ohne Rechtfertigungsmöglichkeit durch das Vorliegen eines vernünftigen Grundes unter Strafandrohung verboten ist es, einem Wirbeltier aus Rohheit erhebliche Schmerzen oder Leiden oder länger anhaltende oder sich wiederholende erhebliche Schmerzen oder Leiden zuzufügen (§ 17 Nr. 2 TierSchG). Auch die Tötung eines Wirbeltiers unter Zufügung vermeidbarer Schmerzen bleibt durch § 4 Abs. 1 TierSchG verboten und nach § 18 Abs. 1 Nr. 5 eine Ordnungswidrigkeit. Demgegenüber mag die Zufügung *unerheblicher* Leiden, Schmerzen oder Schäden zwar bei Fehlen eines vernünftigen Grundes gegen § 1 S. 2 TierSchG verstoßen,⁶⁸ stellt dann aber jedenfalls keine Ordnungswidrigkeit nach § 18 Abs. 2 TierSchG dar.

5.2 Durchführung der Güterabwägung

Für die behördliche oder gerichtliche Entscheidung in den übrigen Fällen bedeutet dies: Bei der Verwendung lebendiger Tiere zur Ausübung der Kunstfreiheit ist zunächst zu ermitteln, ob diese getötet werden (§ 17 Nr. 1 TierSchG) oder ihnen erhebliche Schmerzen, Leiden oder Schäden i. S. d. § 18 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 TierSchG zugefügt werden. Ist dies der Fall, muss für die Prüfung, ob ein „vernünftiger Grund“ für diese Beeinträchtigungen vorliegt eine

Güter- und Pflichtenabwägung durchgeführt werden,⁶⁹ bei der eine Abwägung der Kunstfreiheit des Kunstschaffenden bzw. Ausstellenden mit dem Staatsziel des Tierschutzes erfolgt. Auch bei dieser Abwägung im Einzelfall muss versucht werden, die beiden Verfassungsgüter in einen möglichst schonenden Ausgleich im Sinne einer praktischen Konkordanz zu bringen.

Bei der Rechtfertigungsmöglichkeit durch Vorliegen eines „vernünftigen Grundes“ handelt es sich letztlich um eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.⁷⁰ Die Beeinträchtigung des Tiers muss somit zur Zweckerreichung geeignet, erforderlich und auch verhältnismäßig im engeren Sinne sein.⁷¹ Dabei handelt es sich um eine Güter- und Pflichtenabwägung zwischen den Interessen des Tiernutzers und der Integrität des Tieres.⁷²

Teilweise wird vertreten, dem Tierschutz müsse in Abwägung mit der Kunstfreiheit eine untergeordnete Bedeutung zukommen, dem Künstler müsse „lediglich eine nachvollziehbare Begründung dafür abverlangt werden, warum es für seine künstlerische Tätigkeit unverzichtbar ist, Tiere zu quälen oder zu töten“.⁷³ Ein derart pauschaler Vorrang der Kunstfreiheit ist jedoch abzulehnen, handelt es sich hier doch um die Kollision zweier grundsätzlich gleichrangiger Verfassungsgüter.⁷⁴

Andererseits stellt die unbeschränkte Ausübung der Kunstfreiheit jedenfalls einen Zweck dar, der grundsätzlich dazu geeignet ist, die Beeinträchtigung des Tiers zu rechtfertigen.

5.3 Verhinderung vermeidbarer Schmerzen und Leiden

Damit die Beeinträchtigung des Tiers erforderlich ist, darf keine Handlungsalternative zur Erreichung des Zwecks vorhanden sein, bei der das Schutzinteresse des Tiers weniger beeinträchtigt würde.⁷⁵ Von mehreren Handlungsalternativen, die zur Erreichung des Zwecks gleichermaßen geeignet sind, ist nur diejenige zulässig, die dem Tier die geringsten Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügt.⁷⁶

Aus der Gesamtkonzeption des TierSchG folgt, dass vermeidbares Leid von Tieren verhindert werden soll. Werden dem Tier zu Zwecken der Kunst Schmerzen oder Leiden zugefügt, die vermeidbar und damit nicht erforderlich sind, muss die Abwägung zugunsten des Tierschutzes ausfallen.⁷⁷ Hier kann eine praktische Konkordanz der beiden Verfassungsgüter dadurch hergestellt werden, dass die künstlerische Darbietung zwar nicht vollständig verboten wird,

64) VG Berlin, Beschl. v. 24. 4. 2012 – VG 24 L 113.12, BeckRS 2012, 49903.

