

# SCHUMACHER & PARTNER

## RECHTSANWÄLTE

Schumacher & Partner, Steinstraße 16 - 18, 40212 Düsseldorf

Oberverwaltungsgericht Münster  
Aegidiikirchplatz 5  
48143 Münster

Vorab per Telefax: 0251 505-352

### Ab 01.08.2011 bitte neue Anschrift beachten

Datum: 26.08.2011  
Unser Zeichen: 94/11RK30KUB

Ansprechpartner: Robert W. Kubach  
Sekretariat: Frau Lucas  
D2/D3894

### In dem Verwaltungsrechtsstreit

**Az.: 4 B 978/11**

der DTG Trading GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer, Herrn  
Dr.-Ing. Rudolf Hannot, Grabenstraße 70, 52382 Niederzier

**- Antragstellerin und Beschwerdeführerin -**

### Bevollmächtigter:

RAe Schumacher & Partner, Steinstraße 16-18, 40212 Düsseldorf

### g e g e n

das Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch die  
Regierungspräsidentin, Bezirksregierung Köln, Zeughausstraße 2-10,  
50667 Köln

**- Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin -**

begründen wir unsere vor dem Verwaltungsgericht am 04.08.2011  
eingelegte Beschwerde wie folgt und beantragen:

FRANZ SCHUMACHER †  
Rechtsanwalt (bis 2005)  
VOLKER HENN-ANSCHÜTZ  
Rechtsanwalt  
RALF HAMANN  
Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
DR. ROBERT W. KUBACH  
Rechtsanwalt  
RALF BEDNAREK, LL.M.  
Rechtsanwalt  
MICHAEL BUSCH  
Rechtsanwalt  
DANICA STANOJEVIC  
Rechtsanwältin,  
Wirtschaftsmediatorin (IHK)  
CAROLINE WEGENER  
Rechtsanwältin,  
Fachanwältin für Familienrecht  
KATJA BERTMANN, LL.M.  
Rechtsanwältin  
ROGER GAUFNY  
Rechtsanwalt  
JULIA BLAICH  
Rechtsanwältin  
REZZAN GÜZEL  
Rechtsanwältin  
THOMAS JOSCHKO  
Rechtsanwalt  
MARZENA PASZKOWSKA  
Rechtsanwältin

### DÜSSELDORF

Steinstraße 16 - 18  
40212 Düsseldorf  
Tel. 0211/863224-0  
Fax 0211/863224-99  
LG Düsseldorf Fach 290  
Steinstraße/Königsallee

### STANDORTE

Düsseldorf  
Berlin  
Hamburg  
Essen  
München  
Köln  
Stuttgart

### KOOPERATION

SCHUMACHER & PARTNER  
Rechtsanwälte Notare  
Steuerberater, Essen

Ust.Id.-Nr. DE234900109

Volksbank Düsseldorf Neuss eG  
National-Bank AG  
Stadtsparkasse Düsseldorf

Konto Nr. 210 247 1027  
Konto Nr. 141 09 62  
Konto Nr. 100 229 29

BLZ 301 602 13  
BLZ 360 200 30  
BLZ 300 501 10

[www.schumacherundpartner.de](http://www.schumacherundpartner.de)

Schumacher & Partner Düsseldorf  
ist eine eingetragene Partnerschaft,  
Amtsgericht Essen unter PR 1987

1. Unter Aufhebung des Beschlusses des VG Aachen vom 26.07.2011 wird die aufschiebende Wirkung der gleichzeitig erhobenen Anfechtungsklage gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung der unter (I.) und (II.) erlassenen und am 10.01.2011 zugestellten Ordnungsverfügung wiederhergestellt.

2. das Verfahren wird an das Verwaltungsgericht Aachen zur Neuentscheidung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Oberverwaltungsgerichts Münster zurück überwiesen.

#### **Begründung:**

Der Beschluss des VG Aachen vom 26.07.2011 ist aufzuheben, da es in weiten Teilen einen falschen Prüfungsmaßstab anlegt und die angeführten Argumente im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsabwägung nicht überzeugen. Dabei lässt das VG in seiner Entscheidung relevanten Sachvortrag der Antragstellerin aufgrund des falschen Prüfungsmaßstabes außer Acht und kommt infolge dessen zu einer falschen Entscheidung. Hierzu im Einzelnen:

#### **I. Prüfung der Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung vom 05.01.2011 und Rechtswidrigkeit nach deutschem Verfassungsrecht**

Das VG Aachen verkennt, dass gemessen an den Vorgaben der deutschen Grundrechte die Untersagungsverfügung vom 05.01.2011 ungeeignet und unverhältnismäßig im engeren Sinne ist, da das Interesse der Antragstellerin an ihrer Kunstfreiheit dem Interesse des Antragsgegnerin an umweltschützenden Eingriffen bei weitem überwiegt. Dies verkennt das VG Aachen insbesondere deswegen, weil es fälschlicherweise davon ausgeht, dass deutsche Grundrechte für die Entscheidung des Rechtsstreits unerheblich sind.

