

Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Tierschutz-Hundeverordnung

von Prof. Dr. Michael Kloepfer und wiss. Ass. Dr. Matthias Rossi, Berlin*

Am 1. September 2001 ist die Tierschutz-Hundeverordnung (i.F.: TierSchHuV) in Kraft getreten.¹ Diese vom Bundesministerium für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft erlassene Rechtsverordnung will alle Hunde, unabhängig von der Art ihrer Haltung, an „neueren Erkenntnissen über die tierschutzgerechte Hundehaltung“² teilhaben lassen. Die bisherige Hundehaltungsverordnung (i.F.: HuHaV) galt nur für Hunde, die im Freien gehalten wurden.³ Der umfassende Geltungsanspruch der TierSchHuV bindet nicht nur jeden privaten Hundehalter und jeden gewerblichen Hundezüchter, sondern bspw. auch Forschungseinrichtungen, die z.T. bis zu 500 Hunde ausschließlich zu Versuchszwecken halten und sich insoweit grundsätzlich auf das vorbehaltlos gewährleistete Grundrecht der Forschungsfreiheit berufen können. Der Beitrag stellt fest, dass die TierSchHuV dieser grundrechtlichen Implikation weitgehend Rechnung trägt. Dagegen lassen sich die Regelungen über eine Aggressionssteigerung von Hunden, die nur bei Gelegenheit der Verordnungsgebung und insofern systemfremd in die TierSchHuV aufgenommen wurden, nicht auf eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes zurückführen. Sie sind deshalb verfassungswidrig.

A. Bestimmungen über das Halten von Hunden

Die TierSchHuV normiert umfassende Anforderungen an das Halten von Hunden. Im Vordergrund steht die Verpflichtung, jedem Hund ausreichend Auslauf und ausreichend Umgang mit der Betreuungsperson zu gewähren (§ 2 Abs. 1). Diese allgemeinen Vorgaben werden von den weiteren Vorschriften der Verordnung in Abhängigkeit von der jeweiligen Haltungsart z.T. sehr detailliert konkretisiert. Differenziert wird dabei zwischen den Anforderungen an das Halten im Freien (§ 4), an das Halten in Räumen (§ 5), an die Zwingerhaltung (§ 6) und an die Anbindehaltung (§ 7), ohne dass allerdings eine Legaldefinition dieser unterschiedlichen Haltungsarten vorgenommen wird. Die einzelnen Vorgaben reichen bspw. bis zur Festlegung der Größe und des Materials einer Schutzhütte (§ 4 Abs. 2), der Fläche der Öffnungen für Tageslicht (§ 5 Abs. 1 S. 2), der Sichtmöglichkeit für die Hunde aus einem Zwinger (§ 6 Abs. 3 S. 4 u. 5) und der Länge einer Laufvorrichtung (§ 7 Abs. 2). Unabhängig von der Haltungsart hat die Betreuungsperson stets für ausreichende Fütterung und Pflege des Hundes zu sorgen (§ 8).

I. Verfassungsrechtliche und gesetzliche Determinanten

Bei der Ausgestaltung der TierSchHuV war der Verordnungsgeber nicht frei, sondern weitgehend in die verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Vorgaben eingebunden. Diese Determinanten gilt es auch bei der Auslegung der einzelnen Bestimmungen der TierSchHuV zu berücksichtigen.

1. Verfassungskonformität der Ermächtigungsgrundlage

Sämtliche der Vorschriften über das Halten von Hunden lassen sich auf die Ermächtigung des § 2a Abs. 1 TierSchG zurückführen. Diese gesetzliche Ermächtigungsgrundlage ist ausweislich einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ihrerseits verfassungskonform – sie hält sich nicht nur im Rahmen der Gesetzgebungskompetenz des Bundes, sondern genügt auch den Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG und den darüber hinausgehenden Anforderungen der Wesentlichkeitsrechtsprechung.⁴ Allerdings lässt sich diese auf die Hennenhaltungsverordnung (HhVO) ausgerichtete Entscheidung nur bedingt auf die TierSchHuV übertragen. Denn während die HhVO aufgrund ihres spezifischen Anwendungsbereichs nur wenige ausgewählte Grundrechtsträger in je homogener Weise berührte,⁵ betrifft die TierSchHuV wegen der intendierten umfassenden Geltung eine Vielzahl von Grundrechtsträgern auf verschiedenste Art. Dieser quantitative Unterschied zwischen der Grundrechtsrelevanz der HhVO und der TierSchHuV wird in qualitativer Hinsicht zudem dadurch verstärkt, dass bei der TierSchHuV nicht nur die grundsätzlich beschränkbaren Grundrechte der Berufs- und Eigentumsfreiheit, sondern auch vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte wie etwa die Wissenschafts- und Kunstfreiheit beeinträchtigt sein können. Die Anforderungen an die Bestimmtheit der Ermächtigungsgrundlage für eine Rechtsverordnung werden aber um so höher, je mehr neben der nur staatsstrukturell bedeutsamen Verlagerung der Rechtsetzungsbefugnis von der Legislative auf die Exekutive auch die Grundrechte tangiert werden. Denn nach der Wesentlichkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „hat der Bundestag die für die Verwirklichung der Grundrechte wesentlichen Regelungen selbst zu treffen und darf sie nicht etwa der Bundesregierung überlassen“,⁶ wobei die Selbstentscheidungspflicht neben der Frage, ob ein bestimmter Gegenstand überhaupt gesetzlich geregelt sein muss, auch die Frage betrifft, wie weit diese Regelungen im einzelnen zu gehen haben.⁷ Gleichwohl verbietet die Wesentlichkeitsrechtsprechung nicht den Grundrechtsausgleich durch die TierSchHuV, sondern zwingt den Verordnungsgeber nur, die unterschiedlichen grundrechtlichen Belange hinreichend differenziert zu berücksichtigen. Die Vielzahl und Vielfältigkeit der betroffenen

Grundrechte stehen also nicht der Regelungsbefugnis des Verordnungsgebers als solcher entgegen, sie beschneiden vielmehr nur seinen Gestaltungsspielraum.

2. Begrenzung durch die Grundrechte

Die in Art. 1 Abs. 3 GG zum Ausdruck kommende Bindung des Verordnungsgebers an die Grundrechte ist um so intensiver, je weniger der Gesetzgeber die Verordnungsermächtigung selbst nach unterschiedlichen grundrechtlichen Belangen spezifiziert. Die Pflicht zur differenzierenden Beachtung der Grundrechte wird in solchen Fällen quasi an den Verordnungsgeber weitergereicht. Er kann sich nicht darauf verlassen, der Gesetzgeber habe ihm nur einen solchen Rechtsetzungsspielraum überlassen, dessen Wahrnehmung keine Grundrechtskonflikte mehr entstehen lassen könne. Wenn § 2a Abs. 1 TierSchG also zum Erlass der TierSchHuV ermächtigt, ohne spezifische Voraussetzungen für die möglichen Grundrechtsbeeinträchtigungen vorzugeben, dann ist der Verordnungsgeber selbst verpflichtet, die verschiedenen Grundrechtsbelange in seiner Verordnung hinreichend zu berücksichtigen. Sein Gestaltungsspielraum wird dabei von Grundrechten unter Gesetzesvorbehalt weniger beschränkt als von vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten. Denn Grundrechte, die wie bspw. Art. 14, Art. 12 und Art. 2 Abs. 1 GG unter einfachem Gesetzesvorbehalt stehen, können grundsätzlich aus jedem legitimem öffentlichen Interesse einschränkt werden und belassen dem jeweiligen Normgeber somit einen recht weiten Gestaltungsspielraum. Auch der Tierschutz gehört zu den verfassungslegitimen Zielen gesetzgeberischer Aktivitäten, wie sich nicht zuletzt aus der Kompetenzzuweisung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG ergibt.⁸ Im Einzelfall kann aber auch der Tierschutz die von den Regelungen der TierSchHuV ausgehenden Freiheitsbeschränkungen der genannten Grundrechte nur dann rechtfertigen, wenn diese dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen. Die TierSchHuV hat dem Prinzip der Geringsterforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit i.e.S. vor allem durch die in § 13 TierSchHuV verankerten Übergangsfristen Rechnung zu tragen versucht.

Anders stellt sich die grundrechtliche Ausgangslage bei den vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten dar, zu denen die in diesem Kontext besonders relevante Freiheit der Wissenschaft, Forschung und Lehre nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG zählt. Solche Grundrechte kann der Verordnungsgeber nicht aus jedem beliebigen legitimen öffentlichen Interesse beschränken, sondern nur zugunsten kollidierender Grundrechte Dritter und anderer mit Verfassungsrang ausgestatteter Rechtswerte.⁹ Dem Tierschutz kommt ein solcher Verfassungsrang auf grundgesetzlicher Ebene nach ganz herrschender Auffassung und gefestigter Rechtsprechung nicht zu.¹⁰ Wo die Hundehaltung also in den Schutzbereich der

Religions-, der Kunst- oder der Wissenschaftsfreiheit fällt, ist der Normgeber nicht frei, tierschutzrechtliche Regelungen allein unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit zu normieren. Vielmehr sind solche Handlungsformen streng genommen überhaupt nicht zugunsten des Tierschutzes beschränkbar. Allerdings können Einzelaspekte des Tierschutzes mittelbar, also über andere Werte von Verfassungsrang, der Ausübung der vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechte Grenzen setzen.¹¹ Außerdem verbleibt dem Normgeber bereits dort ein Gestaltungsspielraum, den er bspw. zugunsten des Tierschutzes wahrnehmen kann, wo das konkrete Verhalten im Einzelfall nicht mehr in den Schutzbereich eines vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechts fällt.