65) VG Berlin, Beschl. v. 24. 4. 2012 – VG 24 L 113.12, BeckRS 2012, 49903.

66) VG Berlin, Beschl. v. 24. 4. 2012 – VG 24 L 113.12, BeckRS 2012, 49903.

67) VG Berlin, Beschl. v. 24. 4. 2012 – VG 24 L 113.12, BeckRS 2012, 49903.

68) *Hirt/Maisack/Moritz/Felde*, Tierschutzgesetz, 4. Aufl. 2023, § 1 Rdnr. 9f.

69) *Lorz/Metzger*, Tierschutzgesetz, 7. Aufl., 2019, § 1 Rdnr. 72.

70) *Hirt/Maisack/Moritz/Felde*, Tierschutzgesetz, 4. Aufl., 2023, § 17 Rdnr. 9.

71) *Hirt/Maisack/Moritz/Felde*, Tierschutzgesetz, 4. Aufl., 2023, § 1 Rdnr. 32.

72) *Hirt/Maisack/Moritz/Felde*, Tierschutzgesetz, 4. Aufl., 2023, § 1 Rdnr. 32.

73) *Huster/Rux*, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz, 54. Ed. Stand 15. 2. 2023, Art. 20a Rdnr. 48.

74) *Kloepfer*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 218. Akt., Dezember 2022, Art. 20a Rdnr. 61.

75) *Lorz/Metzger*, Tierschutzgesetz, 7. Aufl., 2019, § 1 Rdnr. 76.

76) *Hirt/Maisack/Moritz/Felde*, Tierschutzgesetz, 4. Aufl. 2023, § 1 Rdnr. 48.

77) So auch *Hirt/Maisack/Moritz/Felde*, Tierschutzgesetz, 4. Aufl., 2023, § 3 Rdnr. 35.

aber die Vorgabe gemacht wird, sicherzustellen dass dem Tier keine Schmerzen oder Leiden zugefügt werden (bspw. durch vorherige Betäubung, vgl. dazu für Wirbeltiere auch § 4 Abs. 1 TierSchG).

Schwieriger sind Vorgaben, die künstlerische Performance so zu ändern, dass dem Tier auch ohne Betäubung keine vermeidbaren Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, ebenso wie das Verbot vermeidbarer Schädigungen. In einigen Fällen dürfte es möglich sein, die künstlerische Darbietung auch ohne Tiere oder ihre Beeinträchtigung aufzuführen (bspw. durch Verwendung von Attrappen, Kunstblut etc.) Hier spricht einerseits das Gebot der Verhinderung vermeidbarer Leiden dafür, die Darbietung ohne tatsächliche Verwendung oder Schädigung von Tieren durchzuführen. Häufig wird sich das „geistig-seelische Erlebnis, das mit der künstlerischen Tätigkeit zum Ausdruck gebracht werden soll“ auch ohne die Verursachung von Tierleid künstlerisch umsetzen lassen.⁷⁸

Jedenfalls denkbar sind Vorgaben hinsichtlich der verwendeten Anzahl an Tieren: So hat auch das KG Berlin festgestellt, dass für das künstlerische Anliegen nicht die Tötung von gleich zwei Tieren erforderlich gewesen sei.⁷⁹ Auch hier lässt sich ein schonender Ausgleich der Verfassungsgüter dadurch herbeiführen, dass die künstlerische Darbietung zwar gestattet, die Verwendung von Tieren aber auf das für sie erforderliche Mindestmaß beschränkt wird.

Andererseits ist zu berücksichtigen, dass die Freiheit über die Ausgestaltung der künstlerischen Darbietung frei von staatlichen Vorgaben den Kernbereich der Kunstfreiheit darstellt, eine staatliche Vorgabe der inhaltlichen Ausgestaltung daher ebenso schwer wiegen kann wie ein vollständiges Verbot. Hier wird im Einzelfall zu ermitteln sein, inwieweit eine Vorgabe im Hinblick auf die Kunstausübung unter Vermeidung von Schmerzen, Leiden oder Schäden tatsächlich ein milderer Mittel im Vergleich zum Verbot darstellt.

