

Stellungnahme zum Beschluss des VG Hannover vom 12. Januar 2017 (1 B 7215/16) und zum Beschluss des OVG Lüneburg vom 2. März 2017 (10 ME 4/17) über Voraussetzungen bei der Vergabe oder Versagung von Plätzen für Zirkusse mit Wildtieren

Am 12. Januar 2017 hat das VG Hannover im Eilrechtsschutz unter dem Aktenzeichen 1 B 7215/16 beschlossen, dass Kommunen auf ihren Festplätzen Zirkusse mit Wildtieren zulassen müssen. Dies hat das OVG Lüneburg am 2. März 2017 (10 ME 4/17) bestätigt.

Beide Entscheidungen überzeugen aus mehreren Gründen nicht, wie im Folgenden dargestellt werden soll. Denn der Gemeinde steht das verfassungsrechtlich garantierte Selbstverwaltungsrecht aus Art. 28 Abs. 2 GG und auch das landesrechtlich in der Landesverfassung verankerte Recht auf gemeindliche Selbstverwaltung zu.

Weiter kann ein Grundrechtseingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit (der Zirkusbetreiber bzw. der Tierdompteure) nicht aus der Ablehnung von Zirkussen mit Wildtieren aufgrund einer Teilentwidmung einer öffentlichen Einrichtung gelesen werden. Mögliche Nutzer, die ihren Beruf ausüben wollen, haben keinen Anspruch gegenüber einer Gemeinde, durch Überlassung von öffentlichen Einrichtungen in ihrer Berufsausübung subventioniert zu werden. Die Entscheidung, welche Veranstaltungen auf einem örtlichen Festplatz stattfinden sollen, ist vielmehr eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft schlechthin, auch und erst Recht wenn sie auf ethischen Erwägungen der Gemeindeglieder beruht und keine Untergrabung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Tierschutzrecht.

Letztlich rückt aber ein Aspekt immer mehr ins Licht, der wohl rechtssicher zur Begründung von Verboten von Zirkussen mit (bestimmten, nämlich gefährlichen) Wildtieren herangezogen werden kann: Das Gefahrenabwehrrecht.

I. Zum Sachverhalt

Die Antragstellerin, ein deutsches Zirkusunternehmen, hatte mit Schreiben vom 14. September 2015 bei der Antragsgegnerin, der Stadt Hameln, beantragt, ihr die Nutzung des städtischen Festplatzes für ein Gastspiel im ersten Halbjahr 2017 zu erlauben. In der Sitzung vom 15. Juni 2016 hatte der Rat der Antragsgegnerin einstimmig beschlossen, dass kommunale Flächen nur noch für Zirkusbetriebe zur Verfügung gestellt werden sollten, die

keine Tiere wildlebender Arten, sog. Wildtiere, mit sich führten. Begründet wurde der Beschluss mit dem Schutz verschiedener Tierarten, u.a. bei Haltung und Transport sowie der immer größer werdenden Kritik an Zirkussen mit Wildtieren durch die Gesellschaft (zu der im Übrigen auch die Einwohnerschaft der Antragsgegnerin gehört).

Im Folgenden hatte die Antragsgegnerin der Antragstellerin am 18. August 2016 mitgeteilt, dass wegen der vorgelegten Tierbestandsbücher und der dort geführten Tiere ein Gastspiel nicht in Betracht komme. Die Antragstellerin hat daraufhin am 5. Dezember 2016 beim VG Hannover beantragt, die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihr die Nutzung des Festplatzes zwischen dem 2. und dem 5. April 2017 zu Zwecken der Durchführung des am 14. September 2015 beantragten Zirkusgastspiels zu gestatten.

II. Gerichtliche Entscheidung des VG Hannover (1 B 7215/16)

Das VG Hannover hat dem Antrag im Wesentlichen stattgegeben und die Antragsgegnerin verpflichtet, über den Antrag der Antragstellerin auf Nutzung des Festplatzes unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

Zur Begründung verweist das Gericht zunächst auf die Beschlüsse des VG Darmstadt (19. Februar 2013, 3 L 89/13) und des VG Chemnitz (30. Juli 2008, 1 L 206/08), deren Begründung es sich vollumfänglich anschließt. Von beiden Gerichten waren kommunale Beschlüsse, wonach die für Zirkusveranstaltungen vorgesehenen öffentlichen Einrichtungen nicht mehr für Zirkusunternehmen zur Verfügung gestellt werden sollten, wenn diese bestimmte Arten von Wildtieren zur Schau stellen wollten, als Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG geschützte Freiheit der Berufsausübung der Zirkusunternehmen bewertet worden. Für einen solchen Eingriff bedürfe es einer gesetzlichen Rechtsgrundlage, die den Anforderungen aus Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG genügen müsse. Diesen Anforderungen würden weder die in den Gemeindeordnungen allgemein geregelte gemeindliche Satzungsautonomie gerecht noch die allgemeine Vorschrift über die Schaffung und Unterhaltung kommunaler öffentlicher Einrichtungen.