3. Begrenzung durch die formellen Gesetze

Der Gestaltungsspielraum des Ordnungsgebers wird schließlich auch durch die gemäß Art. 20 Abs. 3 GG stets zu beachtenden formellen Gesetze eingeschränkt. Im Bereich der Normsetzung wird diese Grenze durch Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG deutlich nachgezogen.

Dementsprechend reicht die Verordnungsermächtigung des § 2a Abs. 1 TierSchG nur so weit wie der Anwendungsbereich des § 2 TierSchG.¹² Finden also die in § 2 TierSchG normierten Handlungsgrundsätze von vorneherein keine Anwendung, etwa weil sie durch spezialgesetzliche Regelungen verdrängt oder von verfassungs- bzw. gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben¹³ überlagert werden, ist auch der Gestaltungsspielraum des Ordnungsgebers entsprechend beschränkt.

Im Hinblick auf die Handlungsbedingungen von Hunden könnte die Anwendung des § 2 TierSchG und damit der Umfang der Verordnungsermächtigung vor allem durch die Vorgaben des Versuchstierübereinkommens des Europarates (VTÜ)¹⁴ sowie die Regelungen des Europäischen Übereinkommens vom 13.11.1987 zum Schutz von Heimtieren (HTÜ)¹⁵ beschränkt sein, denn beide Übereinkommen stehen wie jeder völkerrechtliche Vertrag im Range einfacher Bundesgesetze.¹⁶ Ihr Verhältnis zum gleichrangigen TierSchG bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln über die Normenkollision. In diesem Falle könnte Art. 5 VTÜ, der allgemeine Anforderungen an die Tierhaltung normiert,¹⁷ als *lex specialis* zu qualifizieren sein und dem Rückgriff auf § 2 TierSchG deshalb entgegenstehen. Allerdings will Art. 5 VTÜ nach seiner Intention und seinem Wortlaut keine abschließenden Regelungen vorgeben, sondern nur Mindeststandards normieren. Außerdem sind die den Art. 5 VTÜ konkretisierenden Leitlinien rechtlich unverbindlich,¹⁸ so dass die Vertragsstaaten diese Mindestanforderungen nicht nur unterschreiten, sondern auch strengere Anforderungen erlassen dürfen. Es handelt sich also gerade nicht um eine abschließende verdrängende Spezialregelung. Gleiches gilt im Prinzip für die Tierversuchsrichtlinie (TVRL),¹⁹ die die

allgemeinen Bestimmungen des VTÜ in das Recht der Europäischen Gemeinschaft überführt hat.²⁰ Zwar kommt der TVRL als sekundärem Gemeinschaftsrecht im Unterschied zum TVÜ Vorrang gegenüber entgegenstehendem mitgliedstaatlichen Recht zu, so dass sich ihr Verhältnis zum TierSchG nicht nach dem *lex-specialis*-Grundsatz, sondern nach spezifisch europarechtlichen Vorgaben bestimmt. Aber auch die TVRL normiert in Art. 24 ausdrücklich: „Diese Richtlinie hindert die Mitgliedstaaten nicht, strengere Maßnahmen zum Schutz der für Versuchszwecke verwendeten Tiere oder zur Kontrolle und Beschränkung der Verwendung von Versuchstieren zu ergreifen.“

Mittelbar lassen sich dem VTÜ bzw. der VTRL und dem HTÜ aber gleichwohl Grenzen des Verordnungsgebers entnehmen. Denn sie geben zu erkennen, dass die formellen Gesetze nach dem Verwendungszweck von Hunden unterscheiden.²¹ Durch die Ratifizierung des VTÜ und des HTÜ respektiert der parlamentarische Gesetzgeber, dass für Versuchstiere andere Haltungsbedingungen bestehen müssen als beispielsweise für Heimtiere und dass beide Haltungsbedingungen von den allgemeinen Tierhaltungsgrundsätzen des § 2 TierSchG abweichen können. Diese vom parlamentarischen Ratifikationsgesetzgeber gewählte Unterscheidung nach dem Haltungszweck²² darf vom Verordnungsgeber nicht unterlaufen werden. Denn der Verordnungsgeber „darf keine Differenzierungen vornehmen, wenn diese über die Grenzen einer formell und materiell verfassungsmäßigen Ermächtigung hinaus eine Korrektur der Entscheidung des Gesetzgebers bedeuten würden.“²³ Differenzierte die Verordnung nicht in dem Umfang nach dem Haltungszweck, in dem der parlamentarische Gesetzgeber dies vorgibt, verstieße sie gegen die Reichweite ihrer Ermächtigungsgrundlage und damit zugleich gegen das Rechtsstaats- und das Demokratieprinzip.

II. Ausgleich zwischen dem Tierschutz und der Forschungsfreiheit

Der Verordnungsgeber hat diese verfassungs- und grundrechtliche Ausgangslage erkannt und die unterschiedlichen Interessen zwischen dem Schutz der Hunde auf der einen Seite und der Forschungsfreiheit auf der anderen Seite durch eine flexible Ausnahmeregelung in Einklang zu bringen versucht. Gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 3 TierSchHuV werden Versuchshunde nicht vollständig und automatisch von den einzelnen Bestimmungen der TierSchHuV ausgenommen, sondern nur, „soweit für den verfolgten wissenschaftlichen Zweck andere Anforderungen an die Haltung unerlässlich sind.“ Die Frage, ob die TierSchHuV auf zu Versuchszwecken gehaltene Hunden Anwendung findet oder nicht, wird somit nicht abstrakt beantwortet, sondern soll von den zuständigen Behörden im Einzelfall geprüft werden. Insofern setzt die TierSchHuV den Genehmigungsvorbehalt des § 11 Abs. 1 Nr. 1 TierSchG

voraus, denn grundsätzlich bedarf die Haltung eines Hundes keiner behördlichen Genehmigung.

1. Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. 2 Nr. 3 TierSchHuV

Die TierSchHuV will die Hundehaltung zu Versuchszwecken nicht weiter aus ihrem Anwendungsbereich ausnehmen, als es durch die Entscheidung des (Tierschutz-) Gesetzgebers erforderlich ist. Deshalb beschränkt § 1 Abs. 2 Nr. 3 TierSchHuV die mögliche Unanwendbarkeit der Verordnung von vorneherein auf die Fälle, in denen die Versuche den gesetzlich zugelassenen Zwecken dienen. Dementsprechend unterscheidet die Norm vier Tatbestandsalternativen, die durch eine für alle geltende „Unerlässlichkeitsklausel“ verbunden sind.

Was die erste Alternative des § 1 Abs. 2 Nr. 3 TierSchHuV betrifft, so ist der Verweis auf „Versuchszwecke im Sinne von § 7 Abs. 1 TierSchG“ unzutreffend. Richtigerweise müsste auf § 7 Abs. 2 TierSchG verwiesen werden. Dass der falsche Absatz des TierSchG in Bezug genommen wird, erklärt sich aus der Entstehungsgeschichte der TierSchHuV. Nach dem vom BML²⁴ vorgelegten Entwurf lautete § 1 Abs. 2 Nr. 3 TierSchHuV zunächst „bei einem Versuch im Sinne von § 7 Abs. 1 TierSchG“.²⁵ Der Bundesrat änderte diesen Passus in die Formulierung „bei einer Haltung zu Versuchszwecken...“²⁶ übersah dabei aber offensichtlich, dass dadurch eben nicht auf § 7 Abs. 1, sondern § 7 Abs. 2 TierSchG verwiesen werden muss. Allerdings bleibt dieser Fehler ohne rechtliche Folgen, denn der Wille des Verordnungsgebers kann durch korrigierende Auslegung verdeutlicht und § 1 Abs. 2 Nr. 3 TierSchHuV so interpretiert werden, dass auf Versuchszwecke i.S.d. § 7 Abs. 2 TierSchG verwiesen wird. Die anderen drei Alternativen, in denen die Bestimmungen der TierSchHuV außer Anwendung bleiben können, betreffen Eingriffe oder Behandlungen an Hunden zum Zwecke der Organtransplantation (§ 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TierSchG), der Aus- bzw. Fort- oder Weiterbildung (§ 10 Abs. 1 TierSchG) oder zu sog. biotechnischen Maßnahmen²⁷ (§ 10a TierSchG) - allerdings stets unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass der jeweilige Eingriff für den verfolgten wissenschaftlichen Zweck unerlässlich ist.

