

Empf. Dat./-Zeit 28/02/2012 11:41 0251 505 352

P.001

28.02.2012-11:55

0251 505 352

OVG NRW

S. 1/14

4 B 978/11
3 L 43/11 Aachen

z.H.
Dr. Rothhäuser

Beschluss

02428/90567-67

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

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

Antragstellerin,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Schumacher & Partner, Steinstraße 16 - 18, 40212 Düsseldorf, Az.: 94/11RK30KUB,

g e g e n

das Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch die Bezirksregierung Köln, Zeughausstraße 2 - 10, 50667 Köln, Az.: 55.3.8221,

Antragsgegner,

wegen Untersagung des Inverkehrbringens sog. Heatballs
hier: Regelung der Vollziehung

hat der 4. Senat des

OBERVERWALTUNGSGERICHTS FÜR DAS LAND NORDRHEIN-WESTFALEN

am 24. Februar 2012

durch

den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht **B e i m e s c h e**,

die Richterin am Oberverwaltungsgericht **Dr. G r a f**,

den Richter am Oberverwaltungsgericht **Dr. H ü w e l m e i e r**

auf die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Aachen vom 26. Juli 2011

beschlossen:

Empf. Dat./-Zeit 29/02/2012 11:41 0251 505 352

P.002

28.02.2012-11:55

0251 505 352

OVG NRW

S. 2/14

- 2 -

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 33.800,- Euro festgesetzt.

Gründe:

Die Beschwerde hat keinen Erfolg.

Die von der Antragstellerin fristgerecht dargelegten Gründe, auf deren Prüfung der Senat nach § 146 Abs. 4 S. 1 und 6 VwGO beschränkt ist, führen zu keiner Änderung der angefochtenen Entscheidung.

Das Verwaltungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass sich das von der Antragsgegnerin ausgesprochene Verbot des Inverkehrbringens der von der Antragstellerin eingeführten sog. Heatballs voraussichtlich als rechtmäßig erweisen wird.

1.
Als Ermächtigungsgrundlage kann sich die Antragsgegnerin auf § 7 des Gesetzes über die umweltgerechte Gestaltung energieverbrauchsrelevanter Produkte (EVPG) in der Fassung des 1. Änderungsgesetzes zum Gesetz über die umweltgerechte Gestaltung energiebetriebener Produkte (EBPG) vom 16. November 2011 berufen. Nach dem unverändert gebliebenen § 7 Abs. 3 Satz 1 EVBP trifft die Behörde die erforderlichen Maßnahmen, um die Einhaltung der Rechtskonformität energieverbrauchsrelevanter Produkte (§ 4 EVPG) zu gewährleisten. Hierzu gehört gemäß § 7 Abs. 3 Satz 2 Nr. 6 EVPG insbesondere die Befugnis, dem Betroffenen zu verbieten, ein solches Produkt in den Verkehr zu bringen, wenn es den Anforderungen des § 4 EVPG nicht genügt.

Durch diese Regelungen setzt der nationale Gesetzgeber – insoweit ohne über einen Umsetzungsspielraum zu verfügen – die Richtlinie 2005/32/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 2005 zur Schaffung eines Rahmens für die Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung energiebetriebe-

Empf. Dat./-Zeit 28/02/2012 11:41 0251 505 352

P.003

28.02.2012-11:55

0251 505 352

OVG NRW

S. 3/14

- 3 -

ner Produkte (Amtsblatt EG L-191, 29) um. Nach Art. 3 der Richtlinie ergreifen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen um sicherzustellen, dass energiebetriebene Produkte nur in Verkehr gebracht und/oder in Betrieb genommen werden, wenn sie den für sie geltenden Durchführungsmaßnahmen entsprechen und die CE-Kennzeichnung gemäß Art. 5 tragen.

Dementsprechend verfügen die Mitgliedstaaten weder bei der gesetzlichen Umsetzung der Richtlinie noch bei Anwendung des Gesetzes über einen Entscheidungsspielraum, der es erlaubt, von erforderlichen Maßnahmen zur Durchsetzung von in Durchführungsvorschriften enthaltenen Verboten im Einzelfall abzusehen.

Vgl. zur entsprechenden Regelungssystematik des Gerätesicherheitsgesetzes Kindt, VersR 2004, 296; aA offenbar Scheel, in: Landmann/Rohmer, Gewerberecht (Loseblatt-Kommentar), Stand Sept. 2011, § 8 GPSG Rn. 39 ff., der allerdings für den Regelfall eine Ermessensreduktion auf Null annimmt.