Die dem entgegenstehenden Ausführungen des VG München (Urt. v. 6. August 2014, 7 K 13.2449) hält das VG Hannover demgegenüber nicht für überzeugend. Das VG München hatte unter Bezugnahme auf das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG, Urt. v. 18. Juli 1969, VII C 56.68) ausgeführt, dass es bei freiwilligen Einrichtungen grundsätzlich den Gemeinden

überlassen bleibe, welche Einrichtungen sie schafften, wie sie sie widmeten und wie sie ihre Benutzung ausgestalten wollten. Wenn eine Gemeinde verpflichtet wäre, den kommunalen Festplatz jedem Inhaber eines rechtlich zulässigen Schausteller-, Handwerks- oder (Kunst-)Gewerbes zur Nutzung zu überlassen (dessen Genehmigung auch aufgrund der Gewerbeordnung, also einem Bundesgesetz, ausgesprochen wurde), sofern der Platz zu dem gewünschten Termin noch nicht vergeben sei, so würde ihr praktisch kein Gestaltungsspielraum mehr verbleiben; vielmehr wäre sie gezwungen, eine öffentliche Einrichtung für Unterhaltungen und Vergnügungen jeder Art zu unterhalten und die Veranstalter damit indirekt zu subventionieren, wozu sie rechtlich indes nicht verpflichtet sei. Deshalb habe z. B. auch ein Künstler keinen Anspruch auf Publikation und Ausstellung seines Werkes im Rahmen einer kommunalen Kunstausstellung.

Ergänzend verweist das VG Hannover auf den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG, den die Gemeinde zu beachten habe. Es liege eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung vor, weil die Antragsgegnerin die Nutzung des Festplatzes Zirkussen ohne Wildtieren gestatte, Zirkussen mit Wildtieren hingegen nicht. Die Begrenzung einer Widmung müsse auf kommunalrechtlichen Erwägungen beruhen. Den Zweck des Gesetzes – hier: das Recht der Antragsgegnerin im Rahmen einer Widmung über ihre eigenen kommunalen Angelegenheiten eigenverantwortlich zu entscheiden – habe die Antragsgegnerin hier überschritten, indem sie im Rahmen ihrer Widmung nicht in ihre Kompetenz fallende Belange eingestellt habe, sondern den Beschluss mit tierschutzrechtlichen Erwägungen begründete.

1. Rechtliche Bewertung

a) Möglicher Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung der Zirkusse

Ein Eingriff in die von Art. 12 GG geschützte Berufsfreiheit der Zirkusse liegt nach Ansicht der DJGT nicht vor.

Auch von Lange, ‚Kommunale öffentliche Einrichtungen im Licht der neueren Rechtsprechung‘ (DVBl. 2014, 753, 754) wird ausgeführt: „Dass der Ausschluss des Auftritts der bezeichneten Tiere von Aufführungen auf diesem Platz als Widmungsbeschränkung einen Grundrechtseingriff darstellen soll, der einer formell-gesetzlichen Grundlage bedarf, überzeugt jedoch nicht. Für welchen Zweck eine Gemeinde öffentliche Einrichtungen bereitstellt, ist grundsätzlich - im Rahmen des

allgemeinen Gleichheitssatzes und des Willkürverbots - ihre durch das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht geschützte eigene Sache. Dass sie dabei - beispielsweise ethische - Maßstäbe anlegt, welche nicht ortsgebunden sind, ändert an dem Selbstverwaltungscharakter ihrer Bereitstellung öffentlicher Einrichtungen nichts. Wenn eine Gemeinde durch die Eingrenzung des Widmungszwecks einer ihrer öffentlichen Einrichtungen keine Berufsausübungschancen eröffnet, sind daran Interessierte dadurch ebenso wenig in ihren Grundrechten betroffen, wie wenn die Gemeinde sich entschließt, Bücher und Büromaterial online statt über den Einzelhandel zu beziehen oder ihr Theater zu schließen und deshalb den Schauspielern zu kündigen.“

Diese Ansicht erscheint überzeugend. In die gleiche Richtung geht das VG München (Urt. v. 6. August 2014, 7 K 13.2449), wenn es in der Verpflichtung einer Gemeinde, den kommunalen Festplatz uneingeschränkt für die bisher zulässigen Nutzungen offenzuhalten, eine Pflicht zur Subventionierung derer sieht, die dort entgeltlich Waren und Dienstleistungen anbieten wollen; eine solche Verpflichtung, berufliche Betätigungen mittels Bereitstellung öffentlicher Einrichtungen zu subventionieren, gibt es nach zutreffender Ansicht des VG München nicht. Sie kann insbesondere nicht aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG, der die Funktion eines Freiheits- und Abwehrrechts erfüllt, entnommen werden.

Wenn eine Gemeinde eine von ihr betriebene öffentliche Einrichtung partiell entwidmet, indem sie entscheidet, dass die Einrichtung Zirkussen mit bestimmten Arten von Wildtieren nicht mehr zur Verfügung gestellt werden soll, dann handelt es sich dabei nicht um einen verbotenden oder beschränkenden Eingriff in die Berufsfreiheit der Zirkusunternehmen, sondern lediglich um die Verweigerung einer Leistung, mit der die Berufsausübung dieser Unternehmen bislang gefördert worden ist. Den von der partiellen Entwidmung betroffenen Zirkusunternehmen bleibt es unbenommen, ihre berufliche Tätigkeit - auch mit Wildtieren der betroffenen Arten - fortzusetzen. Zum einen können sie innerhalb der Gemeinde im Privateigentum stehende Flächen anmieten und dort ihre Schaustellungen durchführen (vgl. VG München aaO, juris Rn. 33: "Der Kläger ist nicht daran gehindert, für seine Gastspiele private Flächen anzumieten"), zum anderen können sie die Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen anderer Gemeinden, die Zirkusse unbeschränkt in ihren Einrichtungen auftreten lassen, anstreben.

