

4.2 Betrachtungen zu einfachgesetzlichen Regelungen im Einzelnen

4.2.1 Gewerberecht

Im Gewerberecht ist der Gewerbebegriff definiert als selbstständige, erlaubte, auf Dauer angelegte und auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit unter Ausschluss der freien, wissenschaftlichen und künstlerischen Berufe²³.

Da künstlerische Tätigkeit also keine gewerbliche Tätigkeit darstellt, ist bei der Anwendung des Gewerberechts eine differenzierte Betrachtung erforderlich. Auf die genuin künstlerische (d.h. gestaltende bzw. nach dem Selbstverständnis der Handelnden künstlerische) Tätigkeit findet das Gewerberecht keine Anwendung. Gewerberechtliche Pflichten wie insbesondere die Anzeigepflicht bei Aufnahme, Verlegung, Änderung und Aufgabe eines stehenden Gewerbes nach § 14 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 GewO bestehen für Kochkünstler also ebenso wenig wie für Künstler anderer Gattungen.

Im Einzelfall kann eine Situation allerdings in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fallen und dennoch eine gewerbliche Tätigkeit im Sinne des Gewerberechts darstellen. Man denke etwa an Verlage, Galeristen oder Schallplattenproduzenten, die einerseits gewerblich tätig sind, sich verfassungsrechtlich aber nichtsdestoweniger auf die Kunstfreiheit berufen können²⁴.

Ähnlich differenziert ist die Kochkunst zu betrachten: Auf die genuin künstlerische Tätigkeit, also das eigentliche Kochen, ist das Gewerberecht nicht anwendbar, sofern das Kochen nach Verständnis des Kochenden Teil der künstlerischen Arbeit ist. Sofern Künstler wie Kristiane Kegelmann ihre teilweise essbaren Skulpturen direkt verkaufen, ist dies zudem Teil der Ausübung ihres künstlerischen Berufs und daher kein Gewerbe. Sofern aber Produkte der Kochkunst (etwa Torten, essbare Skulpturen usw.) von Dritten schlicht weiterverkauft werden, ist die Situation ähnlich der einer Galerie oder einer Buchhandlung. Die Vorschriften des Gewerberechts sind hier also anwendbar, ohne dass dies einen Eingriff in die Kunstfreiheit darstellt. Denn die künstlerische Tätigkeit wird durch die gewerberechtlichen Vorschriften weder erschwert noch unmöglich gemacht.

23 K. Schmidt in: Münchener Kommentar zum HGB, § 1, Rn. 23 m.w.N.

24 Ausführlich zu dieser Durchsetzung des Wirkbereichs mit »nicht sach-spezifischen Faktoren« F. Müller, a.a.O., S. 101f.

Bei essensbezogenen Shows, Performances und Restaurants, die explizit als Kunstprojekt betrieben werden, kommt es bei der Einordnung auf den Einzelfall an. Grundsätzlich sind diese, ähnlich wie andere Kunstperformances oder Happenings, nicht ohne Weiteres als Gewerbe einzuordnen. Es gibt aber Ausnahmen: das »dreijahre« Käsmayrs etwa wurde als GmbH & Co. KG gegründet und betrieben²⁵, die Künstlerin gab dem Projekt also absichtlich eine gewerbliche Form. Obwohl das »Gastraumprojekt« also in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fiel und als ein drei Jahre währendes Happening betrachtet werden kann, waren die Vorschriften des Gewerbe- und auch Gesellschaftsrechts hier anwendbar. Denn Inhalt des Experiments war gerade, ein in jeder Hinsicht, auch in der Rechtsform, gewerblich betriebenes Restaurant zu betreiben und dies dennoch als Kunst zu deklarieren. Käsmayr unterwarf ihr Projekt also bewusst den für ein »reguläres« Restaurant geltenden Regeln. Dementsprechend kam es (wohl) auch zu keinem rechtlichen Konflikt.

Als Gegenbeispiel kann hier Froelichs »Restauration a.a.O.«²⁶ genannt werden, bei dem die Bewirtung von Gästen und das Zubereiten von Speisen offenbar Kernelement der künstlerischen Arbeit ist, und also keine gewerbliche Tätigkeit darstellt. Gewerberechtliche Vorschriften sind dementsprechend nicht anwendbar.

Verfassungsrechtliche Konflikte wegen (angenommener) Eingriffe in die Kochkunstfreiheit aufgrund des Gewerberechts sind im Übrigen nicht bekannt.

4.2.2 Gaststättenrecht

Ähnlich ist die Situation im Gaststättenrecht, das als Teilgebiet des Gewerberechts²⁷ gerade für Kochende relevant ist. Auch hier bedarf es einer differenzierten Betrachtung im Einzelfall, da die Anwendbarkeit des Gaststättengesetzes²⁸ vom Betrieb eines Gewerbes, genauer: eines Gaststättengewerbes abhängt. Zudem fällt das Gaststättenrecht seit der Föderalismusreform in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG,

25 Siehe oben (3.2.4.2).

26 Siehe oben (3.2.5.3).

27 Zur Entwicklung des Gaststättenrechts als besonderes Gewerbe U. Schönleiter: Gaststättengesetz, Einleitung, Rn. 3.

28 Gaststättengesetz (GastG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. November 1998 (BGBl. I S. 3418), das zuletzt durch Artikel 14 des Gesetzes vom 10. März 2017 (BGBl. I S. 420) geändert worden ist.

weshalb es bereits mehrere landesrechtliche Besonderheiten gibt, auf die einzugehen den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde²⁹. Ein Gaststättengewerbe im Sinne des GastG des Bundes betreibt gemäß § 1 GastG, wer im stehenden Gewerbe Getränke oder zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht (Abs. 1) oder wer als selbständiger Gewerbetreibender im Reisegewerbe von einer für die Dauer der Veranstaltung ortsfesten Betriebsstätte aus Getränke oder zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht (Abs. 2), wenn der Betrieb jedermann oder bestimmten Personenkreisen zugänglich ist.

Auch hier fällt eine rein künstlerische Tätigkeit also bereits nicht in den Anwendungsbereich des GastG, da sie kein Gewerbe darstellt. Die »Restauration a.a.O.« Froelichs ist auch hier ein geeignetes Beispiel für eine Bewirtung von Gästen, die aber als künstlerische Tätigkeit kein Gaststättengewerbe ist. Andere Supperclubs, die ohne künstlerische Intention aber dafür so regelmäßig und mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden, dass sie bereits als Gaststättengewerbe gelten müssen, fallen hingegen in den Anwendungsbereich des GastG. Auch hier kann im Einzelfall ein Sachverhalt in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fallen, dennoch aber ein Gaststättengewerbe darstellen, so etwa das als GmbH & Co. KG betriebene »Gastraumprojekt dreijahre« Käsmayrs.

Die ordnungsrechtlichen Anforderungen des GastG sind allerdings strenger als die allgemeinen gewerberechtlichen Regelungen: Anders als die GewO, nach der eine Anzeigepflicht, aber kein grundsätzlicher Erlaubnisvorbehalt für den Betrieb eines Gewerbes besteht, bedarf gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 GastG, wer ein Gaststättengewerbe betreiben will, grundsätzlich der Erlaubnis. Hiervon abweichend bedarf er keiner Erlaubnis, sofern (ausschließlich) alkoholfreie Getränke, unentgeltliche Kostproben oder zubereitete Speisen verabreicht werden oder aber Getränke und zubereitete Speisen in Verbindung mit einem Beherbergungsbetrieb an Hausgäste verabreicht werden (§ 2 Abs. 2 GastG). Versagungsgründe sind insbesondere mangelnde Zuverlässigkeit des Betreibers (§ 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Nr. 4 GastG), die Ungeeignetheit der Räume (§ 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GastG) oder zu erwartende Nachteile, Gefahren oder Belästigungen der Allgemeinheit durch den Gaststättenbetrieb (§ 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GastG). Bei nachträglichem Auftreten eines Versagungsgrundes oder sofern sich nach Erlaubniserteilung herausstellt, dass ein solcher schon vor Erlaubniserteilung vorgelegen hat, ist die Erlaubnis zu widerrufen bzw. zurückzunehmen (§ 15 Abs. 2 bzw. Abs. 1 GastG). Die Erlaubnis bezieht sich

29 Näheres vgl. U. Schönleiter, a.a.O., Rn. 1., 2.

auf eine bestimmte Betriebsart und bestimmte Räume (§ 3 Abs. 1 GastG) sowie einen bestimmten Betreiber (§ 2 Abs. 1 GastG). Sie kann unter bestimmten Voraussetzungen zeitlich befristet erteilt (§ 3 Abs. 2 GastG) und mit Auflagen verbunden werden (§ 5 Abs. 1 GastG). Diese Auflagen müssen entweder dem Schutze der Gäste vor Ausbeutung, dem Schutze des Lebens, der Gesundheit oder der Sittlichkeit von Gästen oder der im Betrieb Beschäftigten oder aber dem Schutze der Allgemeinheit, der Bewohner des Betriebsgrundstückes oder der Nachbargrundstücke gegen Immissionen oder sonstige erhebliche Nachteile, Belästigungen oder Gefahren dienen.

Der Erlaubnisvorbehalt dient also dem Schutz der Gäste, der Beschäftigten und der Allgemeinheit insbesondere hinsichtlich Ihrer Gesundheit sowie »Sittlichkeit«. Insbesondere soll dem Alkoholmissbrauch vorgebeugt werden, weshalb Betriebe, die keine alkoholischen Getränke ausschenken, keiner Erlaubnis bedürfen³⁰. Sofern sich im Einzelfall also ein Konflikt zwischen der Kunstfreiheit des Wirts und den Bestimmungen des GastG zeigen sollte, wäre in den allermeisten Fällen eine Abwägung zwischen den Schutzgütern Kunstfreiheit und den ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten Schutzgütern Leben und körperliche Unversehrtheit vorzunehmen. Beispielfhaft sei hier der Fall Eckart Witzigmanns genannt³¹, dem, wie beschrieben, nach dem Konsum von Kokain die Erlaubnis zum Betrieb seiner Gaststätte entzogen wurde. Es handelte sich um den Widerruf der Erlaubnis nach § 15 Abs. 2 iVm. § 4 Abs. 1 Satz 1 GastG, da nachträglich Tatsachen eingetreten waren, die die Annahme rechtfertigten, dass Witzigmann die für den Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besaß.

