

HANS-GEORG KLUGE
Rechtsanwalt

Staatssekretär a.D. · Landrat a.D. · Richter am Oberverwaltungsgericht a.D.

An das
Bundesverwaltungsgericht
3. Senat
Simsonplatz 1
04008 Leipzig

10178 Berlin, den 26.02.2007

Karl-Liebknecht-Str. 19
Tel.: 030 / 3198 555 55
Mobile Phone: 0163/ 66 11 32 9
www.kluge-anwaltskanzlei.de

Vorab per Fax: 0341-20071000

In der Verwaltungsstreitsache

Rüstem Altinküpe

- Kläger und Revisionsbeklagter -

vertreten durch Rechtsanwälte Stark,
Schmihing, Hölzlwimmer, Nickel u. a.
Gutzkowstraße 9, 60594 Frankfurt/Main

gegen

den Lahn-Dill-Kreis, vertreten durch den Landrat,

- Beklagter und Revisionskläger

- BVerwG 3 C 30.05 -

wird für den Beklagten beantragt,

I.

1. den Prozess gemäß § 152 a VwGO fortzuführen,

2. Es wird ferner beantragt, nach Fortführung des Verfahrens unter Abänderung des Urteils des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 24.11.2004, Az.: 11 UE 317/03, das Urteil des Verwaltungsgerichts Gießen vom 9. Dezember 2002, Az.: 10 E 141/02, soweit darin der Bescheid des Landrates des Lahn-Dill-Kreises vom 7. Juli 1997 und der Widerspruchsbescheid des Regierungspräsidiums Gießen vom 16. September 1997 aufgehoben und er – der Beklagte – verpflichtet worden ist, den Kläger hinsichtlich seines Antrages auf Ausnahmegenehmigung nach § 4 a Abs. 2 TierSchG unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden, aufzuheben und die Klage insgesamt abzuweisen.

II.

Hilfsweise wird beantragt, den Tatbestand des Urteils vom 23.11.2006 dahin zu berichtigen, dass der Beklagte (hinsichtlich der Punkte 1. und 2. unter Beweisantritt) vorgetragen hat,

1. dass der Kläger in einem türkischen Supermarkt in Wetzlar sowie über seine Internetseite das Fleisch betäubungslos geschlachteter Tiere auch Nicht- Muslimen anbietet (Schriftsatz =SS des Beklagten vom 20.11.06, S. 6 f.),
2. vorgetragen hat, dass der Kläger in Aerzen entgegen seinem Vortrag vor dem Bundesverfassungsgericht (1 BvR 1783/99) Tiere auch unter Betäubung geschlachtet hat (SS vom 20.11.06, S. 2 ff.)

und

3. dass der Beklagte weitere wesentliche rechtlichen Gesichtspunkte (Notwendigkeit einer veränderten Auslegung des § 4 a Abs. Nr. 2 TierSchG aufgrund der Einfügung des Staatsziels Tierschutz in das Grundgesetz, Verstoß dieser Norm in der Auslegung des Berufungsgerichts gegen das Bestimmtheitsgebot des Art 103 Abs. 2 GG, Charakter der Norm als Ermessensvorschrift aufgrund Wortlaut und Entstehungsgeschichte) im Revisionsverfahren vorgetragen hat.

III.

1. Hinsichtlich beider Beschlussverfahren wird der Vorsitzende Richter am Bundesverwaltungsgericht Dieter Kley wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt,
2. es wird beantragt, die dienstliche Äußerung des Richters nach deren unverzüglicher Einholung dem Beklagten mit der Gelegenheit zur Äußerung zuzuleiten und vorab mitzuteilen, welcher Richter an Stelle des für befangen gehaltenen Richters an der Beratung über den Befangenheitsantrag nach der Geschäftsverteilung des BVerwG teilnehmen wird.

IV.

Es wird hinsichtlich aller Beschlussverfahren die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt.

Begründung:

I. Anhörungsrüge

Auf die Rüge eines durch eine letztinstanzliche gerichtliche Entscheidung beschwerten Beteiligten ist das Verfahren nach § 152 a Abs.1 Satz 1 VwGO fortzuführen, wenn das Gericht den Anspruch dieses Beteiligten auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt hat. So liegt es hier.

Das angegriffene, am Samstag, den 10.2.07 zugestellte Urteil verletzt den Anspruch des Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs in vielfältiger Hinsicht. Die vorgebrachten Rügen tragen den Antrag in je selbstständiger Weise.

Namentlich hat das Revisionsgericht offensichtlich nicht auch nur ansatzweise das tatsächliche und das rechtliche Vorbringen des Beklagten insbesondere nach Eintritt eines anwaltlichen Bevollmächtigten des Beklagten zur Kenntnis genommen.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gibt dem an einem gerichtlichen Verfahren Beteiligten ein Recht darauf, dass er Gelegenheit erhält, im Verfahren zu Wort zu kommen, namentlich sich zu dem einer gerichtlichen Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt und zur Rechtslage zu äußern, Anträge zu stellen und Ausführungen zu machen. Dem entspricht die grundsätzliche Pflicht des Gerichts, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen (BVerfGE 64, 135, 144). Auch wenn die Gerichte nicht verpflichtet sind, jedes Vorbringen eines Beteiligten in den Gründen einer Entscheidung ausdrücklich zu bescheiden, wird hier durch die im weiteren zu schildernden besonderen Umstände deutlich, dass das Gericht den Anspruch des Beklagten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt hat. Geht das Gericht auf den wesentlichen Kern des Tatsachenvortrages einer Partei zu einer Frage, die für das Verfahren von zentraler Bedeutung ist, in den Entscheidungsgründen nicht ein, so lässt dies auf die Nichtberücksichtigung des Vortrags schließen, sofern er nicht nach dem Rechtsstandpunkt des Gerichts unerheblich oder aber offensichtlich unsubstantiiert war (vgl. BVerfGE 86, 133, 145 f.). Davon kann hier aber keine Rede sein, wie im Folgenden noch einmal ausführlich dargestellt wird.

Das betrifft auch das rechtliche Vorbringen des Beklagten. Der in Art. 103 Abs. 1 GG verbürgte Anspruch auf rechtliches Gehör ist eine Folgerung aus dem Rechtsstaatsgedanken für das gerichtliche Verfahren. Der Einzelne soll nicht bloßes Objekt des Verfahrens sein, sondern er soll vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort kommen, um Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können (vgl. BVerfGE 84, 188, 190 m. w. N.). Da dies nicht nur durch tatsächliches Vorbringen, sondern auch durch Rechtsausführungen geschehen kann, gewährleistet Art. 103 Abs. 1 GG dem Verfahrensbeteiligten das Recht, sich nicht nur zu dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt, sondern auch zur Rechtslage zu äußern (vgl. BVerfGE 60, 175, 210, 211 f.; 64, 135, 143; 65, 227, 234;). Dabei kann es in besonderen Fällen auch geboten sein, den Verfahrensbeteiligten auf eine Rechtsauffassung hinzuweisen, die das Gericht der Entscheidung zugrunde legen will. Eine dem verfassungsrechtlichen Anspruch genügende Gewährung rechtlichen Gehörs setzt voraus,

dass der Verfahrensbeteiligte bei Anwendung der von ihm zu verlangenden Sorgfalt zu erkennen vermag, auf welche Gesichtspunkte es für die Entscheidung ankommen kann. Es kann im Ergebnis der Verhinderung eines Vortrags zur Rechtslage gleichkommen, wenn das Gericht ohne vorherigen Hinweis auf einen rechtlichen Gesichtspunkt abstellt, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter selbst unter Berücksichtigung der Vielfalt vertretbarer Rechtsauffassungen nicht zu rechnen brauchte. Ein Verfahrensbeteiligter muss lediglich grundsätzlich alle vertretbaren rechtlichen Gesichtspunkte von sich aus in Betracht ziehen und seinen Vortrag darauf einstellen. Das Gebot des rechtlichen Gehörs verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Art. 103 Abs. 1 GG ist verletzt, wenn sich im Einzelfall klar ergibt, dass das Gericht dieser Pflicht nicht nachgekommen ist. Zwar ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Gerichte das von ihnen entgegengenommene Parteivorbringen zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen haben. Sie sind dabei auch nicht verpflichtet, sich mit jedem Vorbringen in den Entscheidungsgründen ausdrücklich zu befassen, namentlich nicht bei letztinstanzlichen, mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr angreifbaren Entscheidungen. Allerdings können im Einzelfall besondere Umstände deutlich machen, dass tatsächliches Vorbringen eines Beteiligten entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder doch bei der Entscheidung nicht erwogen worden ist (vgl. BVerfGE 86, 133, 145 f.). Solche besonderen Gesichtspunkte liegen hier umfangreich vor.

Die Verletzung des Gebots der Gewährung rechtlichen Gehörs wird hier unter anderem dadurch deutlich, dass das Gericht erstmals in der schriftlichen Begründung seines Urteils neue rechtliche Gesichtspunkte einführt, mit dem schon deshalb ein gewissenhafter Prozessbeteiligter nicht zu rechnen brauchte, weil sie entweder begründungslos den Beklagten auf eine Alternative verweisen, die jedenfalls nach der bisherigen einhelligen Auffassung in Literatur und Rechtsprechung entweder rechtswidrig sind oder aber die unmittelbar mögliche Anwendung einer Norm durch die analoge Anwendung einer Norm ersetzen, ohne zu erklären, warum das inhaltlich und methodisch möglich sein soll (dazu unten Seite 19 f). Vorab seien aber die zahlreichen rechtlichen Gesichtspunkte wiedergegeben, die vom Beklagten erstmals in der Revisionsinstanz aufgezeigt worden sind, ohne dass das Gericht es für notwendig befunden hätte, sich mit diesen Argumenten auseinander zu setzen oder sie auch nur im Tatbestand zu erwähnen.