Im Ergebnis führen somit solche Eingriffsziele zur Nichtanwendbarkeitsregelung von § 1 Abs. 2 Nr. 3 TierSchHuV, die nach der Entscheidung des Gesetzgebers des TierSchG ausnahmsweise (und nur unter Beachtung weiterer Voraussetzungen) intensive Eingriffe in das Wohlergehen von Hunden rechtfertigen können. Dies ist allerdings weniger dem politischen Willen des Verordnungsgebers als vielmehr der Normenhierarchie zuzuschreiben: Der Verordnungsgeber darf die Durchführung von Tierversuchen und ähnlichen Eingriffen nicht von Voraussetzungen abhängig machen, die der Gesetzgeber nicht vorgesehen hat. Er

wäre deshalb besser beraten gewesen, anstelle der enumerativen Aufzählung der verfolgten Versuchsziele generell auf die gesetzlich zugelassenen Eingriffszwecke zu verweisen. Eine solche dynamische Verweisung auf Normen höheren Ranges wäre rechtsstaatlich grundsätzlich nicht nur unbedenklich,²⁸ sondern machte auch eine analoge Anwendung der Rechtsverordnung in den Fällen überflüssig, in denen eine weitere gesetzliche Ausnahme möglicherweise übersehen wurde oder sich die gesetzlichen Vorgaben später einmal ändern.

2. Unerlässlichkeitsklausel

Die Haltung von Hunden zu Versuchszwecken führt als solche noch nicht zur Unanwendbarkeit der Vorschriften der TierSchHuV, sondern nur, „soweit für den verfolgten wissenschaftlichen Zweck andere Anforderungen an die Haltung unerlässlich sind.“ Dieser eindeutige Wortlaut des § 1 Abs. 2 Nr. 3 TierSchHuV gibt zunächst einmal zu erkennen, dass die Unanwendbarkeit der Bestimmungen der TierSchHuV ausschließlich durch den verfolgten wissenschaftlichen Zweck begründet werden kann. Wirtschaftliche Gesichtspunkte können die Unerlässlichkeit anderer Haltungsbedingungen dagegen grundsätzlich ebenso wenig begründen wie sonstige öffentliche Interessen außerhalb des Tierschutzes, etwa Aspekte des Umweltschutzes (bspw. des Lärmschutzes) oder des Baurechts. Die von § 1 Abs. 2 Nr. 3 TierSchHuV vorgesehene Beschränkung der abwägungsrelevanten Belange auf den wissenschaftlichen Zweck ist insofern zulässig, als die gesamte Ausnahmevorschrift nur durch das vorbehaltlos gewährleistete Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG motiviert ist. Aus der Sicht des Tierschutzrechts darf es nicht dazu kommen, die Unerlässlichkeit der Nichtanwendung der TierSchHuV im konkreten Fall mit der Begründung anzunehmen, nur so ließen sich umweltrechtlichen Bedenken (z.B. solche des Immissionsschutzrechts bei einer Hundehaltung im Freien) ausräumen. Eine Versuchstierhaltung muss also kumulativ die Vorschriften des Tierschutzgesetzes wie des Bau- und Umweltrechts beachten, worüber letztlich auch verschiedene Behörden zu entscheiden haben.

Bei der Beurteilung der wissenschaftlichen Unerlässlichkeit kommt ein entscheidender Aspekt der Notwendigkeit zu, Tierversuche im Hinblick auf den Aussagegehalt ihrer Ergebnisse unter standardisierten (und damit nachvollziehbaren) Bedingungen durchzuführen.²⁹ Soll etwa die Wirkungen verschiedener Stoffe miteinander vergleichen oder auch nur die optimale Dosis eines bestimmten Stoffes ermittelt werden, müssen die Experimente im übrigen unter konstanten Bedingungen stattfinden. Ähnlich wie in wirtschaftswissenschaftlichen Modellrechnungen, hängt auch und gerade bei empirischen Methoden das Ergebnis davon ab, dass der Versuch „ceteris paribus“ durchgeführt wird.

Deshalb kann es erforderlich sein, zu Versuchen bestimmte Hunde dauerhaft unter Bedingungen zu halten, die nicht den hohen Anforderungen der TierSchHuV genügen. Das gilt für eine konstante, nur durch künstliches Licht zu erzeugende Beleuchtung ebenso wie für die Bewegungsfreiheit der Hunde und ihren Sozialkontakt. Zumindest bei einigen Versuchsanordnungen bestünde sonst die Möglichkeit, dass die unterschiedlichen Haltungsbedingungen vor und während des Versuchs die hormonelle Regulation und den Stoffwechsel eines Hundes derart beeinflussen, dass eine Verfälschung des Versuchsergebnisses nicht ausgeschlossen werden könnte.

Größere Probleme als die Ausrichtung auf den wissenschaftlichen Zweck bereitet das Merkmal der Unerlässlichkeit. Mit diesem Begriff knüpft § 1 Abs. 2 Nr. 3 TierSchHuV erkennbar an den Wortlaut des § 7 Abs. 2 TierSchG an, so dass es naheliegend und geboten erscheint, den Begriff der Unerlässlichkeit in § 1 Abs. 2 Nr. 3 TierSchHuV im Sinne seiner Verwendung in § 7 Abs. 2 TierSchG auszulegen, auch wenn nicht zu verkennen ist, dass § 7 Abs. 2 TierSchG das „Ob“ von Tierversuchen, § 1 Abs. 2 Nr. 3 TierSchHuV dagegen (im weiteren Sinne) das „Wie“ von Tierversuchen betrifft.

Das Unerlässlichkeitsgebot wird in der Literatur z.T. als Ausformung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verstanden.³⁰ Tierversuche dürfen nach dieser Auffassung nur durchgeführt werden, wenn sie geeignet sind, einen der gesetzlich zugelassenen Zwecke zu erreichen, wenn der Zweck nicht durch andere Methoden oder Verfahren erreicht werden kann, die das Wohlbefinden von Tieren weniger beeinträchtigen, und wenn die zu erwartenden Schmerzen, Leiden oder Schäden der Tiere im Hinblick auf den Versuchszweck ethisch vertretbar sind.³¹ Dieses Verständnis beruht maßgeblich auf der Interpretation der Unerlässlichkeitsklausel durch das Bundesverfassungsgericht. Das Gericht geht zutreffend davon aus, dass das Tierschutzgesetz auf der Grundkonzeption eines ethisch ausgerichteten Tierschutzes im Sinne einer Mitverantwortung des Menschen für das seiner Obhut anheim gegebene Lebewesen beruht. Der Gesetzgeber war bestrebt, „ethische Grundsätze einerseits und wissenschaftliche und wirtschaftliche Erfordernisse andererseits miteinander in Einklang zu bringen.“³² Deshalb wolle, so das Bundesverfassungsgericht, das TierSchG den Tieren nicht jegliche Beeinträchtigung ihres Wohlbefindens ersparen, es werde vielmehr „beherrscht von der dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechenden Forderung, Tieren nicht ohne vernünftigen Grund vermeidbare, das unerlässliche Maß übersteigende Schmerzen, Leiden oder Schäden zuzufügen.“³³

So naheliegend diese Interpretation der Unerlässlichkeitsklausel i.S. des § 7 Abs. 2 TierSchG und i.S. v. § 1 Abs. 2 Nr. 3 TierSchHuV auch sein mag, so sehr ist doch zumindest die

Verwendung der vom rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip bekannten Terminologie abzulehnen. Denn das rechtsstaatliche Verhältnismäßigkeitsprinzip dient seiner Funktion nach der Abwehr von übermäßigen Eingriffen des Staates in die Freiheitsrechte der Bürger, nicht dagegen soll es Eingriffe der grundrechtswahrenden Bürger in gesetzlich festgelegte Schutzgüter minimieren. Im Gegenteil: Es will dem Grundrechtsträger einen größtmöglichen Grundrechtsgebrauch sichern. Insofern streitet das Verhältnismäßigkeitsprinzip auch im Bereich des Tierschutzes für eine weitestgehende Ausübung der Grundrechte, etwa der durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützten Forschungsfreiheit.³⁴ Nicht zuletzt deshalb werden die tierversuchsbeschränkenden Regelungen des TierSchG z.T. für verfassungswidrig gehalten.³⁵ Es ist dem Gesetzgeber zwar grundsätzlich möglich, den Grundgedanken des Verhältnismäßigkeitsprinzips, nämlich den Einsatz bestimmter Mittel in ein ausgewogenes Verhältnis zu den von ihnen verfolgten Zwecke zu bringen, auch auf die Rechtsausübung Privater zu übertragen (z.B. beim Notwehrrecht). In diesem Sinne lässt sich auch die Unerlässlichkeitsklausel sowohl in § 7 Abs. 2 TierSchG als auch in § 1 Abs. 2 Nr. 3 TierSchHuV verstehen. Allerdings muss der rechtsstaatsgebundene Gesetzgeber bei einer solchen Übertragung seinerseits das verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip beachten, denn die Verpflichtung auf eine Zweck-Mittel-Relation wie in § 7 Abs. 2 TierSchG und in § 1 Abs. 2 Nr. 3 TierSchHuV stellt sich als Eingriff in die Freiheitsrechte der Grundrechtsträger dar, die ihre subjektiven Zielvorgaben grundsätzlich mit jedem legalen Mittel verfolgen dürfen. Konkret bedeutet dies, dass die Wissenschaftler nur in dem Maße zwischen ihrem Versuchsziel und den Leiden, Schmerzen und Schäden der Versuchstiere abzuwägen haben, wie ihnen diese Abwägung im Hinblick auf das vorbehaltlos gewährleistete Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit zugemutet werden kann. Aus diesem Grunde scheint es sinnvoller, die Unerlässlichkeitsprüfung nach dem tierschutzpolitischen „3-R-Prinzip“ vorzunehmen. Danach sollen Tierversuche nach Möglichkeit durch andere Methoden ersetzt (replace), die Zahl der Versuchstiere reduziert (reduce) und die Auswertungsmethoden verfeinert (refine) werden.³⁶ Auf die Unerlässlichkeitsklausel in § 1 Abs. 2 Nr. 3 TierSchHuV übertragen, lässt sich dem 3-R-Prinzip neben seinen unmittelbaren Maximen auch die Forderung entnehmen, die Anzahl der Versuchshunde so klein wie möglich zu halten. Werden dagegen so viele Hunde gehalten, dass der einzelne Hund nur in sehr langen Abständen zu einem Tierversuch herangezogen wird, ist davon auszugehen, dass keine zwingende Notwendigkeit besteht, die Hunde vor dem Versuch unter Bedingungen zu halten, die von denen der TierSchHuV abweichen.