Eine Maßnahme nach § 7 Abs. 3 Satz 1, 2 Nr. 6 EVPG ist insbesondere dann zu treffen, wenn ein Produkt die Anforderungen an die Energieeffizienz, die die Kommission im Wege einer Durchführungsverordnung festgesetzt hat, nicht erfüllt. Dies ist hier nach Maßgabe der VO (EG) Nr. 244/2009 der Kommission vom 18. März 2009 (Amtsblatt EU L-76, 3 – Haushaltslampen-Verordnung) der Fall. Die in Rede stehenden Heatballs genügen nicht den darin festgelegten Anforderungen für – übliche – Haushaltslampen. Die Antragstellerin hat innerhalb der Frist des § 146 Abs. 4 Satz 1 VwGO auch nicht mehr ihre erstinstanzlich vertretene Rechtsauffassung wiederholt, die Heatballs unterfielen von vornherein nicht der Verordnung, weil sie bestimmungsgemäß keine Haushaltslampen im Sinne von Art. 2 Nr. 3 VO (EG) Nr. 244/09, sondern Kleinheizelemente seien; jedenfalls handele es sich aufgrund des leicht verstärkten Wolfram-Fadens und der Gebrauchsanleitung um Speziallampen im Sinne von Art. 2 Nr. 4 VO (EG) Nr. 244/09. Das trifft im Übrigen auch in der Sache nicht zu, wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat. Der Senat merkt lediglich ergänzend an, dass es für die Eigenschaft einer Speziallampe darauf ankommt, dass das Produkt aufgrund der beigefügten Produktinformation nicht zur Raumbeleuchtung im Haushalt *geeignet* sein darf. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin reicht es damit nicht aus, dass sie danach hierzu nicht *bestimmt* ist. An

Empf. Dat./-Zeit 28/02/2012 11:41 0251 505 352

P.004

28.02.2012-11:55 0251 505 352 OVB NRW

S. 4/14

- 4 -

der grundsätzlichen Eignung lässt jedoch die Produktinformation keinen Zweifel. Sie weist ausdrücklich darauf hin, dass ein Heatball in eine Lampenfassung passe und die Leuchtwirkung während des Heizvorgangs produktionstechnisch bedingt sei.

Vor diesem Hintergrund musste die Antragsgegnerin nach den zugrunde liegenden Rechtsakten die hier angegriffene, zur Durchsetzung des Verbots erforderliche Maßnahme verfügen. Ein weitergehender Entscheidungsspielraum stand ihr in dieser Sachverhaltskonstellation nicht zu.

2.

Angesichts dessen hat das Verwaltungsgericht zu Recht im Hinblick auf die Einwände der Antragstellerin, die sich im Wesentlichen auf die Kunstfreiheit beziehen, lediglich die vorgenannten rechtlichen Grundlagen auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht hin geprüft. Der in der Beschwerdebegründung wiederholt erhobene Vorwurf, es habe mit diesem Vorgehen den eigentlichen Streitgegenstand ausgespart, trifft deshalb nicht zu. Das vom Verwaltungsgericht eingehend begründete Ergebnis, wonach die Ziele des Unionsgesetzgebers das aufgrund der Richtlinie 2005/32/EG und der Haushaltlampen-Verordnung bestehende umfassende Vertriebsverbot auch unter Berücksichtigung der unionsrechtlich gewährleisteten Grundrechte der Betroffenen rechtfertigten, wird von der Antragstellerin ausdrücklich nicht in Zweifel gezogen. Ist dies jedoch der Fall, spricht alles dafür, dass schon deshalb die hier vorliegende Maßnahme, die lediglich diesem Verbot Geltung verschafft, rechtmäßig ist, ohne dass insoweit noch eine eigenständige Rechtmäßigkeitsprüfung anhand nationaler oder unionsrechtlicher Grundrechte erfolgen könnte oder gar müsste.

3.

Selbst wenn man jedoch unterstellt, dass eine auf den Einzelvollzugsakt bezogene Grundrechtsprüfung erforderlich ist, änderte dies im Ergebnis nichts an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin hat auch eine solche Grundrechtsprüfung nicht anhand des Art. 5 Abs. 3 GG zu erfolgen, sondern allein am Maßstab des Art. 13 der Europäischen Grundrechtecharta (GRCh.) – unterstellt, es handele sich

Empf. Dat./-Zeit 28/02/2012 11:41 0251 505 352

P.005

28.02.2012-11:55

0251 505 352

DVG NRW

S. 5/14

- 5 -

um Kunst in diesem Sinne. Denn die angefochtene Verfügung dient – wie ausgeführt – ausschließlich dem Vollzug des sekundären Gemeinschaftsrechts, das insofern den nationalen Stellen keine Regelungsalternativen eröffnet.