Im Kommunalrecht gibt es grundsätzlich keinen Anspruch auf Errichtung, Aufrechterhaltung oder Ausbau von öffentlichen Einrichtungen (vgl. u. a. OVG Berlin,

NVwZ-RR 1993, 319; VGH Kassel, NJW 1979, 886 ff.; nach VGH Kassel, NJW 1987, 145 ff.). Insbesondere kann der Widmungszweck einer Einrichtung auch nach deren Eröffnung jederzeit verändert werden; nach VGH Mannheim, JZ 1973, 165, gibt es keinen Anspruch darauf, dass eine Gemeinde eine freiwillig betriebene Einrichtung instand- und aufrechterhält; nach BVerwG, Urt. v. 18. Juli 1969, VII C 56.68, ist es bei freiwilligen öffentlichen Einrichtungen grundsätzlich den Gemeinden überlassen, welche Einrichtungen sie schaffen, wie sie sie widmen und wie sie die Benutzung ausgestalten wollen. Gegenüber der vollständigen Entwidmung einer öffentlichen Einrichtung, zu deren Schaffung und Erhaltung die Gemeinde nicht gesetzlich verpflichtet ist - also z. B. gegen die vollständige Schließung des Festplatzes, der bisher für Märkte, Zirkusse u. ä. gewidmet war -, kann sich also niemand auf subjektive Leistungs- und Forderungs- oder Abwehrrechte berufen. Schon das lässt es als zweifelhaft erscheinen, dass in der partiellen Entwidmung, durch die lediglich ein Teil der bisher zulässigen Nutzungsformen für die Zukunft ausgeschlossen wird, ein Eingriff in das Freiheits- und Abwehrrecht des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG liegen soll. Wenn die Gemeinde den städtischen Volksfestplatz für Zirkusse, Märkte und andere Veranstalter vollständig schließen kann, ohne dafür einer gesetzlichen Ermächtigung i. S. von Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG zu bedürfen - weshalb sollte sie dann für das weniger weitgehende, nämlich die partielle Entwidmung im Hinblick auf Zirkusse mit bestimmten Wildtierarten, eine solche Norm benötigen? Es liegt bedeutend näher, dass vollständige und partielle Entwidmungen einheitlich zu behandeln und ausschließlich am allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz und am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen sind.

Die Widmung, Indienststellung und Aufrechterhaltung einer öffentlichen Einrichtung ist ein Teil der Leistungsverwaltung (vgl. Achterberg/Püttner/Würtenberger -Hrsg.-, Besonderes Verwaltungsrecht Bd. II, 2. Aufl. S. 89). Eingriffsverwaltung, die an Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG zu messen ist, wird daraus erst, wenn - was hier nicht einschlägig ist - ein Anschluss- und Benutzungszwang angeordnet wird (vgl. Achterberg/Püttner/Würtenberger aaO, S. 101). Demgegenüber geht es hier allein darum, dass eine Leistung, die die Gemeinde Zirkusunternehmen bislang gewährt hat - nämlich die Bereitstellung einer für ihre Berufsausübung günstigen Örtlichkeit - an Zirkusse nicht mehr vergeben wird, wenn diese bestimmte Arten von Wildtieren zur Schau stellen wollen. Durch eine solche Leistungsverweigerung wird Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG, der ein Freiheits- und Abwehrrecht darstellt, aber keine Anspruchsgrundlage auf Subventionierung oder Bereitstellung berufsfördernder Leistungen enthält, nicht berührt (vgl. dazu auch die vom VG München

aaO gezogene Parallele zu Art. 5 Abs. 3 GG: Die Kunstfreiheit als Freiheits- und Abwehrrecht wird nicht tangiert, wenn einem Künstler die zweifellos absatzfördernde Ausstellung seines Werkes im Rahmen einer kommunalen Kunstaussstellung verweigert wird).

Die Ablehnung der Zulassung zu einer kommunalen Einrichtung, um dort eine Schauausstellung zu veranstalten, ist also nicht etwa ein Verbot dieser Schauausstellung oder einem solchen Verbot gleichzustellen; sie bedeutet vielmehr nur, dass ein dafür ausersehener Ort nicht zur Verfügung gestellt wird, worauf aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG aber auch kein Anspruch hergeleitet werden kann und im Umkehrschluss auch keine Grundrechtsverletzung bei Nichtgewährung der Zur-Verfügung-Stellung.

Folgerichtig wird in vielen Fällen, in denen öffentliche Einrichtungen für gewerbliche Betätigungen partiell entwidmet und dadurch die bisher zur Nutzung Berechtigten von einer weiteren Nutzung ausgeschlossen werden, nicht auf Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG abgestellt und keine den Anforderungen von Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG entsprechende gesetzliche Ermächtigungsgrundlage gefordert, sondern die rechtliche Prüfung auf die Einhaltung des Gleichbehandlungs- und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beschränkt (vgl. VGH München, B. v. 10. Oktober 2013, 4 CE 13.2125: Einschränkung der Widmung eines bisher auch für Zirkusveranstaltungen zugelassenen Parkplatzgeländes: nur Prüfung auf Einhaltung des Gleichbehandlungssatzes; vgl. auch VGH München, Beschl. v. 27. Februar 2003, 4 CE 03.269: Beschränkung der Zulassung von Anbietern von Fleisch- und Wurstwaren zum gemeindlichen Wochenmarkt auf maximal ein Verkaufsgeschäft dieser Art: Prüfung nur auf Einhaltung des Gleichbehandlungs- und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes; vgl. weiter VGH München, Beschl. v. 12. Juli 2010, 4 CE 10.1535: Beschränkung der Zulassung von Anbietern von Süßwaren zum Volksfest auf zwei Geschäfte dieser Art: Prüfung nur auf Einhaltung des Gleichbehandlungssatzes).