1. Folgende Argumente sind dem BVerwG umfänglich vorgetragen worden, ohne dass es darauf eingegangen wäre.

a) zum Tatbestandsmerkmal „Religionsgemeinschaft“

Das BVerwG suggeriert zu Unrecht, dass es sich auf dem Boden der eigenen Rechtsprechungslinie bewege (Urteilsabdruck=UA S. 5). Es glaubt sich schon damit begnügen zu können, eine gemeinsame Glaubensüberzeugung einer nicht näher bezeichneten Personenmehrheit feststellen zu können, wobei die einzig festgestellte gemeinsame Glaubensüberzeugung die hinsichtlich der Betäubungslosigkeit der zu schlachtenden Tiere sei. Das BVerwG hatte sich seinerzeit aber keineswegs mit der Feststellung einer gemeinsamen Glaubensüberzeugung begnügt, sondern darüber hinaus ein „spezifisches religiöses Profil“ dieser Gemeinschaft gefordert (BVerwGE 112, 227, 234 f.). Davon nimmt der jetzt erkennende Senat aber Abstand, wenn er nunmehr nur noch eine „Mehrzahl von Gläubigen“ für das Vorliegen einer Religionsgemeinschaft fordert, von der niemand weiß und nunmehr auch nicht mehr zu wissen braucht, ob sie in irgendeiner Form organisiert ist, wo sie zusammen kommt, wer ihr angehört. Es genügt jetzt schlicht der unbestimmte und in seiner Zusammensetzung wechselnde Personenkreis der Kunden des Klägers. Inwieweit das noch etwas mit dem Wortsinn des Begriffes „Religionsgemeinschaft“ im weitesten Sinne zu tun hat, bleibt unerfindlich. Die Gläubigen sollen auch nach Auffassung des BVerfG einer „Glaubensrichtung“ angehören, die sich von derjenigen „anderer islamischer Gemeinschaften unterscheidet“ (BVerfGE 104, 337, 354). Der erkennende Senat scheint allen Ernstes zu glauben, der wechselnde Kundenkreis eines Schlachters sei eine solche Glaubensrichtung im Sinne der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung. Eine „Glaubensrichtung in jedem einzelnen Fleischereigeschäft“ quasi. Diese Religionsgemeinschaft des BVerwG bleibt ein dem Gesetzesexegeten „unbekanntes Wesen“. Das Tatbestandsmerkmal hat sich in dem Verständnis des Gerichts aufgelöst und ist einer rechtlichen Überprüfung seiner Existenz durch den Staat deshalb nicht mehr zugänglich. Das geht von Verfassungs wegen nicht, denn dem Staat obliegt es auch im Hinblick auf religiöse Vereinigungen deren Existenz im Streitfall zu prüfen und darüber zu entscheiden; es handelt sich dabei um die Anwendung einer Regelung der staatlichen

Rechtsordnung: (dazu BVerfGE 83, 341, 353). Die Tatbestandsauflösung ist auch nicht das, was das BVerfG gemeint hat, wie die dortige Bezugnahme (BVerfGE 104, 337, 353 f.) auf das Urteil in BVerwGE 112, 227 und das dort geforderte religiöse Profil zeigt. Tatsache ist, dass jetzt endgültig niemand mehr sagen kann und jetzt nach Auffassung des Senats auch nicht mehr zu sagen braucht, von welcher Religionsgemeinschaft hier eigentlich die Rede ist. Der Verzicht auf verbandsmäßige Strukturen wird zum Verzicht auf die Nachweisbarkeit der Existenz solcher Religionsgemeinschaften. Wie das mit dem Tatbestand der fraglichen Norm vereinbar sein soll, bleibt unerfindlich. Der Senat erklärt diese evidenten Widersprüche bei seiner Auslegung nicht.

Auf die soeben dargelegte Argumentation des Beklagten, die dieser in Bezug auf die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts formuliert hatte, geht das Gericht mit keinem Wort ein. Insbesondere begründet es nicht, warum es sich für berechtigt hält, anders als noch in der Entscheidung vom 23. November 2000 (BVerwGE 112, 227, 234 f.), das ergänzende Merkmal des „spezifischen religiösen Profils“ unter den Tisch fallen lassen zu dürfen und warum das daraus entstehende Ergebnis - eine völlige Unbestimmtheit des Tatbestandsmerkmals „Religionsgemeinschaft“ - mit dem Verfassungsgrundsatz der Bestimmtheit in Übereinstimmung stehen soll. Nach letzterem ist der Senat vom Unterzeichneten während der mündlichen Verhandlung übrigens ausdrücklich gefragt worden.

Diese Vorgehensweise erweist sich erschwerend auch deshalb als sehr problematisch, weil, worauf der Beklagte noch in seinem Schriftsatz vom 20.11.2006 hingewiesen hatte, somit auch § 18 Abs. 1 Nr. 6 TierSchG (Ordnungswidrigkeit wegen Verstoßes gegen § 4 a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG) nicht mehr hinreichend sicher ausgelegt werden kann und damit als Ermächtigungsgrundlage für Bußgelder derzeit ausscheidet. Denn immer dann, wenn eine Vorschrift an andere Vorschriften anknüpft, in denen Voraussetzungen und Umfang einer solchen Pflicht festgelegt sind, ist dem Bestimmtheitserfordernis nur dann genügt, wenn die Verweisungsnorm hinreichend klar erkennen lässt, welche anderen Vorschriften im einzelnen gelten sollen, und wenn diese ihrerseits hinreichend bestimmt sind (vgl. BVerfGE 92, 191, 197 m.w.N.).

Da es sich bei § 18 Abs. 1 Nr. 6 TierSchG um die Rechtsgrundlage für die Verhängung von Bußgeld handelt, gilt insoweit nicht lediglich der allgemeine

rechtsstaatliche Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 20 GG, sondern sogar Art. 103 Abs. 2 GG (BVerfGE 71, 08, 114). Ist dem aber so, unterliegt auch der Begriff der Religionsgemeinschaft in § 4a Abs. Nr. 2 TierSchG dem strengen Bestimmtheiterfordernis des Art. 103 Abs. 2 GG. Denn § 18 Abs. 1 Nr. 6 TierSchG begnügt sich mit der schlichten Verweisung auf § 4 a TierSchG, so dass hier der in den soeben zitierten bundesverfassungsrechtlichen Entscheidungen angesprochene Fall der Notwendigkeit der doppelten Bestimmtheit vorliegt. Fehlt es an der Bestimmtheit im beschriebenen Sinne, wäre § 18 Abs. 1 Nr. 6 TierSchG insoweit verfassungswidrig. Dieses vom Gesetzgeber nicht gewollte Ergebnis kann nur vermieden werden, indem dem genannten Tatbestandsmerkmal ein Inhalt gegeben wird, der es dem Rechtsunterworfenen ermöglicht, sich in zumutbarer Weise Kenntnis von der gesetzlichen Normanforderung zu verschaffen. Davon kann im Augenblick keine Rede sein. Die schlichte Gemeinsamkeit einer oder mehrerer religiöser Überzeugungen von einfachen Personenmehrheiten ist notwendige aber nicht hinreichende Voraussetzung einer abschließenden Klärung dieses Tatbestandsmerkmals.

Dieser Argumentation kann auch nicht entgegen gehalten werden, dass § 18 Abs. 1 Nr. 6 TierSchG nur das Fehlen einer Ausnahmegenehmigung sanktionieren wolle, so dass bei Vorliegen einer solchen es unabhängig von der richtigen Auslegung des Begriffs der Religionsgemeinschaft auf den materiellen Verstoß gegen die Verbotsnorm nicht mehr ankäme. Ein solches Verständnis der Norm kommt aber nicht in Betracht, weil es gegen das Grundgesetz verstieße. Das BVerfG hat verdeutlicht, dass der Gesetzgeber immer dann, wenn er ein missbilligtes Verhalten unter Buße oder Strafe stellen will, ausdrücklich klarstellen muss, wenn er - ausnahmsweise - schon den rein formellen Verstoß als sanktionsauslösend betrachten will (BVerfGE 87, 399, 411). Das ist in § 18 Abs. 1 Nr. 6 TierSchG nicht geschehen. Damit gehört die materielle Rechtsvorschrift des § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG notwendig mit zu dem Tatbestand, der dem Bestimmtheitsgebot nach Art. 103 Abs. 2 GG genügen muss.

Diese auf der nachgewiesenen Rechtsprechung des BVerfG beruhenden Argumente sind in dem Schriftsatz vom 20.11.2006 umfänglich vorgetragen worden. Der Senat hat es nicht für nötig befunden, sich in den Urteilsgründen damit auch nur ansatzweise auseinander zu setzen, obwohl es um nicht mehr und nicht weniger als um die

Verfassungsmäßigkeit der nunmehr auch von ihm favorisierten Auslegung geht.

b) zum Merkmal „zwingende Vorschriften“

Das BVerwG enthält sich völlig der Beantwortung der vom Beklagten aufgeworfenen Frage, wie bei einer Auslegung des § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG, die nach Einfügung des Staatszieles Tierschutz auch nach der zitierten Auffassung mehrerer Redner im Deutschen Bundestag anlässlich der Staatsziel-Debatte nunmehr keine „verfassungskonforme“ mehr sein muss – das BVerwG behauptet solches nicht explizit allenfalls inzident –, aus dem Tatbestandsmerkmal „zwingende Vorschriften“ das Gegenteil werden kann. Denn ein Muslim, der sich im Hinblick auf die Beachtung seiner Speisevorschriften in einer anderen kulturellen Umgebung in einem Dilemma befindet, darf aus seiner Sicht nicht ordnungsgemäß produziertes Fleisch essen (Koran, Sure 5, Vers 3). Seine Religionsvorschriften rechtfertigen oder entschuldigen ihn zumindest. Worin liegt dann der Zwang? Und wie kann eine nicht zwingende religiöse Vorschrift eine zwingende des staatlichen Rechts werden?

