

JUN.-PROF. DR. MATTHIAS GOLDMANN, LL. M. (NYU), UND WISS. HILFSKRAFT KEVIN HINZEN*

Vertiefungshinweise zu: Referendarexamensklausur – Öffentliches Recht: Deutsche und Europäische Grundrechte – Schächten 2.0

A. Zulässigkeit

I. Klagebefugnis

Der Lösungsvorschlag geht davon aus, dass das Interesse der A an der Ausnahmegenehmigung bereits vom Normprogramm des Tierschutzgesetzes umfasst ist. Die Bearbeiter können auch zu einem anderen Ergebnis kommen. Es ließe sich hier argumentieren, dass der Kl. die prozessuale Substanzierungslast trägt und die VwGO grundsätzlich Popularklagen vermeiden will. A müsste daher substantiiert behaupten, dass sie einen Anspruch auf den Erlass des begehrten VA hat. A hat jedoch kein unmittelbares Interesse am eigenhändigen, rituellen Schlachten, sondern lediglich mittelbar am Verzehr des für das Opferfest bereitgestellten Fleisches. Es ließe sich mithin vertreten, dass ihr wahres, sekundäres Interesse am Verzehr des Fleisches beim Opferfest bloß reflexhaft mit der Ausnahmegenehmigung im Zusammenhang steht.

Die Bearbeiter sollten die gegebene Konstellation nicht mit Drittschutzsituationen verwechseln. Die Frage ist hier, ob A unmittelbar aus § 4 a TierschG berechtigt ist; es handelt sich also um eine klassische Staat-Bürger-Situation. Von Drittschutz spricht man im Fall von horizontalen Konflikten zwischen Bürgern.

Für Bearbeiter, die sich für eine Feststellungsklage entschieden haben, gilt folgendes:

Ob bei der Feststellungsklage neben dem berechtigten Interesse zusätzlich eine Betroffenheit eigener Rechte des Kl. vorauszusetzen ist, insbesondere ob auch für Feststellungsklagen eine Klagebefugnis analog § 42 II VwGO erforderlich ist, ist umstritten.¹ Vor allem in der Rechtsprechung wird zur Vermeidung von Popularklagen in Analogie zu § 42 II VwGO auch bei der Feststellungsklage eine Klagebefugnis verlangt.² Der Kl. muss folglich geltend machen, dass es bei dem festzustellenden Rechtsverhältnis um die Verwirklichung seiner subjektiven Rechte geht. Bearbeiter, die dieser Ansicht folgen, hätten dieselben Überlegungen wie jene bei der Klagebefugnis im Rahmen der Fortsetzungsfeststellungsklage anzustellen. Vertretbar ist jedoch auch, über das Merkmal des „konkreten Rechtsverhältnisses“ und das Feststellungsinteresse bei der Feststellungsklage die Popularklage auszuschließen, ohne dass es eines Rückgriffs auf § 42 VwGO bedarf.³

II. Fortsetzungsfeststellungsinteresse

Im Fall der Einordnung als Feststellungsklage ist bei der Vergangenheit angehörenden Rechtsverhältnissen ein berechtigtes Interesse iSd § 43 I VwGO entsprechend den zum Fortsetzungsfeststellungsinteresse bei der Fortsetzungsfeststellungsklage entwickelten Grundsätzen anzunehmen.⁴ In-

soweit gilt bei der Feststellungsklage dasselbe wie zu § 113 I 4 VwGO.⁵ Die Bearbeiter hätten daher bei der Feststellungsklage dieselben Überlegungen wie im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit einer Fortsetzungsfeststellungsklage anzustellen.

III. Klagefrist

Überdurchschnittliche Kandidaten können hier auch noch dahingehend argumentieren, dass die Jahresfrist nach § 58 II VwGO gilt, weil die an sich geltende Monatsfrist des § 74 I VwGO wegen idR fehlenden Hinweises auf die Fortsetzungsfeststellungsklage in der Rechtsbehelfsbelehrung nicht eingreift. Alternativ kann man die FFK dogmatisch näher an der Feststellungsklage verorten, für die keine Klagefrist, sondern nur die Verwirkung zum Ausschluss führt, die allerdings nicht vor Ablauf der Jahresfrist in § 58 II VwGO eintritt.