Häufig werden in der Abwägung die Nachteile für den Künstler, die mit der Verpflichtung zu einer tierschonenden Alternative verbunden sind, jedenfalls weniger schwer wiegen als die anderenfalls eintretenden Belastungen des Tiers.⁸⁰ Zumindest für den Fall, dass die künstlerische Darbietung gerade daraus besteht, dem Tier Schmerzen oder Leiden zuzufügen, sodass diese nicht vermeidbar sind, muss die Abwägung zugunsten des Tierschutzes ausfallen.

5.4 Schmerzlose Tötung von Tieren

Den problematischsten Abwägungsfall dürfte die Schädigung von Tieren durch ihre Tötung darstellen, bei der ihnen aber keine Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, weil sie zuvor betäubt wurden oder keinerlei Schmerzempfinden⁸¹ besitzen. Lässt sich die künstlerische Darbietung hier nicht ohne Tötung umsetzen und ist sie daher erforderlich, muss abgewogen werden, ob der angestrebte Nutzen das Interesse des Tiers an seiner Unversehrtheit überwiegt.⁸²

Das Gewicht des Nutzens ist abhängig vom Handlungszweck und richtet sich nach dem „Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden unter Berücksichtigung der grundgesetzlichen und tierschutzrechtlichen Wertordnung“.⁸³ Die Ausübung der Kunstfreiheit ist dabei als gewichtiger Zweck einzuordnen.

Bei der Abwägung sind dann „die Anschauungen, Traditionen und das kulturelle Selbstverständnis eines überwiegenden Teils der Bevölkerung zu berücksichtigen“.⁸⁴ Entscheidendes Gewicht kommt somit der Sozialadäquanz zu.⁸⁵

Unter Anlegung dieser Kriterien kann es Fälle geben, in denen die Interessen des Tiers als vorrangig zu bewerten sind. Der vom KG Berlin herangezogene Maßstab erscheint dafür durchaus sachgemäß: Die Grenze der Kunstfreiheit ist jedenfalls dort erreicht, wo das Tier zum bloßen Objekt herabgewürdigt wird.⁸⁶ Erfolgt die Tötung haupt-

sächlich um ihrer selbst willen oder steht im Mittelpunkt des Interesses des Tötenden, ist sie auch unter Berücksichtigung der Kunstfreiheit nicht gerechtfertigt.⁸⁷ Dies dürfte auch der Vorstellung eines überwiegenden Teils der Bevölkerung entsprechen.

In anderen Fällen dürfte jedoch die Zufügung von Schmerzen, Leiden oder Schäden gesellschaftlich akzeptiert sein. Das Tierschutzrecht sieht zahlreiche Gründe vor, aufgrund derer die Beeinträchtigung von Tieren als von einem vernünftigen Grund getragen und daher als gerechtfertigt betrachtet wird. Ist beispielsweise die Zufügung von vermeidbaren Leiden und Schmerzen im System der Massentierhaltung und die Tötung von Tieren zu Nahrungszwecken rechtlich und gesellschaftlich akzeptiert, widerspricht es der hohen verfassungsrechtlichen Bedeutung der Kunstfreiheit, an die vereinzelte Tötung von Tieren zu Zwecken der Kunst ungleich höhere Rechtfertigungsanforderungen zu stellen.

Abhängig von den konkreten Umständen kann damit im Einzelfall auch die Tötung von Tieren im Rahmen künstlerischer Betätigungen als von einem „vernünftigen Grund“ getragen und damit als gerechtfertigt bewertet werden.

5.5 Tötung von Fliegen zu Zwecken der Kunst

Die Tötung von Fliegen in einer Kunstinstallation dürfte angesichts dieser Maßstäbe sozialadäquat sein. Bei Fliegen ist eine Schmerzfähigkeit bislang nicht nachgewiesen worden und ist, wie für andere Insekten auch, kaum anzunehmen.⁸⁸

Es ist davon auszugehen, dass weite Teile der Bevölkerung Fliegen als Schädlinge sehen, deren Tötung bereits aus deutlich geringeren Gründen gerechtfertigt sein kann als zur Verwirklichung vorbehaltlos gewährleisteter Grundrechte. Der Prävalenz von „Fliegenklatschen“ und elektrischen Fliegenfallen in Privathaushalten, die dem Zweck der Tötung von Fliegen einzig aus dem Grund dienen, dass diese als störend empfunden werden, widerspricht es höhere Anforderungen an eine Tötung zu Zwecken der Kunst zu stellen.⁸⁹

Auch fand keine Herabwürdigung der Fliegen als bloßes Objekt statt: Das Kunstwerk wurde im Rahmen einer Ausstellung mit dem Titel „Macht! Licht!“ gezeigt, bei der es

78) *Hirt/Maisack/Moritz/Felde*, Tierschutzgesetz, 4. Aufl., 2023, § 3 Rdnr. 35.