Vgl. EuGH, Urteil vom 29. Januar 2008 – Rs. C-275/06 (Promusicae) – Slg. 2008, I-271; Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Kommentar, 2011, Art. 51 Rn. 10 ff., 17; Meyer, in: Grabitz/Hilf EUV/AEUV (Loseblatt-Kommentar), nach Art. 6 EUV Rn. 50 ff.

Nur in einem solchen Fall und beschränkt auf einen solchen Umsetzungsspielraum wäre der Anwendungsbereich der nationalen Grundrechte möglicherweise eröffnet.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4. Oktober 2011 – 1 BvL 3/08 – EuGRZ 2011, 658, Beschluss vom 13. März 2007 – 1 BvF 1/05 –, BVerfGE 118, 79, 95 f., Urteil vom 2. März 2010 – 1 BvR 256, 263, 586/08 –, BVerfGE 125, 260, 306 f.; konkret für den Verwaltungsvollzug Cremer, EuGRZ 2011, 545, 550; Jarass, a. a. O., Art. 51 Rn. 21, Art. 53 Rn. 10 f.

Im Übrigen wird nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Kontrolle anhand des Grundrechtskatalogs des Grundgesetzes nicht ausgeübt, solange und soweit die Europäische Union einen wirksamen Schutz der Grundrechte generell gewährleistet, der dem vom Grundgesetz jeweils als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4. Oktober 2011 – 1 BvL 3/08 – EuGRZ 2011, 658, Beschluss vom 13. März 2007 – 1 BvF 1/05 –, BVerfGE 118, 79, 95 f., Beschluss vom 7. Juni 2000 – 2 BvL 1/97 –, BVerfGE 102, 147, 162, Beschluss vom 22. Oktober 1986 – 2 BvR 197/83 –, BVerfGE 73, 339, 367; Jarass, a. a. O., Art. 53 Rn. 10 f.

Entscheidend ist insoweit allerdings nicht, ob bezogen auf das jeweilige Grundrecht oder den jeweiligen Eingriff ein identischer oder vergleichbarer Schutz auf europäischer Ebene gewährt wird, sondern ob dies insgesamt hinsichtlich der Freiheitsgewährleistungen der Fall ist oder ein strukturelles Defizit zu konstatieren ist.

Empf. Dat./Zeit 26/02/2012 11:41 0251 505 352

P.006

28.02.2012-11:55

0251 505 352

OVG NRW

S. 6/14

- 6 -

Vgl. Jarass, a. a. O., Art. 53 Rn. 10 f.; Meyer, a. a. O., nach Art. 6 EUV Rn. 79-81; Dreier, in: ders., GG-Kommentar, 2. Aufl. 2004, Vorb. Rn. 55; Hopfauf, in: Schmidt-Bleibtreu u. a., GG-Kommentar, 12. Aufl. 2011, Vorb. Art. 92 Rn. 59.

Es ist aber weder dargelegt noch ersichtlich, dass auf Unionebene insgesamt die Grundrechte nur unzureichend gewährleistet oder der Wesenskern der Kunstfreiheit nicht gewahrt würden und sich deshalb ein Rückgriff auf nationale Gewährleistungen eröffnate. Angesichts dessen bleibt Maßstab für eine individuelle Betrachtung der vom Verwaltungsgericht – auf übergeordneter Ebene – zu Recht herangezogene Art. 13 der GRCh.

Die Beschränkungen sind im Sinne von Art. 52 Abs. 1 GRCh. zu legitimen Zwecken erfolgt, nämlich zur Beseitigung von Handelshemmnissen und zum Umweltschutz. Namentlich dieser besitzt unionsrechtlich hohes Gewicht, was sich nicht zuletzt in dem legitimen, klimapolitisch motivierten Ziel der Union, den Primärenergieverbrauch bis zum Jahr 2020 um 20 % zu verringern, widerspiegelt. Hierzu steht der Nachteil der Antragstellerin, auch unter Berücksichtigung der im Beschwerdevorbringen in den Vordergrund gerückten Kunst- und Meinungsfreiheit, erkennbar nicht außer Verhältnis.