B. Subjektive Klagehäufung

Die Kandidaten können näher auf die subjektive Klagehäufung eingehen und etwa eine notwendige Streitgenossenschaft nach § 62 ZPO diskutieren. Eine notwendige Streitgenossenschaft liegt nur vor, wenn die Sachentscheidung gegenüber mehreren Personen einheitlich sein muss. Die Notwendigkeit der einheitlichen Entscheidung kann sich aus prozessrechtlichen (§ 62 I Var. 1 VwGO) im Fall der Rechtskrafterstreckung oder aus materiell-rechtlichen Gründen (§ 62 I Var. 2 VwGO) ergeben.⁶ Letztere liegen zB bei Gesamthandsklagen vor oder in Konstellationen der Gestaltungsklage, bei denen das materielle Recht eine klageweise Geltendmachung nur durch oder gegen alle Streitgenossen notwendig macht.⁷ Weder ist hier eine Rechtskrafterstreckung ersichtlich, noch sind der M-Verein und A derart miteinander verbunden, dass zwingend eine Klage auf Ausnahmegenehmigung durch den M-Verein *und* die A erforderlich ist.

Nach Ablehnung der notwendigen Streitgenossenschaft sollte aber die einfache Streitgenossenschaft nach § 64 VwGO

* Der Autor *Goldmann* ist Juniorprofessor für Internationales Öffentliches Recht und Finanzrecht an der Goethe-Universität Frankfurt a.M.; der Autor *Hinzen* ist Doktorand an dieser Juniorprofessur. – Die Übungsklausur wurde im Sommersemester 2019 iRd universitären Repetitoriums gestellt. Sachverhalt und Lösung s. *Goldmann/Hinzen*, JuS 2021, 442.

1 Abl. *Wolf-Rüdiger Schenke* in *Kopp/Schenke*, VwGO, 26. Aufl. 2020, § 43 Rn. 22, § 42 Rn. 63.

2 Vgl. *BVerwGE* 99, 64 = NJW 1996, 139; *BVerwGE* 114, 356 = NVwZ 2001, 1396 (1397); kritisch *Hufen*, *VerwProzR*, 11. Aufl. 2019, § 18 Rn. 17; *Wolf-Rüdiger Schenke* in *Kopp/Schenke* (o. Fn. 1), § 43 Rn. 17 ff.

3 Vgl. *Hufen* (o. Fn. 2), § 18 Rn. 17; *Wolf-Rüdiger Schenke* in *Kopp/Schenke* (o. Fn. 1), § 43 Rn. 17 ff., § 42 Rn. 63.

4 *Pitzner/Ronellenfitsch*, Das Assessorexamen im ÖffR, 14. Aufl. 2019, § 18 Rn. 629.

5 *Wolf-Rüdiger Schenke* in *Kopp/Schenke* (o. Fn. 1), § 43 Rn. 25.

6 *Weth* in *Musielak/Voit*, ZPO, 17. Aufl. 2020, § 62 Rn. 2.

7 *Weth* in *Musielak/Voit* (o. Fn. 6), § 62 Rn. 12.

iVm § 60 ZPO thematisiert werden. Bei dieser wird das Erfordernis der Identität der Rechtsgrundlage aus § 59 Var. 2 ZPO durch einen „im Wesentlichen gleichartigen tatsächlichen und rechtlichen Grund“ ersetzt, § 60 ZPO. Erforderlich ist, dass bei Ansprüchen aus einer Mehrheit von gleichartigen (selbstständigen) Lebenssachverhalten auf Beklagenseite ein innerer Zusammenhang besteht.⁸ Es genügt nicht die bloße sachliche Ähnlichkeit des Geschehensablaufs und des wirtschaftlichen Hintergrunds ohne einen inneren Zusammenhang.⁹