Angenommen, Witzigmanns Betrieb seines Restaurants »Aubergine« fiel in den Schutzbereich der Kunstfreiheit³², so läge im Widerruf der Erlaubnis ein Eingriff in seine Kunstfreiheit, da ihm der Betrieb des Restaurants unmöglich gemacht wurde. Der Eingriff wäre aber gerechtfertigt, denn der Kokainkonsum Witzigmanns ließ annehmen, dass er nicht nur seine eigene, sondern auch die Gesundheit seiner Mitarbeiter ernsthaft gefährdete. Bei der Abwägung der Schutzgüter spielt außerdem eine Rolle, dass es Witzigmann durch den Widerruf der Erlaubnis unbenommen blieb, als Angestellter im

30 Ausführlich U. Schönleiter, a.a.O., Rn. 5, 6.

31 Siehe oben (3.2.6.2).

32 Was hier mangels entsprechendem Selbstverständnisses Witzigmanns nicht vertreten wird, siehe oben (3.2.6.2).

selben Restaurant weiterhin genauso zu kochen. Die rechtliche Gesamtverantwortung durfte er zwar nicht mehr tragen, in die inhaltliche Gestaltung der Gerichte bzw. des Restaurantbetriebs wurde aber nicht eingegriffen. Es war Witzigmann überlassen, den Betrieb des Restaurants jemandem zu übertragen, der ihm hinsichtlich der inhaltlichen Gestaltung freie Hand ließ. Sofern also nicht gerade der eigene Betrieb des Restaurants zum künstlerischen Konzept gehört, kann selbst die Versagung bzw. der Widerruf oder die Rücknahme der Erlaubnis im Verhältnis zur potentiellen Gesundheitsgefährdung von Gästen und Mitarbeitern ein gerechtfertigter Eingriff in die Kunstfreiheit sein. Im Einzelfall kommt es bei der Abwägung darauf an, welche Gefahr für die Gesundheit der Gäste oder Mitarbeiter besteht, und wie sehr die Versagung, der Widerruf oder die Rücknahme der Erlaubnis tatsächlich die eigentlich künstlerische Tätigkeit erschwert. Sofern auch nach dem Selbstverständnis der Betroffenen die künstlerische Tätigkeit darin besteht, Speisen zu entwerfen oder zuzubereiten, kommt es für die Ausübung dieser Tätigkeit nicht auf die Inhaberschaft des Restaurantbetriebs an. Die Erschwerung der künstlerischen Tätigkeit ist also relativ gering. Sofern aber, wie etwa bei Käsmays »Gasträumprojekt dreijahre« gerade der Restaurantbetrieb in gewerblicher Form nach dem Verständnis des Handelnden wesentlicher Teil der künstlerischen Arbeit ist, bedeutet die Versagung, der Widerruf oder die Rücknahme der gaststättenrechtlichen Erlaubnis eine erhebliche Erschwernis, gerade dieses künstlerische Konzept umzusetzen. Entsprechend müsste im Einzelfall abgewogen werden, ob die angenommene Gefahr für die Gesundheit Dritter diesen Eingriff rechtfertigt.

Wie sich oben gezeigt hat, ist der gewerbliche Betrieb einer Gaststätte mit dem Selbstverständnis, künstlerisch tätig zu sein, die Ausnahme. Noch seltener ist es, dass gerade der Betrieb der Gaststätte als Gewerbe Teil des künstlerischen Konzepts ist – selbst Kochende, die sich selbst als Künstler betrachten, betrachten oft das eigentliche Kochen als künstlerische Tätigkeit, nicht aber den gewerblichen Betrieb einer Gaststätte. Käsmayr, der es gerade auf die Gleichzeitigkeit und Überschneidung von gewerblicher und künstlerischer Tätigkeit ankommt, ist ein Ausnahmefall.

Da der Großteil der Projekte oder Situationen, die nach dem Selbstverständnis der Handelnden in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fallen, ohnehin keine Gewerbebetriebe und meistens auch erst recht keine Gaststätten-gewerbe sind, besteht auch hier nur ein geringes Konfliktpotential.

4.2.3 Handwerksrecht

Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 HwO ist der selbständige Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks als stehendes Gewerbe nur den in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen und Personengesellschaften gestattet. Voraussetzung für die Eintragung in die Handwerksrolle ist gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 iVm Abs. 1a HwO, dass der Betriebsleiter in dem von ihm zu betreibenden oder in einem mit diesem verwandten zulassungspflichtigen Handwerk die Meisterprüfung bestanden hat³³. Der Gewerbebegriff entspricht dabei dem oben genannten Begriff aus dem Gewerberecht, d.h. künstlerische Tätigkeiten fallen nicht darunter³⁴.

Der Begriff des »Handwerks« ist gesetzlich nicht definiert³⁵, die zulassungspflichtigen Handwerksberufe sind in Anlage A der Handwerksordnung allerdings abschließend aufgeführt. Lebensmittelbezogen sind darunter allein die Bäckerei, Konditorei und Fleischerei³⁶. Es fällt auf, dass das Kochen weder einen zulassungspflichtigen Handwerksberuf noch einen (in Anlage B der Handwerksordnung aufgeführten) zulassungsfreien Handwerks- bzw. handwerksähnlichen Beruf darstellt. Der zuweilen auftauchenden umgangssprachlichen Bezeichnung des Kochens als Handwerk entspricht die gesetzliche Einordnung also nicht.

Kochen ist ein staatlich anerkannter Ausbildungsberuf, § 1 KochAusbV. Die KochAusbV enthält auch genaue inhaltliche Vorgaben hinsichtlich der Ausbildungsinhalte, insbesondere des Mindestlehrstoffs und dessen, was die Auszubildenden am Ende der Berufsausbildung können sollten, wie die Prüfungen aufgebaut sind, wie die Bewertung abläuft usw. Insofern ist die KochAusbV im Wesentlichen so aufgebaut wie die Ausbildungsverordnungen für Konditorei, Bäckerei und Fleischerei³⁷. Der Unterschied besteht darin,

33 Bestimmte Abschlüsse, insbesondere von (Fach-)Hochschulen ermöglichen gemäß § 7 Abs. 2 HwO ebenfalls die Eintragung in die Handwerksrolle, sofern der Studien- oder Schulschwerpunkt dem fraglichen Handwerksberuf fachlich entspricht. Für lebensmittelbezogene Berufe ist diese Regelung aber so gut wie nie relevant.

34 Vgl. S. Detterbeck, § 1 HwO, Rn. 4, 5.

35 Hierzu S. Detterbeck, a.a.O., Rn. 16.

36 Nr. 30, 31, 32 der Anlage A der HwO.

37 *Konditorei*: Verordnung über die Berufsausbildung zum Konditor/zur Konditorin (KondAusbV) vom 03. Juni 2003 (BGBl. I S. 790). *Bäckerei*: Verordnung über die Berufsausbildung zum Bäcker/zur Bäckerin (BäAusbV) vom 21. April 2004 (BGBl. I S. 632), die durch Artikel 1 der Verordnung vom 08. Februar 2016 (BGBl. I S. 179) geändert worden ist.

dass, um selbstständig gewerblich zu kochen, staatlicherseits keine Ausbildung vorausgesetzt wird. Jeder darf kochen, gewerblich, gelegentlich, selbstständig oder angestellt, ohne eine bestimmte Qualifikation nachzuweisen. Die Ausbildung für Köche ist also zwar genauso detailliert geregelt wie die für Konditoren, Bäcker oder Fleischer. Überhaupt eine Ausbildung zu absolvieren ist aber nicht staatlich geforderte Ausübungsvoraussetzung für diesen Beruf³⁸.

Die zulassungspflichtigen Handwerksberufe Konditorei, Bäckerei und Fleischerei hingegen dürfen als stehendes Gewerbe nur mit einer Eintragung in die Handwerksrolle ausgeübt werden. Voraussetzung für diese Eintragung ist grundsätzlich das Führen des Meistertitels, und Voraussetzung für die Zulassung zur Meisterprüfung ist in der Regel ein Gesellenbrief, d.h. eine abgeschlossene Berufsausbildung, § 49 Abs. 1 HwO.

Die Pflicht zur Eintragung in die Handwerksrolle und damit mittelbar zum Führen des Meistertitels besteht also ohnehin nicht für Köche, Restaurantbetreiber oder andere Grundrechtsträger, die Lebensmittel bearbeiten, sofern sie dies nicht als Konditor, Bäcker oder Fleischer tun. Auch andere Regelungen der HwO sind auf Köche bzw. Restaurantbetreiber, ob sie nun mit oder ohne künstlerische Intention arbeiten, nicht anwendbar. Das Handwerksrecht stellt für die Mehrzahl der Fälle, in denen sich ein Grundrechtsträger als »Kochkünstler« versteht, mangels Anwendbarkeit also keinerlei Erschwerung seiner Tätigkeit dar. Es besteht also in diesen Fällen kein Eingriff in die Kunstfreiheit, mithin auch kein verfassungsrechtlicher Konflikt.

Sofern ein Grundrechtsträger Brot oder Kuchen backt und verkauft oder aber für einen Fleischer typische Tätigkeiten ausübt, ist eine genauere Betrachtung erforderlich. Wie erläutert bestehen insbesondere die Pflicht zur Führung des Meistertitels sowie zur Eintragung in die Handwerksrolle und weitere damit verbundene Pflichten (etwa Auskunftspflichten gegenüber der Handwerkskammer gemäß § 17 HwO) nur für den Fall, dass einer dieser Berufe als stehendes Gewerbe handwerksmäßig betrieben wird (§ 1 Abs. 1 Satz 1, Abs 2 Satz 1 HwO). Wer aber etwa Brot als Teil eines Kunstprojekts

Fleischerei: Verordnung über die Berufsausbildung zum Fleischer/zur Fleischerin (FleischAusV) vom 23. März 2005 (BGBl. I S. 898), die durch Artikel 1 der Verordnung vom 30. Dezember 2016 (BGBl. 2017 I S. 37) geändert worden ist.