3. Zeitliche Komponente

In diesem Zusammenhang stellt sich die grundsätzliche Frage, in welchem zeitlichen Umfang die Haltung dieser Hunde von den Anforderungen der TierSchHuV ausgenommen sein kann. In tatsächlicher Hinsicht lassen sich drei zeitliche Phasen unterscheiden, die Hunde in Versuchsanstalten durchlaufen: Die Durchführung des Tierversuchs als solchem, die dem Tierversuch unmittelbar vorausgehende Adaptationsphase sowie schließlich die noch davor liegende Vorratshaltung aller Versuchshunde.

Unzweifelhaft sollen Hunde, die sich in einem Tierversuch befinden, von den besonderen Anforderungen der TierSchHuV ausgenommen werden können. Das folgt in tatsächlicher Hinsicht aus der Überlegung, dass die dem Hund durch den Tierversuch entstehende Belastung im Vergleich zu der Beeinträchtigung durch nicht der TierSchHuV entsprechende Haltungsbedingungen regelmäßig ungleich größer ist. In rechtlicher Hinsicht führt diese Überlegung zu dem Argument a maiore ad minus: Wenn schon der Tierversuch als solcher nach den gesetzlichen Vorschriften des TierSchG zulässig ist, obwohl er regelmäßig mit Schmerzen, Leiden oder Schäden für die Versuchshunde verbunden ist, dann treten die Vorschriften der TierSchHuV über das bloße Halten von Hunden während des Versuchs in den Hintergrund. Zwar könnte man dieser Überlegung den Gedanken entgegenhalten, dass den Versuchshunden gerade wegen ihrer versuchsbedingten Schmerzen quasi kompensatorisch eine besonders artgerechte und zuwendungsintensive Haltung zukommen sollte. Entscheidend ist aber letztlich, dass Versuche standardisiert und nachvollziehbar gestaltet werden, weil sie nur so den wissenschaftlichen Ertrag erbringen können, der letztlich die Legitimation für die damit verbundenen Eingriffe für Tiere sein kann. Erkennbar nutzlose Versuche können Schmerzen und Leiden von Versuchstieren nicht rechtfertigen. Die Nichtanwendbarkeit der TierSchHuV bei Hunden in der Versuchsdurchführung ist also der Verlässlichkeit und Nachvollziehbarkeit der Versuche geschuldet.

Entsprechendes gilt ausweislich einer historisch-teleologischen Auslegung der Norm auch für die den Tierversuchen unmittelbar vorausgehende Adaptationsphase. Die Formulierung „bei einer Haltung zu Versuchszwecken“ geht auf die Empfehlung des (federführenden) Agrarausschusses und des Ausschusses für Innere Angelegenheiten des Bundesrates zurück. Zuvor sollte die Ausnahmevorschrift nur „bei einem Tierversuch“ gelten. Die jetzige Fassung berücksichtigt nunmehr, dass „in Abhängigkeit von dem jeweiligen Versuchsvorhaben eine Änderung der Haltungsformen bereits bei der dem Tierversuch vorausgehenden Hundehaltung notwendig sein kann (Konditionierung).“³⁷ Deshalb ist davon auszugehen, dass nach dem Willen des Verordnungsgebers auch die Haltungsbedingungen während der

Adaptationsphase von den Vorschriften der TierSchHuV sollen ausgenommen werden können, wenn dies zwingend erforderlich ist, um so die Standardisierung und Nachvollziehbarkeit von Versuchen zu erreichen.

Ob auch die bloße Vorratshaltung von Hunden für Zwecke von Tierversuchen die Befreiung von den Vorschriften der TierSchHuV zu bewirken vermag, könnte im Hinblick auf deren Schutzzweck bezweifelt werden. Denn die TierSchHuV zielt ausweislich ihrer Begründung und im deutlichen Gegensatz zur alten HuHaV auf den Schutz *aller* Hunde,³⁸ so dass Ausnahmen von diesem Grundsatz eng auszulegen sind. Allerdings lässt sich dem Wortlaut der Formulierung „bei einer Haltung zu Versuchszwecken“ keine zeitliche Differenzierung entnehmen. Maßgeblich ist vielmehr allein der Zweck, und sämtliche Hunde in Versuchsanstalten werden – mit Ausnahme wohl nur etwaiger Wachhunde – zu Versuchszwecken gehalten.

Anders könnte sich die Situation bei den übrigen drei Tatbestandsmöglichkeiten darstellen. Sie nehmen aufgrund der grammatikalischen Struktur des § 1 Abs. 2 Nr. 3 TierSchHuV nicht an dem Passus „Bei der Haltung zu...“ teil, sondern befreien den jeweiligen Hundehalter nur „bei Eingriffen oder Behandlungen“ zu den genannten Zwecken. Diese Formulierung schließt eine zeitliche Vorverlagerung des Ausnahmetatbestandes auf solche Hunde aus, die gegenwärtig keinem Eingriff und keiner Behandlung unterworfen sind, sondern nur zum Zwecke eines späteren Eingriffs oder einer späteren Behandlung gehalten werden. Eine solche Interpretation führte allerdings zu einer unzulässigen Diskriminierung der vom TierSchG an sich gleichwertig behandelten Eingriffszwecke. Denn obwohl § 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TierSchG nicht im Fünften Abschnitt des TierSchG über Tierversuche verortet ist,³⁹ finden die meisten der für Tierversuche geltenden Vorschriften gemäß § 6 Abs. 1 S. 3 TierSchG auch auf Eingriffe nach § 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 TierSchG Anwendung. Gleiches gilt gemäß § 10 Abs. 2 bzw. § 10a S. 3 TierSchG für Eingriffe zu Ausbildungszwecken bzw. für biotechnische Maßnahmen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Vorratshaltung von Versuchshunden auch insoweit unter die Ausnahmebestimmung des § 1 Abs. 2 Nr. 3 TierSchHuV fallen kann, als diese zu Organtransplantationen, Ausbildungszwecken oder biotechnischen Maßnahmen verwendet werden sollen. Der insofern missverständliche Wortlaut der Norm ist offensichtlich auf die Änderung des Verordnungsentwurfs durch den Bundesrat zurückzuführen: Wie ausgeführt, nahm die Norm in ihrer Entwurfsfassung des BML nur die Tierhaltung „bei einem Tierversuch ... oder bei einem Eingriff oder einer Behandlung...“ von den Anforderungen der TierSchHuV aus. Die beteiligten Ausschüsse des Bundesrates, die die Änderung zur nun geltenden Fassung initiierten,⁴⁰ versäumten offensichtlich, die neu

eingeführte Formulierung „bei einer Haltung zu Versuchszwecken...“ auch auf die Eingriffe oder Behandlungen zu erstrecken.

4. Beweis- und Darlegungslast

In der Regel ist das Halten von Tieren nach dem TierSchG nicht von einer präventiven Erlaubnis abhängig. Vielmehr besteht die Möglichkeit nachträglichen Einschreitens der Behörden. So kann ein Verstoß gegen § 2 TierSchG⁴¹ oder gegen Vorschriften der diese Norm konkretisierenden Rechtsverordnungen nach § 17 TierSchG eine Strafbarkeit bzw. nach § 18 TierSchG ein Bußgeldverfahren auslösen.⁴² Darüber hinaus steht der zuständigen Behörde nach § 16a Nr. 1 TierSchG die Möglichkeit offen, im Einzelfall die zur Erfüllung der Forderung des § 2 TierSchG notwendigen ordnungsrechtlichen Anordnungen zu erlassen. In all diesen Fällen hat die Behörde aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes (§ 24 VwVfG bzw. § 155 StPO) auch zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 Nr. 3 TierSchHuV gegeben sind.