Auch diese Frage ist, wie oben dargelegt, wie zuvor in der Literatur auch vom Beklagten mit Blick auf die Verfassungsänderung ausdrücklich gestellt worden, vom Gericht aber ebenfalls nicht aufgegriffen geschweige denn beantwortet worden.

c) zur Frage einer Änderung der Auslegung durch Einfügung des Staatszieles Tierschutz in den Art. 20 a GG

Das BVerwG entzieht sich der Frage, ob die Einfügung des Staatszieles Tierschutzes zu einer anderen Auslegung – und zwar der, die es früher selbst zu dieser Norm vertreten hat – führt, durch einen Kunstgriff. Es weist ohne weitere Begründung auf eine – allerdings nicht auf § 31 BVerfGG gestützte – angeblich teilweise fortdauernde Bindungswirkung des BVerfG-Urteils aus dem Jahr 2002 hin (zur verfassungsrechtlichen Fragwürdigkeit dieses Vorgehens noch unten), begründet dies aber rechtlich nicht näher. Vielmehr wird behauptet, eine veränderte Auslegung würde zu einer vom

Gesetzgeber nicht gewollten Privilegierung des Tierschutzes führen.

Bei der Behauptung einer Bindungswirkung an die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung wird schon folgendes übersehen: Das BVerfG hat den § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG als solchen ausdrücklich als verfassungsrechtlich unbedenklich angesehen (BVerfGE 104, 337, 352 f.). Es hat vielmehr erst bei der konkreten, auf den Einzelfall des Klägers bezogenen Güterabwägung ein verfassungsrechtliches Defizit gesehen (a.a.O.). Es hat bei dieser konkreten Güterabwägung insbesondere für maßgeblich gehalten, dass der Kläger vorgetragen hatte, er wolle seiner religiösen Grundhaltung wegen seine berufliche Tätigkeit beenden, wenn er nicht die Möglichkeit erhalte, Tiere unbetäubt zu schlachten (a.a.O. 353 und zuvor 350). Der Umstand der eigenen religiösen Betroffenheit des Klägers ist also ausdrücklich in die einzelfallbezogene Güterabwägung mit eingeflossen und hat somit das Verdikt der Verfassungswidrigkeit mit beeinflusst. Der Beklagte hat nunmehr ausdrücklich noch in der Revisionsinstanz unter Beweisantritt den neuen Sachverhalt vorgetragen, wonach der Kläger sich in Aezzen keinesfalls aus religiösen Gründen gehindert gesehen hat, Tiere betäubt zu schlachten. Mit anderen Worten: Der Kläger hat vor dem Bundesverfassungsgericht einen aus Sicht des Beklagten falschen Sachverhalt vorgetragen. Der Beklagte hat in seinem Schriftsatz vom 20.11.2006 unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BVerwG weiter dargelegt, warum dieses neue Vorbringen nicht nur berücksichtigungsfähig, sondern nach der Rechtsprechung des BVerwG selbst (Beschluss vom 28.1.2003 - 7 B 73/02 -) auch berücksichtigungspflichtig ist. Hätte das BVerwG den neuen Sachvortrag, den es nicht etwa als verspätet und somit unzulässig zurückgewiesen hat, an dieser Stelle berücksichtigt, hätte die Güterabwägung anders als vor dem BVerfG ausfallen müssen, zumindest aber können. Das BVerwG hat sich in seinem Urteil dieser notwendigen Rechtsprüfung entzogen, indem es – vermutlich auch insoweit, richtig deutlich wird dies aus den Entscheidungsgründen nicht - eine vermeintliche Bindungswirkung der BVerfG-Entscheidung konstruiert, die aber schon durch die Änderung der genannten wesentlichen Tatsache obsolet geworden ist. Im Übrigen hätte das Gericht berücksichtigen müssen, dass die vom Beklagten angenommene unzutreffende Sachverhaltsdarstellung in Bezug auf seine eigenen Glaubenüberzeugungen den Beklagten selbst nach Erlass der angestrebten Genehmigung möglicherweise zu deren Rücknahme gemäß § 48 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG berechtigen würde. In einem solchen Fall muss die Genehmigung aber

gar nicht erst erteilt werden. Auch das konnte der Beklagte nicht vortragen, weil ihm die rechtlichen Überlegungen des Gerichts zu diesem neuen Tatsachenvortrag, so sie überhaupt stattgefunden haben, nicht mitgeteilt worden sind.

Das Gericht hat die Prozessbeteiligten, insbesondere den nachteilig betroffenen Beklagten in der mündlichen Verhandlung entgegen § 104 VwGO nicht über seine problematische Rechtsauffassung hinsichtlich des neuen Tatsachenvortrages unterrichtet. Sonst wäre dem seitens des Beklagten vehement im Sinne der obigen Argumentation widersprochen worden. Insgesamt ist der neue Tatsachenvortrag des Beklagten zur bisherigen Behauptung des Klägers, nur unbetäubt schlachten zu dürfen, sonst aber seine Berufstätigkeit angeblich beenden zu wollen, in den Entscheidungsgründen nicht „verarbeitet“ worden. Das aber ist bei wesentlichem Vorbringen verfassungsrechtlich geboten, um einen Gehörsverstoß zu vermeiden (BverfGE 47,182, 189).

Als besonders problematisch erweist sich in diesem Zusammenhang aber, dass das Gericht sich mit keinem Wort mit der Frage auseinandersetzt, warum die dargelegte Auffassung, die offensichtlich von zahlreichen Mitgliedern des Deutschen Bundestages bei der Debatte über die Einführung des Staatszieles Tierschutz geteilt wurde – auch darauf hat der Beklagte in seinem Schriftsatz vom 3.11.2007 hingewiesen - dass allein die Schaffung des Staatszieles Tierschutz eine veränderte Auslegung des einfachen Gesetzesrechts legitimiere, nicht zutreffend sein soll.

Auch darauf ist, wie erwähnt, das Gericht ausdrücklich und substantiiert in dem Schriftsatz vom 3.11.2006 hingewiesen worden. Darauf eingegangen ist es mit keinem Wort, sondern will insoweit auf eine fortbestehende Bindungswirkung der verfassungsgerichtlichen Entscheidung rekurrieren.

d) Vermeintliche Privilegierung des Tierschutzes bei Aufrechterhaltung der früheren Auslegung des § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG

Das Gericht stellt ebenfalls die bereits von der Vorinstanz aufgestellte Behauptung auf, dass bei einer Reaktivierung

der früher vom Senat selbst vertretenen Auslegung des § 4 a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG es zu einer vom Gesetzgeber nicht gewollten Privilegierung des Tierschutzes komme.

Damit bleiben folgende erstmals vom jetzigen Prozessbevollmächtigten des Beklagten vorgetragene Argumente unangesprochen aber auch unwiderlegt:

Die frühere Auslegung des § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG stellte sehr wohl die notwendige Herstellung der praktischen Konkordanz der konfligierenden Verfassungsgüter dar, weil der Kompromiss zwischen dem Tierschutz auf der einen Seite und der Religionsfreiheit/Berufsfreiheit/allgemeinen Handlungsfreiheit andererseits real schon vorhanden ist. Mit gegenwärtigem Tierschutzrecht ist eine Elektrokurzzeitbetäubung ohne Sondergenehmigung nach § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG nicht vereinbar. Sie ist vielmehr eine Konzession des Tierschutzes an die Religionsfreiheit. Auch die Elektrokurzzeitbetäubung stellt keine (hinreichende) Betäubung im Sinne des § 4 a TierSchG dar. Gleichwohl wird sie den Gläubigen mit Blick auf die Religionsfreiheit im Wege einer Ausnahmegenehmigung ermöglicht.

Dazu im Einzelnen: § 4 a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG läuft auch bei einer Bejahung der Notwendigkeit einer Elektrokurzzeit nicht leer. Vielmehr stellt die Elektrokurzzeitbetäubung eine Methode dar, die prinzipiell mit dem deutschen Schlachtrecht unvereinbar ist. Das ergibt sich aus § 13 Abs. 6 der Tierschutz-Schlachtverordnung i. V. m. Anlage 3 zu dieser Verordnung. Elektrokurzzeitbetäubungen sind dort nicht zugelassen. Deshalb ist unter den Voraussetzungen des § 4 a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG, also nur bei Vorliegen einer Ausnahmegenehmigung im Sinne des § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG, in § 14 Abs. 2 Nr. 3 der Tierschutz-Schlachtverordnung geregelt, unter welchen Bedingungen diese Ausnahmegenehmigung zur Durchführung einer Elektrokurzzeitbetäubung ausnahmsweise erteilt werden kann.

In § 14 Abs. 2 Nr. 3 Tierschutz-Schlachtverordnung heißt es:

„(2) Abweichend von § 13 Abs. 6 in Verbindung mit Anlage 3 kann die zuständige Behörde befristet ...

3. die Elektrokurzzeitbetäubung abweichend von Anlage 3 Teil II Nr. 3.2 mit einer Mindeststromflusszeit von zwei

Sekunden und abweichend von Anlage 3 Teil II Nr. 3.3 bei Rindern über sechs Monaten ohne elektrische Herzdurchströmung als Betäubungsverfahren zulassen, soweit es erforderlich ist, den Bedürfnissen von Angehörigen bestimmter Religionsgemeinschaften zu entsprechen, denen zwingende Vorschriften ihrer Religionsgemeinschaft die Anwendung anderer Betäubungsverfahren untersagen.“

Darin liegt also eine Abweichung von der in Anlage 3 Teil II Nr. 3.2 formulierten Grundregel. Anlage 3 Teil II Nr. 3.2 hat folgenden Wortlaut:

„Es muss innerhalb der ersten Sekunde mindestens eine Stromstärke nach folgender Tabelle erreicht werden:

*Rind über 6 Monate : 2, 5 Ampere
Kalb : 1, 0
Schaf : 1, 0“*

Nr. 3.3 lautet:

"Bei Rindern über sechs Monaten und bei Tötungen ohne Blutentzug muss im Anschluss an die Betäubung durch eine mindestens acht Sekunden andauernde elektrische Herzdurchströmung ein Herzstillstand hervorgerufen werden.