38 Zur Diskussion über die Einführung der Erfordernis eines Sachkundenachweises für Betreiber von Gaststätten in den 1960er Jahren vgl. U. Schönleiter: Gaststättengesetz, Einleitung, Rn. 4.

backt, betreibt schon kein Gewerbe, da er künstlerisch tätig ist³⁹. Es ist Teil der Definition des Gewerbebegriffs, dass es sich nicht um künstlerische Tätigkeit handelt⁴⁰. Setzt man also mit der hier vertretenen Ansicht allein die ernsthafte künstlerische Intention für die Annahme einer künstlerischen Tätigkeit voraus, so fällt die Tätigkeit all derjenigen (aber auch nur derjenigen), die diese künstlerische Intention bzw. dieses künstlerische Selbstverständnis aufweisen, aus dem Anwendungsbereich der HwO heraus. Denn sie betreiben schon kein stehendes Gewerbe. Ein Beispiel ist hier etwa Stephanie Illouz, deren Produktion und Verkauf von Torten in fast jeder Hinsicht unter den Gewerbebegriff fällt, aber aufgrund ihrer ernsthaften Überzeugung, künstlerisch tätig zu sein, eine künstlerische Tätigkeit und damit kein Gewerbe darstellt. Auf Illouz' Betrieb ist die HwO also ebenfalls von vorneherein nicht anwendbar. Auch Sylvia Zenz, die erfolglos von der Handwerkskammer Lübeck zur Einhaltung der handwerksrechtlichen Regelungen aufgefordert wurde, ist ein Beispiel für die Nichtanwendbarkeit dieser Regelungen auf künstlerische Tätigkeiten⁴¹. Zenz gewann das gegen sie eröffnete Ordnungswidrigkeitsverfahren, ohne dass es einer spezifisch verfassungsrechtlichen Prüfung bedurft hätte. Aufgrund der Nichtanwendbarkeit der einfachgesetzlichen Regelungen war eine Prüfung, ob eine Verletzung der Kunstfreiheit vorlag, gar nicht erst erforderlich. Im Falle Kristiane Kegelmanns, die Konditormeisterin ist, ist die Frage nach der Maßgeblichkeit ihres Selbstverständnisses bezüglich einer konkreten Situation bzw. Tätigkeit besonders relevant: Denn obwohl sie sich als Konditormeisterin bzw. ihre Arbeit ohne Weiteres als Handwerksbetrieb in die Handwerksrolle eintragen lassen könnte, ist sie hierzu aufgrund ihres Selbstverständnisses als Künstlerin nicht verpflichtet. Auch wenn ihre Arbeit nach wie vor zumindest Überschneidungen zu der einer Konditorin aufweist, so bewirkt doch ihre eigene Intention, sich nunmehr nicht mehr als Konditorin, also handwerklich, sondern künstlerisch zu betätigen, dass ihre Arbeit auch nicht mehr als Handwerksbetrieb eingeordnet werden kann. Auch auf diejenigen, die sich vor dem Hintergrund einer ursprünglich handwerklichen Ausbildung entscheiden, nunmehr künstlerisch tätig zu sein, sind also die Vorschriften der HwO nicht anwendbar.

Mangels Anwendbarkeit der handwerksrechtlichen Vorschriften schon auf einfachgesetzlicher Ebene liegt auch in einem solchen Fall also kein Eingriff in

39 Ähnlich S. Detterbeck, § 1 HwO, Rn. 4, 5, m.w.N.

40 Siehe oben (4.2.1).

41 Siehe oben (3.2.7.3).

die Kunstfreiheit vor, so dass eine verfassungsrechtliche Prüfung, inwiefern dieser gerechtfertigt sein könnte, entfallen kann. Rechtliche Konflikte drehen sich im Einzelfall eher darum, ob die Vorschriften der HwO anwendbar sind, oder ob es sich bei der zu beurteilenden Tätigkeit um eine künstlerische handelt. Sofern dies allerdings unter Missachtung des Selbstverständnisses des Grundrechtsträgers verneint, das Vorliegen künstlerischer Tätigkeit also abgelehnt wird, verkennt die handelnde Behörde bzw. das Gericht die Betroffenheit der Kunstfreiheit insgesamt, was nach Ausschöpfung des Rechtswegs per Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden könnte.

4.2.4 Bauplanungsrecht

Das Bauplanungsrecht legt fest, was wo gebaut und wie genutzt werden darf. Je nach der im jeweiligen Bebauungsplan festgesetzten Art der baulichen Nutzung ist auf einer bestimmten Fläche etwa nur Wohnnutzung, gewerbliche Nutzung, oder auch eine Mischung verschiedener Nutzungen zulässig. Ergänzend zum jeweiligen Bebauungsplan regelt der erste Abschnitt der BauNVO⁴², welche Art von baulicher Nutzung in welchem Baugebiet zulässig ist.

Nach § 13 BauNVO sind für die Berufsausübung freiberuflich Tätiger und solcher Gewerbetreibender, die ihren Beruf in ähnlicher Art ausüben, in allen Baugebieten außer Sondergebieten Räume, in bestimmten Baugebieten auch Gebäude zulässig. § 13 BauNVO enthält also eine explizite Privilegierung freiberuflich Tätiger und solcher Gewerbetreibender, die ihren Beruf in ähnlicher Art ausüben. Obwohl der Begriff des freien Berufs für den städtebaulichen Kontext im Gesetz nicht definiert ist, gehören Künstler in Orientierung an den Berufekatalog des § 1 Abs. 2 Satz 2 PartGG⁴³ auch aus planungsrechtlicher Perspektive zu den freiberuflich Tätigen⁴⁴.

Sofern Kochende rechtlich als Künstler betrachtet werden, gilt diese Privilegierung also auch für sie. Als freiberuflich Tätige bzw. Künstlerin kann also etwa Stephanie Illouz ihre Torten auch im reinen Wohngebiet herstellen

42 Verordnung über die bauliche Nutzung der Grundstücke (Baunutzungsverordnung), in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. November 2017 (BGBl. I S. 3786).

43 Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (PartGG) vom 25. Juli 1994 (BGBl. I S. 1744), das zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 22. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2565) geändert worden ist.

44 Vgl. G. Hornmann in: G. Hornmann/N. Kämper/W. Spannowsky: BeckOK BauNVO, § 13 Rn. 16, 24.

und verkaufen, ebenso wie Kristiane Kegelmann ihre teilweise essbaren Skulpturen in jedem Baugebiet herstellen und verkaufen kann. Dass etwa Kegelmann Konditormeisterin ist, macht ihre Arbeit dabei auch im planungsrechtlichen Kontext nicht zum Handwerksbetrieb. Auch Dieter Froelich etwa kann seine »Restauration a.a.O.« in jedem Baugebiet vorbereiten und veranstalten. Umgekehrt können andere Supper Clubs, sofern sie regelmäßig und mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden, sich nicht auf die Privilegierung des § 13 BauNVO berufen, sondern stellen ggf. auch planungsrechtlich ein Gewerbe bzw. ein Gaststättengewerbe dar.

Die Verweigerung einer Baugenehmigung oder Nutzungsänderungsgenehmigung stellt einen Eingriff in die Kunstfreiheit dar, wenn dadurch die Ausübung einer Tätigkeit, für die der Schutzbereich der Kunstfreiheit eröffnet ist, an einem bestimmten Ort unmöglich gemacht wird. Dass es für die Verwirklichung eines kulinarischen wie künstlerischen Konzepts auf dessen Verwirklichung an einem ganz bestimmten Ort ankommen kann, verdeutlicht u.a., dass Ferran Adrià, als er (als erster Koch) zur documenta 12 eingeladen wurde, darauf bestand, weiter in seinem Restaurant in Roses, Spanien, zu kochen⁴⁵. Das Restaurant wurde zur Außenstelle der documenta erklärt, da es Adrià gerade darauf ankam, an diesem Ort in der dort herrschenden Atmosphäre zu kochen, bzw. die Gäste gerade diese Atmosphäre erleben zu lassen⁴⁶. Wie stark die Verweigerung einer Bau- bzw. Nutzungsänderungsgenehmigung die Ausübung einer bestimmten künstlerischen Tätigkeit erschwert oder unmöglich macht, wie sehr insbesondere das künstlerische Konzept nach dem Verständnis des Grundrechtsträgers gerade an einem bestimmten Ort oder Gebäude verwirklicht werden muss, kann nur im Einzelfall beurteilt werden. Auch eine Abwägung mit anderen Schutzgütern kann dementsprechend nur im Einzelfall erfolgen.

Sofern Kochende nicht als Künstler eingeordnet werden, stellt ihre Tätigkeit in der Regel entweder eine Speisewirtschaft (häufig verbunden mit einer Schankwirtschaft), einen Handwerksbetrieb (Bäckereien, Fleischereien, Konditoreien) oder einen sonstigen Gewerbebetrieb (etwa Catering-Betriebe) dar.

Schank- und Speisewirtschaften sind in besonderen Wohngebieten, Dorfgebieten, Mischgebieten, urbanen Gebieten, Kerngebieten, Gewerbegebieten und Industriegebieten grundsätzlich zulässig, § 4a Abs. 2 Nr. 2, § 5 Abs. 2 Nr. 5, § 6 Abs. 2 Nr. 3, § 6a Abs. 2 Nr. 3, § 7 Abs. 2 Nr. 2, § 8 Abs. 2 Nr. 1, § 9 Abs. 2 Nr. 1

45 https://www.documenta.de/de/retrospective/documenta_12#.

46 Ausführlich M. Weber-Lamberdière: Die Revolutionen des Ferran Adrià, S. 199–213.

BauNVO. In Kleinsiedlungsgebieten und allgemeinen Wohngebieten sind sie zulässig, sofern sie der Versorgung des Gebiets dienen, § 2 Abs. 2 Nr. 2 bzw. § 4 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO. Allein in reinen Wohngebieten sind sie unzulässig, § 3 BauNVO. In Sondergebieten nach §§ 10, 11 BauNVO kommt es auf die Festsetzungen des konkreten Bebauungsplanes an.

Gewerbe- bzw. Handwerksbetriebe, sind in besonderen Wohngebieten, Dorfgebieten, Mischgebieten, urbanen Gebieten, Kerngebieten, Gewerbegebieten und Industriegebieten grundsätzlich zulässig, § 4a Abs. 2 Nr. 3, § 5 Abs. 2 Nr. 6, § 6 Abs. 2 Nr. 4, § 6a Abs. 2 Nr. 4, § 7 Abs. 2 Nr. 3, § 8 Abs. 2 Nr. 1, § 9 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO. Nicht störende Handwerksbetriebe sind grundsätzlich auch in Kleinsiedlungsgebieten und allgemeinen Wohngebieten zulässig, § 2 Abs. 2 Nr. 2 bzw. § 4 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO. In reinen Wohngebieten sind nicht störende Handwerksbetriebe, die zur Deckung des täglichen Bedarfs für die Bewohner des Gebiets dienen, ausnahmsweise zulässig, § 3 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO.