A erhebt eine Verpflichtungsklage auf Erlass der Ausnahmegenehmigung. Beide Klägerparteien haben damit möglicherweise ein mittelbares bzw. unmittelbares Recht auf Erlass der Ausnahmegenehmigung, welches bei beiden von Art. 4 I GG grundrechtlich geprägt ist. Auch handelt es sich um einen einheitlichen Lebenssachverhalt, denn in Rede steht in beiden Fällen das Schächten anlässlich des islamischen Opferfests im Jahr 2020 in der M-Gemeinde. Hinzukommt, dass die Vorschrift grundsätzlich im Interesse der Prozessökonomie weit auszulegen ist. Es genügt daher, dass die Ansprüche in einem inneren sachlichen Zusammenhang stehen, der sie ihrem Wesen nach als gleichartig erscheinen lässt.¹⁰ Damit sind beide Klagebegehren durch einen einheitlichen rechtlichen und tatsächlichen Lebenssachverhalt miteinander verbunden.

Der M-Verein und die A bilden eine einfache Streitgenossenschaft. Nach dem Grundsatz der prozessualen Selbstständigkeit aus § 61 ZPO werden die Klagen dabei jedoch nur äußerlich verbunden und bleiben rechtlich selbstständig.

C. Begründetheit

I. Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Anspruchsgrundlage

Eine verwaltungsrechtliche Klage dient dem subjektiven Rechtsschutz, nicht der objektiven Rechtskontrolle. Daher kann das Gericht die Verfassungsmäßigkeit einer Norm nur überprüfen, soweit Rechte der Kl. verletzt sein könnten. Angesichts der auf Art. 2 I GG iVm dem Rechtsstaatsprinzip gestützten „Elfes-Rechtsprechung“ reicht der subjektive Rechtsschutz allerdings denkbar weit.

Die im Rahmen der materiellen Anspruchsvoraussetzungen ausführlicher beantworteten Fragen, ob der M-Verein eine Religionsgemeinschaft ist und was ein zwingendes religiöses Gebot darstellt, können theoretisch auch bereits im Rahmen des grundrechtlichen Schutzbereichs angesprochen werden, sollten dann aber in der Prüfung knapp behandelt werden, da es beim Prüfungspunkt „Verfassungsmäßigkeit der Anspruchsgrundlage“ um die Norm an sich, nicht ihre konkrete Anwendungsebene geht.

Theoretisch könnte die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Anspruchsgrundlage auch inzident im Rahmen der materiellen Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen diskutiert werden. Der Vorteil am gewählten Aufbau ist, dass die Auslegung der Anspruchsvoraussetzungen von Anfang an vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Maßstäbe erfolgen kann.

II. Prüfungsmaßstab der Verordnung

Die Lösungsskizze kommt darauf zu sprechen, dass die in Frage stehende Verordnung als Unionssekundärrecht das (nationale) TierSchG tatbestandlich ergänzt und diese beiden unterschiedlich hierarchischen Normen anhand ihrer jeweils eigenen Prüfungsmaßstäbe zu prüfen sind: Die Grundrechtskonformität der VO kann grundsätzlich nicht am Maßstab des Grundgesetzes geprüft werden. Deutsche Grundrechte richten sich grundsätzlich nur gegen deutsche öffentliche Gewalt, wirken also nicht gegenüber Hoheitsakten der EU. Fachgerichte können allerdings die Vereinbarkeit von Rechtsnormen der EU mit der GRCh prüfen.