Soweit die Antragstellerin insoweit offenbar einen Verstoß annehmen will, weil es unverhältnismäßig sei, angesichts der insgesamt positiven CO₂ Bilanz Ihrer „Aktion“ diese aufgrund umweltpolitischer Ziele zu verhindern, verkennt sie bereits den rechtlichen Ausgangspunkt. Im Hinblick auf seine Verhältnismäßigkeit kommt es für den Einzelvollzugsakt nicht (mehr) auf die der Verordnung und der Richtlinie zugrunde liegende Rechtfertigung durch den „Umweltschutz“ als solchen an. Entscheidend ist vielmehr, ob er zur Durchsetzung eines Verbots, dem ein bestimmter, nicht zu beanstandender Weg zur Erreichung der Zielsetzung zugrunde liegt, geeignet, erforderlich und angemessen ist. Dies ist indes nicht zu bezweifeln. Unabhängig davon ist weder geltend gemacht noch ersichtlich, dass der Einsatz der „Heatballs“ in vergleichbarer Weise einen Beitrag zur Minderung des Primärenergieverbrauchs leisten könnte. Insoweit sind die von der Antragstellerin im Wesentlichen geltend gemachten Kompensationsmaßnahmen durch eine Regenwaldspende ohne Belang.

Empf. Dat./-Zeit 28/02/2012 11:41 0251 505 352

P.007

28.02.2012-11:55

0251 505 352

OVG NRW

S. 7/14

- 7 -

Ebensowenig ist es relevant, dass es andere Wege zu umweltgerechtem Verhalten geben mag. Dadurch wird es dem Verordnungsgeber und den ausführenden Stellen nicht verwehrt, den von ihnen zulässigerweise gewählten Weg durchzusetzen.

Angesichts dessen kann sich die Antragstellerin auch nicht mit Erfolg darauf berufen, die von ihr konkret beabsichtigte Verkaufsmenge sei zu gering, um messbaren Einfluss auf die Zielerreichung zu haben. Hierauf kommt es schon deshalb nicht an, weil es für die Erforderlichkeit, ein Verbot durchzusetzen, grundsätzlich nicht auf das quantitative Ausmaß des Verstoßes ankommt. Dies gilt umso mehr, als nach der Argumentation der Antragstellerin das Verbot praktisch leerläufe. Denn jede einzelne Charge, für die eine Vertriebsfreigabe begehrt wird, dürfte für sich genommen als "unbedeutend" bewertet und ihr Verkauf damit nicht verhindert werden können. Von dem gesetzlichen Verbot bliebe so letztlich nichts übrig; es wäre jedenfalls nicht mehr durchsetzbar. Ein Verstoß gegen hier zu prüfende unionsrechtliche Grundrechtsgewährleistungen ist damit bei der allein möglichen summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage nicht festzustellen.

4.

Ginge man hingegen mit der Antragstellerin von der Zulässigkeit einer Überprüfung der angefochtenen Maßnahme anhand nationaler Grundrechte aus, bliebe es gleichwohl dabei, dass sich die angefochtene Maßnahme voraussichtlich nicht als rechtswidrig erweisen würde. Denn auch ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 GG dürfte nicht vorliegen.

4.1

Dies gilt letztlich schon deshalb, weil der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG nach dem eigenen Vortrag der Antragstellerin nicht eröffnet ist. Denn „Aktionskunst“ liegt nach den eigenen Maßstäben der Antragstellerin nicht vor. Insoweit kann dahinstehen, ob sich dem Beschwerdevorbringen überhaupt hinreichend bestimmbar entnehmen lässt, was konkret die Antragstellerin als „Kunst“ verstanden wissen will. Offensichtlich meint sie damit nicht den „Heatball“ selbst. Auf Seite 7 ihrer Beschwerdebegründung heißt es vielmehr ausdrücklich, der „Heatball“ selbst sei kein Kunstobjekt (anders allerdings S. 15 der Beschwerdebegründung), sondern die gesamte Heatball-Aktion mit Spende, Internetseite und Einmaligkeit sei die hier zu

Empf. Dat./Zeit 28/02/2012 11:41 0251 505 352

P.008

28.02.2012-11:55

0251 505 352

OVG NRW

S. 8/14

- 8 -

beurteilende, von Art. 5 Abs. 3 GG geschützte Aktionakunst. Die genannten Parameter sind vorliegend indes nicht gegeben. Denn das der Antragstellerin untersagte Verhalten zeichnet sich gerade nicht durch seine „Einmaligkeit“ aus. Der von ihr beabsichtigte Verkauf von 40.000 „Heatballs“ ist vielmehr die Weiterführung einer ersten, von der Antragsgegnerin nicht unterbundenen Verkaufsaktion mit 4000 „Heatballs“. Zudem vertrieb die Antragstellerin im Jahr 2011 auch „Heatballs“ mit einer Leistung von 60 Watt in offenbar nicht begrenzter Stückzahl. Damit fehlt es tatsächlich an einer von der Antragstellerin für den Kunstcharakter wesentlich gehaltenen Eigenschaft ihrer Aktion. Schon deshalb lässt ihr Vorbringen nicht auf eine Verletzung von Art. 5 Abs. 3 GG schließen.