Ein Vergleich mit dem Urteil des BVerwG vom 16. Oktober 2013, mit dem die Regelung in einer städtischen Friedhofssatzung, nach der nur Grabmale aufgestellt werden durften, die nachweislich in der gesamten Wertschöpfungskette ohne Kinderarbeit im Sinne der ILO-Konvention 182 hergestellt wurden, für ungültig erklärt worden ist (8 CN 1/12), verbietet sich, weil sich der vorliegende Fall in mehrfacher, für die Bewertung relevanter Hinsicht von dem Sachverhalt, über den das BVerwG zu entscheiden hatte, unterscheidet:

1. Die Anlage und Unterhaltung kommunaler Friedhöfe ist eine pflichtige Selbstverwaltungsaufgabe, d. h. die Gemeinden sind zur Schaffung, Unterhaltung und ggf. auch Erweiterung von Friedhöfen gesetzlich verpflichtet (vgl. z. B. § 1 Abs. 1 Bestattungsgesetz BW); demgegenüber stellt die Schaffung und Unterhaltung eines Festplatzes, auf dem u. a. Zirkusveranstaltungen durchgeführt werden, eine freiwillige Selbstverwaltungsaufgabe dar, d. h. eine Pflicht der Gemeinde zur Schaffung, Einrichtung oder Aufrechterhaltung solcher Einrichtungen gibt es nicht, und die Gemeinde kann folglich die Nutzung des Platzes für bestimmte Veranstaltungen (hier: Zirkusse mit Wildtieren bestimmter Arten) einschränken, solange die Einschränkung durch sachliche Erwägungen gerechtfertigt und nicht willkürlich ist (vgl. Schmidt/Kneip, Hessische Gemeindeordnung, 2. Aufl. 2008 S. 105).
2. Für kommunale Friedhöfe gibt es einen gesetzlichen Benutzungszwang (vgl. z. B. § 9 Bestattungsgesetz BW: private Bestattungsplätze nur mit Genehmigung, für die u.a. ein berechtigtes Bedürfnis nachgewiesen werden muss). Folglich verfügt ein Steinmetz, dessen Grabmale nicht auf kommunalen Friedhöfen aufgestellt werden dürfen, über keine realistischen Absatzchancen mehr, was dazu führt, dass einem Verwendungsverbot für Grabmale aus Kinderarbeit eine objektiv berufsregelnde Tendenz innewohnt. Demgegenüber kann ein von der Benutzung des kommunalen Festplatzes ausgeschlossener Zirkusunternehmer auf private Flächen ausweichen, diese anmieten und dort seine Schaustellungen anbieten.
3. Bei der Nicht-Zulassung von Zirkussen mit bestimmten Arten von Wildtieren zum kommunalen Festplatz geht es um die Teilentwidmung einer freiwilligen öffentlichen Einrichtung. Da es einen Anspruch auf Aufrechterhaltung solcher Einrichtungen nicht gibt, trifft die Gemeinde diese Entscheidung in Ausübung der Gestaltungsprärogative, die ihr für die Ausgestaltung solcher Einrichtungen zukommt und in die gem. Art. 28 Abs. 2 GG grundsätzlich nicht eingegriffen werden darf. Demgegenüber stellt der kommunale Friedhof eine Pflichteinrichtung dar, die die Gemeinden nur unter engen gesetzlichen Voraussetzungen entwidmen können (vgl. z. B. § 10 Bestattungsgesetz BW) und deren Benutzung im Wesentlichen durch Landesgesetz geregelt ist.
4. Ein Verwendungsverbot für Grabmale aus ausbeuterischer Kinderarbeit muss, um den rechtsstaatlichen Prinzipien der Bestimmbarkeit, Vorsehbarkeit und Messbarkeit zu entsprechen, auch das erforderliche Nachweissystem regeln, d. h.

festlegen, welcher Art der für eine Verwendbarkeit zu führende Nachweis zu sein hat und welche Nachweise als ausreichend angesehen werden (BVerwG aaO, juris Rn. 22, 29). Auch hierdurch erlangt eine solche Regelung eine objektiv berufsregelnde Tendenz und muss sich folglich an Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG messen lassen. Derartige Nachweispflichten gibt es für Zirkusunternehmer, die wegen der Teilentwidmung des kommunalen Festplatzes auf private Flächen ausweichen müssen, nicht.

b) Der Allgemeine Gleichheitssatz im Rahmen der Teilentwidmung – nur „kommunalrechtliche Erwägungen“?

Das VG will damit sagen, dass die von der Stadt Hameln zur Begründung ihrer Entscheidung vorgebrachten Erwägungen, dass die Kritik an Gastspielen mit Wildtieren in der Öffentlichkeit zugenommen habe und mit dem Wildtierverbot der Schutz von bestimmten Tierarten bezweckt werde, nicht zulässig seien und keinen sachlichen Grund für die Ungleichbehandlung gegenüber Zirkussen ohne Wildtiere bilden könnten.

Zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft (Art. 28 Abs. 2 GG) gehören die Widmung, die Unterhaltung und auch die vollständige oder teilweise (partielle) Entwidmung öffentlicher Einrichtungen. Die Gemeinden haben hier Eigeninitiativrecht und Gestaltungsfreiheit (vgl. VGH München, Beschl. v. 27. Februar 2003, 4 CE 03.269: Gestaltungsprärogative bei der Ausgestaltung einer öffentlichen Einrichtung: Zulässigkeit aller Regelungen, die sich durch den Einrichtungszweck vernünftigerweise rechtfertigen lassen und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechen; vgl. auch Ehlers, JURA 2012, 692, 694: weiter Gestaltungs- und Beurteilungsspielraum der Gemeinden bei der Entscheidung über die Schaffung oder die Beibehaltung öffentlicher Einrichtungen; selbst das VG Darmstadt, Beschl. v. 17. Oktober 2016, 3 L 2280/16.DA (juris), das im Jahr 2013 noch gegenteilig entschied, geht in einer neueren Entscheidung aus dem Jahr 2016 – im Übrigen wieder zum Thema Teilentwidmung des Festplatzes für Zirkusse mit Wildtieren – davon aus, dass Gemeinden bei der Vergabe von Veranstaltungsplätzen einen weiten Gestaltungsspielraum haben und insbesondere die Vergabe des Platzes auf Zirkusse ohne Raubtiere beschränken kann, vgl. VG Darmstadt, aaO Rn. 11).