In diesem Zusammenhang ist auf Besonderheiten bei Verfahren vor dem *BVerfG* hinzuweisen. Das *BVerfG* wird die Vereinbarkeit von europäischen Hoheitsakten mit deutschen Grundrechten solange nicht überprüfen, wie der europäische Grundrechtsschutz im Wesentlichen dem des Grundgesetzes entspricht.¹¹ Nach seiner jüngeren Rechtsprechung zur Anwendbarkeit der GRCh kann es allerdings vollharmonisiertes Unionsrecht im Rahmen von Verfassungsbeschwerden gegen fachgerichtlichen Rechtsschutz auch unmittelbar am Maßstab der GRCh prüfen („Recht auf Vergessen II“).¹² Begründet wird dies mit dem unionsrechtlichen Anwendungsvorrang in Art. 5 III AEUV und der aus Art. 23 I GG abgeleiteten Integrationsverantwortung.

III. Zweck des TierschG und historischer Hintergrund

§ 4 a TierschG ist älter als Art. 20 a GG – genauer gesagt wurde das Schächtverbot schon in § 1 des Gesetz über das Schlachten von Tieren vom 21.4.1933, RGBl. I 1933, Nr. 39 S. 203 statuiert. Nach jahrzehntelanger Duldung des rituellen Schlachtens in der Nachkriegszeit hat der Gesetzgeber am 12.8.1986 in Form von § 4 a TierSchG eine Ausnahmenvorschrift für religiöses Schlachten in das TierschG aufgenommen.¹³ Auch nach Erlass von Art. 20 a GG im Jahr 2002 hat der Gesetzgeber implizit den Willen gezeigt, an der Norm festzuhalten und sieht sie offenbar als hinreichende Konkretisierung des nach neuer Verfassungslage bestehenden Spannungsverhältnisses zwischen Religionsfreiheit und Tierschutz an.

Die Entscheidung des *BVerfG* zum rituellen Schlachten vom 15.1.2002 konnte den erst am 1.8.2002 als Staatszielbestimmung grundgesetzlich verankerten Tierschutz nicht berücksichtigen.¹⁴ „Bezogen auf die grundrechtliche Ausgangslage entfalte das Urteil [des *BVerfG*] aber weiterhin Bindungswirkung.“¹⁵

8 *BayObLG*, NJW-RR 2003, 134.

9 *Bendtsen in Saenger*, ZPO, 8. Aufl. 2019, § 60 Rn. 10.

10 *BGH*, NJW-RR 1991, 381; NJW-RR 2011, 1137 Rn. 18.

11 *BVerfGE* 73, 339 (378) = NJW 1987, 577 mAnm *Maidowski*, JuS 1988, 114 – Solange II; *BVerfGE* 102, 147 = NJW 2000, 3124 mAnm *Lecheler*, JuS 2001, 120 – Bananenmarkt.

12 *BVerfG*, NJW 2020, 314 mAnm *Kühling*, NJW 2020, 275 = JuS 2020, 284 (*Sachs*) – Recht auf Vergessen II.

13 *BVerfGE* 104, 337 = NJW 2002, 663 = JuS 2002, 608 (*Sachs*).

14 Prägnant zur Entwicklung d. Umwelt- u. Tierschutzes: www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2013/47447610_kw49_grundgesetz_20a-213840 (zuletzt aufgerufen am 22.3.2021).

15 *BVerwG*, NVwZ 2007, 461 Rn. 2 = JuS 2007, 765 (*Sachs*).

IV. Rechtfertigung des Unionsgrundrechtseingriffs

Die Maßnahme betrifft letztlich eine Minderheit, welche die strukturell an den Bedürfnissen der Mehrheitsgesellschaft ausgerichteten Regeln im Vergleich zu dieser erheblich stärker belasten. Der belgische Fall, dem diese Klausur nachempfunden ist, wirft zudem die Frage auf, inwiefern hier nicht der Tierschutz als Vorwand dient, um eigentlich Identitätspolitik zu Lasten einer Minderheit zu betreiben, denn die Ausnahmen nach dem dortigen Gesetz wurden just dann nicht mehr gewährt, als eine „migrations skeptische“ Partei an die Regionalregierung kam. Die starke Betonung des Tierwohls in der Judikatur zum Schächten erscheint ferner schwer erträglich angesichts der Tatsache, dass das *BVerwG* die Zulassung des „Schredderns“ lebender männlicher Küken – hierbei handelt es sich ebenfalls um Wirbeltiere – aus wirtschaftlichen Gründen übergangsweise weiterhin für geboten hält.¹⁶