Es zeigt sich: Auch ohne die Privilegierung nach § 13 BauNVO in Anspruch nehmen zu müssen, sind Tätigkeiten der Lebensmittelzubereitung in der Mehrheit der Baugebiete grundsätzlich zulässig. Die Einordnung einer bestimmten gastronomischen Unternehmung als Kunst (und daher nicht als Gewerbe) ist nur dann entscheidend, wenn der Betroffene seine Tätigkeit im reinen Wohngebiet, im Kleinsiedlungsgebiet oder im allgemeinen Wohngebiet ausüben möchte. Bei einer rechtlichen Einordnung als künstlerische Tätigkeit wäre die Nutzung von Räumen in jedem Baugebiet zulässig. Sofern eine Tätigkeit als Gewerbe eingeordnet wird (etwa der Verkauf essbarer Skulpturen o.ä.) und in einem bestimmten Gebiet Gewerbebetriebe nicht grundsätzlich zulässig sind, ist zu prüfen, ob eine planungsrechtliche Einordnung als kulturelle Nutzung in Betracht kommt. So sind Anlagen für kulturelle Zwecke etwa auch in Kleinsiedlungsgebieten und reinen Wohngebieten zumindest ausnahmsweise zulässig, § 2 Abs. 3 Nr. 2, § 3 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO. In allgemeinen Wohngebieten sind Anlagen für kulturelle Zwecke grundsätzlich zulässig, § 4 Abs. 2 Nr. 3 BauNVO. Für die planungsrechtliche Einordnung als kulturelle Nutzung ist nicht entscheidend, ob die Nutzung mit Gewinnerzielungsabsicht erfolgt⁴⁷, insofern können auch gewerbliche (also nicht rein künstlerische) Nutzungen darunter fallen. Restaurants oder andere Betriebe der Lebensmittelzubereitung werden aber in der Regel nicht

47 G. Hornmann in: G. Hornmann/N. Kämper/W. Spannowsky: BeckOK BauNVO, § 4 Rn. 80.

als kulturelle Nutzung eingeordnet. Sofern für einen bestimmten Sachverhalt bzw. eine bestimmte Tätigkeit allerdings der Schutzbereich der Kunstfreiheit eröffnet ist, muss dieser bzw. diese auch planungsrechtlich als kulturelle Nutzung eingeordnet werden. Da die Genehmigungsfähigkeit aufgrund mehrerer Einordnungen bestehen kann, kann eine Tätigkeit sowohl eine Schank- und Speisewirtschaft, einen Gewerbebetrieb und eine kulturelle Nutzung darstellen. Die Genehmigungsfähigkeit ist dann, wie gezeigt, in vielen Fällen ohnehin gegeben. Eine Genehmigungsfähigkeit als freiberuflich-künstlerische Nutzung nach § 13 BauNVO ist also nur in den Fällen entscheidend, in denen keine Genehmigung nach den o.g. Kategorien erfolgen kann.

4.2.5 Lebensmittelrecht

Das Lebensmittelrecht ist ein stark europarechtlich geprägtes Sondergebiet des Gefahrenabwehr- bzw. Nebenstrafrechts⁴⁸. Es gilt eine unübersehbare »Normenflut«⁴⁹ an Bundesgesetzen sowie bundes- und europarechtlichen Verordnungen⁵⁰. Das Lebensmittelrecht betrifft dabei nicht nur Lebensmittel im engeren Sinne, d.h. »alle Stoffe oder Erzeugnisse, die dazu bestimmt sind oder von denen nach vernünftigem Ermessen erwartet werden kann, dass sie in verarbeitetem, teilweise verarbeitetem oder unverarbeitetem Zustand von Menschen aufgenommen werden«, darunter auch Kaugummi, Getränke »sowie alle Stoffe – einschließlich Wasser –, die dem Lebensmittel bei seiner Herstellung oder Ver- oder Bearbeitung absichtlich zugesetzt werden« (Art. 2 Lebensmittelbasisverordnung⁵¹), sondern auch Futtermittel, kosmeti-

48 Einen Überblick gibt G. Hohmann in: Zipfel/Rathke (Begr.): Lebensmittelrecht, Einführung, Rn. 248ff.

49 Begriff bei Pfohl in: Müller-Gugenberger: Wirtschaftsstrafrecht, § 72 Rn. 1, zitiert nach E. Roffael/R. Wallau: »Kirschkern wird niemand kauen« – Ausgewählte aktuelle Aspekte des Lebensmittelstrafrechts, LMuR 2020, S. 10.

50 Mit Hinweis auf die »fehlende Systematik des Rechts der Union« erhebt etwa die Liste 48 geltender europarechtlicher Verordnungen keinen Anspruch auf Vollständigkeit bei K.-D. Rathke in: Zipfel/Rathke (Begr.): Lebensmittelrecht, Einführung, Rn. 70, eine ebenfalls ausdrücklich nicht vollständige Aufzählung bundesrechtlicher Vorschriften ebd., Rn. 72.

51 Verordnung (EG) Nr. 178/2002 (Lebensmittelbasisverordnung) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2002 zur Festlegung der allgemeinen Grundsätze und Anforderungen des Lebensmittelrechts, zur Errichtung der Europäischen Behörde für Lebensmittelsicherheit und zur Festlegung von Verfahren zur Lebensmittelsicherheit, Amtsblatt Nr. L 031 vom 01/02/2002 S. 0001 – 0024.

sche Mittel und Bedarfsgegenstände⁵². Zweck des Lebensmittelrechts ist der Schutz des Verbrauchers vor Gesundheitsgefahren und Irreführung⁵³, wobei der Schutz vor Irreführung wiederum sowohl dem Gesundheitsschutz als auch dem Schutz der wirtschaftlichen Interessen des Verbrauchers dient⁵⁴.

Geregelt werden zahlreiche mit Lebens-, Futter- und kosmetischen Mitteln zusammenhängende Bereiche wie etwa die Etikettierung, Verpackung, Herstellung, Preisangaben, Nährwertangaben, Zusatzstoffe, Rückstände von Pflanzenschutzmitteln, die ökologische/biologische Produktion von Lebensmitteln, Werbung, Umgang mit Kontaminationen u.v.m.⁵⁵ Die Vielzahl der Normen, deren mangelnde Systematik und zahlreichen Querverweise untereinander führen zu derartigen Anwendungsschwierigkeiten, dass die Verfassungsmäßigkeit insbesondere des Lebensmittelstrafrechts wegen Verstoßes gegen das Gebot der Normenklarheit nach Art. 103 Abs. 2 GG teilweise bezweifelt wird⁵⁶.

Zweck der lebensmittelrechtlichen Vorschriften ist es aber nicht, die Kunstfreiheit zu beschränken. Sollten lebensmittelrechtliche Vorschriften bzw. deren Durchsetzung dennoch künstlerische Arbeit erschweren oder unmöglich machen, so ist das ein nichtintendierter Nebeneffekt. Das Vorliegen, die Schwere und die Rechtfertigung eines solchen Eingriffs kann nur im Einzelfall geprüft werden. Betroffen sein können hier sowohl Werk- als auch Wirkungsbereich. Sofern die fragliche lebensmittelrechtliche Vorschrift dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit der Verbraucher dient, ist zwischen den beiden betroffenen Grundrechten abzuwägen. Je akuter dabei die Gesundheitsgefahr, die durch Nichtanwendung lebensmittelrechtlicher Vorschriften entstünde, desto eher überwiegt das Recht auf körperliche Unversehrtheit. Außerdem ist bei der Abwägung zu beachten, ob eine lebensmittelrechtliche Vorschrift tatsächlich die schöpferische Arbeit des jeweiligen Künstlers bzw. das Inverkehrbringen seiner Werke oder aber nur Nebenaspekte betrifft, die seine eigentliche Arbeit unberührt lassen. Dies wird anschaulich, wenn

52 Vgl. etwa K.-D. Rathke, in: Zipfel/Rathke (Begr.): Lebensmittelrecht, Einführung, Rn. 7ff.

53 K.-D. Rathke, a.a.O., Rn. 1, a. A. bzgl. des Lebensmittelstrafrechts E. Roffael/R. Wallau, a.a.O., S. 10, 12.

54 K.-D. Rathke, a.a.O., Einführung, Rn. 3.

55 Zahlreiche, aber nicht alle Vorschriften sind kommentiert in Zipfel/Rathke (Begr.): Lebensmittelrecht.

56 Hierzu etwa E. Roffael/R. Wallau, a.a.O., S. 10, 14ff.

man sich verdeutlicht, dass es sich beim Lebensmittelrecht um Gefahrenabwehrrecht, also Ordnungsrecht handelt: Auch andere ordnungsrechtliche Vorschriften betreffen nicht immer die inhaltliche Ebene der künstlerischen Arbeit. Die Durchsetzung von Brandschutzbestimmungen bei der Einrichtung eines Konzerthauses hat in der Regel keinen Einfluss auf die inhaltliche Ebene der dort stattfindenden Konzerte. Ebenso können ordnungsrechtliche Vorschriften auch für die schöpferische Arbeit eines Kochkünstlers ohne oder von nur sehr geringer Bedeutung sein.

Eine Verletzung der Kunstfreiheit durch die Anwendung von Lebensmittelrecht ist in der Praxis selten, da Kochkünstler in der Regel deutlich machen, dass sie ihr Tun als ein künstlerisches verstehen und die Lebensmittelaufsicht in der Regel nicht anlasslos die Inhaltsstoffe und Rezepturen von Lebensmitteln überprüft, die im Rahmen von künstlerischen Aktivitäten in Verkehr gebracht werden. Vielmehr betreffen Konflikte aufgrund lebensmittelrechtlicher Vorschriften in der Regel industriell hergestellte und in großer Menge vertriebene Lebensmittel⁵⁷. Zwar ist nicht a priori auszuschließen, dass ein Künstler als Teil seiner künstlerischen Aktivitäten große Mengen eines bestimmten Lebensmittels herstellt und gewerblich vertreibt, so wie etwa auch Tonträger oder Bücher industriell hergestellt und gewerblich vertrieben werden. In diesem Fall müsste anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls geprüft werden, wie schwerwiegend der Eingriff durch die Anwendung bzw. Durchsetzung lebensmittelrechtlicher Vorschriften in die Kunstfreiheit des Betroffenen wäre, und wie schwerwiegend andererseits die zu befürchtende Verletzung des entgegenstehenden Schutzgutes. Die Abwägung etwa zwischen der körperlichen Unversehrtheit und der Kunstfreiheit führt zu unterschiedlichen Ergebnissen, je nachdem, ob es um einen Mindestzuckergehalt in Limonade oder aber die Verwendung gesundheitsschädlicher Zusatzstoffe ginge.

Im Folgenden sollen einzelne Vorschriften sowie deren Anwendung kurz dargestellt werden.

4.2.5.1 Hygienebestimmungen

Sowohl europä- als auch bundesrechtlich besteht eine Vielzahl lebensmittelhygienerechtlicher Vorschriften, auf die in aller Ausführlichkeit einzugehen hier den Rahmen sprengen würde. Neben besonderen Vorschriften für bestimmte

57 Hierzu unten (4.2.5.2 und 4.2.5.3).

Lebensmittel, etwa solche tierischen Ursprungs⁵⁸, gelten insbesondere die EG-Lebensmittelhygieneverordnung (EG-LebensmittelhygieneVO)⁵⁹ sowie, darauf aufbauend, die (bundesrechtliche) Lebensmittelhygieneverordnung (LMHV)⁶⁰ als zentrale Vorschriften. Darin geregelt sind u.a. die grundsätzliche Verantwortlichkeit der Lebensmittelunternehmer für die Sicherheit eines Lebensmittels, Art. 1 Abs. 1 Satz 1 lit. a) EG-LebensmittelhygieneVO und die Ordnungswidrigkeit von Verstößen gegen bestimmte Regelungen der LMHV, § 10 LMHV. Ziel der Regelungen ist grundsätzlich die Sicherheit von Lebensmitteln auf allen Stufen der Lebensmittelkette, Art. 1 Abs. 1 Satz 1 lit. b) EG-LebensmittelhygieneVO. Dies umfasst nicht nur den Schutz vor Gesundheitsgefahren sondern auch die Sicherstellung der Eignung zum Verzehr⁶¹. Zur Lebensmittelkette gehören alle Produktions- Verarbeitungs- und Vertriebsstufen sowie die Ausfuhr von Lebensmitteln einschließlich der Primärproduktion (etwa Landwirtschaft, Tierhaltung, Jagd, Fischerei), vgl. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 lit. b), Satz 2 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 lit. b) EG-LebensmittelhygieneVO. Ausgenommen von der Anwendbarkeit der EG-LebensmittelhygieneVO sind ausdrücklich insbesondere die Primärproduktion, die häusliche Verarbeitung, Handhabung oder Bearbeitung für den privaten häuslichen Gebrauch, die direkte Abgabe kleiner Mengen von Primärerzeugnissen durch den Erzeuger an den Endverbraucher oder unter bestimmten Voraussetzungen lokale Einzelhandelsgeschäfte, Art. 1 Abs. 2 lit. a), b), c) EG-LebensmittelhygieneVO. Außerdem gelten bestimmte Ausnahmen für die Herstellung bestimmter traditioneller Lebensmittel (§ 6 LMHV), die Herstel-

58 Verordnung über Anforderungen an die Hygiene beim Herstellen, Behandeln und Inverkehrbringen von bestimmten Lebensmitteln tierischen Ursprungs (Tierische Lebensmittel-Hygieneverordnung – Tier-LMHV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 18. April 2018 (BGBl. I S. 480 (619)), die durch Artikel 2 der Verordnung vom 11. Januar 2021 (BGBl. I S. 47) geändert worden ist.

59 Verordnung (EG) Nr. 853/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über Lebensmittelhygiene (Abl. Nr. 139 S. 1, gesamte Vorschrift berichtigt ABl. L 226 S. 3 und ABl. 2008 L 46 S. 51, berichtigt ABl. 2009 L 58 S. 3), zuletzt geändert durch Art. 1 VO (EU) 2021/382 vom 03.03.2021 (Abl. L 74 S. 3).

60 Verordnung über Anforderungen an die Hygiene beim Herstellen, Behandeln und Inverkehrbringen von Lebensmitteln Lebensmittelhygiene-Verordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. Juni 2016 (BGBl. I S. 1469), die durch Artikel 2 der Verordnung vom 03. Januar 2018 (BGBl. I S. 99) geändert worden ist.

61 A. Meisterernst/O. Sonsnitzer, in: Zipfel/Rathke (Begr.): Lebensmittelrecht, Art. 1 EG-LebensmittelhygieneVO, Rn. 12.

lung von Hart- und Schnittkäse in Betrieben der Alm- und Alpwirtschaft (§ 6a LMHV) sowie die Beförderung von Rohrzucker in Seeschiffen (8 LMHV).

Grundsätzlich dürfen Lebensmittel nach § 3 Satz 1 LMHV nur so hergestellt, behandelt oder in den Verkehr gebracht werden, dass sie bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt der Gefahr einer nachteiligen Beeinflussung nicht ausgesetzt sind. Eine nachteilige Beeinflussung ist legaldefiniert als eine Ekel erregende oder sonstige Beeinträchtigung der einwandfreien hygienischen Beschaffenheit von Lebensmitteln, wie durch Mikroorganismen, Verunreinigungen, Witterungseinflüsse, Gerüche, Temperaturen, Gase, Dämpfe, Rauch, Aerosole, tierische Schädlinge, menschliche und tierische Ausscheidungen sowie durch Abfälle, Abwässer, Reinigungsmittel, Pflanzenschutzmittel, Tierarzneimittel, Biozid-Produkte oder ungeeignete Behandlungs- und Zubereitungsverfahren, § 2 Abs. 1 Nr. 1 LMHV. Diese recht weite Vorschrift, nach der im Grunde einfach eine nachteilige oder Ekel erregende Beeinflussung von Lebensmitteln verboten ist, wird konkretisiert durch teilweise recht genaue Vorgaben in Anhang II der EG-LebensmittelhygieneVO. Der Anhang II enthält etwa Vorschriften über die Betriebsstätten, in denen mit Lebensmitteln umgegangen wird, insbesondere solche, in denen Lebensmittel zubereitet, behandelt oder verarbeitet werden, über die Beförderung von Lebensmitteln, den Umgang mit Abfällen, die erforderliche Wasserversorgung, persönliche Hygiene und Schulungen der mit Lebensmitteln Arbeitenden u.v.m. Ein Großteil dieser Vorschriften ist aber so formuliert, dass den Anwendenden ein gewisser Spielraum bei der Umsetzung verbleibt. So müssen in Betriebsstätten, in denen mit Lebensmitteln umgegangen wird, genügend Toiletten mit Wasserspülung und Kanalisationsanschluss vorhanden sein, Kapitel I Nr. 3 Satz 1 Anhang II der EG-LebensmittelhygieneVO. Wie viele Toiletten genügend sind, ist aber dem Beurteilungsspielraum der lokalen Behörde im Einzelfall überlassen. Derartige Regelungen, die »angemessene«, »erforderliche«, »ausreichende« oder »geeignete« Maßnahmen vorschreiben, bilden einen Großteil der Verordnung. Absolute Verbote, etwa dass Toilettenräume auf keinen Fall unmittelbar in Räume öffnen dürfen, in denen mit Lebensmitteln umgegangen wird (Kapitel I Nr. 3 Satz 2 Anhang II der EG-LebensmittelhygieneVO), sind eher die Ausnahme.

Hygienerechtliche Vorschriften können sowohl den Werk- als auch den Wirkungsbereich künstlerischer Arbeit betreffen. Vorschriften über die hygienisch einwandfreie Gestaltung und Instandhaltung von Räumen, in denen mit Lebensmitteln umgegangen wird, betreffen etwa den Werkbereich, wobei Vorschriften über etwa die Verpackung oder Umhüllung von Lebensmitteln

das Inverkehrbringen derselben, also den Wirkungsbereich betreffen. So dürfen etwa Verpackungen oder Umhüllungen keine Kontaminationsquelle für Lebensmittel darstellen, Kapitel X Nr. 1 Anhang II der EG-LebensmittelhygieneVO. Denkbar ist es durchaus, dass ein Künstler im Rahmen eines Kunstprojekts ein Lebensmittel in einer ganz bestimmten Verpackung oder Umhüllung präsentieren (und ggf. verkaufen) möchte. Seltener dürfte es allerdings sein, dass dem Künstler gerade daran gelegen ist, Gesundheitsprobleme bei seinem Publikum durch eine kontaminierte oder kontaminierende Verpackung auszulösen. In einem solchen Fall müsste ein Eingriff in die Kunstfreiheit, in Abwägung mit dem Schutzgut der körperlichen Unversehrtheit des Publikums, hingenommen werden. Die Vorstellung eines kochenden Künstlers, der durch seine Kochkunst der Gesundheit des Publikums schaden will, erscheint allerdings ebenso hypothetisch wie der nicht selten von Juristen diskutierte Mord auf der Bühne⁶². In beiden (hypothetischen) Fällen wäre ein Eingriff in die Kunstfreiheit zum Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit gerechtfertigt. Nicht nur angesichts der oben diskutierten Beispielsfälle erscheint es aber unwahrscheinlich, dass ein Kochkünstler die Gesundheitsschädigung seines Publikums anstrebt. Nicht umsonst beschreibt Bickel die Kochkunst in seiner Einleitung zum Kochkunstführer Escoffiers als »beglückendste und menschlichste aller Künste«⁶³. Zwar ist für Kochkünstler nicht unbedingt der Wohlgeschmack oder die handwerklich perfekte Ausführung bestimmter Gerichte entscheidend. Eine Gesundheitsgefährdung des Publikums wird aber in der Regel nicht angestrebt. Sofern (was nicht auszuschließen ist) die Erregung von Ekel Teil des künstlerischen Konzepts ist, so bleibt es dem Publikum überlassen, dargebotene Gerichte dennoch zu essen oder sich abstoßen zu lassen. So servierte etwa Laura Ginn 2012 zur Eröffnung ihrer Ausstellung »Tomorrow We Will Feast Again on What We Catch« in einer New Yorker Galerie ein abendfüllendes Menü, das in jedem Gang Ratte als Hauptzutat verwendete⁶⁴. Dies zu essen kostete die Teilnehmenden einige Überwindung⁶⁵; die Gäste mussten zudem einen Haftungsausschluss

62 Für viele: I. Pernice in: H. Dreier: Grundgesetz, Art. 5 III (Kunst), Rn. 36.

63 W. Bickel: Einleitung zur deutschen Ausgabe in: A. Escoffier: Kochkunstführer, ohne Seitenangabe.

64 M. Ryzik: Heads, Yes. Tails, No. In: The New York Times, Artikel vom 26.07.2012, <https://www.nytimes.com/2012/07/27/arts/design/dinner-at-an-exhibition-rat-prepared-many-ways.html>.

65 »If I see an entire carcass, I might throw up«, C. Owens, zitiert bei M. Ryzik, a.a.O.

unterzeichnen, um teilnehmen zu können⁶⁶. Tatsächlich stammten die verwendeten Ratten aber nicht aus dem Wildbestand New York Citys, sondern von einer zur Lebensmittelproduktion zugelassenen Rattenzucht an der Westküste der USA⁶⁷. Trotz des Widerwillens, den Ratte zu essen bei vielen wohl anfänglich auslöste und auch auslösen sollte⁶⁸, bestand also tatsächlich keine Gefahr für die Gesundheit der Teilnehmer.

Andere Hygienevorschriften, insbesondere solche zur Beschaffenheit der Räume, können im Einzelfall die Ausführung eines bestimmten Kochkunstprojektes an einem bestimmten Ort oder in bestimmten Räumen wesentlich erschweren oder sogar unmöglich machen, d.h. insbesondere in den Werkbereich der Kunstfreiheit eingreifen. Auch hier ist im Einzelfall eine Abwägung zwischen der Kunstfreiheit einerseits und der zu erwartenden Gefahr für Leben oder körperliche Unversehrtheit andererseits vorzunehmen. Sofern das Kochen an einem bestimmten Ort tatsächlich derart unhygienisch ist, dass dies zu einer Gefahr für die Gesundheit der Essenden führt, wäre ein Verbot auch als Eingriff in die Kunstfreiheit gerechtfertigt. In die Abwägung müsste außerdem einfließen, wie sehr der Ort Teil des künstlerischen Konzepts und daher für die Ausführung des Kochkunstprojektes, essentiell ist. So weigerte sich Ferran Adrià, für seine Teilnahme an der documenta 12 nach Kassel zu kommen, weil er das Essen in seinem ganz spezifischen Restaurant als unerlässlichen Bestandteil der Esserfahrung betrachtete⁶⁹. Ein bestimmter Raum kann also Teil der künstlerischen Schöpfung sein. Umgekehrt verkauft etwa Stephanie Illouz ihre Torten schlicht zum Mitnehmen, d.h. als bewegliche Sachen. Der Ort der Herstellung oder die Beschaffenheit der Produktionsräume gehören offenbar nicht derart zu ihrem künstlerischen Konzept, dass etwa die Einhaltung von Hygienevorschriften die inhaltliche Gestaltung ihrer Torten irgendwie beeinflussen würde. Die Durchsetzung hygienerechtlicher Normen greift also desto weniger in die Kunstfreiheit des Einzelnen ein, je weniger die inhaltliche künstlerische Arbeit hierdurch beeinflusst wird. Insofern sind Vorschriften des Hygienerechts bei der Kochkunst ähnlich zu beurteilen wie ordnungsrechtliche Vorschriften bzgl. anderer Gattungen. Ein Eingriff in die

66 Ebd.

67 Ebd.

68 »I could've gone pigeon [...] I think people are a little more comfortable with pigeon, and I wanted to put people outside of their comfort zone«, L. Cinn, zitiert bei M. Ryzik, a.a.O.

69 Siehe oben (4.2.4).

Kunsthfreiheit der Theaterschaffenden durch etwa bauordnungsrechtliche Vorschriften (z.B. bzgl. Brandschutz) ist nur dann gegeben, wenn diese bauordnungsrechtlichen Vorschriften gerade auf die inhaltliche Arbeit Einfluss haben.

Obwohl also die Durchsetzung hygienerechtlicher Vorschriften im Einzelfall einen Eingriff in die Kunstfreiheit darstellen kann, dürfte eine Verletzung der Kunstfreiheit hierdurch sehr selten sein. Kochkünstlern müsste es hierfür gerade als Teil ihres künstlerischen Konzepts darauf ankommen, ihre Arbeit unter unhygienischen Bedingungen auszuführen. Sollte die Durchsetzung hygienerechtlicher Vorschriften die inhaltliche Arbeit eines Kochkünstlers erschweren oder unmöglich machen, müsste dessen Kunstfreiheit mit Leben und körperlicher Unversehrtheit der Essenden abgewogen werden. Sofern diese tatsächlich durch den Verzehr von Werken der Kochkunst gefährdet sein sollte, wäre ein entsprechender Eingriff in die Kunstfreiheit regelmäßig gerechtfertigt.

4.2.5.2 Kakaoverordnung

Im Folgenden soll beispielhaft ein lebensmittelrechtlicher Konflikt beleuchtet werden. Da es gerade auf Verordnungsebene unzählige lebensmittelrechtliche Vorschriften gibt, muss es bei einem Beispiel bleiben. Bezeichnend ist, dass sich das betroffene Unternehmen über Vorschriften zur Bezeichnung ihrer Produkte entrüstete, die eigentliche Rezeptur ihres Produkts aber nicht zu ändern gezwungen war.

Gemäß § 4 Nr. 1 Kakaoverordnung (KakaoV)⁷⁰ dürfen Lebensmittel, die nicht der Definition von »Schokolade« nach Anlage 1 Nr. 3 lit. a) KakaoV, entsprechen, nicht gewerbsmäßig unter der Bezeichnung »Schokolade« in Verkehr gebracht werden. Dieses Verbot ist strafbewehrt, § 5 Abs. 1 KakaoV in Verbindung mit § 59 Abs. 1 Nr. 21 lit. a) Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch (LFGB)⁷¹; ein fahrlässiger Verstoß gegen das Verbot stellt gemäß § 5 Abs. 2 KakaoV in Verbindung mit § 60 Abs. 1 Nr. 2 LFGB eine Ordnungswidrigkeit dar. In Anlage 1 Nr. 3 lit. a) KakaoV wird Schokolade als Erzeugnis aus Kakaoprodukten und Zuckerarten definiert. Gemäß § 2 Abs. 5 KakaoV sind mit

70 Kakaoverordnung vom 15. Dezember 2003 (BGBl. I S. 2738), die zuletzt durch Artikel 9 der Verordnung vom 5. Juli 2017 (BGBl. I S. 2272) geändert worden ist.

71 Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch (LFGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 03. Juni 2013 (BGBl. I S. 1426), das zuletzt durch Artikel 97 der Verordnung vom 19. Juni 2020 (BGBl. I S. 1328) geändert worden ist.

Zuckerarten aber nicht nur die in der Zuckerartenverordnung (ZuckArtV)⁷² aufgeführten gemeint, sondern »auch andere«.

Anfang 2021 entwickelte die Alfred Ritter GmbH & Co. KG unter ihrer bekannten Marke Ritter Sport eine in Tafeln gepresste braune Süßigkeit, die zu 100 % aus Kakaoerzeugnissen bestand⁷³. Sie war mit der »Fruchtsüße der Kakaofrucht« gesüßt, die nach Ansicht der Alfred Ritter GmbH & Co. KG nicht den für eine Anerkennung als Zuckerart erforderlichen Zuckergehalt aufwies⁷⁴. Das Unternehmen folgerte daraus, die Süßigkeit enthalte keinen Zucker und dürfe daher nicht als »Schokolade« bezeichnet werden. Es beschwerte sich medienwirksam, die KakaoV sei veraltet und das Erfordernis, Schokolade müsse Zucker enthalten, sei »absurd«⁷⁵. Das Unternehmen verkaufte die Süßigkeit dann unter Protest gegen die KakaoV unter der Bezeichnung »Cacao y Nada«⁷⁶. Das Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft (BMEL) nahm zu dem Produkt dahingehend Stellung, der enthaltene »Kakozucker« gelte durchaus als Zucker und das Produkt könne daher ohne Weiteres als »Schokolade« bezeichnet werden⁷⁷.

Die Anwendung der KakaoV betraf in diesem Fall also nicht nur Rahmenbedingungen der Produktion wie etwa die Einrichtung der Arbeitsstätte, sondern auch die Gestaltung bzw. Bezeichnung des Produkts selbst: Wäre dem Produkt auch nur ein minimaler Anteil konventionellen Zuckers zugesetzt worden, so hätte es keinen Grund gegeben, über die Zulässigkeit der Bezeichnung »Schokolade« zu diskutieren. Ein Konflikt mit der Kunstfreiheit liegt hier aber schon deshalb nicht vor, weil die Alfred Ritter GmbH & Co. KG an keiner Stelle eine künstlerische Intention erkennen ließ. Der Schutzbereich der Kunstfreiheit war hier also schon gar nicht eröffnet. Selbst wenn, was jederzeit möglich ist,

72 Zuckerartenverordnung vom 23. Oktober 2003 (BGBl. I S. 2098), die zuletzt durch Artikel 8 der Verordnung vom 05. Juli 2017 (BGBl. I S. 2272) geändert worden ist.

73 <https://www.ritter-sport.de/blog/2021/02/01/cacao-y-nada/#>.

74 Ebd., dazu auch https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/weil-der-zucker-fehlt-ritter-sport-darf-neue-schokolade-nicht-schokolade-nennen/26871952.html?utm_source=pocket-newtab-global-de-DE.

75 <https://www.ritter-sport.com/absurdes-lebensmittelrecht>, Pressemitteilung vom 02.02.2021.

76 <https://www.ritter-sport.de/blog/2021/02/01/cacao-y-nada/#>, außerdem <https://www.ritter-sport.com/absurdes-lebensmittelrecht>, Pressemitteilung vom 02.02.2021.

77 <https://www.wiwo.de/politik/deutschland/julia-kloekner-ritter-sport-kreation-mit-kakaozucker-ist-schokolade/26879254.html>.

ein Grundrechtsträger mit künstlerischer Intention eine Süßigkeit mit derselben Rezeptur entwickeln und als Kunstwerk verkaufen würde, so wäre hier keine Verletzung der Kunstfreiheit anzunehmen, da weder das BMEL noch eine andere Behörde einen Verstoß gegen die KakaoV oder ein Bezeichnungsverbot annahm. Allein das Unternehmen thematisierte hier das allein von ihm selbst angenommene Verbot. Da staatliche Stellen diese Rechtsauffassung nicht teilten, kam es nicht zu einer Anwendung der Vorschriften, schon gar nicht zu einer Sanktion.

Der Fall ist hier erwähnenswert, weil er verdeutlicht, dass die Empörung über »staatlich vorgegebene Rezepturen« nicht selten Teil einer PR-Kampagne und Marketingstrategie ist. Der Staat gibt keine Rezepturen vor, weder gegenüber der Lebensmittelindustrie noch erst recht gegenüber Künstlern.

Lebensmittelrechtliche Vorgaben betreffen häufig die Bezeichnung, unter der ein Produkt vermarktet werden darf, um eine Irreführung der Verbraucher zu vermeiden. Interessanterweise ist kein Fall bekannt, in der sich ein Kochkünstler über derartige Regelungen empört. Dies mag damit zusammenhängen, dass Aufsichtsbehörden die Herstellung von Lebensmitteln im Rahmen von Kunstprojekten weniger akribisch kontrollieren als in der Lebensmittelindustrie. Es kann aber auch daran liegen, dass es Kochkünstlern in der Regel nicht so sehr um eine Vermarktung ihrer Werke unter einer bestimmten Produktbezeichnung ankommt.

4.2.5.3 Deutsches Lebensmittelbuch

Das Deutsche Lebensmittelbuch ist, anders als der Name es vermuten lässt, kein Buch, und erst recht kein Gesetzbuch. Vielmehr handelt es sich um eine Sammlung sogenannter »Leitsätze«, in denen Herstellung, Beschaffenheit oder sonstige Merkmale von Lebensmitteln, die für die Verkehrsfähigkeit der Lebensmittel von Bedeutung sind, beschrieben werden, § 15 Abs. 1 LFGB. Diese Leitsätze werden von der Deutschen Lebensmittelbuch-Kommission unter Berücksichtigung des von der Bundesregierung anerkannten internationalen Lebensmittelstandards beschlossen und vom Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie veröffentlicht, § 15 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 LFGB. Die Deutsche Lebensmittelbuch-Kommission wird gebildet, indem das Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie die Mitglieder aus Wissenschaft, Lebensmittelüberwachung, Verbraucherschaft und Lebensmittelwirtschaft in zahlenmäßig gleichem Verhältnis beruft, § 16 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 LFGB.

Bisher wurden Leitsätze zu folgenden Themen im Bundesanzeiger veröffentlicht⁷⁸:

- Vegane und vegetarische Lebensmittel mit Ähnlichkeit zu Lebensmitteln tierischen Ursprungs⁷⁹,
- Honig⁸⁰,
- Tee, teeähnliche Erzeugnisse, deren Extrakte und Zubereitungen⁸¹,
- Speisepilze und Speisepilzerzeugnisse⁸²,
- Gemüsesaft und Gemüsenektar⁸³,
- Gemüseerzeugnisse⁸⁴,
- Weinähnliche und schaumweinähnliche Getränke⁸⁵,
- Fisch und Fischerzeugnisse⁸⁶,
- Krebs- und Weichtiere und Erzeugnisse daraus⁸⁷,

78 <https://www.deutsche-lebensmittelbuch-kommission.de/leitsaetze>.

79 Leitsätze für vegane und vegetarische Lebensmittel mit Ähnlichkeit zu Lebensmitteln tierischen Ursprungs; Neufassung vom 04. Dezember 2018 (BAnz AT 20.12.2018 B1, GMBL 2018 S. 1174).

80 Leitsätze für Honig, Neufassung vom 30. Mai 2011 (Banz Nr. 111a vom 27.07.2011 S. 5).

81 Leitsätze für Tee, teeähnliche Erzeugnisse, deren Extrakte und Zubereitungen vom 02.12.1998 (BAnz. Nr. 66a vom 09.04.1999, GMBL. Nr. 11 S. 228 vom 26.04.1999), zuletzt geändert am 05.03.2013 (BAnz. AT vom 12.12.2013 B6, GMBL. Nr. 63 S. 1265 vom 17.12.2013).

82 Leitsätze für Speisepilze und Speisepilzerzeugnisse Neufassung vom 02.07.2020 (BAnz AT 18.08.2020 B4, GMBL 2020 S. 547).

83 Leitsätze für Gemüsesaft und Gemüsenektar vom 28./29. Oktober 1981 (Beilage zum BAnz. Nr. 117a vom 01.07.1982, GMBL. Nr. 21 S. 366 vom 15.07.1982), geändert am 19.10.1993 (Beilage zum BAnz. Nr. 58 vom 24.03.1994, GMBL. Nr. 10 S. 354 vom 24.03.1994) und am 17.04.1997 (BAnz. Nr. 239a vom 20.12.1997, GMBL. Nr. 45 S. 871 vom 19.12.1997).

84 Leitsätze für Gemüseerzeugnisse; Neufassung vom 08.01.2008 (Beilage zum BAnz. Nr. 89 vom 18.06.2008, GMBL Nr. 23–25 S. 451 ff vom 19. 06.2008).

85 Leitsätze für weinähnliche und schaumweinähnliche Getränke vom 27. November 2002 (BAnz. Nr. 46b vom 07. März 2003, GMBL 2003 S. 150), zuletzt geändert am 07. Januar 2015 (BAnz. AT 27.01.2015 B1, GMBL 2015 S. 113).

86 Leitsätze für Fisch und Fischerzeugnisse; Neufassung vom 14.01.2021 (BAnz AT 22. 03.2021 B1, GMBL 23/2021 S. 502).

87 Leitsätze für Krebs- und Weichtiere und Erzeugnisse daraus; Neufassung vom 14. 01.2021 (BAnz AT 22.03.2021 B2, GMBL 23/2021 S. 524).

- Fleisch und Fleischerzeugnisse⁸⁸,
- Feinkostsalate⁸⁹,
- Fruchtsäfte⁹⁰,
- Kartoffelerzeugnisse⁹¹,
- Obsterzeugnisse⁹²,
- Teigwaren⁹³,
- Brot und Kleingebäck⁹⁴,
- Speiseeis⁹⁵,
- Puddinge, andere süße Desserts und verwandte Erzeugnisse⁹⁶,
- Speisefette und Speiseöle⁹⁷,
- Feine Backwaren⁹⁸,
- Gewürze und andere würzende Zutaten⁹⁹,

88 Leitsätze für Fleisch und Fleischerzeugnisse; Neufassung vom 25.11.2015 (BANz AT 23.12.2015 B4, GMBL 2015 S. 1357), zuletzt geändert durch die Bekanntmachung vom 23.09.2020 (BANz AT 29.10.2020 B4, GMBL 45/2020 S. 971).

89 Leitsätze für Feinkostsalate vom 02.12.1998 (BANz. Nr. 66a vom 09.04.1999, GMBL. Nr. 11 S. 231 vom 26.04.1999).

90 Leitsätze für Fruchtsäfte; Neufassung vom 27. November 2002 (BANz. Nr. 46b vom 07. März 2003, GMBL 2003 S. 151), geändert durch die Bekanntmachung vom 07. Januar 2015 (BANz. AT vom 27.01.2015 B1, GMBL 2015 S. 113).

91 Leitsätze für Kartoffelerzeugnisse vom 17. April 1997 (BANz. Nr. 239a vom 20. Dezember 1997, GMBL. Nr. 45 S. 858 vom 19. Dezember 1997, zuletzt geändert am 08.01.2010 (BANz. Nr. 16 vom 29.01.2010, GMBL Nr. 5/6 S. 120 ff vom 04.02.2010).

92 Leitsätze für Obsterzeugnisse; Neufassung vom 08.01.2008 (Beilage zum BANz. Nr. 89 vom 18.06.2008, GMBL Nr. 23–25 S. 451 ff vom 19.06.2008).

93 Leitsätze für Teigwaren vom 02.12.1998 (BANz. Nr. 66a vom 09.04.1999, GMBL. Nr. 11 S. 231 vom 26.04.1999).

94 Leitsätze für Brot und Kleingebäck vom 19.10.1993 (Beilage zum BANz. Nr. 58 vom 24.03.1994, GMBL. Nr. 10 S. 346 vom 24.03.1994), zuletzt geändert am 19.09.2005 (BANz. Nr. 184 vom 28.09.2005, GMBL. Nr. 55 S. 1125).

95 Leitsätze für Speiseeis; Neufassung vom 29.11.2016 (BANz AT 19.12.2016 B4, GMBL 2016 S. 1172).

96 Leitsätze für Puddinge, andere süße Desserts und verwandte Erzeugnisse; Neufassung vom 02.12.1998 (BANz. Nr. 66a vom 09.04.1999, GMBL. Nr. 11 S. 225 vom 26.04.1999).

97 Leitsätze für Speisefette und Speiseöle; Neufassung vom 02.07.2020 (BANz AT 18.08.2020 B3, GMBL 2020 S. 530).

98 Leitsätze für Feine Backwaren vom 17./18. September 1991 (Beilage Nr. 86 b zum BANz. vom 08. Mai 1992, GMBL. Nr. 17 S. 325 vom 08. Mai 1992), zuletzt geändert am 08.01.2010 (BANz. Nr. 16 vom 29.01.2010, GMBL Nr. 5/6 S. 120 ff vom 04.02.2010).

99 Leitsätze für Gewürze und andere würzende Zutaten; Neufassung vom 27.05.1998 (BANz. Nr. 183a vom 30.09.1998, GMBL. Nr. 30 S. 577 vom 30.09.1998).

- Ölsamen und daraus hergestellte Massen und Süßwaren¹⁰⁰ und
- Erfrischungsgetränke¹⁰¹.

In den Leitsätzen geht es, anders als in den allein die Einrichtung der Produktionsstätte o.ä. betreffenden ordnungsrechtlichen Regeln, tatsächlich um die gestalterische, also »inhaltliche« Ebene von Lebensmitteln. So beschreiben die Leitsätze für Feine Backwaren etwa Florentiner als »knuspriges, flaches Mandel- oder Nußgebäck mit meist braunem Rand und hellerem Innern«¹⁰² – die heute nicht selten unter der Bezeichnung »Florentiner« zu findenden hügel-förmig aufgetürmten Gebäcke weichen von dieser Beschreibung also ab.

Weitere Beispiele sind etwa, dass Marmorkuchen nach den Leitsätzen »aus heller und zu mindestens 33,3 Prozent aus dunkler Sand- oder Rührmasse hergestellt« werden, wobei »[die] dunkle Masse [...] mindestens 3 Prozent Kakao oder stark entölten Kakao« enthält¹⁰³, und dass Schwarzwälder Kirschtorte u.a. »mit Butterkrem oder Sahne eingestrichen, mit Schokoladespänen garniert« wird¹⁰⁴. Kuchen aus Rühr- oder Sandmasse, die im Anschnitt marmoriert sind, deren Massen aber andere Farben als nur »hell« und »dunkel« aufweisen (wie dies etwa im angelsächsischen Raum üblich ist), sind also keine Marmorkuchen, so wie Torten, die als »naked cake« nicht eingestrichen werden oder bei denen die Schokoladenspäne durch etwa Schokoladenfächer, -streusel, -röllchen oder eine ganz andere Dekoration ersetzt werden, nach den Leitsätzen keine Schwarzwälder Kirschtorte sind.

Auch die typische Zusammensetzung von Lebensmitteln wird in den Leitsätzen beschrieben: So befindet sich die Firma LemonAid Beverages GmbH im Konflikt mit dem Amt für Verbraucherschutz und der Deutschen Lebensmittelbuchkommission, da ihre als Limonade verkauften Erfrischungsgetränke

100 Leitsätze für Ölsamen und daraus hergestellte Massen und Süßwaren vom 27. Januar 1965 (Beilage zum BAnz. Nr. 101 vom 02.06.1965, GMBI Nr. 17 S. 165 vom 23.06.1965), zuletzt geändert am 08.01.2010 (BAnz. Nr. 16 vom 29.01.2010, GMBI Nr. 5/6 S. 120 ff vom 04.02.2010).

101 Leitsätze für Erfrischungsgetränke; Neufassung vom 27. November 2002 (BAnz. 2003 S. 5897, GMBI 2003 S. 383), geändert durch die Bekanntmachung vom 07. Januar 2015 (BAnz. AT vom 27.01.2015 B1, GMBI 2015 S. 113).

102 Leitsätze für Feine Backwaren, Abschnitt III, Nr. 10 Satz 1.

103 Leitsätze für Feine Backwaren, Abschnitt II, Nr. 4.

104 Leitsätze für Feine Backwaren, Abschnitt II, Nr. 20.

teilweise weniger Zucker als die in den Leitsätzen festgesetzten 7 % des Gesamtgewichts¹⁰⁵ enthalten¹⁰⁶.

Die Leitsätze des Deutschen Lebensmittelbuches betreffen die Gestaltung von Lebensmitteln also erheblich, sofern es den Herstellern auf das Inverkehrbringen unter einer ganz bestimmten Bezeichnung (etwa Florentiner, Marmorkuchen, Limonade) ankommt.

Es handelt sich allerdings bei den Leitsätzen nicht um Rechtsnormen. Vielmehr dienen sie der Beschreibung »eine[r] allgemein gültige[n] Verkehrsauffassung« hinsichtlich der »Herstellung und Beschaffenheit sowie alle[r] sonstigen, für die Verkehrsfähigkeit bedeutsamen Merkmale des Lebensmittels [...]«, Satz 3, 4 der Präambel der Geschäftsordnung der DLMBK (GO DLMBK)¹⁰⁷. Die Leitsätze dienen als »Hilfestellung bei der Auslegung des Rechts«, Satz 5 der Präambel GO DLMBK.

Die Leitsätze selbst haben also keine Gesetzeskraft und damit keine unmittelbare rechtliche Wirkung darauf, was erlaubt oder verboten ist. Mehrfarbig marmorierte Kuchen etwa oder Kirschtorten, die nicht mit Sahne oder Butterkrem eingestrichen sind, darf jeder herstellen und in Verkehr bringen. Allerdings dürfen diese Produkte dann nicht als Marmorkuchen oder Schwarzwälder Kirschtorte in Verkehr gebracht werden, da dies nach der in den Leitsätzen festgehaltenen Ansicht der DLMBK nicht der Erwartung der Verbraucher entspricht. Gemäß § 11 Abs. 2 Nr. 2 LFGB ist es verboten, nachgemachte Lebensmittel, Lebensmittel, die hinsichtlich ihrer Beschaffenheit von der Verkehrsauffassung abweichen und dadurch in ihrem Wert, insbesondere in ihrem Nähr- oder Genusswert oder in ihrer Brauchbarkeit nicht unerheblich gemindert sind oder Lebensmittel, die geeignet sind, den Anschein einer besseren als der tatsächlichen Beschaffenheit zu erwecken, ohne ausreichende Kenntlichmachung in den Verkehr zu bringen. Ein Verstoß gegen dieses Verbot ist strafbar, § 59 Abs. 1 Nr. 9 LFGB. Nach Angaben des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft dienen die Leitsätze als »objektivierte antizipierte Sachverständigengutachten«¹⁰⁸, an denen sich insbesondere Behörden und Gerichte orientieren können und sollen, wenn

105 Leitsätze für Erfrischungsgetränke, Abschnitt II, lit. C, Nr. 1 Satz 2.

106 <https://lemon-aid.de/unterzuckert/schonwieder/>, hierzu auch <https://lemon-aid.de/unterzuckert/der-zucker-warnsinn/>.

107 Geschäftsordnung der Deutschen Lebensmittelbuch-Kommission vom 20.06.2016.

108 <https://www.bmel.de/DE/themen/ernaehrung/lebensmittel-kennzeichnung/deutsches-lebensmittelbuch-kommission/deutsches-lebensmittelbuch.html>.

die Irreführung von Verbrauchern zu beurteilen ist. Abweichungen von der in den Leitsätzen niedergeschriebenen Verkehrsauffassung sind daher in der Sache erlaubt, müssen aber kenntlich gemacht werden.

Ein Erfrischungsgetränk mit weniger als 7 % Zuckeranteil darf also durchaus hergestellt und in Verkehr gebracht werden. Die LemonAid Beverages GmbH wurde aufgrund des niedrigeren Zuckergehalts ihrer Produkte allerdings dafür belangt, dass sie diese als »Limonade« bezeichnete, obwohl diese nur einen Gesamtzuckergehalt von 6 % aufweisen¹⁰⁹. Im Ergebnis konkretisieren die Leitsätze die gesetzlich verankerte Verkehrsauffassung, denen bestimmte Lebensmittel entsprechen müssen, also derart, dass Lebensmittel, die den Beschreibungen der Leitsätze nicht entsprechen, nicht unter bestimmten Bezeichnungen verkauft werden dürfen.

Voraussetzung für das Verbot ist nach § 11 Abs. 2 Nr. 2 lit. b) LFGB ist allerdings nicht nur, dass Lebensmittel hinsichtlich ihrer Beschaffenheit von der (durch die Leitsätze definierte) Verkehrsauffassung abweichen, sondern auch, dass sie dadurch in ihrem Wert, insbesondere in ihrem Nähr- oder Genusswert oder in ihrer Brauchbarkeit nicht unerheblich gemindert sind. Ähnlich verbietet § 11 Abs. 2 Nr. 2 lit. c) LFGB das Inverkehrbringen von Lebensmitteln, die geeignet sind, den Anschein einer besseren, nicht: einer anderen als der tatsächlichen Beschaffenheit zu erwecken. Ob und warum ein geringer Zuckergehalt in Limonaden eine Wertminderung (nach lit. b)) oder eine schlechtere Beschaffenheit (nach lit. c)) darstellt, ist an dieser Stelle nicht zu klären. Festzuhalten ist, dass das strafbewehrte Verbot nach § 11 Abs. 2 Nr. 2 LFGB in Verbindung mit den Leitsätzen einen erheblichen Eingriff in die inhaltliche Gestaltung bzw. Bezeichnung von Lebensmitteln darstellt.

Die LemonAid Beverages GmbH erhebt nicht den Anspruch, dass ihre Produkte Kunstwerke sind und lässt auch sonst an keiner Stelle ein Selbstverständnis als Künstlerin vermuten. Ihr Konflikt mit dem BMEL berührt also nicht die Kunstfreiheit.

Anders steht es mit Dieter Froelich, der im Rahmen eines mehrmonatigen Künstlerstipendiums des Landes Brandenburg 2013¹¹⁰ im Künstlerhaus Schloss Wiepersdorf »Gurkenlimonade« herstellte und gegen eine »Schutzgebühr« von 1,- Euro für 100 ml ausschenkte¹¹¹. Die Limonadenflaschen waren

109 <https://lemon-aid.de/unterzuckert/nicht-suess-genug-um-limo-zu-sein/>.

110 https://www.schloss-wiepersdorf.de/de/alumni_bis_2018.html.

111 <https://www.restauration-a-a-o.de/wiepersdorf/index.html>.

zwar mit einer Zutatenliste versehen, über den prozentualen Zuckeranteil am Gesamtgewicht gab diese aber keine Auskunft¹¹².

Der Limonadenausschank Froelichs gilt auch als »Inverkehrbringen« im Sinne des § 3 Nr. 1 LFGB in Verbindung mit Artikel 3 Nr. 8 der Lebensmittelbasisverordnung, wonach »Inverkehrbringen« das Bereithalten von Lebensmitteln für Verkaufszwecke einschließlich des Anbietens zum Verkauf oder jeder anderen Form der Weitergabe, gleichgültig, ob unentgeltlich oder nicht, sowie den Verkauf, den Vertrieb oder andere Formen der Weitergabe selbst darstellt. Dass Froelich kein Gewerbebetrieb, ist hier also nicht relevant.

Offenbar hat keine Behörde geprüft, ob Froelichs Gurkenlimonade sich als solche bezeichnen durfte – der Ausschank dauerte zwei Stunden und verlief offenbar ohne Konflikte aufgrund des Mindestzuckergehalts.

Eine Aufforderung Froelichs, seine Rezeptur zu ändern oder aber sein Getränk nicht als Limonade zu bezeichnen, wie sie an die LemonAid Beverages GmbH erging, hätte hier eine Verletzung der Kunstfreiheit dargestellt. Denn die Herstellung des Getränks nach einer bestimmten Rezeptur sowie dessen Ausschank unter der Bezeichnung »Gurkenlimonade« war gerade Inhalt der Kunstaktion. Selbst wenn § 11 Abs. 2 Nr. 2 LFGB in Verbindung mit den Leitsätzen grundsätzlich die Gesundheit der Verbraucher schützen sollen, wäre doch schwer zu begründen, warum gerade vom zweistündigen Ausschank einer Gurkenlimonade mit geringem Zuckergehalt eine Gefahr für die Gesundheit der Konsumenten ausgehen sollte. Die vorzunehmende Abwägung im Einzelfall, wobei zwar ein Schutzgut von Verfassungsrang (körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) mit der Kunstfreiheit Froelichs konkurriert hätte, hätte zugunsten der Kunstfreiheit ausfallen müssen. Denn eine Gefährdung der körperlichen Unversehrtheit aufgrund des Konsums von Gurkenlimonade mit besonders geringem Zuckergehalt ist schlicht nicht erkennbar, eine Änderung der Rezeptur oder der Bezeichnung des Getränks und damit der ganzen Aktion hätte eine inhaltliche Umgestaltung des Kunstwerks bedeutet.

Das Verbot des § 11 Abs. 2 Nr. 2 LFGB in Verbindung mit den sehr detaillierten Beschreibungen der Leitsätze kann also im Einzelfall eine Verletzung der Kunstfreiheit darstellen. Eine verfassungsgemäße Anwendung muss bei Sachverhalten, die in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fallen, eine Abwägung zwischen dem zu befürchtenden Schaden an Schutzgütern von

112 Ebd.

Verfassungsrang (etwa an der körperlichen Unversehrtheit der Konsumenten) und der Kunstfreiheit des Künstlers vornehmen. Eine Anwendung der einfachgesetzlichen Normen ohne diese Abwägung im Einzelfall kann verfassungswidrig sein, auch wenn die Normen für sich genommen grundsätzlich verfassungsgemäß und sinnvoll sein mögen und nicht zum Ziel haben, gerade in die die Kunstfreiheit einzugreifen.

4.3 Zwischenergebnis

Die Eröffnung des Schutzbereichs anhand des Selbstverständnisses der Grundrechtsträger führt zu recht wenigen Konflikten. Eine Verletzung der Kunstfreiheit kann, wenn überhaupt, nur in Einzelfällen angenommen werden.

Einfachgesetzliche Regeln, die eine gewerbliche Tätigkeit voraussetzen, sind in der Regel nicht anwendbar, wenn stattdessen eine künstlerische besteht. Ein Beispiel hierfür ist die Nichtanwendbarkeit der Handwerksordnung auf die Tätigkeit Sylvia Zenz' oder Stephanie Illouz', die Torten dekorieren bzw. herstellen und verkaufen, dennoch aber keine Konditorei, also keinen Handwerksbetrieb als stehendes Gewerbe betreiben¹¹³.

Die meisten Regelungen, denen Kochende unterworfen sind, sind ordnungsrechtlicher Art, und dienen etwa dem Schutz der Mitarbeiter und der Kunden bzw. Gäste. Schutzgut ist hier in der Regel deren körperliche Unversehrtheit¹¹⁴. Gleichzeitig ist die Einschränkung der Ausübung aufgrund der ordnungsrechtlichen Vorschriften in der Regel sehr gering, da die inhaltliche Ebene, also die Gestaltung, oft von den ordnungsrechtlichen Vorschriften nicht berührt wird. Dementsprechend ist eine Verletzung der Kunstfreiheit aufgrund ordnungsrechtlicher Regeln, vorbehaltlich einer Prüfung im Einzelfall, in der Regel nicht anzunehmen.

Lebensmittelrechtliche Regeln betreffen teilweise die Gestaltung von Lebensmitteln. So legen sie insbesondere fest, unter welcher Bezeichnung bestimmte Lebensmittel in Verkehr gebracht werden dürfen und beschränken dies nicht immer auf das gewerbliche Inverkehrbringen¹¹⁵. Sofern Teil der künstlerischen Tätigkeit also ist, ein bestimmtes Lebensmittel unter einer

113 Siehe oben (4.2.3).

114 Siehe oben (4.2.3 und 4.2.5).

115 Siehe oben (4.2.5.2 und 4.2.5.3).