

**Hans-Georg Kluge,  
Rechtsanwalt**

## **ZUM SCHÄCHTURTEIL DES BUNDESVERWALTUNGS- GERICHTS - EINE ERSTE ANALYSE**

Urteil vom 23.11.2006 – 3 C 30/05 –

### I. Vorbemerkung

Eine erste Einschätzung des lange erwarteten Urteils – die schriftlichen Urteilsgründe sind entgegen § 117 Abs. 4 VwGO erst nach fast drei Monaten zugestellt worden – zeigt, dass das Gericht sowohl im Tatbestand als auch in den Entscheidungsgründen keines der Argumente mehr aufgegriffen hat, die erst in der Revisionsinstanz – insbesondere nach Einschaltung eines anwaltlichen Beistandes – eingebracht worden sind. Auch wenn dem Gericht diese Konfrontation mit neuen juristischen Argumenten nicht gefallen hat, woran der Vorsitzende Richter Kley zu Beginn der mündlichen Verhandlung keinen Zweifel gelassen hat („wir müssen überlegen, wie wir künftig tatsächlichem Vorbringen in der Revisionsinstanz einen Riegel verschieben“), ist kein Gericht berechtigt, rechtlich erhebliches Vorbringen, das zulässigerweise bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vorgebracht worden ist, schlicht zu übergehen. Im vorliegenden Fall wird deshalb – nach ausführlicher Auseinandersetzung mit den Argumenten des Gerichts bzw. dessen Ignorierung vorgebrachter Argumente – die Empfehlung ausgesprochen, ausnahmsweise von dem Rechtsbehelf der Anhörungsrüge (§ 152 a VwGO) Gebrauch zu machen, jedenfalls aber Antrag auf Tatbestandberichtigung in Form der Tatbestandsergänzung zu stellen. **Bei dieser Empfehlung spielt auch eine Rolle, dass nur auf diese Weise auch öffentlich dokumentiert werden kann, dass der Beklagte es keinesfalls unterlassen hat, auch noch im Revisionsverfahren nahe liegende Argumente in dieses Verfahren einzuführen.**

Im Übrigen zeichnet sich das Urteil durch eine außerordentliche Kargheit der Argumentation aus, die auch unter Berücksichtigung des Knappheitsgebots bei Urteilsabfassung rechtliche Kernfragen unbeachtet lässt. Es spricht viel dafür, dass dem Senat ein unzureichendes Votum vorlag, in dem die aufgeworfenen Rechtsfragen nicht behandelt worden sind – völlig unüblich für das BVerwG, normalerweise werden im vorbereitenden Votum mehr Fragen abgehandelt, als von den Verfahrensbeteiligten aufgeworfen werden – und es nunmehr in der Kürze der verbleibenden Zeit nicht mehr gelungen ist, Antworten auf die

aufgeworfenen Fragen zu finden, wobei selbst bei dieser Verfahrensweise die Fristen des § 117 Abs. 4 VwGO nicht einmal ansatzweise eingehalten worden sind. Dem Verfasser dieser Ausführungen ist nicht erinnerlich, als berichterstattender Richter jemals die Fristen des § 117 VwGO überschritten zu haben. Warum das dem Bundesverwaltungsgericht mit dem unerheblichen Hinweis auf „Urlaub“ von Senatsmitgliedern – so der stellvertretende Senatsvorsitzende van Schewick in einem Schreiben an den Verfasser – erlaubt sein soll, bleibt unerfindlich. Dabei wird nicht übersehen, dass dieser Rechtsverstoß erst bei einem Zeitraum von über 5 Monaten zu einer generellen Unwirksamkeit des Urteils führt. Der Hinweis auf den Rechtsverstoß sollte bei der Einlegung weiter Rechtsbehelfe aber keinesfalls vergessen werden.

## II. Argumentationsgang des Gerichts und Kritik

### 1. Argumentationsgang bei Auslegung des § 4a TierSchG

#### a) zum Tatbestandsmerkmal „Religionsgemeinschaft“

Das Gericht sieht sich bei Auslegung des § 4a TierSchG in der Tradition seiner eigenen Rechtsprechung und verweist auf seine Entscheidung vom 23. November 2000 (BVerwGE 112, 227). Dort hatte derselbe Senat - allerdings bis auf eine Ausnahme in veränderter personeller Zusammensetzung - entschieden, dass als Religionsgemeinschaften auch solche Gruppen innerhalb des Islam in Betracht kämen, deren Glaubensrichtung für sich die zwingende Notwendigkeit des betäubungslosen rituellen Schächtens als anerkannte bindende Verhaltensregel betrachteten. Auf diese Auslegung habe sich auch das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 15. Januar 2002 (BVerfGE 104, 337, 353 ff.) zustimmend bezogen (UA Bl. 6). Deshalb bedürfe es keiner bestimmten Verfasstheit oder der Sichtbarkeit einer Organisation. Da es gesetzliches Anliegen sei, der willkürlichen Durchbrechung des Betäubungsgebots unter Berufung auf eine individuelle Glaubensüberzeugung entgegenzuwirken, reiche es aus, wenn der Betreffende mit **„einer nennenswerten Zahl Gleichgesinnter aus seinem Glauben das zwingende Verbot des Verzehrs von Fleisch nicht geschächteter Tiere herleitet“**. Zwar dürfe sich die gemeinsame Glaubensüberzeugung nicht allein auf das Schächten beschränken. Das bedeute aber nicht, dass die Mitglieder der Religionsgemeinschaft sich auch in anderen Fragen als dem Schächten von den Glaubensinhalten des Islam absetzen oder unterscheiden müssten. Entscheidend sei vielmehr, ob eine Gruppe von Muslimen aus den Grundlagen ihrer Religion die zwingende Verpflichtung zum Schächten von Schlachttieren entnehme (UA Bl. 6).

#### b) zum Tatbestandsmerkmal „zwingende Vorschriften“

Nach Auffassung des Gerichts habe das dargestellte Tatbestandsverständnis hinsichtlich des Vorliegens einer „Religionsgemeinschaft“ auch Auswirkungen auf die Auslegung des Merkmals der „zwingenden Vorschriften“, das ebenfalls in § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG enthalten ist. Es komme nicht darauf an, ob die Gemeinschaft als Organisation das betäubungslose Schlachten dekretieren und den Mitgliedern aus eigener Machtvollkommenheit auferlegen könne. Entscheidend sei vielmehr, ob die „verbindende Glaubensüberzeugung diese Art des Schlachtens zwingend gebietet“ (UA. Bl. 7).

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

Nach Auffassung des BVerwG hat sich durch die Einfügung des Tierschutzes in das GG die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG verschoben. Während bisher vornehmlich zu prüfen gewesen sei, ob das „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ eine unangemessene Einschränkung der Grundrechte des Klägers bewirke, sei nunmehr auch „und gleichsam gegenläufig“ zu prüfen, ob die ausnahmsweise Erlaubnis zum betäubungslosen Schlachten mit Art. 20 a GG vereinbar sei. Dabei müsse berücksichtigt werden, dass trotz der verfassungsrechtlichen Aufwertung des Tierschutzes dieser keinen Vorrang gegenüber anderen Verfassungsgewährleistungen besitze. Es sei vorrangig Aufgabe des Gesetzgebers, einen gerechten Ausgleich des Tierschutzes mit widerstreitenden Grundrechten herzustellen (UA Bl. 7). In diesem Zusammenhang sei durch die Entscheidung des BVerfG vom 15. Januar 2002 nach wie vor **„uneingeschränkt vorgegeben“**, dass für einen Schlachter, dessen berufliche Tätigkeit durch die Zielsetzung gekennzeichnet sei, „seine – durch eine entsprechende Glaubensüberzeugung gebundenen – Kunden mit dem Fleisch (betäubungslos) geschächteter Tiere zu versorgen, das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art 4 GG streitet“ und dies bei der Auslegung des § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG zu beachten sei (UA Bl. 8).

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

Das Gericht hält es entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ferner für ausreichend, dass die gemeinsame Glaubensüberzeugung lediglich substantiiert und nachvollziehbar dargelegt werde. Eines Nachweises der tatbestandlichen Voraussetzungen bedürfe es nicht (UA Bl. 8).

e) Auseinandersetzung mit dem neuen Tatsachenstoff

Das Gericht setzt sich so gut wie gar nicht mit dem neuen Tatsachenvorbringen des Beklagten auseinander, in welchem unter Hinweis auf die vom BVerwG selbst aufgestellten Voraussetzungen eines

ausnahmsweisen Einbringens von neuem Tatsachenstoff in das Revisionsverfahren folgendes unter Beweisantritt vorgetragen wurde:

aa) Der Kläger verkauft das Fleisch geschächteter Tiere auch an Nicht-Muslime, so etwa in einem türkischen Supermarkt in Wetzlar.

bb) Der Kläger hat im Kreis Hameln - anders als vor dem Bundesverfassungsgericht als rechtserheblich vorgetragen und von diesem auch so gewürdigt - Tiere auch betäubt geschlachtet, ohne dass er hierin einen Verstoß gegen die ihm auferlegten Glaubensgebote gesehen hätte.

Das BVerwG setzt sich inhaltlich mit diesem Vortrag nicht mehr auseinander, sondern weist darauf hin, dass es der Beklagte in der Hand habe, durch „Auflagen“ sicherzustellen, dass der Kläger das betäubungslose Schlachten lediglich in dem Umfang betreibe, wie es zur Versorgung der Kunden notwendig sei, die aus religiösen Gründen nur Fleisch von geschächteten Tieren verzehren dürften (UA. Bl. 9).

## 2. Kritik an der Argumentation des Gerichtes

### a) zum Tatbestandsmerkmal „Religionsgemeinschaft“

Das BVerwG suggeriert zu Unrecht, dass es sich auf dem Boden der eigenen Rechtsprechungslinie bewege. 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 diejenige hinsichtlich der Betäubungslosigkeit der zu schlachtenden Tiere ist. Das BVerwG hat sich seinerzeit in der in Bezug genommenen Entscheidung 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 und wer ihr angehört usw. 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. Diese Religionsgemeinschaft ist ein „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 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). Diese Tatbestandsaufweichung 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 bis zum heutigen Tag niemand sagen kann und jetzt nach Auffassung des BVerwG 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 der Bestimmtheit des Tatbestandes der fraglichen Norm vereinbar sein soll, bleibt unerfindlich.

**Diese Argumente sind dem BVerwG umfänglich vorgetragen worden. Es geht mit keinem Wort auf diese Argumentation ein.**

b) zum Merkmal „zwingende Vorschriften“

Das BVerwG enthält sich völlig der Frage, wie bei einer Auslegung des § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG, die nach Einfügung des Staatszieles Tierschutz nicht mehr „verfassungskonform“ ausgelegt werden muss – das BVerwG behauptet solches auch nicht -, 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. Das bestreiten auch die betroffenen Muslime nicht. Worin liegt dann der Zwang? **Auch diese Frage des Beklagten, die zuvor auch in der Literatur ausdrücklich aufgeworfen worden war, ist 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 – 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, begründet dies aber rechtlich nicht näher. Vielmehr wird von ihm behauptet, eine im Vergleich zur Schächt-Entscheidung des BVerfG veränderte Auslegung würde zu einer vom Gesetzgeber nicht gewollten Privilegierung des Tierschutzes führen.

Insoweit 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). Es hat vielmehr erst bei der konkreten, auf den Einzelfall des Klägers bezogenen Güterabwägung ein verfassungsrechtliches Defizit gesehen (a.a.O. 353).

Es hat bei dieser 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. 350, 353). 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 an anderen Orten keineswegs aus religiösen Gründen gehindert gesehen hat, Tiere betäubt zu schlachten. Mit anderen Worten: Der Kläger hat auch 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 dieser notwendigen Rechtsprüfung entzogen, indem es eine vermeintliche Bindungswirkung der BVerfG-Entscheidung konstruiert, die aber schon durch die Änderung der genannten wesentlichen Tatsache obsolet wäre. Das bestreitet das BVerwG auch nicht etwa, sondern es entzieht sich schlicht dieser Frage, in dem es den neuen Sachvortrag allein als ein Problem späterer Auflagen begreift. Dabei ist es aber eben schon ein Problem der Bindungswirkung. **Auch darauf ist das Gericht ausdrücklich und substantiiert in dem Schriftsatz des Beklagten vom 20.11.2006 hingewiesen worden. Darauf eingegangen ist es mit keinem Wort, sondern behandelt das Argument in einem anderen rechtlichen Zusammenhang, bei der Frage nämlich, ob der Beklagte die neuen Tatsachen mittels Auflagen verarbeiten soll.**

**Auch dass bereits im Schriftsatz des Beklagten vom 3.11.2007 umfänglich dazu vorgetragen worden ist, dass eine Fortführung der Auslegung des § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG aus Rechtsgründen keine Privilegierung des Tierschutzes bedeute, wie es das BVerwG nunmehr aber wiederum behauptet, wird schlicht ignoriert.**

Damit bleiben folgende **vorgetragenen und bisher auch von den Vorinstanzen nicht behandelten Argumente** 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 Tierschutz einerseits und Religionsfreiheit/Berufsfreiheit/allgemeine Handlungsfreiheit andererseits real schon vorhanden ist. Das übersehen auch die Autoren, die ein Leerlaufen der Religionsfreiheit für den Fall einer vom Staat

verlangten Elektrokurzzeitbetäubung fürchten. Der Blick vom Olymp des Verfassungsrechts in die Niederungen profanen bundesdeutschen Schlachtrechts lehrt nämlich etwas anderes: **Mit dem gegenwärtigem Tierschutzrecht ist auch eine Elektrokurzzeitbetäubung ohne Sondergenehmigung nach § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG nicht vereinbar.** Sie ist vielmehr eine Konzession des Tierschutzes an die Religionsfreiheit. Denn bereits 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 sind:

"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 Herzgend 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."

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

Das BVerwG hält die substantiierte nachvollziehbare Darlegung der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 4 a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG für ausreichend.

Selbst wenn man insoweit eine verfassungskonforme Auslegung nach wie vor für prinzipiell notwendig hielte, wäre nicht nachvollziehbar, woher die Merkmale „substantiiert und nachvollziehbar“ stammen sollen. 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 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, der als Tatsache der inneren Lebenswirklichkeit nie voll beweisbar sein kann. Vorliegend ist die Situation aber eine andere. Der Kläger soll im Gegensatz dazu 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**

**eben anders als beim Fall des koedukativen Sportunterrichts 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 durch 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 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 BVerwGE 99, 1 definiert worden ist, zurückgegriffen werden, aber auch auf den in 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. **Denn das Gericht entzieht sich auch hier wiederum dem durch die Begründung der Revision angebotenen und erwarteten juristischen Diskurs durch beharrliches Schweigen und durch extreme Verkürzung des Rechtsvortrages des Beklagten im Tatbestand des Revisionsurteils.**

#### e) Auseinandersetzung mit dem neuen Tatsachenstoff

Das BVerwG entzieht sich einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit der unter II. 1. e) vorgetragene Argumentation 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 insbesondere hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals gelten, wonach der Kläger das betäubungslose Schlachten lediglich in dem Umfang betreiben praktizieren soll, wie es zur Versorgung von Kunden notwendig ist, die aus religiösen Gründen nur Fleisch von geschächteten Tieren verzehren dürfen.

Das weckt seinerseits Bedenken. 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. 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 in die Auflagen verschiebt. Kernfragen des Genehmigungstatbestandes dürfen aber nicht in Auflagen verschoben werden (OVG Lüneburg, DVBl. 1984, 229. 231; VGH Mannheim, VGHBW-Ls 1995, Beilage 7, B1). Es spricht vieles dafür, dass auch die Frage, ob der Schlachter (nur) die wirklich in dem beschriebenen religiösen Gewissenskonflikt befindlichen Gläubigen mit dem Fleisch geschächter Tiere beliefert, eine solche **zentrale** Frage des Genehmigungsbestandes geht. Dann erscheint es zumindest rechtlich sehr fragwürdig, wenn das Gericht den Beklagten nunmehr auf diese Variante verweist. Und zwar 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 verwehren 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 in einem Rechtsgespräch in der mündlichen Verhandlung zur Debatte zu stellen.**

### III. vorgetragene, aber ignorierte Argumente

#### 1. 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 ferner darauf hingewiesen, dass das Gericht sich, soweit ersichtlich, erstmals mit einem Fall auseinandersetzen musste, in dem der Verfassungsgesetzgeber unmittelbar auf eine von ihm missbilligte Entscheidung des BVerfG reagiert hat.

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 in 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 der verfassungsrechtlichen Verstärkung des Tierschutzes gerade bei Auslegung des § 4a TierSchG Rechnung zu tragen.**

#### 2. § 31 BVerfGG als vom Berufungsgericht in den Mittelpunkt seiner Überlegungen gestellte Norm

Das BVerwG verkennt 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 lediglich 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 insbesondere aus dem Sinn und Zweck des § 31 BVerfGG. 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 Effektuierung nur dann erfüllen, wenn seine Entscheidungen mit der notwendigen Verbindlichkeit ausgestattet seien. 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 auf den 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 Rechtsänderungen und auch nur insoweit sie Wirkung entfalteteten.

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 ja auch 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.

**Bedarf es noch der Erwähnung? Natürlich hat das Revisionsgericht auch diesen Gesichtspunkt im Rahmen der mündlichen Verhandlung nicht zur Debatte gestellt. Dieser Rechtsansicht des BVerwG, mit der kein „gewissenhafter Prozessbeteiligter“ zu rechnen brauchte, 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 schriftlich erstmals zu äußern und einer Auseinandersetzung darüber aus dem Weg zu gehen.**

### 3. 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 handle. 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 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 hier 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 „allgemeine Handlungsfreiheit (Berufsfreiheit)" und "Tierschutz" gelassen.

Der Beklagte hat 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). Ausgangspunkt der gesetzgeberischen Aktivitäten war also offensichtlich ein Entwurf, der ebenfalls von einem behördlichen Ermessen ausging. Auch das ist dem erkennenden Senat vorgetragen worden.

**In diesem Zusammenhang hat sich der Vorsitzende Richter Kley im Rahmen der mündlichen Verhandlung zu der gerade unglaublichen und von mehreren Zuhörern ebenfalls mitgeschriebenen Äußerung verstiegen: „Was die sagen, interessiert uns nicht“. Herr Kley meinte offensichtlich die Mitglieder des Vermittlungsausschusses. 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 Äußerung, die Meinung der Mitglieder eines Gesetzgebungsorgans der Bundesrepublik Deutschland, in dem die abschließende Fassung des in Frage stehenden Gesetzes beraten wird, interessiere ihn nicht. Es wird davon ausgegangen, dass niemandem erklärt werden muss, warum diese Äußerung so befremdlich ist. Sie ist jedenfalls Ausdruck der hoch problematischen Sitzungsleitung durch den Vorsitzenden, die auch bei anderen Gelegenheiten mehrfach deutlich zum Ausdruck gekommen ist.**

#### 4. Bestimmtheit

Der Beklagte hat – ebenfalls im Schriftsatz vom 20.11.06 – mit der Bitte um ein auch darauf bezogenes Rechtsgespräch um eine eindeutige Klärung des Begriffs der Religionsgemeinschaft in § 4 a Abs. 2 Nr. TierSchG, die zuvor durch Hessischen VGH nicht stattgefunden hatte, gebeten.

Der Beklagte wies darauf hin, dass sich als besonders problematisch erweise, dass bei einer weiteren Relativierung dieses Rechtsbegriffes auch § 18 Abs. 1 Nr. 6 TierSchG (Ordnungswidrigkeit wegen Verstoßes gegen § 4 a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG) nicht mehr hinreichend sicher ausgelegt werden könne und damit als Ermächtigungsgrundlage für Bußgelder derzeit ausscheide. Denn immer dann, wenn eine OWi-Vorschrift an andere Vorschriften anknüpfe, in denen Voraussetzungen und Umfang

einer solchen Pflicht festgelegt worden seien, sei dem Bestimmtheitserfordernis nur dann genügt, wenn die Verweisungsnorm hinreichend klar erkennen lasse, welche anderen Vorschriften im einzelnen gelten sollen, **und wenn diese ihrerseits hinreichend bestimmt seien (vgl. BVerfGE 92, 191, 197 m.w.N.).**

Da es sich – so argumentierte der Beklagte weiter – bei § 18 Abs. 1 Nr. 6 TierSchG um die Rechtsgrundlage für die Verhängung von Bußgeld handele, gelte insoweit nicht lediglich der allgemeine rechtsstaatliche Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 20 GG, sondern sogar Art. 103 Abs. 2 GG (BVerfGE 71, 08, 114). Sei dem aber so, unterliege auch der Begriff der Religionsgemeinschaft in § 4 a Abs. Nr. 2 TierSchG dem strengen Bestimmtheitserfordernis des Art. 103 Abs. 2 GG. Denn § 18 Abs. 1 Nr. 6 TierSchG begnüge sich mit der schlichten Verweisung auf § 4 a TierSchG, so dass der in den zitierten bundesverfassungsrechtlichen Entscheidungen angesprochene Fall der Notwendigkeit der doppelten Bestimmtheit hier vorliege. Fehle es an der Bestimmtheit im beschriebenen Sinne, wäre § 18 Abs. 1 Nr. 6 TierSchG insoweit verfassungswidrig. Dieses vom Gesetzgeber nicht gewollte Ergebnis könne nur vermieden werden, wenn dem genannten Tatbestandsmerkmal ein Inhalt gegeben werde, der es dem Rechtsunterworfenen ermögliche, sich in zumutbarer Weise Kenntnis von der gesetzlichen Normanforderung zu verschaffen. Davon könne im Augenblick keine Rede sein. Die schlichte Gemeinsamkeit einer oder mehrerer religiöser Überzeugungen sei notwendige aber nicht hinreichende Voraussetzung einer abschließenden Klärung dieses Tatbestandsmerkmals.

Dieser Argumentation könne auch nicht entgegen gehalten werden, dass § 18 Abs. 1 Nr. 6 TierSchG nur das Fehlen einer Ausnahmegenehmigung als solcher 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 komme aber nicht in Betracht, weil es gegen das Grundgesetz verstieße. Das BVerfG habe klargestellt, dass der Gesetzgeber immer dann, wenn er ein missbilligtes Verhalten unter Buße oder Strafe stellen wolle, ausdrücklich klarstelle müsse, wenn er schon den rein formellen Verstoß (der fehlenden Genehmigung) als sanktionsauslösend betrachten wolle (BVerfGE 87, 399, 411). Das sei in § 18 Abs. 1 Nr. 6 TierSchG nicht geschehen. Damit gehöre die materielle Rechtsvorschrift notwendig mit zu dem Tatbestand, der dem Bestimmtheitsgebot nach Art. 103 Abs. 2 GG genügen müsse.



**Auch auf dieses Argument ist das BVerwG nicht eingegangen. § 18 Abs. 1 Nr. 6 TierSchG wird daher in Zukunft kaum noch praktische Bedeutung erlangen. Der Betroffene wird künftig also schon mit der schlichten Behauptung einer ordnungswidrigkeitsrechtlichen Verfolgung entgehen können, er gehöre dem Kundenkreis des Klägers an, und er sei selbst in Person zu der Überzeugung gelangt, dass sein Glaube von ihm das betäubungslose Schlachten verlange.**

#### IV. möglicher Verstoß gegen das Gebot rechtlichen Gehörs

Das BVerfG hat mehrfach den Anspruch auf die Gewährung rechtlichen Gehörs auch auf die Äußerung von Rechtsmeinungen erstreckt. So hat es geäußert, dass der in Art. 103 Abs. 1 GG verbürgte Anspruch auf rechtliches Gehör eine Folgerung aus dem Rechtsstaatsgedanken für das gerichtliche Verfahren sei. Der Einzelne solle nicht bloßes Objekt des Verfahrens sein, sondern solle vor einer Entscheidung, die seine Rechte betreffe, 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 könne, gewährleiste 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 könne es in besonderen Fällen auch geboten sein, den Verfahrensbeteiligten auf eine Rechtsauffassung hinzuweisen, die das Gericht der Entscheidung zugrunde legen wolle. Eine dem verfassungsrechtlichen Anspruch genügende Gewährung rechtlichen Gehörs setze voraus, dass der Verfahrensbeteiligte bei Anwendung der von ihm zu verlangenden Sorgfalt zu erkennen vermöge, auf welche Gesichtspunkte es für die Entscheidung ankommen könne. Es könne im Ergebnis der Verhinderung eines Vortrags zur Rechtslage gleichkommen, wenn das Gericht ohne vorherigen Hinweis auf einen rechtlichen Gesichtspunkt abstelle, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter selbst unter Berücksichtigung der Vielfalt vertretbarer Rechtsauffassungen nicht zu rechnen brauchte.

Wie im Einzelnen dargelegt und belegt, ist das BVerwG auf eine Vielzahl von rechtlichen Argumenten des Beklagten nicht eingegangen, obwohl diese neu waren und sich ihrerseits auf eine gesicherte Rechtsprechung stützen konnten. Im übrigen hat, was ebenfalls dargelegt wurde, das BVerwG in der schriftlichen Urteilsbegründung mehrere Argumente kreierte,

die ihrerseits neu waren und die eine vehemente Argumentation dagegen ausgelöst hätten.

#### V. Empfehlung

**Unter diesen Umständen halte ich hier einen der ganz wenigen Fälle für gegeben, in dem von dem außerordentlichen Rechtsbehelf des § 152 a VwGO (Anhörungsrüge) Gebrauch gemacht werden sollte. Das gäbe auch die Gelegenheit, öffentlich darzustellen, dass der Beklagte es keinesfalls unterlassen hat, nahe liegende Argumente vorzutragen und dass der Tatbestand insoweit wesentlich verkürzt worden ist. Deshalb empfehle ich ferner dringend einen Antrag auf Tatbestandsberichtigung.**