79) KG Berlin, Beschl. v. 24. 7. 2009 – (4) 1 Ss 235/09 (150/09), NStZ 2010, S. 175, 176.

80) So auch *Hirt/Maisack/Moritz/Felde*, Tierschutzgesetz, 4. Aufl., 2023, § 3 Rdnr. 35.

81) Im Einzelfall naturwissenschaftlich durchaus umstritten, vgl. *Hirt/Maisack/Moritz/Felde*, Tierschutzgesetz, 4. Aufl., 2023, § 1 Rdnr. 14 ff.

82) *Lorz/Metzger*, Tierschutzgesetz, 7. Aufl., 2019, § 1 Rdnr. 77.

83) *Lorz/Metzger*, Tierschutzgesetz, 7. Aufl., 2019, § 1 Rdnr. 77.

84) *Pfohl*, in: Erb/Schäfer, Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl., 2022, TierSchG § 17 Rdnr. 34.

85) *Pfohl*, in: Erb/Schäfer, Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl., 2022, TierSchG § 17 Rdnr. 34.

86) KG Berlin, Beschl. v. 24. 7. 2009 – (4) 1 Ss 235/09 (150/09), NStZ 2010, S. 175; zustimmend *Lorz/Metzger*, Tierschutzgesetz, 7. Aufl., 2019, § 1 Rdnr. 70; *Pfohl*, in: Erb/Schäfer, Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl., 2022, TierSchG § 17 Rdnr. 39; *Metzger*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 244. EL Dezember 2022, TierSchG § 1 Rdnr. 40.

87) KG Berlin, Beschl. v. 24. 7. 2009 – (4) 1 Ss 235/09 (150/09), NStZ 2010, S. 175; so auch *Hirt/Maisack/Moritz/Felde*, Tierschutzgesetz, 4. Aufl., 2023, § 1 Rdnr. 45.

88) *Lorz/Metzger*, Tierschutzgesetz, 7. Aufl., 2019, § 1 Rdnr. 27.

89) Die Verwendung von Leuchtstoffröhren zum Anlocken und Töten von Insekten (sog. „Fly Killer“) wird teilweise jedoch zumindest dann als Verstoß gegen § 18 Abs. 2 TierSchG angesehen, wenn diese so aufgestellt sind, dass auch eine größere Anzahl nützlicher Insekten getötet wird, vgl. *Hirt/Maisack/Moritz/Felde*, Tierschutzgesetz, 4. Aufl., 2023, § 18 Rdnr. 27.

auch um die ökologischen Einflüsse künstlichen Lichts und dessen Beitrag zum massenhaften Insektensterben ging.⁹⁰ Dem Publikum das Sterben der Fliegen an den leuchtenden Drähten der Installation zu präsentieren und sie dieses miterleben zu lassen diente damit zumindest auch dem Zweck, ein Bewusstsein für dieses Problem zu schaffen. Die Tötung der Fliegen war damit nicht das einzige Interesse des Tötenden und erfolgte nicht um ihrer selbst willen, sondern diente zur Vermittlung einer Botschaft, die in einem unmittelbaren inhaltlichen Zusammenhang zum Tod der Fliegen stand. Auch hier muss jedoch darauf geachtet werden, dass nicht mehr Fliegen getötet werden als zur Verfolgung dieses Anliegens zwingend erforderlich.

In der Abwägung muss die Kunstfreiheit damit Vorrang vor den Interessen des Tierschutzes erhalten, sodass die Tötung der Fliegen in der Kunstinstallation als von einem „vernünftigen Grund“ getragen zu bewerten ist. Ein Verstoß gegen § 18 Abs. 2 TierSchG liegt damit nicht vor.