Die gemeindliche Gestaltungsfreiheit umfasst auch, dass Widmungszwecke von öffentlichen Einrichtungen, die nicht gesetzlich vorgeschrieben sind sondern freiwillig betrieben werden, an allgemeinen politischen oder ethischen Erwägungen ausgerichtet werden können. Die Forderung, dass vollständige oder partielle Entwidmungen freiwilliger

öffentlicher Einrichtungen nur mit "kommunalrechtlichen Erwägungen" begründet werden dürfen, stellt sich aller Wahrscheinlichkeit nach als eine unzulässige Verkürzung des durch das Selbstverwaltungsrecht (Art. 28 Abs. 2 GG) geschützten Gestaltungsspielraums der Gemeinden dar; die kommunale Gestaltungsfreiheit dürfte auch das Anstellen von allgemeinen ethischen Erwägungen, also auch - wie hier - von Tierschützerwägungen einschließen (vgl. Lange in: Hermes/Reimer, Landesrecht Hessen, S. 100: Der spezifische Bezug einer Aufgabe zur örtlichen Gemeinschaft wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Angelegenheit neben spezifisch örtlichen Aspekten auch solche Seiten besitzt, hinsichtlich derer sie von überörtlichem Interesse ist).

Dass allgemeine politische und ethische Erwägungen, die der Regelung einer öffentlichen Einrichtung zugrunde liegen, nichts daran ändern, dass die Widmung, die (partielle) Entwidmung und Nutzungsregelungen öffentlicher Einrichtungen Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sind, hat das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung zu dem durch eine Gemeindegatsung ausgesprochenen Verwendungsverbot für Grabmale aus ausbeuterischer Kinderarbeit ausgeführt (BVerwG, Urt. v. 16. Oktober 2013, 8 CN 1/12, juris Rn. 17: „ ... hat der Verwaltungsgerichtshof zu Recht angenommen, dass die angegriffene Satzungsregelung die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft nicht überschreitet ... Wenn eine Kommune der Auffassung ist, eine pietätvolle und würdige Friedhofsgestaltung setze voraus, dass ein Friedhofsnutzer die Einrichtung in dem Bewusstsein aufsuchen kann, nicht mit Grabsteinen konfrontiert zu werden, die in grob menschenrechtswidriger Weise hergestellt worden sind, so hat der Verwaltungsgerichtshof darin eine zulässige Konkretisierung des Friedhofszwecks gesehen. Dass dies mit Art. 28 Abs. 2 GG unvereinbar wäre, ist nicht erkennbar.“ Näher zu dieser Entscheidung s. o. 1). Zuvor hatte der Bayerische Verfassungsgerichtshof u. a. erklärt (vgl. BVerwG aaO, juris Rn. 5): Allein der Umstand, dass die Satzungsregelung geeignet sei, dem weltweiten politischen Anliegen der ILO-Konvention 182 Rechnung zu tragen, besage nicht, dass mit der Norm nicht eine Regelung getroffen werde, welche unmittelbar die Nutzung des Friedhofs zur Totenbestattung im Sinne des Art. 83 Abs. 1 Bayerische Verfassung betreffe. Auf die Motive derjenigen, die beim Erlass der Satzungsregelung mitgewirkt hätten, komme es für die rechtliche Beurteilung nicht an. Entscheidend sei nur, ob die Regelung objektiv dem Rechtskreis der Totenbestattung zugeordnet sei. Dies könne ungeachtet dessen der Fall sein, dass die Norm im Ergebnis auch einem weltweiten politischen Anliegen Rechnung trage. Es sei weder sachfremd noch willkürlich und bewege sich

innerhalb des gemeindlichen normativen Einschätzungsspielraums, wenn die Antragsgegnerin davon ausgehe, dass es im Interesse der Würde des Ortes der Totenbestattung liegen könne, dass dort keine Grabsteine aufgestellt werden, deren Material in einem weltweit geächteten Herstellungsprozess durch schlimmste Formen der Kinderarbeit gewonnen worden sei.

Der spezifische Bezug, den Regelungen zu öffentlichen kommunalen Einrichtungen zur örtlichen Gemeinschaft haben, wird also nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Angelegenheit, die geregelt wird, neben spezifisch örtlichen Aspekten auch solche Seiten besitzt, die von überörtlichem Interesse sind. Die partielle Entwidmung einer für Zirkusse vorgesehenen Einrichtung bleibt folglich auch dann eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft, wenn ihr allgemeine politische oder ethische oder - wie hier - Tierschutzerwägungen zugrunde liegen. Hier wirkt sich aus, dass die Kommunen nach Art. 28 Abs. 2 GG als eigene politische Entscheidungszentren und nicht nur als Teile der Staatsorganisation konstruiert sind (vgl. Burgi, Kommunalrecht, München 2010 S. 53). Dieser Rolle als politische Entscheidungszentren entspricht es, dass zur Gestaltungsfreiheit der Kommunen bei der Regelung freiwilliger öffentlicher Einrichtungen auch das Anstellen allgemeiner politischer und ethischer Erwägungen gehört.