Abweichend von Satz 1 kann bei Hausgeflügel eine Ganzkörperdurchströmung durchgeführt werden.“

In der Amtlichen Begründung zur Tierschutz – Schlachtverordnung (BR-Drucksache 835/96, S. 43) heißt es dazu und zwar unter Bestätigung des Umstandes, dass Elektrokurzzeitbetäubungen mit dem Tierschutz-Schlachtrecht regelmäßig nicht vereinbar aber ausnahmsweise mit Blick auf die Religionsfreiheit der Gläubigen hinnehmbar seien:

"Es soll den zuständigen Behörden weiterhin möglich sein, die mit den Angehörigen bestimmter Religionsgemeinschaften vereinbarten Lösungsmöglichkeiten zur Betäubung der Schlachttiere im Rahmen ritueller Schlachtungen zuzulassen. Bei der Elektrokurzzeitbetäubung werden die in Anlage 3 Teil II Nr. 3.2 vorgeschriebenen Stromflusszeiten unterschritten, außerdem ist die Elektrokurzzeitbetäubung bei Rindern über sechs Monaten abweichend von Anlage 3 Teil II Nr. 3.3 ohne Anwendung einer Elektrode in der Herzgegend zulässig. Dadurch soll die von den Religionsvertretern geforderte Unversehrtheit des Tieres und Reversibilität der Betäubung sichergestellt werden. Aus Tierschutzsicht

sind diese Abweichungen von den grundsätzlichen Bestimmungen der Verordnung in Ausnahmefällen insofern vertretbar, als davon auszugehen ist, dass das Tier bei der rituellen Schlachtung mit Sicherheit unmittelbar nach der Betäubung schnell entblutet wird und ein Wiedererwachen des Tieres vor Eintreten des Todes so nicht zu befürchten ist."

Der dargestellte umfängliche Vortrag im Schriftsatz des Beklagten vom 3.11.2006, dass eine Fortführung der Auslegung des § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG aus Rechtsgründen keine Privilegierung des Tierschutzes im Rahmen der verfassungsrechtlichen Güterabwägung bedeute, wie es das BVerwG nunmehr aber wiederum schlicht behauptet, wird also ignoriert, obwohl es auch hier - wiederum - um eine verfassungsrechtliche Kernfrage geht, die sich nicht durch Schweigen erledigt.

e) Nachweis der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG

Das BVerwG hält im angegriffenen Urteil die substantiierte nachvollziehbare Darlegung der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 4 a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG für ausreichend. **Damit weicht es sogar von der Auslegung des Berufungsgerichts ab, ohne die vorsorglich insoweit vom Beklagten dazu vorgebrachten zusätzlichen Argumente zu würdigen.** Diese lauteten wie folgt:

Das BVerfG und nunmehr auch das BVerwG verweisen insoweit auf die Entscheidung des BVerwG vom 25. August 1993 (BVerwGE 94,82,87). Dort hat das BVerwG in der Tat von der Klägerin, die die Befreiung vom koedukativ erteilten Sportunterricht beanspruchte, lediglich eine „Darlegungslast“ für das Vorliegen eines Gewissenskonfliktes verlangt. Und das steht auch in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung zum „Nachweis“ eines Gewissenskonfliktes, die als Tatsache der inneren Lebenswirklichkeit nie voll beweisbar sein kann. Vorliegend ist die Situation aber eine andere. Der Kläger soll laut den Anforderungen des Gesetzes keinen eigenen Gewissenskonflikt, sondern unter Berücksichtigung der BVerfG-Rechtsprechung die Beeinträchtigung seiner allgemeinen Handlungsfreiheit (Berufsausübungsfreiheit, wenn der Kläger ein Deutscher wäre) dadurch nachweisen, dass „zwingende Vorschriften“ der „Religionsgemeinschaft“ seiner Kunden diesen „den

Genuss von Fleisch nicht geschächteter Tiere“ untersagen. Das ist aber eine Frage - sie ist nicht auf das Innere des Klägers als Individuum bezogen -, die sehr wohl einem „Vollbeweis“ zugänglich ist. Bei Personenmehrheiten kann das gerade deshalb geschehen, weil objektive Anhaltspunkte daraus gewonnen werden können, dass auch viele andere die geltend gemachte Glaubensüberzeugung als Teil einer real existierenden Religionsgemeinschaft teilen (vgl. Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, 8. Aufl. Rdnr. 46 zu Art. 4). Ist das aber so, besteht nach Einfügung des Staatszieles Tierschutz keine Notwendigkeit mehr, die im Wege einer verfassungskonformen Auslegung gewonnenen ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale „substantiiert und nachvollziehbar“ unter Verstoß gegen die Gesetzessystematik weiterhin aus dem „tatbestandlichen Nichts“ heraus zu konstruieren. Nach Einfügung des Staatszieles Tierschutz und dem damit verbundenen Wegfall der Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung besteht auch kein Bedürfnis mehr, den Nachweis an eine Religionsgemeinschaft anders auszugestalten als es das BVerfG sonst in Bezug auf nicht dem tradierten Bild von solchen Gemeinschaften entsprechende Personenmehrheiten getan hat. So hat das BVerfG in Bezug auf die „Bahá'i-Gemeinschaft“ es als eine von der staatlichen Rechtsordnung zu prüfende und zu entscheidende Frage angesehen, ob es sich bei dieser Personenmehrheit „tatsächlich, nach geistigem Gehalt und äußerem Erscheinungsbild“ um eine Religion oder Religionsgemeinschaft handelt. Von Nachweiserleichterungen mit Blick auf Art. 4 GG ist hier keine Rede (vgl. BVerfGE 83, 341, 353). Durch den Fortfall der Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung besteht also keine Veranlassung mehr, den Begriff der Religionsgemeinschaft so restriktiv auszulegen, wie es das BVerfG getan hat. Vielmehr kann einerseits auf den Begriffsinhalt, so wie er vom BVerwG in seiner Entscheidung vom 15. Juni 1995 (BVerwGE 99, 1) definiert worden ist, zurückgegriffen werden, aber auch auf den in der Entscheidung vom 23.11.2000 (BVerwGE 112, 227) formulierten. **Warum der Senat nunmehr – wiederum trotz der ausführlichen entgegenstehenden Argumentation des Beklagten, mit der sich das Gericht ebenfalls nicht auseinandersetzt- auf diese ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale zurückkommt, bleibt unerfindlich. Geht er von einem Nachweis der tatbestandlichen Voraussetzungen aus, wie er darlegt, stellt im Übrigen jede Äußerung zu dieser Frage ein – überflüssiges – Obiter Dictum dar.**

Das Gericht hat sich auch hier wiederum dem durch die Begründung der Revision angebotenen

juristischen Diskurs durch beharrliches Schweigen in der mündlichen Verhandlung entzogen und letztlich auch durch extreme und fast schon sinnentstellende Verkürzung des Rechtsvortrages des Beklagten im Tatbestand des Revisionsurteils.

f) Auseinandersetzung mit dem neuen Tatsachenstoff

Das BVerwG entzieht sich ferner einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit der vorgetragenen Argumentation zu einer weiteren neuen, erst in das Revisionsverfahren eingebrachten neuen Tatsachenbehauptung des Beklagten durch Hinweis auf die Möglichkeit, dass der Beklagte die Bedenken, die sich aus dem im Revisionsverfahren vorgebrachten neuen Vorbringen ergeben, durch den Erlass von Auflagen begegnen könne. Das soll jedenfalls hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals gelten, wonach der Kläger das betäubungslose Schlachten lediglich in dem Umfang praktizieren soll, wie es zur Versorgung von Kunden notwendig ist, die aus religiösen Gründen nur Fleisch von geschächteten Tieren verzehren dürfen.

Damit mutet der Senat dem Beklagten ein Argument zu, dass rechtlich stark angreifbar ist, hat ihm aber keine Möglichkeit mehr gegeben, diese - fern liegende- Rechtsauffassung etwa durch deren rechtzeitige Formulierung in der mündlichen Verhandlung anzugreifen. Darin liegt ein Verstoß gegen § 104 VwGO:

Die vom BVerwG nunmehr in den Urteilsgründen vertretene Rechtsauffassung ist am Maßstab der bisherigen Auffassungen in Rechtsprechung und Literatur sehr bedenklich und hätte deshalb nicht ohne Erörterung mit den Beteiligten zur Urteilsbegründung verwendet werden dürfen. Die Voraussetzung, nur Gläubige mit dem Fleisch geschächteter Tiere versorgen zu sollen, die darauf aus Glaubensgründen angewiesen sind, ist, was auch das BVerwG nicht bestreitet, eine wesentliche Voraussetzung des § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG. Es ist aber, soweit ersichtlich, einhellige Auffassung in Literatur und Rechtsprechung, dass § 36 VwVfG im Hinblick auf gebundene Entscheidungen keine allgemeine Ermächtigung enthält, Auflagen zur Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen zu erlassen und im übrigen die Genehmigung zu erteilen (vgl. dazu insbesondere Hennecke in: Knack, VwVfG, 8. Aufl. § 36 Rdnr. 21). Schlimmstenfalls könnte das bedeuten, dass eine Behörde erst einmal eine Genehmigung als bloße

Hülle erlässt und die Prüfung des Vorliegens der tatbestandlichen Voraussetzungen im Wege von Auflagen verschiebt. Kernfragen des Genehmigungstatbestandes dürfen deshalb nicht in Auflagen verschoben werden (OVG Lüneburg, DVBl. 1984, 229. 231; VGH Mannheim, VGHBW-Ls 1995, Beilage 7, B1; Stelkens/Stelkens in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6 Auflage, Rdnr. 67 c zu § 36). Es spricht vieles dafür, dass auch die Frage, ob der klagende Schlachter (nur) die wirklich in dem beschriebenen religiösen Gewissenskonflikt befindlichen Gläubigen mit dem Fleisch geschächter Tiere beliefert, eine solche zentrale Frage des Genehmigungsbestandes ist. Dann erscheint es zumindest rechtlich sehr fragwürdig, wenn das Gericht den Beklagten nunmehr auf diese Variante verweist.

Und dieses eben, wie dargelegt, erst in den Urteilsgründen, also zu einem Zeitpunkt, zu dem der Beklagte keine Gelegenheit mehr hatte, darauf zu erwidern. Der Beklagte musste auch sicher nicht als gewissenhafter Prozessbeteiligter damit rechnen, dass ihm das höchste deutsche Verwaltungsgericht eine derart angreifbare rechtliche Lösung präsentieren würde, so dass er sich vorab dagegen hätte verwahren können.

Niemand, aber auch wirklich niemand der beteiligten Juristen auf Seiten des Klägers ist auf die Idee gekommen, die das BVerwG ad hoc hier diese angreifbare Lösung als Ausweg konstruieren würde und dieses, ohne sie – entsprechend § 104 VwGO - in einem Rechtsgespräch in der mündlichen Verhandlung zur Debatte zu stellen.

In diesem Zusammenhang sei lediglich ergänzend angemerkt, dass der Kläger erwartungsgemäß nunmehr mit Blick auf seine durch den Prozess gestiegene Bekanntheit seinen Genehmigungsantrag erweitert hat. Er möchte nunmehr – außerhalb des Opferfestes – im Jahr 240 Bullen und 2400 Schafe in der von ihm präferierten Art schlachten. Das hat er jedenfalls dem beklagten in seinem Schreiben vom 14.2.2007 mitgeteilt. Das zeigt, dass das Gericht sich bei seiner Rechtsprechung offenkundig auch keine Gedanken über die Folgen seiner Rechtsprechung gemacht hat. Nach seiner Entscheidung muss der das Veterinäramt des Beklagten nunmehr im Hinblick auf den nunmehr bundesweiten Kundenkreis des Klägers die jeweiligen singulären Glaubensüberzeugungen der einzelnen Kunden abfragen.

2. vorgetragene, vom Gericht aber ignorierte Argumente

a) Verfassungsänderung als Grund für Fortfall einer verfassungskonformen Auslegung

Der Beklagte hat insbesondere in seinem Schriftsatz vom 3.11.2006 ausführlich auf die besondere Bedeutung hingewiesen, die der Entscheidung des BVerwG unter dem Aspekt der Einführung des Staatszieles Tierschutz zukomme. Er hat darauf hingewiesen, dass das Gericht sich, soweit ersichtlich, erstmals mit einem Fall auseinandersetzen müsse, in dem der Verfassungsgesetzgeber unmittelbar auf eine von ihm missbilligte Entscheidung des BVerfG reagiert habe.

Das Bundesverfassungsgericht würde also, so hat der Beklagte ausführlich weiter argumentiert, falls dieses Verfahren auch noch vor seine Schranken gelangen würde, vor der auch für sich einmaligen Situation stehen, nicht nur die Kritik des Verfassungsgesetzgebers zur Kenntnis nehmen, sondern sie auch beachten zu müssen. Das Bundesverfassungsgericht habe angesichts seiner Verfassungsorganqualität und seiner besonderen Stellung innerhalb der Rechtsprechung nur mit wenigen Sanktionen zu rechnen. Es müsse eigentlich außer öffentlicher Kritik nur mit einer Änderung der Normen rechnen, die es vornehmlich anzuwenden habe: Die Verfassungsnormen selbst nämlich (Roellecke, Bundesverfassungsgericht – Aufgaben und Stellung im Verfassungsgefüge; Handbuch des Staatsrechts III, 2005, § 67 Rdnr. 31). Und beides sei hier, soweit ersichtlich, erstmals geschehen. Dass die Einfügung des Staatszieles Tierschutz eine Reaktion des Verfassungsgesetzgebers auf das Schächt-Urteil des Bundesverfassungsgerichtes (BVerfGE 104, 337) darstelle, sei unbestritten (vgl. etwa Scholz, in: Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 20 a, Rdnr. 64; ders. in: Link-Festschrift, 2003, 943, 948).

Auf diese Argumente, die das grundsätzliche Verhältnis von Politik und Rechtsprechung ebenso betreffen wie das Verhältnis der Gerichte zum Verfassungsgesetzgeber ist das BVerwG ebenfalls mit keinem Wort eingegangen. Es hat sich also nicht einmal ansatzweise mit der Entstehungsgeschichte des Staatszieles Tierschutz befasst, obwohl diese und untrennbarem Zusammenhang mit dem Schächt-Urteil des BVerfG von 2002 steht und - wie dargelegt - die Bundestagsabgeordneten bei ihren Beratungen selbst nicht davon ausgegangen sind, es bedürfe auch noch einer Änderung des einfachen

Gesetzes, um einer Verstärkung des Tierschutzes gerade bei Auslegung des § 4a TierSchG Rechnung zu tragen.

b) § 31 BVerfGG als vom Berufungsgericht in den Mittelpunkt seiner Überlegungen gestellte Norm

Das BVerwG verkennt in seinem Urteil den Einwand, der im Zusammenhang mit § 31 Abs. 1 BVerfGG unter Hinweis auf Rechtsprechung und Literatur geltend gemacht worden ist, ganz offensichtlich. Es ging dem Beklagten schlicht darum, dass die eingangs erwähnte Reaktion des Verfassungsgesetzgebers auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichtes aus dem Jahre 2002 auch in diesem Verfahren berücksichtigt werden müsse. Deshalb könne § 31 Abs. 1 BVerfGG nicht als Grundlage dafür dienen, die von Verfassung wegen überholte Rechtsprechung des höchsten deutschen Gerichtes in dieser Sache als nach wie vor verfassungsrechtlich maßgeblich anzusehen. Das ergebe sich schon aus den eingangs gemachten allgemeinen Bemerkungen, folge aber auch aus dem Sinn und Zweck des § 31 BVerfGG selbst. Sinn dieser Norm sei es gerade, den Vorrang der Verfassung zu sichern. Das Bundesverfassungsgericht könne die ihm zugewiesene Aufgabe der Wahrung des Vorrangs der Verfassung und ihrer Effektivierung nur dann erfüllen, wenn seine Entscheidungen mit der notwendigen Verbindlichkeit ausgestattet sei. Dazu diene § 31 BVerfGG. Das bedeute gleichzeitig aber auch, dass immer dann, wenn die Verfassung, deren Vorrang gewahrt werden solle, zwischenzeitlich geändert worden sei, es nichts mehr gebe, dessen Vorrang kraft § 31 BVerfGG noch gewahrt werden müsste. Mit anderen Worten: Der Autoritätsanspruch einer bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung in Bezug auf die Auslegung des Grundgesetzes entfalle immer dann, wenn die in Bezug genommene Verfassungsnorm selbst bzw. ihr grundgesetzlicher Kontext sich in der Zwischenzeit verändert hätten.

Das BVerwG geht mit keinem Wort auf § 31 BVerfGG ein, sondern argumentiert ausschließlich unter Bezug des zuvor niemals angesprochenen und vor allem in der mündlichen Verhandlung nicht erörterten § 144 Abs. 6 VwGO. Zwar räumt das Gericht ein, dass die dort enthaltene Bindungswirkung bei einer Rechtsänderung entfalle, argumentiert aber – ähnlich wie das Berufungsgericht in Bezug auf § 31 BVerfGG –, die Bindungswirkung entfalle nur bei wesentlichen Änderungen der Rechts- und Tatsachenlage und auch nur insoweit sie Wirkung entfalteteten. Die vom Beklagten zu §

31 BVerfGG umfänglich erörterte und verneinte Frage, ob eine solche gespaltene Bindungswirkung einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung im Rahmen einer überhaupt möglich ist, bleibt unerörtert.

Es bleibt unerfindlich, wie das BVerwG auf den § 144 Abs. 6 VwGO als insoweit maßgeblich verfällt. Diese Norm lautet:

.....

(6) Das Gericht, an das die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen ist, hat seiner Entscheidung die rechtliche Beurteilung des Revisionsgerichts zugrunde zu legen.

Dort geht es also eindeutig um die Bindung der Tatsachengerichte an die rechtliche Beurteilung des Bundesverwaltungsgerichts, nicht aber um die Bindung des Bundesverwaltungsgerichts an die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Dafür steht nach einhelliger Meinung (vgl. nur Heusch in Mitarbeiterkommentar BverfGG, 2. Aufl. Rdnr. 29 zu § 31) die Norm des § 31 Abs. 1 BVerfGG zur Verfügung. Deshalb bedarf es auch keiner „entsprechenden Anwendung“ des § 144 Abs. 6 VwGO. Es gibt keine „Normenlücke“, die eine solche entsprechende Anwendung rechtfertigte.

Das Gericht geht also nach folgendem Schema vor. Zuerst wird die bisher unstreitig anwendbare Norm, die im bisherigen Verfahren, aber auch in der Literatur umfänglich erörtert worden ist, einfach ignoriert ebenso wie das darauf bezogene bisherige Vorgehen. Dann wird eine nicht passende Norm aufgefunden, aber nicht geprüft, wie die methodischen Voraussetzungen einer Analogie lauten und ob diese hier vorliegen. Dann wäre ja auch schnell bemerkt worden, dass es bereits eine unmittelbar anwendbare Norm gibt und es somit an der rechtsmethodischen Voraussetzung der (planwidrigen) Regelungslücke fehlt. Und dann wird dies in das Urteil geschrieben, ohne den Beklagten - wiederum entgegen 104 VwGO - über diese absolut ungewöhnliche Rechtsüberlegung zu informieren. Und einer solchen Information hätte es bedurft, weil selbst der rechtskundige und gewissenhafte Prozessbeteiligte nicht damit rechnen muss, dass das höchste deutsche Verwaltungsgericht eine Analogie dort konstruiert, wo eine unmittelbar anwendbare Norm besteht. Darauf muss man erst mal kommen. Jener imaginäre gewissenhafte Prozessbeteiligte, von dem das BverfG immer spricht, und dessen Rechtsvertreter die Voraussetzungen einer Analogie in den Methoden-Lehrbüchern von Radbruch, Larenz, Zippelius und anderen gelernt haben, wird aber sicher nicht darauf kommen.

Das Revisionsgericht hat auch diesen originellen, gleichwohl aber für einen Volljuristen völlig überraschenden Gesichtspunkt im Rahmen der mündlichen Verhandlung nicht zur Debatte gestellt. Dieser Rechtsansicht des BVerwG wäre seitens des Beklagten wegen ihrer offensichtlichen Angreifbarkeit ebenfalls vehement widersprochen worden. Das BVerwG ist lieber den Weg gegangen, diesen neuen Gedanken erst im Revisionsurteil erstmals zu äußern.

c) Ermessen

Der Beklagte hatte in seinem Schriftsatz vom 20.11.2006 weiter die Erwartung geäußert, der beschließenden Senat werde zur Frage Stellung nehmen, ob es sich bei § 4 a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG um eine Ermessensvorschrift handele. Angesichts der neu vorgebrachten Tatsachen wäre ein Eingehen auf diese Frage aber auch unter dem Aspekt notwendig gewesen, dass eine Berücksichtigung der neuen Tatsachen jedenfalls auf der Rechtsfolgenseite im Rahmen eines Ermessens möglich gewesen wäre, wenn es denn ein Ermessen gäbe. Der Senat hatte in Bezug auf die hinsichtlich des Ermessens übereinstimmend formulierte Norm des § 45 Abs. 2 Niedersächsisches Naturschutzgesetz ("darf nur insoweit erteilt werden") entschieden, dass die Erteilung einer Genehmigung bei einer solchen Gesetzesfassung "ohne jeden Zweifel" im Ermessen der zuständigen Behörden stehe, eben weil vom Gesetzgeber die Formulierung "darf nur erteilt werden" gewählt worden sei (Buchholz 406.401 § 24 BNatSchG Nr. 1). Hätte der Senat die fragliche Anspruchsnorm als Ermessensvorschrift verstanden, hätte dies auch für die verfassungsrechtliche Beurteilung von Bedeutung sein können. Eine Ermessensvorschrift hätte - unabhängig vom konkreten Verständnis der Tatbestandsmerkmale "Religionsgemeinschaft" und "zwingende Vorschriften" - Raum für eine einzelfallbezogene Abwägung der Verfassungspositionen "Berufsfreiheit" und "Tierschutz" gelassen.

Hierzu hat der Beklagte darauf hingewiesen, dass der Vermittlungsausschuss, der am 5. Juni 1986 im Rahmen des Anrufungsgrundes 1 die abschließende Formulierung des § 4 TierSchG vorgenommen hat, ausdrücklich von einer Ermessensvorschrift ausgegangen ist. Der Beklagte hatte auf die unwidersprochen gebliebenen Feststellungen der Bundestagsabgeordneten Professor Kreile (Protokoll Vermittlungsausschuss Nr. 5 10/1986, S. 7) und des Ministers Dr. Schwarz (Rheinland-Pfalz) (aaO S. 13) verwiesen. Die Bundesregierung hatte in ihrer Begründung des Tierschutzgesetzes 1986 im Übrigen wie

folgt formuliert: „die Behörde kann eine Ausnahmegenehmigung ... erteilen“ (BT-Drs. 10, 3158, S. 20).

Der Senat hat sich auch zu dieser Argumentation nicht geäußert, sieht man einmal davon ab, dass der stellvertretende Senatsvorsitzende van Schewick in der mündlichen Verhandlung nach Erörterung dieser Frage durch den Unterzeichneten diesem den Wortlaut des von ihm selbst kommentierten § 4 a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG vorlas, auch etwas, was zu den Befremdlichkeiten dieser mündlichen Verhandlung gehörte. Die entscheidende Frage, warum der Senat wohl glaubt, dass es sich hier entgegen dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte um eine Art „Ermächtigungs-Kann“ im Sinne der verwaltungsrechtlichen Terminologie handeln soll, blieb unerörtert und unbegründet und zwar sowohl in der mündlichen Verhandlung als auch in den schriftlichen Urteilsgründen. Das widerspricht § 104 VwGO und stellt ebenfalls einen Gehörsverstoß dar.

In diesem Zusammenhang hat sich allerdings der Vorsitzende Richter Kley im Rahmen der mündlichen Verhandlung zu der fast alle anwesenden Juristen immer noch fassungslos machenden und von mehreren Zuhörern ebenfalls mitgeschriebenen Äußerung hinreißen lassen: „Was die sagen, interessiert uns nicht“. Herr Kley meinte offensichtlich die Mitglieder des im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland vorgesehenen Vermittlungsausschusses, der von einigen Staatsrechtslehrern sogar als Verfassungsorgan angesehen wird. Das gehört zu den Vorkommnissen während der mündlichen Verhandlung, die mehrere Beteiligte aber auch Prozessbeobachter glauben ließen, es nicht mehr mit einem Gericht der Bundesrepublik Deutschland zu tun zu haben. Ein hoher deutscher Richter versteigt sich zu der unglaublichen Äußerung, die Meinung der Mitglieder eines Gesetzgebungsorgans der Bundesrepublik Deutschland, in dem die abschließende Fassung des in Frage stehenden Gesetzes beraten worden ist, interessiere ihn nicht. Es wird davon ausgegangen, dass niemandem erklärt werden muss, warum diese Äußerung so unglaublich ist. Sie ist jedenfalls Ausdruck der hoch problematischen Sitzungsleitung durch den Vorsitzenden, die mehrfach deutlich zum Ausdruck gekommen ist.

3. Zusammenfassung und Würdigung

Das Gericht hat sich, wie unter 1. nachgewiesen, praktisch mit keinem rechtlichen Argument in Bezug auf die Auslegung des Tatbestandes des § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG auseinander gesetzt, jedenfalls soweit es von dem anwaltlichen Bevollmächtigten des Beklagten vorgetragen ist, der – das stand aber in der freien Entscheidung des Beklagten und war insbesondere unter haushaltsrechtlichen Aspekten geboten – erst berufen wurde, nachdem feststand, dass der bisherige beamtete Prozessbevollmächtigte alsbald in den Ruhestand gehen würde. Das spricht dafür, dass das Gericht bereits recht früh über ein - allerdings dann wohl unzureichendes-Votum verfügte und nicht mehr willens war, von dem dort gemachten Entscheidungsvorschlag abzuweichen. Mit Blick auf die entscheidende und allein ausschlaggebende Bedeutung der mündlichen Verhandlung stellt ein solches Ignorieren neuen Rechtsvortrages, der umfänglich mit Quellen untersetzt war, unter Berücksichtigung der eingangs zitierten Rechtsprechung des BVerfG einen Gehörsverstoß im Sinne des § 152 a VwGO dar. Entscheidende und vom Beklagten für wesentlich gehaltene Rechtsausführungen wurden entgegen der Rechtsprechung des BVerfG weder in der mündlichen Verhandlung noch in den schriftlichen Urteilsgründen „verarbeitet“.

Ähnliches gilt für den neuen und unter Berufung auf die eigene Rechtsprechung des BVerwG zulässigerweise in der mündlichen Verhandlung eingeführten Tatsachenstoff. Insoweit ist eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem neuen Vorbringen durch den Senat nicht erfolgt, weil er möglicherweise glaubte, sich einerseits wegen der behaupteten fortbestehenden Bindungswirkung an das BVerfG-Urteil aus dem Jahr 2002 (Komplex: Tötung auch betäubter Tiere in Aerzen entgegen dem klägerischen Vortrag vor dem BVerfG) damit nicht auseinandersetzen zu dürfen und andererseits (Komplex: Verkauf des Fleisches betäubungslos geschlachteter Tiere an Nicht-Muslime) den Beklagten auf den Erlass einer Nebenbestimmung verweisen zu können. Im Hinblick auf den ersten neuen Tatsachengesichtspunkt ist das aber schon deshalb falsch, weil – egal unter welchem rechtlichen Gesichtspunkt – die neue Tatsache die Bindungswirkung überwindet. Deshalb hätte der neue Tatsachenvortrag in Bezug auf das frühere Schlachten betäubter Tiere durch den Kläger in den Urteilsgründen zwingend „verarbeitet“ werden müssen. Der Hinweis auf eine Nebenbestimmung als Möglichkeit der Vergewisserung über ein bedeutsames Tatbestandsmerkmal des § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG („....,denen zwingende Vorschriften ihrer Religionsgemeinschaft den Genuss von Fleisch nicht

geschächteter Tiere untersagen“) ist, wie dargelegt, rechtlich derart zweifelhaft, dass auch diese Überlegung in der mündlichen Verhandlung hätte zur Diskussion gestellt werden müssen (§ 104 VwGO).

Hinzu kommt, dass die Begründung der Bindungswirkung unter Hinweis auf eine Norm erfolgt (§ 144 Abs. 6 VwGO), die bis zum Zeitpunkt der Zustellung des Urteils niemals Gegenstand der Erörterung war und entgegen den Regeln juristischer Methodik im Wege der Analogie herangezogen wurde. Der Beklagten ist durch das prozessrechtswidrige Verschweigen (§ 104 VwGO) dieses gänzlich neuen und ebenfalls rechtlich hoch bedenklichen Arguments daran gehindert worden, seine massiven juristischen Bedenken gegen die Anwendung der neuen Norm in der mündlichen Verhandlung formulieren zu können. Auch das stellt einen Gehörsverstoß dar.

Solches gilt auch für die vom Senat erstmals in den Urteilsgründen aufgezeigte angebliche Möglichkeit, die Glaubensüberzeugung der Kunden des Klägers durch jetzt zu erlassende Auflagen überprüfen zu können. Auch dieses Argument ist in der mündlichen Verhandlung entgegen § 104 VwGO vom Senat nicht eingeführt worden. Auch gegen diese rechtliche Überlegung bestehen – wie dargelegt – erhebliche juristische Bedenken, an deren Formulierung der Beklagte durch das Schweigen des Senats gehindert wurde. Auch das stellt einen Gehörsverstoß dar.