D. Allgemeine Anmerkungen und Korrekturhinweise

Die rein nationalstaatliche Grundkonstellation beschäftigte das *BVerfG* schon 2002. Mit der zwischenzeitlich 2009 in Kraft getretenen EG-VO erhält die Fallkonstellation einen unionsrechtlichen Einschlag.

Durch die Entscheidung des *EuGH* vom Mai 2018 – auf der diese Klausur im Wesentlichen fußt – und zwei weiteren jüngeren Entscheidungen von Februar 2019 und Dezember 2020¹⁷ hat sich der *EuGH* nun in relativ kurzen Zeitabständen zum religiösen Schlachten geäußert. Möglicherweise gewinnt die Frage daher auch wieder an Attraktivität für die Prüfungsämter.

Examensklausuren mit Bezug zu Art. 4 I, II GG tauchen zunehmend auf, siehe zB in jüngerer Zeit den Burkini-Fall des *BVerwG* (2013), die Kopftuchentscheidung des *BVerfG* (2015) sowie entsprechend gelagerte Fälle vor europäischen Gerichten, Klagen gegen den Kreuz-Erlass für öffentliche Einrichtungen in Bayern oder etwa Fragen zum Sonn- und

Feiertagschutz (Stichwort: Tanzverbot oder Ladenöffnungszeiten).

Der Schwierigkeitsgrad der Klausur liegt wegen der Kombination von Verwaltungsrecht mit deutschem und europäischem Grundrechtsschutz im oberen Mittelfeld. Das Schema zur Fortsetzungsfeststellungsklage und Grundkenntnisse aus der Vorlesung Verwaltungsprozessrecht sollten bekannt sein und mit sauberen Normziten fallorientiert dargestellt werden. Bessere Kandidaten setzen sich in der Zulässigkeitsprüfung souverän mit den Besonderheiten der Fortsetzungsfeststellungsklage auseinander und erkennen etwa, dass es sich nicht um den streitigen Fall der Erledigung vor Fristablauf handelt. Das Ansprechen der subjektiven Klagehäufung und die gesetzesbezogene Nennung der einfachen Streitgenossenschaft deuten auf eine überdurchschnittliche Klausurbearbeitung hin.

Im Fokus der Klausur liegt der verfassungsrechtliche Umgang mit Art. 4 I, II GG und der unionsrechtliche Umgang mit Art. 10 GRCh. Die Kandidaten können die Verfassungsmäßigkeit der Norm auch kürzer abhandeln. Dann müsste Art. 4 I, II GG im selben Umfang inzident im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung der Anspruchsvoraussetzungen des TierSchG angesprochen werden. Der in der Lösungsskizze gewählte Aufbau hat den Vorteil, dass man die nationale und europäische Ebene des Grundrechtsschutzes sowie ihren Einfluss auf die Auslegung des einfachen Rechts abgeschichtet darstellen kann.

Europarecht ist nur eingeschränkter Prüfungsstoff. Auf die Reserveverantwortung des *BVerfG* für eine Prüfung des Unionsrechtsakts (VO) an deutschen Grundrechten sollte aber eingegangen werden können (Solange- bzw. Folgerechtsprechung). Die Rechtsprechung des *EGMR* und des *EuGH* ist keinesfalls in der hier dargestellten Tiefe nachzuzeichnen. Es geht vielmehr um einen strukturieren Prüfungsaufbau und den normbezogenen Umgang mit den Auszügen aus den Verordnungstexten.

¹⁶ *BVerwGE* 166, 32 = NJW 2019, 3096 mAnm Ogorek.

¹⁷ S. dazu auch die Anm. von Ruffert, JuS 2021, 470.