Folgt man dieser Auffassung nicht, so handelt es sich bei der Teil-Entwidmung von Festplätzen für Zirkusse mit Wildtieren jedenfalls dann um eine auf kommunalrechtlichen Erwägungen beruhende Entscheidung, wenn die Nicht-Zulassung auf Zirkusse mit Raub- oder anderen gefährlichen Tieren beschränkt wird (vgl. dazu VG Darmstadt, Urt. v. 17. Oktober 2016, 3 L 2280/16 Rn. 11: "Da die Antragsgegnerin bei der Vergabe von Veranstaltungsplätzen einen weiten Gestaltungsspielraum hat, kann sie die Vergabe des Platzes auf eine Veranstaltung ohne Raubtiere beschränken"). Die Schaustellung von Tieren gefährlicher Arten ist in besonderem Maße gefahrgeneigt, da die ausbruchssichere und zugleich verhaltensgerechte Unterbringung solcher Tiere unter den Bedingungen eines von Ort zu Ort ziehenden Unternehmens und in öffentlichen Einrichtungen, die während des überwiegenden Teils des Jahres anderen Zwecken zu dienen bestimmt sind, vielfach kaum möglich ist (vgl. dazu Ministerium für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz Baden-Württemberg, Die Landesbeauftragte für Tierschutz, Stellungnahmen, Fachthemen, "Handreichung für Kommunen Ordnungsverfügung Zirkus" vom 22. Februar 2016). Das zeigt sich u. a. daran, dass in der Vergangenheit wiederholt gefährliche Tiere aus Zirkussen ausgebrochen sind und Personen- und Sachschäden

verursacht haben. Die Erwägung, dass von Schaustellungen mit gefährlichen Tieren Gefahren für Sachen und damit auch für die Einrichtung selbst sowie für Personen ausgehen, ist zweifellos eine „kommunalrechtliche“. Zu den gefährlichen Tieren in diesem Sinne gehören jedenfalls die sechs Tierarten, von denen der Bundesrat angenommen hat, dass sie unter den Bedingungen eines Wanderzirkus schwerwiegenden Belastungen ausgesetzt sind (B. v. 25. November 2011, BR-Drucks. 565/11), nämlich u. a. Affen (z. T. wegen ihrer Größe, aber auch wegen der Beißkraft), Elefanten, Großbären, Nashörner und Flusspferde. Daneben dürften auch Großkatzen hierher zu rechnen sein. Die Ausschließung solch gefährlicher Tierarten von Schaustellungen in kommunalen Einrichtungen beruht zweifellos auf einem sachlichen Grund und auch auf kommunalrechtlichen Erwägungen (vgl. VG München, Urt. v. 6. August 2014, juris Rn. 33: "Es stellt einen sachlichen Grund dar, wenn die Beklagte die Häufung von Problemen innerhalb eines bestimmten Segments von Bewerbern - z. B. Zirkusse mit Großwildtieren - die ihr regelmäßig einen erhöhten Verwaltungsaufwand abfordern, zum Anlass nimmt, generell von der Zulassung solcher Betriebe abzusehen").

c) Tierschutzerwägungen als Kompetenz der Kommune

Hier klingt an, dass der Bund gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG zur Gesetzgebung für den Tierschutz zuständig ist und in § 11 Abs. 4 TierSchG geregelt hat, in welchem Verfahren und unter welchen Voraussetzungen allgemein das Zurschaustellen von Tieren wildlebender Arten an wechselnden Orten beschränkt oder verboten werden kann: nämlich durch Rechtsverordnung des zuständigen Bundesministeriums mit Zustimmung des Bundesrates, soweit Tiere der jeweiligen Arten an wechselnden Orten nur unter erheblichen Schmerzen, Leiden oder Schäden gehalten oder zu den wechselnden Orten nur unter erheblichen Schmerzen, Leiden oder Schäden befördert werden können.

Die Frage, inwieweit Schaustellungen mit Tieren wildlebender Arten in öffentlichen kommunalen Einrichtungen zugelassen werden sollen, ist damit aber nicht geregelt (vgl. dazu Burgi, Kommunalrecht, 3. Aufl. 2010 S. 53: "Sind Bundesgesetze einschlägig, so dürfte deren Interpretation im Lichte des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG regelmäßig ergeben, dass sie die Erledigung der örtlichen Aufgaben unberührt lassen"). Die verfassungskonforme Auslegung von § 11 Abs. 4 TierSchG im Licht von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ergibt, dass der Bundesgesetzgeber nur regeln wollte, wie und unter welchen Voraussetzungen generell und überall das Zurschaustellen von Tieren wildlebender Arten

beschränkt oder verboten werden kann, nicht hingegen, ob und inwieweit Schaustellungen mit solchen Tieren in kommunalen öffentlichen Einrichtungen stattfinden sollen. Die durch Art. 28 Abs. 2 GG geschützte Gestaltungsprärogative der Gemeinden bei der Ausgestaltung ihrer öffentlichen Einrichtungen, die sie dazu berechtigt, selbst zu entscheiden, welche Nutzungen in ihren öffentlichen Einrichtungen zulässig sein sollen und welche nicht, wird durch § 11 Abs. 4 TierSchG also nicht eingeschränkt.