Anders stellt sich die rechtliche Situation in den Fällen der Erlaubnispflichten des § 11 TierSchG dar, z.B. in Fällen, in denen Hunde zu Versuchszwecken gehalten werden. Die Züchtung und die Haltung solcher Tiere bedürfen nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 lit. a TierSchG der Erlaubnis. Diese Erlaubnis darf nach § 11 II TierSchG nur erteilt werden, wenn die der Tätigkeit dienenden Räume und Einrichtungen eine den Anforderungen des § 2 TierSchG entsprechende Ernährung, Pflege und Unterbringung der Tiere ermöglichen. Ist eine diese Grundsätze konkretisierende Rechtsverordnung erlassen worden, ist vorrangig auf deren Vorschriften zu rekurrieren. Vor Erteilung dieser Erlaubnis dürfen zu Versuchen bestimmte Wirbeltiere gemäß § 11 Abs. 3 TierSchG nicht gehalten werden.

Beantragt der Halter von Versuchshunden eine entsprechende Erlaubnis, so muss er darlegen, dass die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 Nr. 3 TierSchHuV gegeben sind. Dabei wird er zum einen, wie es auch § 8 Abs. 3 Nr. 1 TierSchG verlangt, wissenschaftlich begründet darzulegen haben, dass der beabsichtigte Versuch den gesetzlichen Vorgaben des § 7 Abs. 2 u. 3 GG entspricht. Darüber hinaus erstreckt sich die Darlegungspflicht aber auch auf die Unerlässlichkeit anderer Haltungsformen i.S.d. § 1 Abs. 2 Nr. 3 TierSchHuV, wobei die Plausibilitätsanforderungen an die Darlegung mit zunehmenden zeitlichen Abstand der beschriebenen Haltung vom eigentlichen Versuch immer strenger werden. In rechtlicher Hinsicht ist diese Auffassung vor allem dadurch geboten, dass mit dem wachsenden zeitlichen Abstand von der Durchführung der Versuche der grundrechtliche Schutz durch die vorbehaltlos gewährleistete Wissenschaftsfreiheit gegenüber dem Schutz durch andere, gesetzlich beschränkbare Grundrechte wie etwa Art. 12 GG oder auch nur Art. 2 Abs. 1 GG

zunehmend in den Hintergrund tritt. Während nämlich die Durchführung des Tierversuchs als solche unmittelbarer Ausdruck der Wissenschaftsfreiheit ist und auch die Adaptationsphase deutlich durch den wissenschaftlichen Zweck geprägt ist, wird der wissenschaftliche Bezug bei der Vorratshaltung als Grundrechtsvoraussetzungsschutz⁴³ nur mittelbar und häufig nicht zwingend per se erkennbar und bedarf deshalb einer umfassenderen wissenschaftlichen Darlegung.

In ihrer Intensität ist diese Darlegungspflicht aber deutlich von einer Beweislast zu unterscheiden, wie auch die Begründung des Ordnungsgebers zu § 1 Abs. 2 Nr. 3 TierSchHuV zu erkennen gibt. Dort heißt es: „Die Unerlässlichkeit solcher abweichender Haltungsbedingungen wird im Einzelfall nur mit einer *wissenschaftlichen Darlegung* zu begründen sein.“⁴⁴ Diese Formulierung knüpft erkennbar an den Gesetzeswortlaut des § 8 Abs. 3 Nr. 1 TierSchG an, die vor allem grundrechtsdogmatisch begründet ist: Die Beweislast für die Zulässigkeit eines Grundrechtsgebrauchs liegt grundsätzlich nicht beim Grundrechtsträger, vielmehr muss der Staat die Zulässigkeit eines Grundrechtseingriffs beweisen. Das gilt um so mehr, als der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Zweifel für die Forschungsfreiheit spricht.⁴⁵ Es wäre also nicht nur rechts-, sondern sogar verfassungswidrig, wenn der Antragsteller beweisen müsste, dass im Hinblick auf den verfolgten wissenschaftlichen Zweck andere Anforderungen an die Haltung unerlässlich sind.⁴⁶ Allerdings ist die Behörde in ihrer Beurteilung nicht vollständig an die Angaben des antragstellenden Wissenschaftlers gebunden. Zwar unterliegt die bei Tierversuchen vorzunehmende Abwägung zwischen den Schmerzen und Leiden der Versuchstiere auf der einen Seite und der wissenschaftlichen Bedeutung des Versuchszwecks auf der anderen Seite nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts nur einer „qualifizierten Plausibilitätskontrolle“ der Genehmigungsbehörde; diese dürfe aber ihre Einschätzung der Bedeutung des Versuchszwecks nicht an die Stelle der Einschätzung des antragstellenden Wissenschaftlers setzen.⁴⁷ In der Literatur⁴⁸ und z.T. auch in der Rechtsprechung⁴⁹ wird diese Interpretation des Bundesverfassungsgerichts aber zunehmend in Zweifel gezogen und die Auffassung vertreten, im Genehmigungsverfahren könnten die zentralen gesetzlichen Voraussetzungen der Unerlässlichkeit und der ethischen Vertretbarkeit in vollem Umfang von den Behörden inhaltlich überprüft werden. Vor diesem Hintergrund ist von einem differenzierten materiellen Prüfungsrecht der zuständigen Behörden auszugehen, um sowohl den Belangen des vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechts auf freie Wissenschaft, Forschung und Lehre als auch denen des Tierschutzes Rechnung zu tragen: Was die Bestimmung des *Versuchszwecks* betrifft, so ist der Forscher frei und nur an seine eigenen Interessen und Wertmaßstäbe

gebunden. Die Prüfungsbefugnis der Behörden umfasst insofern ganz im Sinne des Bundesverfassungsgerichts nur die Kontrolle, ob die wissenschaftliche Darlegung der Versuchszwecke hinreichend plausibel ist. Anders stellt es sich im Hinblick auf die *Versuchsmittel* dar: Die für den Tierschutz verantwortlichen Behörden dürfen und müssen eigenständig beurteilen können, ob und in welchem Maße den Versuchstieren Schmerzen, Leiden oder Schäden zugefügt werden. Darüber hinaus steht es ihnen auch zu, das Verhältnis der eingesetzten Mittel zum beabsichtigten Zweck zu bewerten, wobei sie den Zweck als feststehende Größe zu akzeptieren haben und ihn deshalb nicht in Frage stellen dürfen.⁵⁰ Dieser nach Zweck und Mitteln differenzierte Prüfungsumfang spiegelt sich in der Vorschrift des § 1 Abs. 2 Nr. 3 TierSchHuV besonders deutlich wider: Die passivische Verwendung des Partizips Perfekt „...für den *verfolgten* wissenschaftlichen Zweck...“ entzieht die Bestimmung dieses Zwecks der aktiven Einflussmöglichkeit der zuständigen Behörde. Demgegenüber handelt es sich bei dem maßgeblichen Kriterium der Unerlässlichkeit um ein unbestimmtes Tatbestandsmerkmal, das einen entsprechenden (in jedem Fall aber voll justitiablen)⁵¹ Beurteilungsspielraum der Verwaltung nach sich zieht.

III. Modifizierte Anwendung der Rechtsverordnung

§ 1 Abs. 2 Nr. 3 TierSchHuV ordnet eine verbindliche Rechtsfolge an, die für eine Ermessen der zuständigen Behörden grundsätzlich keinen Raum lässt. Allerdings ist diese strenge Bindung durch die Unerlässlichkeitsklausel dadurch flexibel ausgestaltet, dass die Vorschriften der TierSchHuV nur keine Anwendung finden, „*soweit* andere Anforderungen an die Haltung unerlässlich sind.“ Die Ausnahmeklausel für Versuchshunde muss also nicht zwingend zur Unanwendbarkeit aller Bestimmungen der TierSchHuV führen. Wenn bspw. im Hinblick auf den Versuchszweck der natürliche Lichteinfall nicht in dem von § 5 Abs. 1 TierSchHuV geforderten Maße gewährleistet werden kann, können doch gleichwohl etwa die Verpflegungsvorgaben des § 8 TierSchHuV für die Haltung von Versuchshunden Geltung beanspruchen. Und soweit einzelne Normen unbestimmte Rechtsbegriffe verwenden (§ 2 Abs. 1 TierSchHuV verlangt „ausreichend Auslauf“ und „ausreichend Umgang mit der Betreuungsperson“) oder von vorneherein Ausnahmen zulassen (§ 5 Abs. 1 S. 2 TierSchHuV „...grundsätzlich...“), kann der jeweilige Versuchszweck schon durch eine modifizierte Anwendung solcher Vorschriften hinreichend berücksichtigt werden, ohne dass es nötig wäre, die Norm überhaupt nicht auf Versuchshunde anzuwenden.