1. Kein Angriff der Verordnung (EU) 244/99 und daher keine Beurteilung anhand der europäischen Grundrechtscharta

Das VG Aachen scheint zu verkennen, dass sich die Antragstellerin eben nicht – wie die Antragsgegnerin stets zu suggerieren versucht - nicht gegen die Verordnung (EU) 244/99

als solche wendet, sondern konkret gegen die Untersagungsverfügung vom 05.01.2011 der Bezirksregierung. Folglich prüft das VG rechtsirrig in seinem Beschluss, ob das **grundsätzliche Verbot** von Glühlampen durch die Verordnung (EU) 244/99 europäische Grundrechte der Antragstellerin verletzt und verneint dies im Ergebnis unzutreffend.

Das VG hätte jedoch zunächst die Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung vom 05.01.2011, insbesondere auch im Bezug auf ihre Verhältnismäßigkeit prüfen müssen. Auf Blatt 11 des Beschlusses im Obersatz suggeriert das VG zwar eine vermeintliche Prüfung der Untersagungsverfügung anhand von Grundrechten. Formulierungen wie

*„Der EU-Normgeber überschreitet seinen gesetzgeberischen Spielraum nicht, wenn er ... zu dem Ergebnis kommt, dass Ökodesign-Richtlinien und Haushaltslampen-Verordnung zur Zielerreichung geeignet und erforderlich sind.“*(Blatt 12 der Entscheidung)

lassen allerdings keinen Zweifel aufkommen, dass das VG Aachen in Wahrheit die Vereinbarkeit der Verordnung (EU) 244/99 mit europäischen Grundrechtspositionen untersucht. Damit spart das Verwaltungsgericht – denknotwendig - die konkreten Einzelumstände der Heatball-Aktion wie etwa die Einmaligkeit der Aktion mit Ihrer Beschränkung auf 40.000 Exemplare, die positive Energiebilanz und den Kunstcharakter, als tragende Argumente völlig aus. Vor diesem Hintergrund ist die angegriffene Entscheidung des VG nicht nur fehlerhaft, sondern zudem spart den eigentlichen Prüfungs- und Streitgegenstand aus.

## 2. Anwendbarkeit deutscher Grundrechte

Das VG Aachen verkennt als Folge des der fehlenden Fokussierung auf den tatsächlichen Streitgegenstand, dass die Untersagungsverfügung mitnichten auf der Verordnung (EU) 244/99 beruht, sondern auf der Ermächtigungsgrundlage des § 7 Abs. 3 Satz 1 des Gesetzes über die umweltgerechte Gestaltung energiebetriebener Produkte (EBPG), mithin auf nationalem Recht. Die Verordnung (EU) 244/99 gibt lediglich Rahmendaten wieder, die die Antragsgegnerin prüfen muss.

Daher ist bei einer juristischen Bewertung der Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung vom 05.1.2011 im Rahmen der Verhältnismäßigkeit nach den Maßstäben der deutschen Grundrechtsdogmatik eine Beurteilung vorzunehmen. Zu untersuchender Einzelfall ist also, ob das **konkrete Verbot** des Inverkehrbringens der „Heatball“ im Einzelfall unverhältnismäßig war.

Die Prüfung, die das VG Aachen vorgenommen hat, nämlich die Frage, ob die Verordnung (EU) 244/99 und das **grundsätzliche Verbot** von Haushaltslampen mit bestimmten Parametern gegen die europäischen Grundrechtscharta verstößt, war nicht Streitgegenstand und nicht zu entscheiden.

### 3. Unverhältnismäßigkeit der Untersagungsverfügung

Gemessen an den Voraussetzungen für ein verhältnismäßiges Eingreifen der Exekutive in die Freiheitsrechte der Antragstellerin ist die Untersagungsverfügung ungeeignet, nicht erforderlich und nicht angemessen.

#### 3.1. Ungeeignetheit der Untersagungsverfügung

Die Untersagungsverfügung nimmt für sich in Anspruch, das Inverkehrbringen der „Heatball“ zu untersagen, da dies nach den Forderungen der EU zur umweltgerechten Gestaltung von Beleuchtungsmitteln geeignet sei. Dies ist jedoch – wie bereits mehrfach schriftsätzlich vorgetragen – nicht der Fall. Die Untersagungsverfügung ist nicht geeignet, den Schutz der Umwelt zu gewährleisten. Wie bereits dargelegt und von der Gegenseite nicht bestritten, ist ein maßgeblicher Aspekt der Heatball-Satireaktion eine Regenwaldspende in Höhe von 30 ct pro gekauftem Objekt, mit denen Aufforstungsprojekte zur CO<sub>2</sub> Bindung in den Tropen finanziert werden. Kern dieser Aktion, welche auf [www.heatball.de](http://www.heatball.de) nachverfolgt und erläutert wird/werden kann ist der Nachweis, dass den Belangen der Umwelt und der CO<sub>2</sub> Reduktion auf besserem Wege nachgekommen werden kann, als durch den flächendeckenden Einsatz von Energiesparlampen.

Aus diesem – nur für den Fall der Heatball-Aktion zutreffenden Sonderumstand – ergibt sich jedoch gerade die Ungeeignetheit der Untersagungsverfügung zum Schutze der Umwelt:  
Wie bereits mit

#### **Anlage ASt 21**

belegt, geht von dem Heatball-Objekt durch die Heatball-Aktion keine zu vermeidende Gefahr für die Umwelt aus. Vielmehr fördert es gerade den Umwelt- und Klimaschutz. Dies zeigt die CO<sub>2</sub> Bilanz der Aktion Heatball. Unterstellt, man ersetze die streitigen 40.000 Heatball-Objekte durch Energiesparlampen in gleicher Zahl, so belasteten „Heatball“ zwar die Umwelt mit 4.025 ton CO<sub>2</sub>, während Energiesparlampen nur eine Umweltbelastung in Höhe von 805 ton CO<sub>2</sub> zuzüglich 100 g Hg bedingen würden. Dem steht aber die

nachweisliche Umweltentlastung durch die von der Heatball – Aktion abhängige Regenwaldspende von insgesamt 26.760 ton CO<sub>2</sub> gegenüber. Die so geförderte Umweltentlastung überwiegt bei Weitem den tatsächlichen Ausstoß von CO<sub>2</sub>. Die führt dazu, dass die Heatball-Aktion eine bessere Umweltbilanz hat als der Einsatz von Energiesparlampen, wobei die Quecksilberbelastung, auf die später noch einzugehen sein wird, hierbei noch nicht berücksichtigt wurde, da sie keine direkte Relevanz für die Frage einer Geeignetheit der Untersagungsverfügung hat. Fest steht damit aber, dass die Untersagungsverfügung **zumindest im Fall der „Heatball“ ungeeignet** ist, dem Schutz der Umwelt zu dienen. Die Frage, ob etwa die Verordnung (EU) 244/99 grundsätzlich geeignet ist, dem Umweltschutz zuträglich zu sein, ist für den hier zu entscheidenden Streitgegenstand nicht von Relevanz.

### 3.2. Keine Erforderlichkeit der Untersagungsverfügung

Da die Untersagungsverfügung bereits ungeeignet ist, dem gewünschten Zweck, nämlich dem Schutz der Umwelt, Genüge zu tun, ist der Eingriff in die Grundrechte durch die Verfügung auch nicht erforderlich.

### 3.3. Keine Angemessenheit der Untersagungsverfügung/Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, also der Abwägung der gegenseitigen korrespondierenden Rechtsgüter und Interessen hätte das Gericht eine Abwägung treffen müssen zwischen dem Interesse der Verwaltung auf Schutz von Umwelt und natürlichen Ressourcen einerseits und der grundrechtlich geschützten Kunstfreiheit und Meinungsäußerungsfreiheit andererseits. Dabei wird von Seiten der Antragstellerin zunächst unterstellt, dass Zielrichtung der Untersagungsverfügung der Schutz der Umwelt und Ressourcen war, wenngleich – wie bereits dargelegt – im Falle der Heatball-Aktion die Untersagungsverfügung ungeeignet ist, den Belangen des Umweltschutzes gerecht zu werden.

#### 3.3.1. Heatball-Aktion als Kunst im Sinne von Art. 5 GG

Anders, als die Antragsgegnerin vermutet und so, wie es das LG Berlin sowie das Kammergericht Berlin dies in ihren Entscheidung festgestellt haben, vorgelegt als

**Anlage ASt 17**

fällt die Heatball-Aktion unter den vom Bundesverfassungsgericht definierten und mittlerweile herrschenden Begriff der Kunstfreiheit. Danach ist charakteristisch für den sog. offenen Kunstbegriff das

*"kennzeichnende Merkmal einer künstlerischen Äußerung, dass es wegen der Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehaltes möglich ist, der Darstellung im Wege der fortgesetzten Interpretation immer weiterreichende Bedeutungen zu entnehmen, so dass sich eine praktisch unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergibt". (BVerfGE 67, 213 [227])*

Aber auch nach dem mittlerweile überholten, materiellen Kunstbegriff muss die Heatball-Aktion als Kunst verstanden werden. Danach ist

*"das Wesentliche der künstlerischen Entscheidung (...) die freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden". (BVerfGE 30, 173 – 200)*

Den Definitionen ist vordergründig zu entnehmen, dass es bei der Bestimmung, ob etwas „Kunst“ ist letztlich auf die subjektive Sicht des Schaffenden ankommt. Kunst ist, was von ihrem Schöpfer als Kunst betrachtet wird.

Die Antragstellerin sieht, wie bereits der Argumentation im Rahmen der von der Bezirksregierung vor Erlass der Untersagungsverfügung gewährten Anhörung dargelegt, die Heatball-Aktion allein als Kunstobjekt an, mit Hilfe derer sie Kritik am Sinngehalt der Verordnung (EG) 244/2009 zu üben sucht.

Es geht ihr ausschließlich darum, bei dem Verbraucher ein Gespür für aus ihrer Sicht zu hinterfragende Reglementierungen der EU zu wecken, worauf sie sowohl im Rahmen ihrer Internetpräsenz als auch in diversen Zeitungsartikeln und Interviews ausdrücklich hingewiesen hat. Möglicherweise kommt das VG Aachen aus diesem Grunde zu dem Schluss, dass sich die Antragstellerin mit Ihrer Klage bzw. dem Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gegen die Verordnung (EU) 244/2009 wendet.

Der großen Resonanz auf dieses Kunstobjekt ist es geschuldet, dass die Antragstellerin eine zweite und letzte Tranche über 40.000 „Heatball“, eine „second edition“, in Auftrag gab. Sie sah hier die Möglichkeit, nicht nur einen sehr kleinen Kreis von Personen anzusprechen, sondern darüber hinaus weiträumiger auf den der Heatball – Aktion, denn um eine solche handelte es sich hier, zugrunde liegenden Zweck aufmerksam machen und einen weiteren Kreis von Personen erreichen zu können.

Auch hat sie das Heatball-Objekt nie als kommerzielles Produkt mit Gewinnerzielungsabsicht angeboten. Losgelöst der Tatsache, dass das ob das grundsätzliche Verbot von Glühlampen durch die Verordnung (EU) 244/99 europäische Grundrechte der Antragstellerin verletzt und im Ergebnis unzutreffend verneint -Objekt von nicht von der Heatball-Aktion separiert werden kann errechnet sich der Verkaufspreis allein entsprechend der Maßgabe, die Ausgaben auf ein Mindestmaß zu reduzieren und dabei noch einen Teil des Verkaufserlöses spenden zu können. Gerade letztgenannte Spendenaktion bestätigt, entgegen der Auffassung der Bezirksregierung, den Kunstcharakter eindrücklich. Der Antragstellerin ging es insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Einsatz von Energiesparlampen ernst zu nehmende Gefahren für die Umwelt mit sich bringt, darum, mit Hilfe der Kunstaktion Gelder für ein nach ihrer Ansicht weitaus sinnvoller Projekt gegen den Klimawandel und zum Schutze der Umwelt zu sammeln.

Das Spendenprojekt steht insofern in unmittelbarem Zusammenhang mit der hinter dem Kunstprojekt stehenden, für jeden erkennbaren, Aussage. Anders ausgedrückt, ist das Objekt „Heatball“ kein Kunstobjekt, die gesamte Heatball-Aktion mit Spende, Internetseite und Einmaligkeit ist hingegen Aktionskunst.

Weiterhin ist anzumerken, dass keiner der zugrunde zulegenden Kunstbegriffe eine offensichtliche, äußerliche Verfremdung oder Bearbeitung eines Gegenstandes vorsieht oder fordert – wie dies etwa die Antragsgegnerin zu tun scheint.

Die künstlerische Betätigung liegt hier ja gerade darin, den Verbraucher aufgrund der alleinigen optischen Ähnlichkeit zu einer Glühlampe dazu zu bringen, über die Existenzberechtigung letzterer vor dem Hintergrund der Verordnung (EG) 244/2009 und deren Zielsetzung, den Umweltschutz zu fördern, kritisch nachzudenken.

Bei dem Heatball Projekt handelt es sich mithin um Kunst im Sinne des Art. 5 Abs. 3 GG.

### 3.3.2. Grundrechtsfähigkeit der Antragstellerin

Die Antragstellerin ist auch grundrechtsfähig und dies sowohl in ihrer Form als Kapitalgesellschaft als auch in ihrer Form als nunmehr umgewandelte Personengesellschaft in Form einer Genossenschaft. Dabei kann sich die Antragstellerin zunächst auf Art 19 Abs. 3 GG berufen, wonach die Grundrechte auch für inländische juristische Personen gelten, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stehen die Grundrechte der Art. 2 – 19 grundsätzlich nicht nur natürlichen Personen zusteht sondern auch

juristischen Personen, wenn das Handeln dieser juristischen Person Ausdruck der freien Entfaltung der Personen ist, die juristische Person bilden. Vorliegend ist dabei zunächst darauf hinzuweisen, dass die juristische Person/Kapitalgesellschaft derzeit im Kern aus drei natürlichen Personen besteht, nämlich Herrn Dr. Hannot, Frau Hannot – seiner Schwester und Herrn Simans als Minderheitsgesellschafter. Von daher ist das personelle Substrat der Gesellschaft so klein, dass im Kern ausschließlich die natürlichen Personen im Vordergrund stehen.

#### **Zur Glaubhaftmachung im Bestreitensfalle:** Handelsregisterauszug

Darüber hinaus ist das Kunstprojekt „Heatball“ der derzeit einzige Geschäftszweck der Antragstellerin. Daher wurde mittlerweile die Antragstellerin auch formgewandelt durch Beschluss notariellen Beschlusses vom 01.07.2011 in die „Elektrische Widerstandsgenossenschaft“ e.G.

#### **Zur Glaubhaftmachung:** Umwandlungsbeschluss in Kopie, **Anlage ASt 25**

Eine deutlichere Form der juristischen Person, sich im Wege der freien Entfaltung der Persönlichkeit des personellen Substrats zu äußern dürfte es schwerlich geben. Zudem sei die etwas überspitze These erlaubt, dass das VG Aachen sicherlich dem personellen Substrat einer kleinen Gesellschaft nicht das Recht absprechen möchte, sich auf Kunst- und Meinungsfreiheit zu berufen, nur, weil sie dies im Rahmen ihrer juristischen Person tun.

Die Antragstellerin ist daher grundrechtsfähig.

#### 3.3.3. Abwägung Kunstfreiheit / Umweltschutz

Das Verwaltungsgericht hätte bei einer Abwägung zwischen den Interessen des Umweltschutzes einerseits und der Kunstfreiheit der Antragstellerin andererseits daher zugunsten der Kunstfreiheit der Antragstellerin entscheiden müssen.

Die in der Verfügung ausgesprochenen Untersagungen sind zumindest **im Fall der Heatball-Aktion** schon nicht geeignet, eine vermeintlich von dem Objekt „Heatball“ ausgehende Gefahr für die Umwelt und den Verbraucher zu vermeiden. Diesbezüglich verweisen wir auf die oben gemachten Ausführungen.

Unterstellt, der „Heatball“ stelle dennoch eine Gefahr für die Umwelt dar, steht dem Schutz der Umwelt hier das vorbehaltlos gewährte, den Werk- und Wirkungsbereich umfassende Grundrecht der Kunstfreiheit gem. Art.5 Abs.3 GG gegenüber.

Kunst ist in diesem Zusammenhang geprägt von einem subjektiven schöpferischen Prozess. Die Antragstellerin hat, wie bereits erläutert, genau einen solchen schöpferischen Prozess in Gang gebracht und den Heatball zu ihrem Kunstobjekt zur Verdeutlichung von Widersprüchen in der Umweltpolitik gewählt.

Die Heatball-Aktion war dabei von vornherein auf einen begrenzten Zeitraum ausgelegt, die zweite Tranche sollte auch die letzte sein. Der Vertrieb der Heatball-Objekte war also mengenmäßig überschaubar. Insofern ist das Verbot des Inverkehrbringens bzw. der Ausstellung ohne entsprechendes Hinweisschild in Ansehung des hohen Stellenwertes der Kunstfreiheit als unangemessen und somit als unverhältnismäßig anzusehen.

Aufgrund der mengenmäßigen Überschaubarkeit und des weit überwiegenden Kunstcharakters der Heatball-Aktion handelt es sich ferner, wenn man denn davon ausginge, das Heatball-Objekt sei eine Glühbirne im Sinne der Verordnung (EG) 244/2009, um einen **minderschweren Verstoß**, dessen Folgen nicht einmal dem Schutzzweck der Verordnung (EG) zuwiderliefen, da ja gerade ein Gebrauch der Heatball-Objektes als vermeintlich umweltschädliche Glühbirne nie beabsichtigt war und der Vertrieb der Heatball-Objekte auch zu keinem Zeitpunkt unter dieser Prämisse erfolgte. Vielmehr war er stets im Rahmen der Heatball-Aktion als Aktionskunst, welche gleichzeitig noch zur Entlastung der Umwelt beiträgt, gedacht.

Es sei noch die Anmerkung erlaubt, dass – sofern ein Verbraucher wirklich eine „normale“ Haushaltslampe zur Beleuchtung erwerben möchte – er dies auch weiterhin tun kann. Im Rahmen des bisherigen Sachvortrages wurde dargelegt und bewiesen, dass bedeutende Leuchtmittelhersteller nach wie vor unter dem Etikett der „Speziallampe“ Glühfadenlampen verkaufen. Beispielhaft sei hier nochmals die Seite [www.spezial-leuchtmittel.de](http://www.spezial-leuchtmittel.de) genannt.

## II. Argumentation des VG Aachen

Das Verwaltungsgericht Aachen stützt seine grundrechtliche Argumentation ausschließlich auf die Verletzung von Artikeln der EU-Grundrechtecharta, die bei der in Frage stehenden Verletzung einer einfachgesetzlichen deutschen Norm nach hiesiger Meinung nicht einschlägig sind. Selbst wenn man dem Verwaltungsgericht auf diesem Weg folgt, kommt man jedoch nicht zu einer anderen Beurteilung des Sachverhalts, da die Argumente des

Verwaltungsgerichts Aachen grundsätzlich nicht überzeugen. Dabei orientiert sich die nachfolgende rechtliche Erörterung an der Argumentationsstruktur des angegriffenen Beschlusses.

1. Fehlende Grundrechtsfähigkeit der antragsstellenden GmbH

*„An einer relevanten (faktischen) Beeinträchtigung der Kunst- bzw. Meinungsfreiheit nach Artikel 13 und 11 Abs. 1 der EU-Grundrechtecharta dürfte es bei der antragsstellenden GmbH fehlen.“ (Blatt 11 d.B.)*

Diese Einschätzung ist unzutreffend.

Im „Solange II - Beschluss“ hat das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 22. Oktober 1986, Az: 2 BvR 197/83 den Grundrechtsschutz auf EU-Ebene als zumindest gleichwertig gegenüber dem deutschen Grundgesetz angesiedelt. Dies bedeutet für die Grundrechtsfähigkeit einer juristischen Person, dass diese wie im deutschen Verfassungsrecht nicht per se ausgeschlossen ist, sondern sich – wie bereits dargelegt – danach richtet, ob das jeweilige als verletzt gerügte Grundrecht dem Wesensgehalt nach auf die juristische Person anwendbar ist. Das Bundesverfassungsgericht führt dazu aus, dass eine Einbeziehung einer juristischen Person in den Schutzbereich eines Grundrechts nur dann gerechtfertigt sei,

*„wenn ihre Bildung und Betätigung Ausdruck der freien Entfaltung der natürlichen Person ist, insbesondere wenn der Durchgriff auf die hinter den juristischen Personen stehenden Menschen dies als sinnvoll und erforderlich erscheinen lässt.“ (BVerfGE 75,192)*

Dieses Erfordernis eines grundrechtsfähigen und schutzbedürftigen personalen Substrats ist vorliegend gegeben, so dass die Art. 13 und 11 der EU – auf den Antragsteller anwendbar sind.

Bei der GmbH handelt es sich um eine kleine GmbH mit einem personellen Substrat von drei Gesellschaftern. Der Mantel der GmbH dient dazu, im internationalen Geschäft auftreten zu können. Ein zwingender Schluss aus der Rechtsform der Firma auf deren Grundrechtsfähigkeit im Hinblick auf die Kunstfreiheit ergibt sich daraus nicht. Die Freiheit der Kunst und der freien Meinungsäußerung steht auch Herrn Dr.-Ing Rudolf Hannot als personelles und handelndes Substrat der Antragstellerin zu. Dieser ist es, der geschützt wird durch die Kunst- und Meinungsfreiheit, und der sich auch explizit darauf beruft. Derzeit wird

die DTG Trading GmbH, wie bereits dargelegt, in eine Genossenschaft umgewandelt. Konstituierung und notarieller Vertrag mit den neuen Genossenschafflern sind bereits durchgeführt worden. Eine Eintragung steht noch aus. Gleichwohl ist vor diesem Hintergrund die Grundrechtsfähigkeit der eingetragenen Genossenschaft bzw. der dahinterstehenden Genossenschaffler gegeben. Zur Vermeidung von Wiederholungen verweisen wir auf die gemachten Ausführungen (I. 3.3.2.)

## 2. Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs durch übergeordnete Ziele der Gemeinschaft

*„Sie (die Grundrechtseingriffe – Anm. des Unterzeichners) sind zu einem legitimen Zweck erfolgt, namentlich zur Beseitigung von Handelshemmnissen und zum Umweltschutz. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Umweltschutz auf Unionsebene ein besonderes Gewicht besitzt.“ (Blatt 11 d.B.)*

Der Eingriff in die grundsätzlich schrankenlos gewährleisteten Schutzbereiche der Kunst- und Meinungsäußerungsfreiheit kann jedoch im vorliegenden Fall nicht durch die Gemeinschaftsziele „Beseitigung von Handelshemmnissen“ und „Umweltschutz“ gerechtfertigt werden.

### 2.1. Handelshemmnis

Es ist nicht ersichtlich, warum die Absicht der Beseitigung von Handelshemmnissen hier einen Grundrechtseingriff in die Kunst- bzw. Meinungsäußerungsfreiheit rechtfertigen könnte, noch was dies mit der hier zu entscheidenden Sachfrage zu tun hat. Aus dieser Argumentation wird allerdings erneut deutlich, dass das VG Aachen im Kern das **grundsätzliche Verbot** von Haushaltslampen durch die Verordnung (EU) 244/99 als maßgebliche Bezugsgröße prüft und **nicht das Verbot** des Verkaufs der Heatball-Objekte und der Heatball-Aktion **im Einzelfall**.

### 2.2. Umweltschutz

Der Umweltschutz ist erklärtes Ziel der Union. Umso erstaunlicher ist es, dass sich das Verwaltungsgericht Aachen zu den über die Kunst- und Meinungsfreiheit hinaus gehenden Aspekten des Umweltschutzes bei der Heatball-Aktion nicht äußert. Weder findet die oben angeführte positive Energiebilanz der „Heatball“, noch die damit verbundene Frage der Regenwaldspende Erwähnung.

Vielmehr wird formelhaft angeführt, ein Verbot sei u.a. dadurch gerechtfertigt, dass das Ziel der EU den Energieverbrauch bis zum Jahre 2020 um 20% verringert werden soll.

a)

Bei dieser Argumentation wird der faktische, unbestrittene und tatsächlich bestehende Heizwert der Heatball-Objekte nicht berücksichtigt und nur auf die Lichtemittierung abgestellt. Dass auch Energie gespart wird, wenn weniger auf andere Heizquellen zurückgegriffen werden muss, wurde nicht gewürdigt oder thematisiert. Diese Frage wurde im Rahmen der Antragschrift durch die Energieeffizienzdarstellung eines Passivhauses umfangreich erläutert und mit Studien belegt (Blatt 20/21) sowie

#### **Anlage ASt. 9.**

b)

Neben der Reduktion des Energieverbrauchs ist es auch Vorgabe der EU, den CO<sub>2</sub>-Ausstoß um 5,2 % zu reduzieren – bis 2012. Diese sogar ältere, auf die Konferenz von Kyoto zurückgehende Vorgabe wird hier in Gänze ignoriert. Glühlampen oder die zumindest hier in Frage stehenden ähnlichen Kleinheizelemente sind in ihrem Betrieb und in der Produktion bzgl. ihres CO<sub>2</sub>-Ausstoßes allen bisher erhältlichen Alternativen wie LED und die sog. Energiesparlampen in Bezug auf den Umweltschutzaspekt überlegen. Auch diesbezüglich wurde ausführlich in der Antragsbegründung vorgetragen. Zudem weist der hier zu untersuchende **Einzelfall** – Untersagung des Inverkehrbringens der „Heatball“ – die bereits mehrfach erwähnte besondere Abgabe pro Heatball-Objekt in Höhe von 30 ct zugunsten des Regenwaldes auf. Bei einem Volumen von 40.000 Stück bedeutet dies eine CO<sub>2</sub>-Reduktion um 26.760 ton. Wir verweisen zur Vermeidung von Wiederholungen auf die oben gemachten Ausführungen unter I.3.1. nebst Anlage ASt 21.

### 3. Interessenabwägung zwischen Grundrechtsbeeinträchtigung und Gemeinschaftszielen

*„Der Nachteil der Antragsstellerin, den Vertrieb der Heatballs, den sie auch als Kunstaktion und Meinungsäußerung verstehen will, unterlassen zu müssen, steht erkennbar nicht außer Verhältnis zu den vom EU-Gesetzgeber angestrebten Vorteilen.“ (Blatt 12 d.B.)*

### 3.1. Heatball-Aktion als Kunst im Sinne von Art 13 der Grundrechtscharta

Der Antragsteller **will** seine Aktion nicht als Kunst- und Meinungsäußerung verstanden wissen, sondern die Heatball-Aktion **ist** eine Kunst und Meinungsäußerung, die satirisch das Glühlampenverbot der EU thematisiert. Dies wird im Übrigen auch von Presse und Literatur so gesehen. Beispielhaft sei hier ein Artikel des bekannten Humoristen „Eckardt von Hirschhausen“ aus der Berliner Morgenpost genannt. Dieser bezeichnet die Heatball-Aktion als die „Konsequenteste Idee“, sich mit der Unsinnigkeit der sog. Glühlampenverordnung“ auseinander zu setzen.

**Zur Glaubhaftmachung:** Kopie der Titelseite der Berliner Morgenpost vom 30.10.2010,  
Anlage ASt. 26

Wir verweisen auf die oben gemachten Ausführungen und die Ausführungen des Landgerichts und des Kammergerichts Berlin.

Zudem sei an dieser Stelle nochmals an die sog. „Solange II“ Rechtsprechung des BVerfG erinnert. Damit hat das BVerfG sichergestellt, dass der Schutzzumfang der Kunstfreiheit und Meinungsfreiheit des Art. 13 – welcher im Übrigen gleichfalls auf europäischer Ebene schrankenlos gewährt wird – mindestens genauso umfangreich sein muss wie der von Art. 5 GG. Oben wurde jedoch unter I.3. bereits ausgeführt, dass die Heatball-Aktion nicht nur unter die Kunstfreiheit fällt, sondern darüber hinaus, dass bei einer Interessenabwägung im Falle der Heatball-Aktion der Kunstfreiheit der Vortritt zu geben ist. Daher kann der Maßstab der Beurteilung auf europäischer Ebene unter Berücksichtigung der Verfassungsrechtsprechung kein Anderer sein.

### 3.2. Heatball-Projekt als begrenzte Aktion

Die Heatball-Aktion erschöpft sich, wie bereits Vorgebracht, in einer Lieferung von 40.000 Exemplaren. Eine Größenordnung, die sich im Vergleich zum Gesamtbedarf Deutschlands oder sogar der EU als vernachlässigbare Größe ausnimmt und in ihrem Ausmaß kaum geeignet sein dürfte, die Klimaschutzziele der EU zu beeinträchtigen. Dadurch überwiegt der Nachteil des Antragstellers in seinen Rechten auf freie Meinungsäußerung und Kunstfreiheit verletzt zu sein deutlich gegenüber den Nachteilen, die die Allgemeinheit bzw. die Umwelt durch die zusätzlichen im Verkehr befindlichen Heizelemente erleiden müsste. Die gebotene Interessenabwägung der gegenläufigen Belange wurde hier im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zum Nachteil des Antragstellers auf den Kopf gestellt. Wir verweisen zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die oben

gemachten Ausführungen unter I.3.3.3. Die Begrenztheit der Heatball-Aktion wurde auch gegenüber den Behörden stets so kommuniziert.

**Zur Glaubhaftmachung:** E-Mail vom 01.03.2011, Anlage ASt. 27

Darin führt die Antragstellerin unter anderem mit Hinweis auf die Gespräche mit der Antragsgegnerin aus:

*„Ich habe nie verstanden, warum Sie nicht einfach im Herbst einige Tage gewartet haben und die Aktion haben auslaufen lassen. Heatball wäre dann wahrscheinlich schon längst Kunstgeschichte.“*

**Zur Glaubhaftmachung:** wie vor

### 3.3. Angestrebter Vorteil des EU-Gesetzgebers

Die vom EU-Gesetzgeber „angestrebten Vorteile“ des Umweltschutzes und die guten Absichten des EU-Gesetzgebers sollen hier nicht in Abrede gestellt werden. Jedoch ist die Art- und Weise, wie dieser herbeigeführt soll, schon bemerkenswert. Es werden harmlose Glühlampen, die aus Metall und Glas bestehen durch hochkomplexe, Leuchtstoffröhren im Kleinformat ersetzt. Diese verbrauchen zwar weniger Strom, sind jedoch mit Quecksilber versetzt, einem hochgiftigen Schwermetall welches sich schon bei Raumtemperatur verflüchtigt. Auch ist eine fachgerechte Entsorgung bisher nicht gesichert. Plakativ formuliert: Es wird Glas und Metall durch Plastik und Quecksilber ausgetauscht, im Namen des Umweltschutzes – dies ist schon Satire-tauglich.

### 4. Rechtfertigung des Verbots des In-Verkehr-bringen

*„Das Verbot, Heatball in Verkehr zu bringen ist nicht zu beanstanden. Die effektive Durchführung des EU-Rechts („effet util“) darf nicht erschwert oder unmöglich gemacht werden. Nur durch ein sofort wirksames Verbot kann sichergestellt werden, dass den Vorgaben der Haushaltslampen VO Rechnung getragen werden wird. Ein nachträglicher Rückruf wäre kaum erfolgversprechend und damit kein effektives Mittel des Normvollzugs.“ (Blatt 12 d.B.)*

4.1. Keine Erschwerung oder Vereitelung einer Durchsetzung der EU-Haushaltslampenverordnung

Es handelt sich um eine einmalige Kunstaktion. Eine Erschwerung oder gar einer Vereitelung der Haushaltslampen Verordnung ist nicht beabsichtigt oder möglich.

4.2. Kein dauerhafter Import und keine Umgehung von Verordnung (EU) 244/2009

Bei den Heatball-Objekten handelt es sich trotz verstärktem Wolframfaden um ein im Vergleich äußerst kurzlebiges Produkt. Wenn die gefälligen Kunden dem Gedanken der Heatball-Aktion folgen und es entsprechend als ein Kunstprodukt betrachten, werden sie es entsprechend schonend benutzen, wenn es nicht gar in der Verpackung verbleibt. Derartige Kunst ist am wertvollsten, wenn sie unangetastet in der Originalverpackung verwahrt wird. Wenn es doch benutzt wird, so kann davon ausgegangen werden, dass das Heatball-Objekt bei bestimmungsgemäßem Gebrauch eine übersichtliche Lebensspanne hat. Das „Problem“ erledigt sich daher von selbst. Ein Rückruf ist nicht erforderlich um die Verordnung durchzusetzen.

An dieser Stelle sei jedoch nochmals darauf hingewiesen, dass die Anspruchstellerin sich freiwillig bereit erklärt hatte und dies weiterhin anbietet, die Heatball in ihren Geschäftsräumen zu lagern, bis in der Hauptsache entschieden ist. Vornehmliches Ziel des einstweiligen Rechtschutzverfahrens war und ist es, die bisher aufgelaufenen Lager- und Vorhaltekosten zu vermeiden bzw. zu drücken. Wie im Rahmen der mündlichen Verhandlung mitgeteilt tritt die Fa. DHL zurzeit an die Antragstellerin heran und versucht, für die vergangenen sechs Monate Lagerkosten in Höhe von über 6.000 € geltend zu machen. Da nicht mit einer Entscheidung in der Hauptsache in den kommenden sechs Monaten gerechnet wird nehmen die Lagerkosten daher existenzbedrohende Ausmaße an.

5. Alternative Verwertung der Heatball zur Schadenskompensation

*„Es bleibt dem Antragssteller ungenommen, das Produkt außerhalb der EU auf den Markt zu bringen, um seinen wirtschaftlichen Schaden zu kompensieren.“ (Blatt 12 d.B.)*

Diese Klarstellung des Gerichts wäre zutreffend, wenn die Satire-Aktion mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben worden wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall.

### 5.1. Keine Verbringen außerhalb der EU

Es wäre „witzlos“ das Produkt außerhalb der EU auf den Markt zu bringen, da es dort nicht seine Wirkung als Satire und Protest-Mittel entfalten könnte und auf seine bloße Heiz- bzw. Leuchtwirkung reduziert würde. Genau hier liegt die Grundrechtsbeeinträchtigung die den Antragsteller trifft. Und auch genau hier offenbart sich das grundsätzliche Missverständnis des Verwaltungsgerichts Aachen an der Aktion.

Zudem zeigt sich eine von Seiten der Antragsgegnerin – unzutreffend – befürchtete Schädigung der Umwelt auch, wenn die Heatball-Objekte außerhalb der EU auf den Markt gebracht werden. Wenn tatsächlich ausschließlich Umweltschutzgedanken im Vordergrund gestanden haben sollten, so kann das dahingehende Angebot nur als perfide bezeichnet werden.

### 5.2. Keine Schadenskompensation

Es ist nicht beabsichtigt, einen wirtschaftlichen Schaden zu kompensieren. Der Verkaufspreis von 1,69 EUR wäre, da es sich um eine Sonderanfertigung gehandelt hat, kostendeckend – dies auch unter Berücksichtigung, dass 30 ct von jedem Heatball-Objekt in die Aufforstung des Regenwaldes fließen. Gewinn soll und wird nicht erwirtschaftet werden. Selbst wenn dies jedoch die Absicht gewesen wäre, so würde eine Kommerzialisierung dem Kunst- und Meinungsäußerungscharakter der Aktion nicht im Wege stehen, wie bereits ausführlich ausgeführt wurde.

### **III. Verweisung auf den weiteren Sachvortrag und die bisherigen Schriftsätze**

Zur Ergänzung des Sachverhalts und der diesseitigen Ausführungen verweisen wir zur Vermeidung weiterer Wiederholungen vollumfänglich auf unseren bisherigen Sachvortrag. Aufgrund der ständiger Rechtsprechung des Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen geht die Antragstellerin davon aus, dass nach erfolgreicher In-Zweifel-Stellung des angegriffenen Beschlusses der bisherige Sachvortrag auch vollumfänglich berücksichtigt werden wird. OVG-NW NVwZ-RR 2003, 50.

Es ist daher antragsgemäß zu entscheiden.

Dr. Kubach  
Rechtsanwalt