4.2

Selbst wenn man indes hiervon absähe, dürfte der Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 GG auch objektiv nicht eröffnet sein. Der Lebensbereich „Kunst“ ist durch die vom Wesen der Kunst geprägten, ihr allein eigenen Strukturmerkmale zu bestimmen. Wie weit danach die Kunstfreiheitsgarantie der Verfassung reicht und was sie im Einzelnen bedeutet, lässt sich nicht durch einen für alle Äußerungsformen künstlerischer Betätigung und für alle Kunstgattungen gleichermaßen gültigen allgemeinen Begriff umschreiben. Den Versuchen der Kunsttheorie, sich über ihren Gegenstand klar zu werden, lässt sich weiterhin keine zureichende Bestimmung entnehmen, so dass sich nicht an einen gefestigten Begriff der Kunst im außerrechtlichen Bereich anknüpfen lässt.

BVerfG, Beschluss vom 17. Juli 1984 - 1 BvR 816/82
-, BVerfGE 67, 213, 224.

Die Unmöglichkeit, Kunst generell zu definieren, entbindet indes nicht von der grundgesetzlichen Verpflichtung, die Freiheit des Lebensbereichs Kunst zu schützen, also bei der konkreten Rechtsanwendung zu entscheiden, ob die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG vorliegen. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat sich dabei eine Prüfung anhand verschiedener Aspekte des Kunstbegriffs herausgebildet, mit deren Hilfe festzustellen ist, ob Kunst im Sinne des Grundgesetzes vorliegt. Insoweit lässt sich zwischen einem formalen, einem materiellen und einem offenen Kunstbegriff unterscheiden. Das Heatballprojekt dürfte keine der einschlägigen Definitionen erfüllen.

Empf. Dat./-Zeit 28/02/2012 11:41 0251 505 352

P.009

28.02.2012-11:55

0251 505 352

OVG NRW

S. 9/14

- 9 -

Das Bundesverfassungsgericht hat im Sinne eines materiellen Begriffsverständnisses als wesentlich für die künstlerische Betätigung die freie schöpferische Gestaltung betont, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden. Beim künstlerischen Schaffen wirken Intuition, Phantasie und Kunstverstand zusammen; es ist primär nicht Mitteilung, sondern Ausdruck und zwar unmittelbarer Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers.

BVerfG, Beschluss vom 24. Februar 1971 - 1 BvR 435/68 -, BVerfGE 30, 173; Beschluss vom 17. Juli 1984 - 1 BvR 816/82 - BVerfGE 67, 213, 226.

An diesen Merkmalen fehlt es der hier zu beurteilenden Aktion. Eine freie schöpferische Gestaltung und Eindrucksverarbeitung ist ebenso wenig zu erkennen wie ein unmittelbarer Ausdruck der Persönlichkeit des Künstlers. Letzteres ist schon deshalb ausgeschlossen, weil sich hier eine juristische Person auf die Kunstfreiheit beruft.

Sieht man das Wesentliche eines Kunstwerks hingegen darin, dass bei formaler, typologischer Betrachtung die Gattungsanforderungen eines bestimmten Werktyps erfüllt sind und legt man insofern einen eher formalen Kunstbegriff zugrunde,

BVerfG, Beschluss vom 17. Juli 1984 - 1 BvR 816/82 -, BVerfGE 67, 213, 226 f.,

führte auch dies nicht zur Eröffnung des Schutzbereiches des Art. 5 Abs. 3 GG. Einem bestimmten formalen Werktyp lässt sich die Heatballaktion - hiervon geht offenbar auch die Antragstellerin aus - nicht zuordnen. Der Umstand allein, dass die Internetbeschreibung satirische Elemente aufweist, macht die Aktion selbst noch nicht zur Kunst.

Vgl. in diesem Zusammenhang BVerfG, Beschluss vom 25. März 1992 - 1 BvR 514/90 -, BVerfGE 86, 1, 9 („Satire kann Kunst sein; nicht jede Satire ist jedoch Kunst“).