6. Fazit

Nach Aufnahme des Staatsziels Tierschutz in das Grundgesetz können Eingriffe in die Kunstfreiheit verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden. Für eine verfassungskonforme Anwendung der Normen des TierSchG müssen Behörden und Gerichte im Einzelfall eine Abwägung zwischen Kunstfreiheit und Tierschutz durchführen um zu bestimmen, ob ein „vernünftiger Grund“ für die Beeinträchtigung der Tiere vorliegt. Eine Grenze der Kunstfreiheit ist jedenfalls bei künstlerischen Darbietungen erreicht, bei

denen es allein um die Tötung des Tiers geht und dieses zum bloßen Objekt herabgewürdigt wird. Unterhalb dieser Schwelle kann es aber auch Fälle geben, in denen die Ausübung der Kunstfreiheit als vorrangig gegenüber den Interessen des Tierschutzes und damit als „vernünftiger Grund“ i. S. d. TierSchG zu bewerten ist.

Open Access. Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Artikel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

Weitere Details zur Lizenz entnehmen Sie bitte der Lizenzinformation auf <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

Open Access funding enabled and organized by Projekt DEAL.

90) Stand 28.6.2023, abrufbar unter <https://www.kunstmuseum.de/ausstellung/macht-licht/>.

Die tatsächlichen und rechtlichen Hintergründe der Kormoranverordnungen der Länder

Sönke Florian Gerhold, Vincent Mittag

© Der/die Autor(en) 2023. Dieser Artikel ist eine Open-Access-Publikation.

Der Kormoran ist derzeit in den meisten Flächenstaaten Deutschlands nach den Vorgaben sogenannter Kormoranverordnungen jagdbar in einem weiten Sinne, obwohl er dem Tötungsverbot der Vogelschutzrichtlinie (RL 2009/147/EG) unterfällt. Die Verordnungen sehen insofern Ausnahmen vom generellen Tötungsverbot des BNatSchG insbesondere aus Gründen des Schutzes von Fischfauna und Fischereiwirtschaft vor. Der vorliegende Beitrag nimmt die tatsächlichen und rechtlichen Hintergründe der Kormoranverordnungen in den Blick und setzt sich dabei auch mit der praktisch sehr bedeutsamen Frage nach dem Verhältnis des TierSchG zum BNatSchG auseinander.

Prof. Dr. Sönke Florian Gerhold,
Inhaber der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht,
Medienstrafrecht und Strafvollzugsrecht
sowie Leiter der Forschungsstelle für Tier- und Tierschutzrecht,
Universität Bremen, Bremen, Deutschland

Vincent Mittag, Mitglied der Forschungsgruppe
für Tier- und Tierschutzrecht, Die Forschungsgruppe
wird finanziell unterstützt von PETA Deutschland e. V.,
Mittag lehrt zudem an der Hochschule Bremen Verfassungs-
und Verwaltungsrecht, Universität Bremen,
Bremen, Deutschland

1. Einführung

Die Beziehung zwischen Kormoran (*Phalacrocorax carbo*) und Mensch hat die Wissenschaft bereits Anfang des 20. Jahrhunderts beschäftigt¹ und beschäftigt sie auch heute noch aus ganz unterschiedlichen Perspektiven.² Über die Jahrhunderte wurde der Kormoran in Europa immer wieder bis an die Grenze der Ausrottung bzw. der vollständigen Vertreibung aus seinem ursprünglichen Lebensraum bejagt.³ Grund dafür war vor allem der hohe Fraßdruck, den der Kormoran insbesondere auch auf solche Fische ausübte und ausübte, die ebenfalls zum menschlichen Verzehr geeignet sind.⁴ Hinzu kommt in neuerer Zeit als Argument für die Jagd der Schutz gefährdeter Fischarten wie der Europäischen Äsche, da der Artenschutz mehr und mehr an Bedeutung gewinnt.

- 1) Sokolowsky, *Weltwirtschaftliches Archiv*, Bd. 12, 1918, 315 ff.
- 2) Vgl. etwa *Burmeister/Nickl*, *Studienarchiv Umweltgeschichte*, Bd. 19, 2014, S. 65 ff.
- 3) *Burmeister/Nickl*, *Studienarchiv Umweltgeschichte*, Bd. 19, 2014, S. 65; *Habighorst*, *ZUR* 2007, 244.
- 4) Siehe zum Fraßverhalten Institut für Binnenfischerei e. V., *Analyse von Speiballen zur Ermittlung der Nahrungszusammensetzung von Kormoranen*, 2021, S. 45 ff.