C. Zuchtverbot bestimmter Hunde

Der zweite Schwerpunkt der TierSchHuV liegt auf bestimmten Anforderungen an die Zucht von Hunden und beruht dementsprechend auf anderen Ermächtigungsgrundlagen als die Regelungen über die Haltung von Hunden, namentlich auf § 11b Abs. 5 und § 12 Abs. 2 TierSchG, die in Beachtung des Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG und seiner Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht⁵² auch alle zitiert werden.⁵³ Um eine Umgehung des in § 6 Abs. 1 S. 1 TierSchG normierten Kupierverbots,⁵⁴ also des vollständigen oder teilweisen Amputierens von Körperteilen – bei Hunden insbesondere des Schwanzes oder der Ohren – durch entsprechende Eingriffe im Ausland zu verhindern, verbietet § 10 TierSchHuV nunmehr auch jede Ausstellung solcher Hunde in Deutschland.⁵⁵ Darüber hinaus definiert § 11 TierSchHuV den von § 11b Abs. 2 TierSchG verwendeten Begriff der Aggressionssteigerung und führt im Ergebnis zu einem bundesweiten Zuchtverbot von Pitbull-Terriern, Staffordshire Bullterriern, American Staffordshire Terriern und Bullterriern.

I. Genese der Vorschrift

Diese Regelungen gehen auf eine Initiative des Bundesrates zurück. Weil das TierSchG des Bundes als eigene Angelegenheit der Länder ausgeführt wird, bedurfte die TierSchHuV gemäß Art. 80 Abs. 2 GG der Zustimmung des Bundesrates, die dieser nur „nach Maßgabe bestimmter Änderungen“ erteilt⁵⁶ und dadurch u.a. die Aufnahme des Ausstellungs- und Zuchtverbots in die TierSchHuV erreicht hat. Die (politische) Initiativmacht des Bundesrates, die mit solchen „Maßgabebeschlüssen“ verbunden ist,⁵⁷ beschränkte sich im Falle der TierSchHuV also nicht nur auf die Rechtsverordnung selbst. Vielmehr konnten die Änderungswünsche des Bundesrates nur durch eine Anpassung der genannten Ermächtigungsgrundlagen im TierSchG, mithin nach einer Gesetzesänderung erfüllt werden.⁵⁸ Nicht zuletzt im Hinblick auf diese über die eigentliche Rechtsverordnung hinausgehende Wirkung lässt sich die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von „Maßgabebeschlüssen“ durchaus bezweifeln. Denn ein auf Kompromiss und Konsens ausgerichtetes Verfahren, wie es in institutionalisierter Form durch den Vermittlungsausschuss für die formelle Bundesgesetzgebung vorgesehen ist, kennt das Grundgesetz für den Bereich des Verordnungserlasses nicht. Gleichwohl ist nicht zuletzt im Interesse der Verfahrensbeschleunigung⁵⁹ von der Zulässigkeit solcher „Maßgabebeschlüsse“ auszugehen,⁶⁰ zumal dem Bundesrat seit der Änderung des Grundgesetzes vom 15.11.1994⁶¹ mit dem in Art. 80 Abs. 3 GG verankerten Verordnungsvorschlagsrecht auch von der Verfassung die Möglichkeit zugebilligt wird, den Inhalt von Rechtsverordnungen zu beeinflussen.⁶² Im übrigen – wenngleich aufgrund der fehlenden rechtlichen Außenwirkung ohne rechtliche

Bedeutung – geht auch § 65 Abs. 1 Nr. 1 GGO⁶³ von der Möglichkeit solcher „Maßgabebeschlüsse“ aus.

II. Fehlende Verbandskompetenz des Bundes

Schließt die dem Bund nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG zustehende Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des Tierschutzes in den Grenzen des Art. 80 Abs. 1 GG auch die partielle Übertragung dieser Normsetzungsbefugnis auf den Verordnungsgeber ein,⁶⁴ wirkt die Verbandskompetenz doch zugleich als Grenze für die Übertragung der Organkompetenz und für den Gestaltungsspielraum des Verordnungsgebers. Dementsprechend ermächtigt das Tierschutzgesetz den Verordnungsgeber nur zum Erlass solcher Bestimmungen, die dem Schutz der Tiere – in diesem Falle der Hunde – zu dienen bestimmt sind. Regelungen über die Haltung und Zucht von Hunden, die weniger den Schutz der Hunde als vielmehr den Schutz der Menschen vor Gefahren durch Hunde bezwecken, lassen sich nicht unter den Tierschutz im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG subsumieren,⁶⁵ sondern sind in erster Linie der polizeilichen Gefahrenabwehr zuzuordnen und fallen deshalb grundsätzlich in die Gesetzgebungskompetenz der Länder. Aus diesem Grunde⁶⁶ scheiterte auch eine Bundesratsinitiative des Landes Nordrhein-Westfalen aus dem Jahre 1991, die von aggressiven Hunden ausgehenden Gefahren bundesgesetzlich zu bannen.⁶⁷

Vor diesem Hintergrund muss die Kompetenz des Bundes zur Normierung eines Zuchtverbots bestimmter Hundesrassen bezweifelt werden. Denn während § 11b Abs. 2 TierSchG noch die dem einzelnen Hunde durch Aggressionssteigerungen entstehenden Leiden in den Vordergrund stellt, zielt die Änderung der Verordnungsermächtigung des § 11b Abs. 5 TierSchG ausweislich der Gesetzesbegründung in erster Linie auf die Abwehr von Angriffen gefährlicher Hunde auf Menschen.⁶⁸ Dementsprechend ist die der Verbandskompetenz des Bundes geschuldete Beschränkungsklausel der Ermächtigung „soweit es zum Schutz der Tiere erforderlich ist“ gestrichen worden.⁶⁹ Vor diesem Hintergrund erscheinen die Versuche des Gesetzgebers, die Tierschutzrelevanz und damit die Gesetzgebungskompetenz mit den von aggressiven Hunden ausgehenden Gefahren für andere Tiere bzw. mit den durch menschliche Abwehrmaßnahmen verbundenen Gefahren für die aggressive Hunde selbst zu begründen,⁷⁰ von vorneherein als wenig glaubwürdig, zumindest aber nicht als tragfähig. Besteht auch kein Zweifel daran, dass ein gefahrenabwehrmotiviertes Zuchtverbot bestimmter Kampfhunde nicht in die Regelungskompetenz des Bundes fällt, fragt sich im konkreten Fall doch, ob der Gesetzgeber oder der Verordnungsgeber die Kompetenzüberschreitung zu verantworten hat. Denn die abstrakte gesetzliche Ermächtigung nimmt immerhin noch die Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 u. 2 TierSchG in Bezug, nach denen nur solche

Qualzüchtungen von Wirbeltieren verboten sind, die für die Nachkommen *mit Leiden verbunden* sind. Sie lässt sich bei formaler Betrachtung deshalb noch unter die Tierschutzkompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG subsumieren. Und der Verordnungsgeber hat sich im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung gehalten, die eine besondere Begründung für das Vorliegen ihrer Voraussetzungen nicht verlangt. Andererseits ist die Gesetzesänderung ausweislich ihrer Genese in unmittelbarem Zusammenhang mit der anschließend erfolgten Rechtsverordnung zu sehen. Der Gesetzgeber hat die Ermächtigungsgrundlage des § 11 Abs. 5 TierSchG von der Beschränkung „soweit es zum Schutz der Tiere erforderlich ist“ befreit, um den Weg zu einer ihm bereits bekannten Regelung in der Rechtsverordnung frei zu machen, die diese Voraussetzung nicht erfüllen würde. Um das partei- und länderübergreifende aktuelle politische Ziel, ein Zuchtverbot für Kampfhunde auszusprechen (in Hamburg wurde kurz zuvor ein Kind von einem Kampfhund getötet), wurde die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung sowohl in vertikaler Hinsicht zwischen dem Bund und den Ländern als auch in horizontaler Hinsicht zwischen dem Gesetzgeber und dem Verordnungsgeber derart aufgebrochen, dass die politische Verantwortung für die kompetenzwidrige Regelung erfolgreich verschleiert wurde. Insofern ist das Zuchtverbot für bestimmte Kampfhunde ein wenn auch nicht inhaltlich, so doch systematisch bedeutsames Beispiel dafür, dass das verfassungsrechtlich vorgesehene Kontrollsystem der „checks and balances“ versagt, wenn alle beteiligten politischen Entscheidungsträger an einem Strang ziehen. Verantwortungsfreie Entscheidungen gibt es gleichwohl nicht. Vielmehr trägt letztlich der Gesetzgeber die Verantwortung auch für solche verfassungswidrigen Regelungen, die der Verordnungsgeber erlassen hat. Denn er darf die zuvörderst ihm zugewiesene Aufgabe, außenverbindliche abstrakte und generelle Regelungen zu erlassen, nur ausnahmsweise und nur unter den Voraussetzungen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG an den Verordnungsgeber übertragen. Ermöglicht er bei dieser Übertragung (in diesem Falle sogar wissentlich) Regelungen, die nicht seiner Verbandskompetenz unterfallen, überschreitet er die Grenzen dieser Übertragungsbefugnis und handelt verfassungswidrig.

* Teile der nachfolgenden Ausführungen gehen auf ein Gutachten über die Konsequenzen der TierSchHuV für die betriebliche Praxis zurück.

¹ S. § 14 TierSchHuV v. 14. Mai 2001, BGBl. I S. 838 f.

² BR-Drucks. 580/00 v. 29.9.2000, S. 1.

³ Verordnung über das Halten von Hunden im Freien vom 6.6.1974, BGBl. I S. 1265, geänd. durch Art. 2 Nr. 1 TierSchÄndG v. 12.8.1986, BGBl. I S. 1309. Diese Verordnung trat gemäß § 14 TierSchHuV am 1.9.2001 außer Kraft.

⁴ BVerfGE 101, 1/31 ff.; s. auch *Kloepfer AgrarR* 1986, 33/37.

-
- ⁵ Zur Zukunft der Hennenhaltungsverordnung s. bspw. *Maisack* ZRP 2001, 198 ff.
- ⁶ S. bspw. BVerfGE 49, 89/126; 61, 260/275; 80, 124/132; 83, 130/142; 91, 148/162 f.; vgl. dazu *Kloepfer* JZ 1984, 685 ff.
- ⁷ BVerfGE 34, 165/192; 49, 89/127; 57, 295/327; 83, 130/142; 101, 1/34.
- ⁸ Die Erwähnung in den Vorschriften über die Kompetenzverteilung hebt den Tierschutz allerdings noch nicht in einen Verfassungsrang, vgl. hierzu *Kloepfer/Rossi* JZ 1998, 369/370.
- ⁹ BVerfGE 28, 243/261; 32, 198/107 f.; 41, 29/50; 52, 223/246 f.; 67, 213/228; 83, 130/139; 69, 1/54 f.; 93, 1/21.
- ¹⁰ Vgl. nur VGH Kassel, Beschl. v. 29.12.1993 – 11 TH 2796/93, NJW 1994, 1608 ff.; BVerwG 6 C 5.96, Urteil v. 18.06.1997, im Ergebnis auch BVerfG 1 BvL 12/94, Beschl. vom 20.06.1994, NuR 1995, 135; aus der Literatur bspw. *Händel* ZRP 1996, 137/138; *Hobe* WissR 31 (1998), 309/323 ff.; *Kloepfer* JZ 1986, 206 ff.; *ders.* (Fn. 4), 33 ff.; zusammenfassend *Kloepfer/Rossi* (Fn. 8), 369/370; *Kuhlmann* NuR 1995, 1/7; v. *Loeper* ZRP 1996, 143/144; *Obergfell* ZRP 2001, 193/196; *Pernice* in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 5 III (W), Rdnr. 39; *Schelling* NuR 2000, 188 ff.; nachdenklich *Löwer* in: GS Kimminich, S. 55/62; a.A. *Lübbe* NuR 1994, 469/471; *Caspar*, Tierschutz im Recht der modernen Industriegesellschaft, S. 343 ff.
- ¹¹ So schon *Kloepfer/Rossi* (Fn. 8), 369/370. Zuzugeben ist, dass die Beschränkungen der Forschungsfreiheit durch die Vorgaben des TierSchG mit der klassischen Schrankendogmatik nur bedingt vereinbar sind, sie werden deshalb bspw. von *Hobe* (Fn. 10), 309/330 u. *Schelling* (Fn. 10), 188/193 für verfassungswidrig gehalten. Verfassungstheoretisch wie politisch ist der Auflockerung der Dogmatik aber der Vorzug gegenüber Versuchen zur Einengung des grundrechtlichen Schutzbereichs einzuräumen. S. hierzu *Ossenbühl*, in: Dörr u.a. (Hrsg.), Festschrift Schiedermaier, S. 505/513 ff.
- ¹² Dies ist nicht nur als eigene Tatbestandsvoraussetzung in § 2a Abs. 1 TierSchG ausdrücklich normiert, sondern folgt auch aus der systematischen Stellung der Verordnungsermächtigung, die sich zunächst in § 13 Abs. 1 u. 3 TierSchG befand. Um die inhaltliche Verbindung mit § 2 TierSchG deutlich zu machen, wurde sie durch das TierSchÄndG von 1986 (BGBl. I S. 1319 ff.) in den § 2a TierSchG verlagert. Vgl. hierzu *Lorz* NJW 1987, 2049 ff. So auch *Lorz/Metzger*, Tierschutzgesetz, § 2a Rdnr. 7.
- ¹³ Generell hat sich der Spielraum für eine nationale Tierschutzgesetzgebung durch die völker- und europarechtlichen Vorgaben reduziert. Vgl. *Caspar* (Fn. 10), 287.
- ¹⁴ Europäisches Übereinkommen des Europarates vom 18.3.1986 zum Schutz der für Versuche und andere wissenschaftliche Zwecke verwendeten Wirbeltiere, ratifiziert am 11.12.1990 (BGBl. II S. 1486), in Kraft seit dem 1.11.1991 (BGBl. II S. 740).
- ¹⁵ Umgesetzt durch das Gesetz zum Schutz von Heimtieren vom 1.2.1991, BGBl. II S. 402.
- ¹⁶ H.M., s. bspw. *Pernice*, (Fn. 10), Art. 59 Rdnr. 48; anderes gilt nur für die „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ (Art. 25 GG), die aber regelmäßig auf Völkergewohnheitsrecht beruhen.
- ¹⁷ Für die Hundehaltung sind die Tabellen 7 und 8 dieses Anhangs relevant. Tabelle 7 normiert Leitlinien zur Unterbringung von Hunden in Käfigen während der Versuche; Tabelle 8 legt Leitlinien für die Haltung von Hunden in Boxen fest, die sowohl bei der Vorratshaltung als auch bei der Haltung während der Versuche und zur Zucht beachtet werden sollen.
- ¹⁸ Anm. 6 der Einleitung des Anhangs A: „Darüber hinaus ist es erforderlich, den Status dieser Leitlinien näher zu erläutern. Anders als die Bestimmungen des Übereinkommens selbst sind sie nicht verbindlich: es

handelt sich um Empfehlungen, deren Anwendung in das Ermessen gestellt ist; sie sind als Anleitungen für Vorgehensweisen und als Richtwerte gedacht, die alle Beteiligten gewissenhaft anstreben.“

¹⁹ So auch *Caspar* (Fn. 10), 379; *Harrer*, in: *Caspar/Koch* (Hrsg.), *Tierschutz für Versuchstiere – Ein Widerspruch in sich?*, S. 33/35. Zur parallelen Fragestellung bei der Richtlinie 88/166/EWG (Käfigbatteriehaltung von Legehennen) s. EuGH, Urt. v. 19.10.1995, NJW 1996, 113.

²⁰ Richtlinie 86/609/EWG des Rates vom 24.11.1986 zur Annäherung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten zum Schutz der für Versuche und andere wissenschaftliche Zwecke verwendeten Tiere, ABl.EG Nr. L 358, S. 1.

²¹ Vgl. allg. bspw. *Lorz* NuR 1989, 337 ff.

²² Vgl. zu dieser Differenzierung bspw. *Lorz*, *Haustiere – Heimtiere – Nutztiere*, (Fn. 21), 337 ff.

²³ BVerfGE 13, 248/255; 16, 332/338 f.; bezugnehmend auch BVerfGE 31, 145/176 f.; 42, 374/387 f., 58, 68/79.

²⁴ Zum Zeitpunkt des Verordnungsentwurfs nannte sich das BMVEL noch BML.

²⁵ BR-Drucks. 580/00 v. 29.9.2000, S. 1.

²⁶ BR-Drucks. 580/1/00 v. 21.11.2000, S. 1.

²⁷ Vgl. *Lorz/Metzger* (Fn. 12), § 10a Rdnr. 1 ff.

²⁸ Anders verhält es sich mit dynamischen Verweisungen auf Rechtsnormen niederen Ranges oder auf den „Stand von Wissenschaft und Technik“, obwohl auch solche Verweisungen vom Bundesverfassungsgericht im Einzelfall für zulässig erachtet wurden - BVerfGE 49, 89/134 ff./136. Gegen die Zulässigkeit jeglicher dynamischer Verweisungen *Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), GG, Art. 20 (Demokratie), Rdnr. 111. Differenzierend *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier* (Hrsg.), Art. 20 (Rechtsstaat), Rdnr. 132.

²⁹ So auch die Erwägung des Ordnungsgebers, BR-Drucks. 580/1/00 v. 21.11.2000, S. 1.

³⁰ So bspw. *Bettermann*, *Rechtsfragen des Tierschutzes*, Teil 2, S. 13; *Caspar*, in: *Caspar/Koch* (Hrsg.), *Tierschutz für Versuchstiere – Ein Widerspruch in sich?*, 47/60 f.; *ders.* (Fn. 10), 454 ff.; vorsichtig *Frankenberg*, KJ 1994, 421/424; *Lorz/Metzger* (Fn. 12), § 7 Rdnr. 36. Noch allgemeiner wird das Erfordernis eines „vernünftigen Grundes“ i.S.v. § 1 TierSchG als Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsprinzips verstanden – s. bspw. *Caspar* NuR 1997, 577/580; ihm folgend *Lorz/Metzger* (Fn. 12), § 1 Rdnr. 76 ff.; *Pückler* AgrarR 1992, 7/11.

³¹ *Caspar* (Fn. 30), 47/60 f., subsumiert nur die Erfordernisse der Eignung und der Erforderlichkeit unter den Grundsatz der Unerlässlichkeit und verortet die Verhältnismäßigkeit i.e.S. in dem von § 7 Abs. 3 TierSchG gebrauchten Begriff der „ethischen Vertretbarkeit“.

³² BT-Drucks. VI/2559, Vorblatt u. S. 9.

³³ BVerfGE 36, 47/57; 48, 376/389.

³⁴ Sehr deutlich *Kloepfer* (Fn. 10), 205/209 f., s.a. *Kloepfer/Rossi* (Fn. 8), 369/374; a.A. *Dreier* DVBl. 1980, 471/473 f.; *Sojka* NuR 1983, 181/193.

³⁵ *Hobe* (Fn. 10), 309/330; *Schelling* (Fn. 10), 188/193.

³⁶ *S. Lorz/Metzger* (Fn. 12), § 7 Rdnr. 40, der damit die Praxis beschreibt. Vgl. hierzu auch Art. 7 TVÜ und (gleichlautend) Art. 7 TVRL: „Ist ein Verfahren unumgänglich, so muss die Auswahl der entsprechenden Tierart sorgfältig getroffen und, soweit erforderlich, gegenüber der zuständigen Behörde begründet werden. Bieten sich mehrere Versuchsverfahren an, so ist dasjenige Verfahren auszuwählen, bei dem eine möglichst

geringe Anzahl von Tieren verwendet wird, die geringsten Schmerzen, Leiden, Ängste oder dauerhaften Schäden auftreten und die Wahrscheinlichkeit am größten ist, zufriedenstellende Ergebnisse zu erzielen.“

³⁷ BR-Drucks. 580/1/00 v. 21.11.2000, S. 1; das Plenum des Bundesrates hat sich dieser Begründung angeschlossen - BR-Drucks. 580/00, Beschluss v. 1.12.2000, S. 3.

³⁸ BR-Drucks. 580/00 v. 29.9.2000, S. 1.

³⁹ Das Motiv dieser Art von Eingriffen liegt weniger in der Erkenntnissuche als vielmehr in der Gewinnung von organischem Material liegt. Vgl. *Caspar* (Fn. 10), 436.

⁴⁰ BR-Drucks. 580/1/00 v. 21.11.2000, S. 1.

⁴¹ Vgl. hierzu bspw. BayOLG München, Urt. v. 12.12.1995 – 3 ObOWi 118/95.

⁴² Die Ahndung eines Verstoßes gegen eine auf § 2a TierSchG gestützte Rechtsverordnung als Ordnungswidrigkeit setzt gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 3 lit. a TierSchG voraus, dass die Rechtsverordnung für einen bestimmten Tatbestand auf § 18 TierSchG verweist. Siehe hierzu § 12 TierSchHuV. Zu § 1 Abs. 3 Nr. 1 i.V.m. § 9 Nr. 2 HuHaV s. bspw. BayOLG NJW 1997, S. 752.

⁴³ Vgl. hierzu *Kloepfer*, Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz, München 1970, passim.

⁴⁴ BR-Drucks. 580/00 v. 29.9.2000, S. 9.

⁴⁵ S. hierzu bereits *Kloepfer* (Fn. 10), 205/211.

⁴⁶ So im Hinblick auf die gesetzlichen Voraussetzungen von Tierversuchen *Brandhuber* NJW 1988, 1952/1954; *Kloepfer* (Fn. 10), 205/211; *Papier* NuR 1991, 162/164 f.; s. auch den Überblick bei *Caspar* (Fn. 10), 457 ff.

⁴⁷ BVerfG, NVwZ 1994, 894 f.

⁴⁸ So bspw. *Caspar* (Fn. 10), 460 f.; *Hobe* (Fn. 10), 309/323; wohl auch *Kluge* NVwZ 1994, 869/870.

⁴⁹ Vgl. BVerwGE 105, 73/82 f., in der den Grundrechtsträgern der Wissenschaftsfreiheit kein unüberprüfbarer Beurteilungsspielraum (im konkreten Fall hinsichtlich der Lehrmethoden) zugebilligt wird. Die gegen dieses Urteil eingelegte Verfassungsbeschwerde wurde vom Bundesverfassungsgericht a limine abgewiesen, BVerfG, Beschl. v. 20.3.2000 - 1 BvR 1834/97, NVwZ 2000, 909 f.

⁵⁰ Wie hier auch *Lorz/Metzger* (Fn. 12), § 8 Rdnr. 20 ff.

⁵¹ So zur Unerlässlichkeit i.S.v. § 7 Abs. 2 TierSchG deutlich *Papier* (Fn. 46), 162/166. S. im übrigen auch *Hobe* (Fn. 10), 309/316 ff.

⁵² BVerfGE 101, 1 (Ls. 1a u. 1b): „Eine Verordnung, die auf mehreren Ermächtigungsgrundlagen beruht, muss diese vollständig zitieren. Eine Missachtung des Zitiergebots des Art. 80 I 3 GG führt zur Nichtigkeit der Verordnung.“

⁵³ Ausweislich ihres Vorspruchs beruht die TierSchHuV auf § 2a Abs. 1, § 11b Abs. 5 sowie § 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 4, jeweils in Verbindung mit § 16b Abs. 1 S. 2 TierSchG.

⁵⁴ Zur Verfassungsmäßigkeit dieser Norm s. BVerfG, Beschluss vom 19.07.1999 - 1 BvR 875/99.

⁵⁵ Zu Zweifeln an der Vereinbarkeit der Ermächtigungen des § 12 TierSchG mit Verfassungs-, Gemeinschafts- und Völkerrecht s. bspw. *Ziekow*, Tierschutz im Schnittfeld von nationalem und internationalem Recht, S. 41 ff.; *ders.* NuR 1999, 674 ff.

⁵⁶ BR-Drucks. 580/00, Beschluss v. 1.12.2000, S. 1.

⁵⁷ *T. Brandner*, in: Fluck, KrW-/AbfG, 12. EL 1998, § 59 Rdnr. 69, bezeichnet diese Form als „antizipierte Zustimmung“; s. auch *Lücke*, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 80 Rdnr. 37.

-
- ⁵⁸ Art. 2 des Gesetzes zur Bekämpfung gefährlicher Hunde vom 12. April 2001, BGBl. I S. 530.
- ⁵⁹ Deutlich *Maurer*, Staatsrecht, § 17 Rdnr. 154.
- ⁶⁰ Ebenso *T. Brandner* (Fn. 57); *Lücke* (Fn. 57).
- ⁶¹ BGBl. I S. 3146.
- ⁶² Insofern wird auch ein Teil der Argumente hinfällig, die *Scholz* DÖV 1990, 455/460, gegen die generelle Zulässigkeit von Maßgabebeschlüssen des Bundesrates verwendet.
- ⁶³ § 65 Abs. 1 Nr. 1 GGO: „Eine Rechtsverordnung, die von der Bundesregierung erlassen wird, muss von ihr in der geänderten Fassung neu beschlossen werden, falls sie die Rechtsverordnung der *Maßgabe des Bundesrates entsprechend* erlassen will.“ (Hervorhebung durch die Autoren), GMBI. 2000, S. 526.
- ⁶⁴ BVerfGE 101, 1/31.
- ⁶⁵ So aber, obwohl die Landeszuständigkeit erkannt wurde, die amtliche Begründung des Gesetzes zur Bekämpfung gefährlicher Hunde, s. BR-Drucks. 460/00 S. 1 u. 11.
- ⁶⁶ Die Bundesregierung stufte die Materie als Ordnungsrecht ein und wies sie der Gesetzgebungskompetenz der Länder zu. BT-Drs. 11/8496, vgl. auch BT-Drs. 12/977.
- ⁶⁷ Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Tieren vor Missbrauch durch Aggressionszüchtung und Aggressionsdressur, BR-Drucks. 246/91. – S. hierzu bspw. *Hinze* RdL 1995, 225 ff.; *Hamann* NVwZ 1992, 1067 ff.; ders., NVwZ 1993, 250 f.; *Klindt* NuR 1996, 571 ff.
- ⁶⁸ Vgl. BR-Drucks. 460/00, S. 1.
- ⁶⁹ So § 11b Abs. 5 TierSchG in der Fassung der Bekanntmachung vom 25.5.1998, BGBl. I, S. 1105.
- ⁷⁰ S. BR-Drucks. 460/00, S. 17; vgl. auch die Begründung der TierSchHuV, BR-Drucks. 580/00 v. 29.9.2000, S. 14.