Empf. Dat./-Zeit 28/02/2012 11:41 0251 505 352

P.010

* 28.02.2012-11:55

0251 505 352

OVG NRW

S. 10/14

- 10 -

Betrachtet man schließlich mit dem offenen Kunstbegriff als kennzeichnendes Merkmal einer künstlerischen Äußerung den Umstand, dass sie wegen der Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehaltes die Möglichkeit eröffnet, der Darstellung im Wege einer fortgesetzten Interpretation immer weitreichendere Bedeutungen zu entnehmen, so dass sich eine praktisch unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergibt,

BVerfG, Beschluss vom 17. Juli 1984 – 1 BvR 16/82
-, BVerfGE 67, 213, 227,

ist auch eine solche künstlerisch begründete Rezeptionsvielfalt hier nicht zu erkennen. Die Antragstellerin weist selbst darauf hin, dass Ihrer "Kunst" letztlich nur ein Bedeutungsgehalt zugeordnet werden soll. Auch ist nicht zu erkennen, wie das Vermarkten eines „Heatballs“ als Kleinheizelement, das im Übrigen alle Merkmale einer Lampe aufweist, aus Sicht des Urhebers oder Vermarkters eine solche Vieldeutigkeit im Sinne eines künstlerischen Eindrucks vermitteln können soll. Das Beschwerdevorbringen erschöpft sich insoweit in der Behauptung, dass dies der Fall sei.

Hinzu kommt, dass bei der Aktion – trotz der gegenteiligen Behauptung der Antragstellerin – der kommerzielle Aspekt deutlich im Vordergrund steht und die untersagte Betätigung in der Gesamtschau prägt.

Dies gilt zumindest im Hinblick auf den hier allein untersagten Vertrieb. Dass die Antragstellerin, wie sie geltend macht, keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt, ist nach ihren eigenen Angaben nicht nachvollziehbar. Sie gibt selbst einen Einkaufspreis für die 40.000 "Heatballs" einschließlich Transport nach Deutschland von 20.000 Euro (GA S. 69 = S. 22 der Antragsbegründung) an. Dem stehen Einnahmen bei einem realisierten Verkauf zum Stückpreis von 1,69 Euro in Höhe von 67.600 Euro gegenüber. Selbst wenn insoweit die auf die Regenwaldspende entfallenden 12.000 Euro (30 Cent pro Stück) in Abzug gebracht werden, verbleibt ein Verkaufserlös von 55.600 Euro und unter Abzug der Einkaufskosten ein Reinerlös von 35.500 Euro. Welche weiteren Selbstkosten in einer solchen Höhe entstanden sein sollen, die der Absatz lediglich decken könnte, ist weder dargelegt noch ersichtlich, zumal für jede Bestellung, die ausschließlich über das Internet erfolgt, Versandkosten in Höhe von 5,90 Euro anfallen (vgl. www.heatball.de). Unab-

Empf. Dat./-Zeit 28/02/2012 11:41 0251 505 352

P. 011

28.02.2012-11:55

0251 505 352

OVG NRW

S. 11/14

- 11 -

hängig davon ist die Gründung einer juristischen Person, deren Zweck offenbar allein der Vertrieb der „Heatballs“ ist, bereits für sich genommen jedenfalls dann nicht nachvollziehbar, wenn tatsächlich „brotlose“ Kunst zum Selbstkostenpreis beabsichtigt wäre. Darüber hinaus hat die Antragstellerin selbst auf die Gefahr für Arbeitsplätze verwiesen, die durch das Vertriebsverbot entsteht. Schließlich wird der kommerzielle Charakter des Imports der sog. Heatballs dadurch unterstrichen, dass die Antragstellerin auch die Einfuhr von Heatballs mit einer Stärke von 60 Watt geplant und - vor Inkrafttreten eines auch solche Glühlampen erfassenden Vertriebsverbotes zum 1. September 2011 - realisiert hat. Auch dies belegt, dass es ihr letztlich um möglichst hohe Verkaufszahlen geht, jedenfalls aber keine einmalige Kunstaktion im Raum steht.