Schließlich erweckt das Vorgehen des Senats unter dem Gesichtspunkt der einerseits sehr kurzen Beratung und andererseits dann rechtswidrigen Überschreitung der Frist zur Absetzung des Urteils weitere Bedenken im Hinblick auf die Gewährung rechtlichen Gehörs. Ausweislich des Protokolls über die mündliche Verhandlung ist diese um 13.04 Uhr geschlossen worden. Die Verkündung des Urteils erfolgte um 15.14 Uhr. Da, wie mehrere Gerichtsbedienstete den wartenden Journalisten und Zuhörern mitteilten, der Senat zwischenzeitlich auch noch zum Mittagessen gegangen war – während dessen nach einhelliger Auffassung nicht beraten werden darf (vgl. nur Baumbach/Lauterbach//Albers/Hartmann, ZPO, 65. Auflage, Rdnr. 1 zu § 193 GVG - , stellt sich die Frage, wann der Senat ernsthaft über den neuen Tatsachenvortrag, der erst mit der Übergabe der Behördenakte in der mündlichen Verhandlung abschließend erfolgte, beraten und dabei auch noch die inhaltsreiche Akte studiert haben will. Umso erstaunlicher, dass in Anbetracht des Mittagessens eine besonders kurze Beratung die schwierigen neuen Rechtsfragen (Berücksichtigungsfähigkeit des neuen Tatsachenstoffs im

Revisionsverfahren, Wegfall einer tatbestandlichen Voraussetzung des § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG, Widerspruch des klägerischen Vorbringens zwischen Bundesverfassungsgericht und Bundesverwaltungsgericht, Reichweite der Bindungswirkung der BverfG-Entscheidung nach neuem Tatsachenvortrag usw.) zu lösen vermochte und weshalb es nicht zu einer Vertagung oder Neu-Eröffnung der mündlichen Verhandlung (§ 104 Abs. 3 Satz 2 VwGO) gekommen ist. Das ist umso verwunderlicher, als die Abfassung der Urteilsgründe dann besonders viel Zeit in Anspruch nahm. Die Entscheidung ist dem Beklagtenvertreter erst am 10.2.2007, also über zweieinhalb Monate nach der mündlichen Verhandlung zugestellt worden. Und anders als der stellvertretende Vorsitzende in einem Schreiben an den Unterzeichneten vor Urteilszustellung feststellte, handelt es sich sehr wohl um einen Verstoß gegen § 117 Abs. 4 Satz 2 VwGO. Die Frage, auf die er möglicherweise anspielt, ist die, ob dieser Rechtsverstoß ein „Fehlen der Urteilsgründe“ (§ 138 Nr. 6 VwGO) bedeutet. Das Nicht-Erreichen der in dieser Zusammenfassung häufig genannten 5-Monats-Frist ist aber nur eine äußere Grenze. Das Urteil kann aber bei Vorliegen anderer Umstände auch zuvor schon an diesem unheilbaren Mangel leiden. Deshalb muss hier zumindest die Frage aufgeworfen werden, wie Kürze der Beratung und Länge der benötigten Zeit zur Urteilsabfassung in Übereinstimmung zu bringen sind. Unbefangene Beobachter könnten auf die Idee kommen, dass die spätere Beratung über die Urteilsfassung doch noch eine unzulässige Beratung über den Urteilsinhalt gewesen sein könnte.

Außerordentlich befremdlich in diesem Zusammenhang ist auch, dass die „Berliner Morgenpost“ am Morgen der mündlichen Verhandlung über seinen Online-Dienst meldete, das Gericht „will noch heute entscheiden“.

Beweis: anwaltliche Versicherung; gfls. eidesstattliche Versicherungen mehrerer Prozeßbeteiligter und Zuhörer als Zeugen vom Hörensagen, denen der Unterzeichnete noch vor der Verhandlung über diese Meldung berichtete.

Wie konnte diese Zeitung über eine solche Absicht des Gerichts wissen, lautet die eine Frage. Die andere aber, wie kamen die Informanten zu der Auffassung, dass Gericht werde noch am 23.11.06 entscheiden. Sollte dies auf Informationen aus dem Gericht beruhen, könnte dies nur bedeuten, dass die Richter trotz des Ihnen noch nicht näher bekannten neuen Tatsachenvortrages und unabhängig vom Verlauf der mündlichen Verhandlung bereits eine Festlegung inhaltlicher Art getroffen hatten.

Dann wäre die mündliche Verhandlung aber nur noch eine Darstellung für die Öffentlichkeit gewesen.

Im Übrigen wird zur Begründung des Gehörsverstoßes auch ausdrücklich Bezug genommen auf die nachfolgende Begründung des Befangenheitsantrages gegen den Richter Kley.

II. Antrag auf Tatbestandsberichtigung

Der Antrag auf Tatbestandsberichtigung gemäss § 119 VwGO, dessen Umfang der Formulierung zu Beginn dieses Schriftsatzes zu entnehmen ist, wird wie folgt begründet:

Der neue Tatsachenvortrag, aber auch das umfängliche bisher im Tatbestand des Urteils ignorierte rechtliche Vorbringen des Beklagten bedürfen der ausdrücklichen Erwähnung in der urkundlichen Form des Urteils. Anders als bei anderen letztinstanzlichen Urteilen, bei denen manchmal mit Blick auf deren Endgültigkeit kein Rechtsschutzbedürfnis für einen Tatbestandsberichtigungsantrag gesehen wird, ist das hier anders. Das Erheben der Anhörungsrüge verdeutlicht, dass der Beklagte im Verhalten des Gerichts einen Verfassungsverstoß sieht, der – mit Blick auf die von ihm erwartete Ablehnung seines Antrages – letztlich vor das Bundesverfassungsgericht getragen werden muss. Daran ist der Beklagte auch nicht gehindert, weil öffentlich-rechtliche Körperschaften unabhängig von ihrer sonst fehlenden Beschwerdebefugnis bei der Geltendmachung von Prozessgrundrechten beschwerdebefugt sind. Der Weg der Anhörungsrüge war lediglich mit Blick auf den verfassungsprozessualen Subsidiaritätsgrundsatz zu gehen. Unter diesen Umständen ist es wichtig zu dokumentieren, dass der Beklagte weitaus mehr rechtlich und tatsächlich vorgetragen hat, als es das Urteil glauben machen will.

III. Befangenheitsantrag

Der Befangenheitsantrag gegen den Vorsitzenden Richter Dieter Kley wird wie folgt begründet.

Der Vorsitzende Richter hat durch seine Art der Sitzungsleitung, aber auch durch seine Äußerungen nicht nur bei dem Beklagten den Eindruck hinterlassen, dass er zu einer unbefangenen Entscheidung dieser Rechtssache

nicht in der Lage ist. Letztlich deutlich ist das dem Beklagten durch den Inhalt der mündlichen Urteilsbegründung und der schriftlichen Urteilsgründe geworden. Insgesamt hat der Vorsitzende Richter durch die Vorkommnisse aber auch den Inhalt des unter seiner Mitwirkung zustande gekommenen Urteils den Eindruck erweckt, dass bei ihm die Bereitschaft gefehlt hat, das Prozessvorbringen des Beklagten vollständig zur Kenntnis zu nehmen und es dementsprechend zu würdigen. Das genügt zur Begründetheit eines Befangenheitsantrages (vgl. OLG Hamm, VersR 1078, 646). Dazu im Einzelnen:

a) mündliche Urteilsbegründung

Der Vorsitzende Richter hat die vom Beklagten in seinen Schriftsätzen intensiv, ausführlich und unter Angabe zahlreicher Quellen aufgeworfene und von ihm selbst bejahte Frage, ob nicht die Einfügung des Staatszieles Tierschutz als solche bereits zu einer Änderung der Auslegung des § 4 a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG im Sinne der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung vom 6. November 2001 führen müsse, im Rahmen einer mehr als kursorischen, oberflächlichen und auch akustisch nur schwer verständlichen Begründung mit der lapidaren Feststellung beantwortet, dass das Staatsziel bei der Frage der Auslegung lediglich „ein kleines Steinchen“ darstelle, das keine andere Funktion habe, als die streitgegenständliche Norm, die vorher verfassungsrechtlich umstritten gewesen sei, verfassungsrechtlich abzusichern. Damit hat er zu erkennen gegeben, dass er zu einer ernsthaften Durchdringung des tatsächlichen und rechtlichen Streitstoffes nicht bereit war und ist. Immerhin war vom Beklagten zuvor ausführlich vorgetragen worden, dass es zuvor in der bundesdeutschen Rechtsgeschichte keinen vergleichbaren Fall gegeben hat, in dem der Verfassungsgesetzgeber als „pouvoir constitué“ und damit als Inhaber der höchsten Gewalt in der Bundesrepublik Deutschland unmittelbar auf ein Urteil des Bundesverfassungsgerichtes reagiert habe. Der Beklagte hat ferner vorgetragen, dass die Frage der Einfügung des Staatszieles Tierschutz gerade im Vorfeld des Bundestagswahlkampfes 2002 in der politischen Debatte eine große Rolle gespielt habe und dass zahlreiche verantwortliche Politiker dieser Republik – nicht zuletzt auch in der Bundestagsdebatte vom 17. Mai 2002 zur Einfügung des Staatszieles Tierschutz – die Erwartung geäußert hatten, dass mit der Verfassungsänderung auch die vom BVerfG vorgenommene Auslegung des § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG obsolet geworden sei, ohne dass es

einer ergänzenden Änderung des einfachen Gesetzesrechts bedürfe.

Dieser Argumentation mit dem Hinweis zu begegnen, dieses Staatsziel sei ein kleines Steinchen“ ist nicht nur ein Affront gegenüber dem Verfassungsgesetzgeber und den zahlreichen Menschen, die sich jahrelang für dieses Staatsziel eingesetzt hatten; es dokumentiert vielmehr, dass der Vorsitzende Richter selbst mit Blick auf ernsthafteste Argumente nicht bereit war und ist, sich mit diesen in angemessener Form auseinanderzusetzen. Damit ist er aus Sicht eines unbefangenen Beobachters nicht mehr in der Lage, das Verfahren unvoreingenommen zu leiten. Das ist Ausdruck einer Befangenheit im Rechtssinne.

Beweis für die Äußerung des Richters Kley im Bestreitensfall: eidesstattliche Versicherung des Unterzeichners sowie zahlreicher weiterer Prozessbeobachter

b) Pressemitteilung des Gerichts **vom 21.11.2006 (!!!!)**

Es wird ferner geltend gemacht, dass die im Anschluss an die mündliche Verhandlung verteilte Pressemitteilung der Pressestelle des Gerichts als Datum den 21.11.2006 trägt, obwohl als zutreffendes Datum der Urteilsverkündung der 23.11.2006 war. Der Präsident des Bundesverwaltungsgerichts, dem dieser Sachverhalt in seiner Eigenschaft als auch für die Pressestelle verantwortlicher Behördenleiter mit Schreiben vom 29.11.2006 unterbreitet worden ist, hat mit Schreiben vom 1.12.2006 mitgeteilt, dass die falsche Datierung der Presseerklärung einem Versehen der Pressestelle entspringe. Er hat die genauen Daten einer Mail des Berichterstatters Dette vom 23.11.2006 in Form des Sendeberichts an den Unterzeichneten übermittelt.

Der Beklagte hat zwar keinen Zweifel an der Korrektheit der Auskunft des Präsidenten. Aber er ist keineswegs sicher, dass der Inhalt beider Presseklärungen der ist, der dem Präsidenten mitgeteilt worden ist, zumal eine Einsicht in die Presseklärungen nicht angeboten wurde. Befremdlich ist auch, dass die Pressemitteilung eine zwar außerordentlich lange Darstellung des bisherigen Verfahrens und des Sach- und Streitstandes vor der mündlichen Verhandlung enthält, zu den Gründen des Verfahrensausgangs sich aber geradezu schweigsam verhält und mit wenigen Worten die maßgeblichen Gründe

allenfalls andeutet. Das entspricht nicht der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts.

Der Beklagte muss somit nach wie vor davon ausgehen, dass der Pressestelle des BVerwG bereits vor der abschließenden Beratung der Sache eine Äußerung über den Ausgang des Verfahrens vorgelegen haben muss, die weit über eine vorläufige Meinungsäußerung hinaus geht und möglicherweise erheblich ausführlicher war, als die letztlich verteilte und veröffentlichte. Das würde bedeuten, dass der Vorsitzende des Senats also zu diesem Zeitpunkt sowohl den Verlauf der mündlichen Verhandlung als auch der abschließenden Beratung als voraussichtlich nicht mehr so bedeutsam angesehen hätte, als dass es ihn an der Beauftragung der Pressemitteilung gehindert hätte. Hierin liegt ein bedeutsamer Unterschied zu der Frage, wer im Vorfeld der mündlichen Verhandlung außer den beteiligten Richtern etwa mit dem Votum umgehen darf (vgl. BVerwG, NVwZ 1987, 127).

Im Übrigen ist kaum anzunehmen, dass die Pressemitteilung in der alleinigen Verantwortung des Berichterstatters formuliert worden ist. Das würde der dem Unterzeichneten bekannten Gerichtspraxis widersprechen, wonach Pressemitteilungen mit dem gesamten Spruchkörper, jedenfalls aber mit dem Vorsitzenden abgestimmt werden und nicht ohne sein Einverständnis hinausgehen.

c) Sitzungsleitung

Durch die Vorkommnisse nach Beendigung der mündlichen Verhandlung reaktualisieren sich auch die Vorkommnisse während der mündlichen Verhandlung, die - jedenfalls nunmehr- ebenfalls auf eine Befangenheit des Vorsitzenden Richters schließen lassen. So hat er - entgegen seiner Erörterungspflicht aus § 104 VwGO - mehrere rechtliche Gesichtspunkte, die nunmehr in den Urteilsgründen eine Rolle spielen, nicht zur Debatte gestellt, obwohl sie im Verlaufe des langjährigen Verfahrens noch nie Erörterungsgegenstand waren.

aa) So ist oben bereits darauf hingewiesen worden, dass eine Auflage zur Sicherstellung allein der Versorgung von gläubigen Muslimen rechtswidrig sein dürfte, jedenfalls aber derart angreifbar ist, dass eine solche Erwägung vorab mit dem Beklagten hätte erörtert werden müssen und dieser dann die bereits bei Begründung der Anhörungsrüge formulierten rechtlichen Bedenken geäußert hätte. Zusätzlich hätte der verantwortliche Amtsleiter des Beklagten darauf hingewiesen, dass eine solche Umdrehung der Darlegungs- und Beweislast

des Klägers hinsichtlich der tatbestandlichen Voraussetzungen zulasten des Beklagten bei einer von ihm zu überwachenden Auflage sein Amt und seine Mitarbeiter überfordern würde.

bb) Auch hinsichtlich § 144 Abs. 6 VwGO hat der Vorsitzende Richter Kley gegen seine ihm im Rahmen der mündlichen Verhandlung nach § 104 VwGO obliegende Erörterungspflicht verstossen. Eine Norm im Wege der analogen Rechtsanwendung erstmals in ein Verfahren in den Urteilsgründen einzuführen, obwohl eine unmittelbar anwendbare Vorschrift in Gestalt des § 31 BVerfGG vorhanden ist, ist, wie oben ausgeführt, rechtlich derart fragwürdig, dass der Beklagte dazu Gelegenheit zur Stellungnahme hätte erhalten müssen.

d) § 4 Abs. 2 Nr. 2 TierSchG als Ermessensvorschrift

Bei Erörterung der vom Unterzeichneten u. a. unter Hinweis auf die Gesetzesberatungen in seinem Schriftsatz vom 20.11.06 aufgeworfenen Frage, ob es sich bei § 4 a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG um eine Ermessensvorschrift handelt, hat die mündliche Verhandlung einen geradezu bizarren Verlauf genommen. Als der Unterzeichnete darauf verwies, dass zwei Mitglieder des Vermittlungsausschusses unwidersprochen von einer Ermessensvorschrift ausgegangen seien, hat sich, wie oben bereits dargelegt, der Vorsitzende Richter Kley zu der fast alle anwesenden Juristen immer noch fassungslos machenden und von mehren Zuhörern ebenfalls mitgeschriebenen Äußerung hinreißen lassen: „Was die sagen, interessiert uns nicht“. Herr Kley meinte offensichtlich die Mitglieder des im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland vorgesehenen Vermittlungsausschusses, der von einigen Staatsrechtslehrern sogar als Verfassungsorgan angesehen wird. Dass ein Richter, der ein Gesetzgebungsorgan der Bundesrepublik Deutschland derart herabwürdigt, zu einer unbefangenen Verhandlung einer Rechtssache nicht mehr imstande ist, in der es um die Auslegung der gesetzgeberischen Arbeit eben dieses Gesetzgebungsorgans geht, bedarf wohl keiner weiteren Begründung.

Beweis hinsichtlich dieser Äußerung im Bestreitensfalle: anwaltliche Versicherung, gfls. Einholung eidesstattlicher Versicherungen mehrerer zu benennender Zuhörer.

Allerdings gibt es ein oder zwei Zuhörer, die die Äußerung des Vorsitzenden in Beziehung zu den Beratungen des Deutschen Bundestages zur Einführung des Staatszieles Tierschutz setzen. Der Unterzeichnete hat eine andere Erinnerung. Hätte der Vorsitzende diese Äußerung sogar im Hinblick auf die Tätigkeit des Verfassungsgesetzgebers gemacht, wäre die Sache allerdings noch sehr viel schlimmer. Der Unterzeichnete glaubt nicht, das ausführen zu müssen.

e) Abwertung des neuen Tatsachenvortrags:

Als besonders schlimm haben die Vertreter des Beklagten, aber auch viele Zuhörer eine weitere Äußerung des Vorsitzenden Richters empfunden, die im Übrigen von allen als klare „Ansage“ des Prozessausgangs angesehen wurde. Der Vorsitzende sagte gleich zu Beginn der mündlichen Verhandlung in Bezug auf das neue Vorbringen des Beklagten einschließlich des neuen Sachvortrages:

„Wir werden überlegen müssen, wie wir künftig derart spätem Vorbringen im Revisionsverfahren einen Riegel verschieben;. Das Bundesverwaltungsgericht ist nicht das Amtsgericht in „Klein-Kleckersdorf““.

Beweis im Bestreitensfalle: anwaltliche Versicherung, gfls. beizubringende eidesstattliche Versicherungen mehrerer Zuhörer sowie Presseartikel

Der Vorsitzende hat somit, obwohl ihm und dem Senat bereits ausführlich schriftlich dargelegt worden war, warum der neue Sachvortrag erst jetzt eingebracht werden konnte und dass ein anderer Senat des BVerwG sogar bei vergleichbaren Sachverhaltskonstellationen eine Pflicht zur Einbringung im Revisionsverfahren für möglich gehalten hat, diese Äußerung getan. Damit war von vornherein klar, dass er nicht mehr bereit war, sich unbefangenen dem neuen Vorbringen zu widmen.

Wenn das Gericht ernsthafterweise zu dem Ergebnis kommen sollte, dass in einem solchen Falle von einem unbefangenen Beobachter keine Befangenheit eines Richters angenommen werden könne, dann sollten sie zuvor etwa mit den zahlreich anwesenden Journalisten sprechen, die sicher unbefangene Beobachter waren und von denen keiner einen Zweifel hatte, dass dieser Richter nicht mehr in der Lage war, dieses Verhandlung objektiv und ergebnisoffen zu Ende zu führen.

Nach allem sind die gestellten Anträge alle begründet.

Hans-Georg Kluge
Rechtsanwalt

Einfache und beglaubigte Abschriften anbei.