Dazu, dass die Widmung und Entwidmung von öffentlichen Einrichtungen auch dann eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft bleibt, wenn dabei neben kommunalrechtlichen auch allgemeine politische und ethische Erwägungen angestellt werden - auch wenn zur Regelung der jeweiligen politischen oder ethischen Frage als solcher, d. h. außerhalb von kommunalen öffentlichen Einrichtungen, keine gemeindliche Verbandkompetenz besteht - s. o. 2. Vgl. dazu auch BVerwG, Urteile v. 14. Dezember 1990, 7 C 37.89 und 7 C 40.89: Befugnis des Gemeinderats zu Beschlüssen, mit denen einer etwaigen Stationierung atomarer Waffen auf dem eigenen Gemeindegebiet entgegengetreten wird, trotz der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Regelung der Verteidigung nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG.

2. Fazit zu VG Hannover

An der Entscheidung des VG Hannover ist zu erkennen, dass für weitere Verbote von Zirkussen mit Wildtieren – unabhängig davon, ob man nun die Ansicht des VG Hannover für zutreffend hält oder nicht – keine tierschutzrechtlichen Erwägungen zur Begründung solcher Teilentwidmungen herangezogen werden sollten; jedenfalls primär sollten originär kommunalrechtliche Gründe herangezogen werden.

III. Entscheidung in zweiter Instanz des OVG Lüneburg (10 ME 4/17)

Am 2. März 2017 hat das OVG in zweiter Instanz die Entscheidung des VG Hannover im Wesentlichen bestätigt. Zwar war die von der Antragstellerin erhobene Beschwerde wegen der mittlerweile erfolgten Erteilung der begehrten Erlaubnis durch die Antragsgegnerin unzulässig, jedoch machte das OVG Lüneburg trotzdem Ausführungen, die etwas über die Begründetheit der Beschwerde erkennen ließen, die – wenn die Beschwerde zulässig gewesen wäre – durch das Gericht zu prüfen gewesen wäre.

In dieser Entscheidung finden sich vier kritikwürdige Ansatzpunkte:

1. Alleinige Kompetenz des Bundes für die Regelung des Tierschutzrechts

Das OVG stellt in seiner Entscheidung fest, dass der Antragsgegner – die Stadt Hameln – mit dem Ratsbeschluss, der festlegte, den Festplatz der Stadt keinen Zirkussen mit Wildtieren mehr zur Verfügung zu stellen, gegen vorrangige bundesgesetzliche Regelungen verstoßen habe. Der Bund habe von der in Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG festgeschriebenen konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht und die hier streitgegenständliche Materie mit § 11 TierSchG (Erlaubnis, Tiere gewerbsmäßig zur Schau zu stellen) abschließend geregelt. Der Gemeinde stehe daher diesbezüglich keine Regelungskompetenz zu.

Hier verkennt das OVG, dass die in Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG dem Bund zugewiesene Gesetzgebungskompetenz durch die Stadt nicht berührt oder gar unterlaufen wurde. Denn die Stadt hat kein Gesetz zu Wildtieren in Zirkussen erlassen, sondern lediglich eine sie betreffende örtliche Angelegenheit – welche Veranstaltungen sollen in den öffentlichen städtischen Einrichtungen stattfinden und welche nicht – durch Ratsbeschluss geregelt und damit eine (Teil-)Entwidmung ihres Festplatzes durchgeführt. Diese lässt nicht nur die Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 71ff. GG unberührt, sondern auch die Regelung des § 11 TierSchG.

Weiter hat die Stadt auch nicht die Erlaubnis des Antragstellers für die Zurschaustellung von Wildtieren aufgehoben. Dies wäre der Stadt auch gar nicht möglich. Die Erlaubnis gilt unverändert weiter. Der Antragsteller darf weiterhin gewerbsmäßig seine Tiere im Rahmen seiner Zirkusveranstaltungen zur Schau stellen – nur nicht auf dem örtlichen Festplatz der Stadt. Diese (Teil-)Entwidmung stellt als Kernbereich der örtlichen Angelegenheiten der Stadt eine verfassungsrechtlich geschützte Entscheidung im Rahmen des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts dar. Nicht die Stadt hebt Bundesrecht aus, vielmehr wird durch die Entscheidung des OVG die Selbstverwaltungsgarantie der Stadt aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG schwer beeinträchtigt.

Letztlich ist auch die Gemeinde nach Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden – auch an § 2 TierSchG, der bestimmt, dass Tiere verhaltensgerecht unterzubringen sind. Dies ist für die hier in Rede stehenden Tierarten in einem Zirkus nicht möglich. Und wenn eine gesetzmäßige Unterbringung von Tieren – auch noch auf dem gemeindeeigenen Festplatz – nicht möglich ist, so kommt die Gemeinde durch eine Teilentwidmung ihrem verfassungsrechtlich bestimmten Auftrag nach Art. 20a GG nach, sich für das Staatsziel Tierschutz und damit gegen eine gesetzeswidrige Unterbringung von Tieren einzusetzen. Art.

20a GG bindet sämtliche staatliche Gewalt und nicht nur die für die Vollziehung des Tierschutzgesetzes zuständigen Veterinärbehörden.

2. Ausschließlich tierschutzrechtliche Begründung des Ratsbeschlusses

Das OVG stellt weiter fest, dass der Ratsbeschluss der Stadt H lediglich auf tierschutzrechtlichen Erwägungen beruhte, für die die Stadt aber keine Kompetenz habe. Es stellt jedoch auch klar, dass davon unberührt andere Gründe bleiben, die – so hört es sich an – wohl rechtmäßigerweise zu einem Vorenthalten der Nutzung des Festplatzes herangezogen werden könnten. So nennt das OVG die öffentliche Sicherheit, also das Gefahrenabwehrrecht und das Bauordnungsrecht (welches auch spezielles Gefahrenabwehrrecht ist), weiterhin andere tierschutzrechtliche (!) Gründe im Einzelfall, die nicht vom Regelungsgehalt des § 11 Abs. 1 Nr. 8d TierSchG erfasst sind.

Damit räumt das OVG ein, dass auch die Gemeinde ein etwaiges Verbot von Zirkussen mit Wildtieren auf (andere) tierschutzrechtliche Gründe (im Einzelfall), jedenfalls aber auf gefahrenabwehrrechtliche Erwägungen, stützen kann.

In Frage käme danach ein Verbot für einzelne Zirkusse nach einer tierschutzrechtlichen Prüfung im Einzelfall sowie ein generelles Verbot, welches sich auf gefahrenabwehrrechtliche Gründe stützt. Hinsichtlich der öffentlichen Sicherheit könnte die (abstrakte) Gefahr von Tierausbrüchen und dadurch entstehenden Personen- oder Sachschäden eine gemeindliche (Teil-)Entwischung des Festplatzgeländes legitimieren (vgl. die in der Anlage beigefügte Statistik zu Ausbrüchen von Wildtieren mit und ohne Unfällen ab 2011).

Da zum Gefahrenabwehrrecht aber nicht nur die öffentliche Sicherheit, sondern auch die öffentliche Ordnung zählt, zu der auch die ungeschriebenen Regeln gelten, die maßgeblich sind für ein gedeihliches Zusammenleben und die wesentlich von ethischen Anschauungen beeinflusst werden, ist auch die (ethische!) Entscheidung der Gemeindeeinwohner, keine Zirkusse mit Wildtieren mehr auf ihrem Festplatz haben zu wollen, relevant. Diese Einstellung der Gemeindeeinwohner drückt sich durch den Ratsbeschluss aus, der hier genau dies zum Gegenstand hatte.

3. Eine Kommune ist nicht verpflichtet, Einrichtungen vorzuhalten

Weiter stellt das OVG klar, dass eine Gemeinde nicht verpflichtet ist, für den Auftritt von Zirkussen mit Wildtieren geeignete Flächen überhaupt vorzuhalten oder allgemein Tiere in ihren Einrichtungen zuzulassen.

Wenn aber eine Kommune nicht verpflichtet ist, für Zirkusse mit Wildtieren überhaupt Plätze vorzuhalten, dann muss es im Umkehrschluss auch möglich sein, solche ursprünglich einmal vorhandenen Flächen wieder abzuschaffen. Wie dies anders durchgeführt werden soll als durch eine Teilentwidmung ist nicht ersichtlich. In der Feststellung oben differenziert das OVG klar bzw. stellt klar auf Flächen für Zirkusse mit Wildtieren ab und dann auf Tiere allgemein.

Das Ergebnis kann also nicht sein, dass die Stadt auf Ewigkeiten daran festgehalten werden kann, dass irgendein Stadtparlament vor 100 Jahren den gemeindeeigenen Festplatz einmal für Zirkusse zugelassen hat. Die Einwohner sind längst andere. Neue Einwohner bringen auch neue gesellschaftliche Anschauungen und eine neue Willensbildung hervor. Denn auch gesellschaftliche Anschauungen ändern sich mit der Zeit. Diese müssen nachvollzogen – und auch vollzogen – werden können.

Es muss also eine Teilentwidmung eines Festplatzes möglich sein, sonst wäre die o.g. Klarstellung des OVG völlig sinnlos.

4. Allgemeine Satzungsbefugnis und Art. 28 GG reichen nicht aus als Ermächtigungsgrundlage für Eingriff in Art. 12 GG

Entgegen der Auffassung des OVG liegt mit dem Ratsbeschluss und der Ablehnung der Zurverfügungstellung des Festplatzes kein Eingriff in Art. 12 GG vor.

Das OVG sagt selbst, dass eine Kommune keine Flächen vorhalten muss, s.o. Also darf sie diese auch abschaffen. Das Ergebnis kann auch hier nicht sein, dass nach der Abschaffung jeder kommen kann und die Nutzung (wieder) verlangen kann und sich bei Nichtgewährung einen Eingriff in Art. 12 GG bescheinigen lassen kann.

Denn hier kommt die Leistungssituation hervor, die Art. 12 GG gerade nicht bietet: Der potenzielle Nutzer des Festplatzes will aktiv etwas von der Gemeinde, was diese nicht (mehr) anbietet: Er will mit der Bereitstellung des Festplatzes eine Leistung, die ihm die Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit erleichtert, also eine seine Berufstätigkeit fördernde Leistung. Art. 12 GG ist aber kein Leistungs- und Forderungsrecht, sondern ein Abwehrrecht. Es müsste – damit Art. 12 GG in seiner Abwehrfunktion zum Tragen kommt – daher umgekehrt sein: Die

Stadt müsste sich nicht – wie hier – darauf beschränken, den Zirkusbetreibern eine ihre berufliche Tätigkeit fördernde Leistung zu verweigern, sondern sie müsste aktiv in deren Berufsausübung eingreifen; dann – und erst dann – dürften die so Betroffenen diesen Eingriff abwehren.

Die Berufswahlfreiheit ist keinesfalls betroffen, denn den Zirkus-Betreibern und Tierdompteuren wäre es auch bei einem allgemeinen Wildtierverbot weiterhin möglich, ihren Beruf auszuüben; denn Zirkusbetreiber oder Tierdompteur bleibt auch ohne Wildtiere ein Beruf.

25. Oktober 2017

Dr. Christoph Maisack
Erster Vorsitzender

Barbara Felde
Vorstandsmitglied

für die

Deutsche Juristische Gesellschaft für Tierschutzrecht e.V.

Dircksenstraße 47
10178 Berlin
Fax: 030-400 54 68 69
poststelle@djgt.de
www.djgt.de