4.3

An der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Ordnungsverfügung dürfte sich jedoch auch dann nichts ändern, wenn man trotz vorstehender, durchgreifender Bedenken den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG für die Heatballaktion als eröffnet ansähe. Eine Verletzung der Kunstfreiheit ließe sich auch dann voraussichtlich nicht feststellen. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist anerkannt, dass die Schrankenlosigkeit der Grundrechtsgewährleistung nicht dazu führt, dass sich im Konfliktfall die Kunstfreiheit in jedem Fall durchsetzt. Gerade aufgrund der Weite des Schutzbereiches kann die Kunstfreiheit insbesondere im hier allenfalls betroffenen Wirkbereich ihre Grenzen unmittelbar in anderen Bestimmungen der Verfassung finden, die ein in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes wesentliches Rechtsgut schützen, ohne dass es sich um eines von überragender Bedeutung handeln müsste.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 17. Juli 1984 - 1 BvR 816/82 -, BVerfGE 67, 213, 227, Beschluss vom 3. November 1987 - 1 BvR 1257/84, 861/85 -, BVerfGE 77, 240, 253 ff., Beschluss vom 7. März 1990 - 1 BvR 266/86, 913/87 -, BVerfGE 81, 278, 292 ff.; BVerwG, Beschluss vom 13. April 1995 - 4 B 70/95 -, NJW 1995, 2648 f.

Als solche den Eingriff rechtfertigende Verfassungsprinzipien kommen hier der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen (Art. 20a GG) sowie die Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes (Art. 23 GG) als Staatsziele in Betracht. Gemessen

Empf. Dat./-Zeit 28/02/2012 11:41 0251 505 352

P. 012

28.02.2012-11:55

0251 505 352

DVG NRW

S. 12/14

- 12 -

hieran hält sich der Eingriff auch unter Berücksichtigung der grundgesetzlichen Wertentscheidung für die Kunstfreiheit im Rahmen des Zulässigen. Maßstab ist insoweit auch hier nicht, wie die Antragstellerin meint, der abstrakte Gedanke "Umweltschutz", sondern der vom Unionsverordnungsgeber und vom nationalen Gesetzgeber legitimerweise gewählte Weg der Umsetzung mittels des Verbots bestimmter energieintensiver Glühlampen. Vor dem Hintergrund des Art. 23 GG tritt hinzu, dass hier die staatliche Verpflichtung, für die möglichst effektive Durchsetzung des Unionsrechts („effet utile“) zu sorgen, die Maßnahme letztlich erzwingt. Zudem ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass die Richtlinie 2005/32/EG und die Haushaltslampen-Verordnung auch dem Ziel dienen, Handelshemmnisse abzubauen und einheitliche Regelungen zum Vertrieb energiebetriebener Produkte im europäischen Binnenmarkt zu schaffen. Damit sind Grundziele und –freiheiten des primären Unionsrechts unmittelbar betroffen.

Umgekehrt wird durch die angefochtene Verfügung die Kunstfreiheit der Antragstellerin allenfalls am Rande, nämlich im Hinblick auf den Verkauf der Produkte, beschränkt. Auch ist nicht ersichtlich, dass es aus Sicht der Antragstellerin für die Verwirklichung ihrer mit der Aktion verfolgten künstlerischen Ziele zwingend erforderlich wäre, einen solchen Verkauf – jedenfalls über den Absatz der bereits verkauften 4000 Heatballs hinaus – zuzulassen. Insoweit käme das nach dem Verordnungs- und Gesetzestext zulässige Ausstellen der Produkte bzw. der Verkauf nichtfunktionsfähiger „Heatballs“ in Betracht. Die Antragstellerin geht selbst davon aus, dass die meisten Heatballs als Sammlerstücke ohnehin nicht benutzt werden würden. Ferner ist es für das von der Antragstellerin verfolgte künstlerische Ziel, die vermeintliche Sinnlosigkeit des schrittweisen Verbots aller herkömmlichen Glühlampen nach Maßgabe des Art. 3 Abs. 1 Haushaltslampen-Verordnung mit satirischen Mitteln bloßzustellen, letztlich nicht erforderlich, eine Ausnahme von bereits geltenden Vertriebsverböten der Haushaltslampen-Verordnung zuzulassen. Zum Zeitpunkt der von der Antragsgegnerin ausgesprochenen Untersägung für die hier in Rede stehenden Produkte mit einer Stärke von 75 und 100 Watt war es unter anderem zulässig, „Heatballs“ mit einer Stärke von 60 Watt legal einzuföhren, die bis heute legal vertrieben werden dürfen. Diese Möglichkeit hat die Antragstellerin auch genutzt und nutzt sie ausweislich ihres Internetauftritts weiterhin (vgl. unter www.heatball.de). Dass damit ihrem künstlerischen Anliegen im Rahmen eines schonenden Ausgleichs

Empf. Dat./-Zeit 28/02/2012 11:41 0251 505 352

P. 013

28.02.2012-11:55

0251 505 352

OVG NRW

S. 13/14

- 13 -

der widerstreitenden Verfassungsprinzipien nicht hinreichend Rechnung getragen werden könnte, ist weder dargelegt noch ersichtlich.

Unabhängig davon rechtfertigt die Berufung auf die Kunstfreiheit jedenfalls nicht den vorliegenden Verstoß gegen § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EVPG. Danach müssen von dem Gesetz erfasste Produkte selbst mit einer CE-Kennzeichnung versehen sein. Nur wenn dies nicht möglich ist, reicht eine entsprechende Kennzeichnung auf der Verpackung aus. Bei der hier umstrittenen Charge fehlt indes eine solche Kennzeichnung auf den „Heatballs“ selbst, sie ist nur auf der Verpackung angebracht. Da die Produkte ausreichend Raum selbst für die Aufschrift „Heatball“ bieten, wäre offensichtlich auch eine CE-Kennzeichnung auf ihnen möglich. Dass dies aus künstlerischen Gründen nicht geschehen sein könnte, behauptet jedoch die Antragstellerin selbst nicht. Auch deshalb kann eine Abwägung nicht zu ihren Gunsten ausfallen.

Schließlich ist in diesem Kontext ebenfalls zu berücksichtigen, dass hier die von der Antragstellerin behauptete Einmaligkeit schon im gegenwärtigen Zeitpunkt nicht vorliegt. Sie begehrt vielmehr die Freigabe einer zweiten Tranche, die die Absatzmenge im Verhältnis zur ersten um das 10fache erhöhte. Im Übrigen ist dieses Kriterium für die Antragsgegnerin kein praktikabler Maßstab. Sie hätte vielmehr jederzeit bei Zulassung des Vertriebs der hier betroffenen Heatballs weitere "einmalige Aktionen" - sei es durch die Antragstellerin oder durch Dritte - zu gewärtigen.

5.

Sähe man schließlich zugunsten der Antragstellerin entgegen der vorstehend dargelegten Auffassung des Senats die Erfolgsaussichten der erhobenen Klage gegen die Untersagungsverfügung der Antragsgegnerin vom 5. Januar 2011 als offen an – eine offensichtliche Rechtswidrigkeit der angefochtenen Ordnungsverfügung kommt danach jedenfalls nicht in Betracht –, bliebe dem vorliegenden Eilantrag gleichwohl der Erfolg versagt. Denn auch eine allgemeine Interessenabwägung fiel zulasten der Antragstellerin aus. Mit der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung und der damit faktisch verbundenen Freigabe des Vertriebs wäre bei der nachträglichen Feststellung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Ordnungsverfügung im Hauptsacheverfahren deren Zweck unwiderruflich vereitelt.

Empf. Dat./-Zeit 28/02/2012 11:41 0251 505 352

P. 014

28.02.2012-11:55

0251 505 352

OVG NRW

S. 14/14

- 14 -

Die Antragstellerin hat selbst auf die große Nachfrage hingewiesen. Daher ist davon auszugehen, dass die 40.000 „Heatballs“ zum Zeitpunkt der Hauptsacheentscheidung verkauft und zumindest potentiell in Betrieb genommen wurden. Ein Rückruf wäre offensichtlich nicht praktikabel.

Umgekehrt ist nicht zu erkennen, welche unwiederbringlichen Nachteile es für die Antragstellerin und die von ihr in Anspruch genommene Kunstfreiheit hätte, wenn sie die „Heatballs“ im Falle einer stattgebenden Entscheidung im Hauptsacheverfahren erst mit zeitlicher Verzögerung in den Umlauf bringen könnte. Der mit dem – hier unterstellt künstlerischen – Projekt beabsichtigte Protest gegen eine dann voraussichtlich weiterhin geltende Regelung bliebe ohne Effektivitätseinbußen, jedenfalls ohne ins Gewicht fallende, möglich. Soweit die Antragstellerin geltend macht, durch das Vertriebsverbot seien ihr bereits Lagerkosten in Höhe von mehr als 6.000 Euro entstanden, sind diese Kosten nicht von der hier allein in Rede stehenden Maßnahme erfasst oder bedingt. Durch die Verfügung ist der Antragstellerin lediglich der Vertrieb untersagt, nicht jedoch eine bestimmte Form der Lagerung vorgeschrieben. Im Übrigen wären diese Folgen durch spätere Schadensersatzleistungen hinreichend zu kompensieren.

6.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO, die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 52 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 2 GKG.

Der Beschluss ist unanfechtbar, § 152 Abs. 1 VwGO.

Beimesche

Dr. Graf

Dr. Hüwelmeier



Ausgefertigt

Szyplor

Szyplor, VG-Beschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle