Das Recht der Tiere und der Landwirtschaft 10

Barbara Felde

Verhaltensgerecht

Tierschutzrelevantes Wissen in Gesetzgebung, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess

Nomos

Das Recht der Tiere und der Landwirtschaft

herausgegeben von
Prof. Dr. Johannes Caspar
und
Prof. Dr. Friedrich Harrer

Band 10

Barbara Felde

Verhaltensgerecht

Tierschutzrelevantes Wissen in Gesetzgebung, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess

Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Gießen, Univ., Diss., 2018

ISBN 978-3-8487-5801-2 (Print)

ISBN 978-3-8452-9896-2 (ePDF)

1. Auflage 2019
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde als Dissertation im Juli 2018 beim Fachbereich Rechtswissenschaften der Justus-Liebig-Universität Gießen eingereicht und von Herrn Prof. Dr. Steffen Augsberg (Erstvotum) und Herrn Prof. Dr. Franz Reimer (Zweitvotum) begutachtet und angenommen. Die Disputation fand am 3. Dezember 2018 statt.

Aktuelle Rechtsprechung und Literatur sind bis zum Beginn der Drucklegung im Februar 2019 nachgetragen worden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Steffen Augsberg wie auch Herrn Prof. Dr. Franz Reimer für die professionelle Betreuung und Hilfestellung.

Ebenfalls meinen besonderen Dank möchte ich richten an meine lieben (ehemaligen) Kolleginnen und Kollegen Simone, Susanne, Jule, Alexander, Sven, Samuel, Anke, Georg, Marlene und Fabian.

Für das Gegenlesen und für wertvolle Hinweise aus fachlicher (naturwissenschaftlicher) Sicht danke ich Andreas Rühle, Torsten Schmidt, Laura Zodrow, James Brückner, Heribert Hofer, Peter Dollinger, Saskia Peters, Madeleine Martin und Eckhard Wiesenthal.

Für das Korrekturlesen danke ich meiner Mutter und meinem Vater, denen ich weiter zu mehr als besonderem Dank verpflichtet bin. Das Formatieren der Arbeit hätte ich ohne meinen Lebensgefährten Matthias nicht geschafft. Danke!

Zuletzt danke ich Herrn PD Dr. Udo Gansloßer, der mich in sein Team aufgenommen hat und mir immer mit Rat und Tat zur Seite steht und meinem großen Vorbild im Tierschutzrecht, Herrn Dr. Christoph Maisack für wertvolle Tipps und seine Freundschaft.

Ich widme diese Arbeit meinen geliebten Hunden Oskar und Lukas.

Gießen, den 20. Januar 2019 *Barbara Felde*

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 15

A) Problemstellung und Untersuchungsziel 19

B) Der Artbegriff 34

I. Naturwissenschaftliche Artbegriffe 34

II. Der Artbegriff des Tierschutzgesetzes 36

C) Aktueller Umgang von Legislative, Administrative, Rechtsprechung und Gubernative mit den unbestimmten Rechtsbegriffen des Tierschutzgesetzes 39

I. Grundlagen 39

II. Legislative: Letzte Novellierung des Tierschutzgesetzes im Jahr 2013 40

1. Novelle im Jahr 2013/2014 41
2. Der Gesetzentwurf BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN aus dem Jahr 2012 43

III. Ungenügender Vollzug durch die Administrative 45

IV. Aktuelle Rechtsprechung zu den unbestimmten Rechtsbegriffen artgemäß und verhaltensgerecht 49

1. VG Düsseldorf zur Rackhaltung von Königspythons 49
   a) Sachverhalt 49
   b) Gerichtliche Entscheidung 51
   c) Bewertung 53
2. OVG Lüneburg zur artgerechten Haltung von Pferden 54
   a) Sachverhalt 54
   b) Gerichtliche Entscheidung 55
   c) Bewertung 56
3. OVG Münster zum Verbot des Betreibens einer Hundeschule und -tagespension 56
   a) Sachverhalt 56
   b) Gerichtliche Entscheidung 57
   c) Bewertung 59

4. OVG Münster zur sog. Catch-and-release-Praxis 60
a) Sachverhalt 60
b) Gerichtliche Entscheidung 62
c) Bewertung 63
5. Zwischenfazit 64
6. OVG Magdeburg zur Sauenhaltung im Kastenstand und Bestätigung durch das Bundesverwaltungsgericht 64
a) Sachverhalt 64
b) Gerichtliche Entscheidungen 67
c) Bewertung 69
7. OVG Münster zur Tötung von Eintagsküken 79
a) Sachverhalt 79
b) Gerichtliche Entscheidung 82
c) Bewertung 88
8. OVG Münster zu den tierschutzrechtlichen Anforderungen an die Liegefläche bei der Kälberhaltung 92
a) Sachverhalt 92
b) Gerichtliche Entscheidung 95
c) Bewertung 99
9. Zwischenfazit 104
10. Zusammenfassende Bewertung der neuen Rechtsprechung 104

V. Aktivitäten der Gubernative in Bund und Ländern und deren Bewertung 105
1. Eine Frage der Haltung – Neue Wege für mehr Tierwohl 105
2. Der Tierschutzplan Niedersachsen 110
3. Tierschutzlabel 111
4. „Gemeinsame Erklärung zum Tierschutz“ von Deutschland, Dänemark und den Niederlanden 113
5. Die Nutztierhaltungsstrategie des BMEL 116
6. Hessen: Runder Tisch Tierwohl in der Landwirtschaft 117
7. Freiwilligkeit der Einhaltung der Gesetze – Disponibilität des Tierschutzgesetzes? 119

VI. Fazit zur aktuellen Durchsetzung des Tierschutzgesetzes 120

D) Artgemäß und verhaltensgerecht: Vielversprechende und viel versprechende unbestimmte Rechtsbegriffe des Tierschutzgesetzes 124

I. Die erstmalige Verwendung der Begriffe artgemäß und verhaltensgerecht im TierSchG i. d. F. vom 24. Juli 1972 125

II. Entwicklung der Begriffe artgemäß und verhaltensgerecht im Zuge des Ersten Gesetzes zur Änderung des TierSchG 1986 135

III. Weitere Änderungen der Tierhaltergrundnorm bis heute 140

IV. Die Begriffe artgemäß und verhaltensgerecht in der Rechtsprechung und in der juristischen (Kommentar)literatur 142

1. Rechtsprechung zu den Begriffen artgemäß und verhaltensgerecht 143
   a) Die „Hennen-Entscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts 143
   b) Die Rechtsprechung vor der Hennen-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts 150
   c) Die Rechtsprechung nach der Hennen-Entscheidung 154
2. Aussagen aktueller Kommentarliteratur zu den Begriffen artgemäß und verhaltensgerecht 156
3. Außerjuristische Definitionen und Kritik zu den Begriffen artgemäß und verhaltensgerecht 169
4. Zwischenfazit 178

E) Modelle zur Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe artgemäß und verhaltensgerecht 180

I. Rechtsverordnungen, insbesondere: Die Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung (TierSchNutztV) 180

1. Die TierSchNutztV: Nichtig wegen inhaltlicher Verböserung am Beispiel der Vorschriften über die Anforderungen an das Halten von Kaninchen, §§ 31-37 TierSchNutztV 182
   a) Die Praxis in der Nutztierhaltung und der Einfluss der TierSchNutztV 189
      aa) Die Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe des § 2 TierSchG 198
         (1.) Der Rahmen der Ermächtigungsnorm des § 2a TierSchG 198
         (2.) Vorgesehene Vorgehensweise zur Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe *artgemäß* und *verhaltensgerecht* 199

bb) Außerjuristisches Fachwissen als Grundlage der TierSchNutztV 204
(1.) Durch Sachverständige generierte Studien/ Gutachten: Fehler in der Wissensgenerierung zur Vorbereitung der §§ 31-37 TierSchNutztV 206
(a) Inhalte, Vorgehensweise und Ergebnisse der Studie Hoy/Wagner 208
(b) Zwischenergebnis 214
(c) Die Studie „Gutachten über tierschutzgerechte Haltung von Nutzgeflügel“ 1974 und Folgegutachten 214
(2.) Beteiligung der Tierschutzkommission gem. § 16b TierSchG 220
(3.) Verbändeanhörung 222
(4.) Einfluss des Wissenschaftlichen Beirats für Agrarpolitik beim Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft 224
(5.) Zwischenergebnis 225
cc) Die Verflechtung des außerjuristischen Wissens mit juristischen Elementen zu Inhalten der TierSchNutztV 226
b) Verstoß gegen §§ 1, 2 TierSchG: Zurückdrängung der Belange des ethisch begründeten Tierschutzes und der tierlichen Belange über die Grenzen eines angemessenen Ausgleichs 226
aa) Erhebung der tierlichen Belange 227
(1.) Wissensgrundlage der Vorschriften über Anforderungen an das Halten von Kaninchen 228
(2.) Schlussfolgerungen aus den Ergebnissen der Studie Hoy/Wagner 228
(3.) Vergleich der Studie Hoy/Wagner mit dem Entwurf und den Inhalten der §§ 31-37 TierSchNutztV 234
bb) Die artgemäßen Bedürfnisse von Kaninchen 237
cc) Zwischenergebnis: Fehler in der Wissensgenerierung durch Ermittlungsdefizit und Abwägungsdefizit mit Auswirkungen auf das Ergebnis 240

c) Verstoß gegen §§ 17, 18 TierSchG – Vermeintliche Legitimation von Straftat und Ordnungswidrigkeit 241
aa) §§ 31-37 TierSchNutztV stellvertretend für ökonomische Interessen als vernünftiger Grund? 245
bb) Unvermeidbarer Verbotsirrtum wegen Zulassung einer bestimmten Haltungsform durch Rechtsverordnung? 253
cc) Zwischenergebnis: Vermeintliche Legitimation von Straftat und Ordnungswidrigkeit 257
d) Verstoß gegen verbindliche Vorgaben aus dem europäischen Tierschutzrecht 257
aa) Europäisches Übereinkommen zum Schutz von Tieren in landwirtschaftlichen Tierhaltungen (ETÜ) 258
bb) Art. 13 AEUV und EU-Nutztierhaltungsrichtlinie 261
e) Verstoß gegen deutsches (Verfassungs)recht 265
aa) Art. 20a GG – Staatsziel Tierschutz 265
(1.) Verschlechterungshindernis 267
(2.) Nachbesserungspflicht 269
(3.) Unterlassungspflichten 270
(4.) Schutzpflichten 271
(5.) Optimierungsgebot 272
(6.) Effektivitätsgebot 272
(7.) Staatliche Gewährleistungsverantwortung 272
(8.) Nationale Schutzverstärkungsklausel 273
(9.) Leitlinien für Abwägungsvorgänge 273
bb) Verstoß gegen das Verordnungsermessen und gegen § 2a TierSchG 274
f) Zwischenergebnis 276
2. Lösungswege für rechtmäßige, verfassungs- und unionsrechtmäßige Inhalte der TierSchNutztV 277
3. Andere Rechtsverordnungen zur Konkretisierung des § 2 TierSchG 280

II. Gutachten, insbesondere: Das Säugetiergutachten 280
1. Das Säugetiergutachten 282
2. Rechtsqualität des Säugetiergutachtens 289
a) Sachverständige, Gutachten, Sachverständigengutachten und antizipierte Sachverständigengutachten 292
aa) Anforderungen an Sachverständige, Gutachten und Sachverständigengutachten 294
bb) Das antizipierte Sachverständigengutachten 296

cc) Anforderungen an antizipierte Sachverständigengutachten und an das Sachverständigengremium 299
dd) Anforderungen an die Sachverständigen des Gremiums 304
ee) Sachverstand – Sachkunde – Fachwissen 305
ff) Anforderungen an den Sachverstand 305
gg) Unabhängigkeit 316
hh) Anforderungen an das Verfahren 317
ii) Anforderungen an die dem Verfahren nachgelagerte Situation 319
b) Kritik am Säugetiergutachten 320
aa) Zusammensetzung der Arbeitsgruppe 320
bb) Nur zum Teil konsensuale Entscheidungen 321
cc) Keine Unabhängigkeit, sondern vorrangig ökonomische Interessen seitens der Zoo-Vertreter 323
dd) Mitwirkung von Sachverständigen, die Zoos generell ablehnen 328
ee) Mitwirkung von Sachverständigen ohne einschlägiges Hochschulstudium bzw. einschlägige Berufsausbildung 328
ff) Keine Anerkennung von Inhalten österreichischer und schweizerischer Rechtsnormen 330
gg) Kritik am Verfahren und an der wissenschaftlichen und praktischen Grundlage 330
hh) Kritik an der Arbeitsweise der Gruppe 335
ii) Widersprüchliches Verhalten 338
jj) Kritik an der Moderation durch das BMELV/BMEL 340
kk) Kritik an den langen Zeiträumen bis zur nächsten Aktualisierung 340
ll) Kritik an der Intransparenz des Verfahrens 341
mm) Kritik an den Inhalten des Entwurfs bzw. an denen des veröffentlichten Säugetiergutachtens: Auch hier: Verböserung und damit Verstoß gegen rechtliche Vorgaben 342
nn) Kein Vorliegen der Voraussetzungen, die ein antizipiertes Sachverständigengutachten erfüllen muss 344
oo) Kritik an der (Rechts-)Form Gutachten 349
c) Zwischenfazit und Folge 349

3. Gutachten versus Rechtsverordnung – warum es statt des Säugetiergutachtens keine Verordnung über Mindestanforderungen an die Haltung von Säugetieren gibt 350
a) Die Charakteristika eines unverbindlichen Gutachtens 353
b) Die Charakteristika einer verbindlichen Rechtsverordnung 355
c) Zwischenfazit 357
d) Pflicht zum Erlass von Rechtsverordnungen? 358
aa) Konkretisierung durch den Amtstierarzt 365
bb) Konkretisierung durch Rechtsverordnung 369
cc) Konkretisierung durch bzw. Regelung im Gesetz 370
e) Warum es keine Rechtsverordnung gibt 371
aa) Umgehung des Zustimmungserfordernisses des Bundesrates 371
bb) Mehr Akzeptanz durch Beteiligung von Tierschutzorganisationen 372
cc) Fehlende wissenschaftliche Erkenntnisse 373
dd) Fehlende Möglichkeit der (Norm-)Verwerfung 374
ee) Politische Einflüsse der Lobby 375
ff) Umgehung eines geregelten Verfahrens 375
gg) Zwischenergebnis 375
f) Fazit zur Regelungspflicht 376
4. Inhalte der nichtigen Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung 377
5. Die demokratische Legitimation des Säugetiergutachtens 377

III. andere Konkretisierungsmodelle für die Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe des Tierschutzrechts 378
1. International: Die fünf Tierschutzkonventionen des Europarats und die Gutachten der OIE 378
2. EU-Ebene: Richtlinien, Verordnungen, Tierschutzstrategie der EU, Mitteilungen und die EFSA 382
a) EU- Richtlinien 382
b) Verordnungen 383
c) Die Tierschutz-Strategie 2012-2015 der EU 384
d) Andere Mitteilungen und Gutachten 385
3. Die private Ebene: Tierschutzmerkblätter von Interessengruppen 387

F) Lösungsvorschlag: Richtige Vorgehensweise zur Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe *artgemäß* und *verhaltensgerecht* 388

I. Der Anhang zu § 2 TierSchG 388

II. Die tierschutzrechtliche Verbandsklage auf Bundesebene 391

G) Zusammenfassung, Ausblick und Erwartungen 394

Literatur- und Quellenverzeichnis 401

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt
ABlEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
AG	Amtsgericht
AgrarR	Agrarrecht (Zeitschrift)
ALTEX	Alternatives to Animal Experimentation (Zeitschrift)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
AtD	Amtstierärztlicher Dienst und Lebensmittelkontrolle (Zeitschrift)
AUR	Agrar- und Umweltrecht (Zeitschrift)
Az.:	Aktenzeichen
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
Berl.Münch.Tierärztl. Wochenschrift	Berliner und Münchener Tierärztliche Wochenschrift (Zeitschrift)
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BMEL	Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft
BMELF	Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten
BMELV	Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BML	Bundesministerium für Landwirtschaft
bmt	Bund gegen Missbrauch der Tiere e. V.
BMU	Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit
BMVEL	Bundesministerium für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	amtliche Entscheidungssammlung des Bundessozialgerichts

BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BUND	Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland e. V.
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	amtliche Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	amtliche Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
CITES	Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (Washingtoner Artenschutzabkommen)
DFG	Deutsche Forschungsgemeinschaft
DG SANCO	Directorate General for Health and Consumer Protection (Generaldirektion Gesundheit und Lebensmittelsicherheit der Europäischen Kommission) bis 2014
DG SANTE	Directorate General for Health and Consumer Protection (Generaldirektion Gesundheit und Lebensmittelsicherheit der Europäischen Kommission) seit 2015
DIN	Deutsches Institut für Normung
DJGT	Deutsche Juristische Gesellschaft für Tierschutzrecht e. V.
DLG	Deutsche Landwirtschafts-Gesellschaft
DNR	Deutscher Naturschutzring
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DTB	Deutscher Tierschutzbund e. V.
DTBl.	Deutsches Tierärzteblatt (Zeitschrift)
DtW	Deutsche Tierärztliche Wochenschrift (Zeitschrift)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
DVG	Deutsche Veterinärmedizinische Gesellschaft e. V.
EAZA	European Association of Zoos and Aquaria
EEP	Europäische Erhaltungszuchtprogramme
EFSA	European Food Safety Authority
ENDCAP	The European network to END the keeping of wild animals in CAPtivity
ETÜ	Europäisches Übereinkommen zum Schutz von Tieren in landwirtschaftlichen Tierhaltungen

EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
FLI	Friedrich-Loeffler-Institut
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht (Zeitschrift)
GBA	Gemeinsamer Bundesausschuss
GGE	Gütegemeinschaft Ernährung
HdBStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
i. d. F.	in der Fassung
IGN	Internationale Gesellschaft für Nutztierhaltung
IZW	Leibniz-Institut für Zoo- und Wildtierforschung im Forschungsverbund Berlin e. V.
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
KTBL	Kuratorium für Technik und Bauwesen in der Landwirtschaft e. V.
LANA	Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Naturschutz, Landschaftspflege und Erholung
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
m. w. N.	Mit weiteren Nachweisen
NABU	Naturschutzbund Deutschland e. V.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NuR	Natur und Recht (Zeitschrift)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht (Zeitschrift)
OIE	World Organisation for Animal Health
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
Prakt. Tierarzt	Praktischer Tierarzt (Zeitschrift)
RdL	Recht der Landwirtschaft (Zeitschrift)
RGBl.	Reichsgesetzblatt
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache

RW	Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
Slg.	Sammlung
SLT BW	Stabsstelle der Landestierschutzbeauftragten Baden-Württemberg
SZ	Süddeutsche Zeitung
TU	Tierärztliche Umschau (Zeitschrift)
TVT	Tierärztliche Vereinigung für Tierschutz e. V.
VDE	Verband der Elektrotechnik, Elektronik und Informationstechnik
VDI	Verein Deutscher Ingenieure
VDZ	Verband Deutscher Zoodirektoren (bis 2015)
VdZ	Verband der Zoologischen Gärten e. V. (ab 2015)
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VR	Verwaltungsrundschau (Zeitschrift)
WAZA	World Association of Zoos and Aquariums
WBA	Wissenschaftlicher Beirat für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium (Zeitschrift)
ZLR	Zeitschrift für Lebensmittelrecht (Zeitschrift)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Zeitschrift)
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht (Zeitschrift)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess (Zeitschrift)

A) Problemstellung und Untersuchungsziel

Kaum eine Vorschrift der deutschen Rechtsordnung wurde und wird so missachtet und in ihr Gegenteil verkehrt wie die Tierhaltergrundnorm des § 2 Tierschutzgesetz (TierSchG).[1] Und das nicht nur durch viele Tierhalter, die ihre Tiere nicht den Vorgaben des § 2 TierSchG entsprechend halten und damit gegen diese Norm verstoßen. Vielmehr wird § 2 TierSchG durch den Verordnungsgeber sowie durch die Administrative und oft auch durch die Rechtsprechung missachtet. Letztendlich sind massive Verstöße gegen § 2 TierSchG an der Tagesordnung und durch Behörden und Gerichte geduldet bzw. werden durch diese erst ermöglicht.

Diese Verkehrung – hier Verböserung genannt – beruht im Wesentlichen auf Rechtsverordnungen, die die Norm des § 2 TierSchG konkretisieren.

Der bekannte Tierschutzjurist Wolfgang Schindler beschrieb die Lage in den 1980er Jahren, in denen Millionen Fernsehzuschauern die Zustände in den Legebatterien detailliert nahe gebracht wurden, so: „Mich interessierte dieser offensichtliche Widerspruch zwischen den vollmundigen Aussagen des Landwirtschaftsministers Ertl zum angeblich besten Tierschutzgesetz und der Wirklichkeit. Die Käfighaltung von Legehennen sei – wie die Kälberhaltung in Kleinstkisten – gesetzmäßig, erfuhr ich aus dem Bundeslandwirtschaftsministerium. Das beleidigte meinen Verstand und verletzte mein Mitgefühl."[2]

„Alle rechtlichen Regelungen in Bezug auf das Tier, die sich in der Weltliteratur von früher Zeit an bis heute finden, sind Ausdruck des jeweiligen Standes der Mensch-Tier-Beziehung, also von Kollisionsnormen im Verhältnis zwischen Mensch und Tier."[3]

---

1 So auch schon richtig *Brandhuber*, Die rechtlichen Anforderungen des Tierschutzgesetzes an die Tierhaltung, in: *DVG*, Ethologie und Tierschutz, Weihenstephan, 16. bis 19. September 1998, S. 25 ff., S. 27.

2 *Schindler*, Verhaltensgerechte Unterbringung (§ 2 Tierschutzgesetz) nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichtes vom 6.7.1999 – Beispiel Käfighaltung, in: *DVG*, 7. Tagung der Fachgruppe „Angewandte Ethologie", Thema: Ethologie und Tierschutz, Weihenstephan, 8.-11. März 2000, S. 21 ff., S. 21.

3 *Schultze-Petzold*, Zu den gesellschaftspolitischen und wissenschaftlichen Leitlinien eines neuzeitlichen Tierschutzrechtes, in: *Fölsch/Nabholz*, Tierhaltung Band 13: Ethologische Aussagen zur artgerechten Nutztierhaltung, S. 13 ff. S. 13.

Oftmals aber sind rechtliche Regelungen, die auf den ersten Blick ein gutes und wertschätzendes Verhältnis zwischen Mensch und Tier vermuten lassen, genau das Gegenteil:

Seit 1990 ist im deutschen BGB durch § 90a normiert, dass Tiere keine Sachen sind (Satz 1) und sie durch besondere Gesetze geschützt werden (Satz 2). Bereits seit 1933 bzw. 1972 gibt es ein deutsches Tierschutzgesetz, welches seit 1972 in § 1 Satz 1 das Ziel des Tierschutzgesetzes wie folgt beschreibt: Ziel dieses Gesetzes ist es, aus der Verantwortung des Menschen für das Tier als Mitgeschöpf dessen Leben und Wohlbefinden zu schützen. Nach § 2 TierSchG muss derjenige, der ein Tier hält, betreut oder zu betreuen hat, das Tier seiner Art und seinen Bedürfnissen entsprechend angemessen ernähren, pflegen und verhaltensgerecht unterbringen. Der Wortlaut birgt – jedenfalls in Nr. 1 – keine Einschränkungen.

§ 1 Satz 2 TierSchG stellt den Grundsatz auf, dass niemand einem Tier ohne vernünftigen Grund Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügen darf. Sogar in die deutsche Verfassung ist der Tierschutz im Jahr 2002 aufgenommen worden: Nach Art. 20a GG schützt der Staat auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung.

Das Tierschutzgesetz selbst enthält weiter umfassende Verbote: Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 TierSchG darf ein Wirbeltier nur unter wirksamer Schmerzausschaltung (Betäubung) in einem Zustand der Wahrnehmungs- und Empfindungslosigkeit oder sonst, soweit nach den gegebenen Umständen zumutbar, nur unter Vermeidung von Schmerzen getötet werden. Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 TierSchG darf an einem Wirbeltier ohne Betäubung ein mit Schmerzen verbundener Eingriff nicht vorgenommen werden. Auch ist nach § 6 Abs. 1 Satz 1 TierSchG das vollständige oder teilweise Amputieren von Körperteilen oder das vollständige oder teilweise Entnehmen oder Zerstören von Organen oder Geweben eines Wirbeltieres verboten.

Viele Vorschriften verleiten den Leser des Gesetzes zu der Annahme, dass zwischen Mensch und Tier eine enge und wertschätzende Beziehung besteht, in der seitens des Menschen dafür gesorgt wird, dass kein Tier unnötig leiden muss, weil es als fühlendes Mitgeschöpf behandelt wird, von dem Schmerzen, Leiden und Schäden so weit wie möglich abgewendet werden muss, wie man sie auch vom Menschen selbst abwendet.

Selbst die Europäische Union erkennt die Tiere in der Querschnittsklausel des Art. 13 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union

(AEUV) als fühlende Wesen an, deren Wohlergehen in vollem Umfang seitens der Union sowie der Mitgliedstaaten Rechnung getragen wird.

Die Praxis sieht jedoch anders aus. Die o. g. Rechtsvorschriften werden durch fehlende, aber auch durch vorhandene Konkretisierungen, weiter durch umfassende und zahlreiche gesetzliche Ausnahmevorschriften sowie durch fehlende Vollzugsmöglichkeiten und einen fehlenden Vollzug weitgehend ausgehebelt. Was auf den ersten Blick als strenges Tierschutzgesetz anmutet, wird durch verschiedenste staatliche und semi-staatliche (Konkretisierungs-)Maßnahmen wieder auf ein Niveau herabgeführt, welches eher den Namen TierNutzGesetz verdient.

Besonders deutlich wird dies an § 2 Tierschutzgesetz, der die unbestimmten Rechtsbegriffe *artgemäß* und *verhaltensgerecht* enthält. Nach dieser Vorschrift müssen alle Tiere ohne Ausnahmen verhaltensgerecht untergebracht werden. Insbesondere werden weder wirbellose Tiere noch landwirtschaftliche Nutztiere von dieser Vorschrift ausgeschlossen.

Teilweise werden die unbestimmten Rechtsbegriffe des § 2 TierSchG, der auch die „Grundvorschrift über die Tierhaltung“,[4] „Tierhaltergeneralklausel“,[5] „wichtigste Schutzvorschrift des Tierschutzgesetzes“[6] oder „Kernstück des Gesetzes“[7] genannt wird, durch Rechtsverordnungen des Bundes konkretisiert, z. B. der Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung (TierSchNutztV), der Tierschutz-Hundeverordnung (TierSchHundeV) oder der Tierschutz-Versuchstierverordnung (TierSchVersV), also durch gubernative, fachministerielle Rechtsetzung. Auch dieser geht – wie oben bereits gesehen – eine Wissensgenerierung aus verschiedenen Fachgebieten, z. B. durch Einholung von Expertengutachten, voraus.

Die Begriffe *artgemäß* und *verhaltensgerecht* werden durch verschiedene Konkretisierungsmodelle näher bestimmt. Nach den erfolgten Konkretisierungen bleibt von den unbestimmten Rechtsbegriffen *artgemäß* und *verhaltensgerecht* oft nicht mehr viel übrig, so dass § 2 TierSchG in vielen Fällen wertlos ist.

---

4 *Lorz,* Das Recht der Massentierhaltung (Intensivtierhaltung), NuR 1986, S. 237 ff., S. 237.

5 *Ennulat/Zoebe,* Das Tier im neuen Recht mit Kommentar zum Tierschutzgesetz, § 2 Rn. 1.

6 *Schindler*, Verhaltensgerechte Unterbringung (§ 2 Tierschutzgesetz) nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichtes vom 6.7.1999 – Beispiel Käfighaltung, in: *DVG*, 7. Tagung der Fachgruppe „Angewandte Ethologie“, Thema: Ethologie und Tierschutz, Weihenstephan, 8.-11. März 2000, S. 21 ff., S. 22.

7 *Ennulat/Zoebe,* Das Tier im neuen Recht mit Kommentar zum Tierschutzgesetz, § 2 Rn. 1.

In dieser Arbeit sollen diese Konkretisierungen der tierschutzrelevanten unbestimmten Rechtsbegriffen *artgemäß* und *verhaltensgerecht* untersucht werden.

Es soll untersucht werden, wer dazu berufen ist, die unbestimmten Rechtsbegriffe des Tierschutzgesetzes zu konkretisieren, welches z. B. in § 2 Nr. 1 vorgibt, dass derjenige, der ein Tier hält, betreut oder zu betreuen hat, das Tier *seiner Art und seinen Bedürfnissen entsprechend angemessen* ernähren, pflegen und *verhaltensgerecht* unterbringen muss und nach § 2 Nr. 2 die Möglichkeit des Tieres zu *artgemäßer* Bewegung nicht so einschränken darf, dass ihm Schmerzen oder vermeidbare Leiden oder Schäden zugefügt werden. Hierzu soll dargestellt werden, wie ein Konkretisierungsverfahren durchgeführt wird, welches insbesondere die interdisziplinäre Expertise (oft spezielle Einzelinteressen verfolgender) Dritter mit einbezieht. Schließlich soll dargelegt werden, wie ein Konkretisierungsverfahren ablaufen müsste, um den Vorgaben zu genügen, die der Gesetzgeber für diese Konkretisierungen vorgegeben hat.

Die unbestimmten Rechtsbegriffe *artgemäß* und *verhaltensgerecht* werden im Tierschutzgesetz an verschiedenen Stellen genannt,[8] dort aber nicht weiter konkretisiert; der Gesetzgeber hat sich also dafür entschieden, die Konkretisierungsverantwortung weiterzugeben. Die Adressaten dieses Konkretisierungsauftrags sind zu benennen und auf ihre Expertise hin zu überprüfen sowie ihre Eignung, den gesetzgeberischen Vorgaben entsprechend die unbestimmten Rechtsbegriffe zu konkretisieren.

Juristisch sind die unbestimmten Rechtsbegriffe des Tierschutzrechts nicht leicht zu fassen. Der Konkretisierende, der auch der Konkretisierungsberechtigte sein muss, bedarf jedenfalls interdisziplinären Wissens, um sie konkretisieren zu können. In die Begriffe *artgemäß* und *verhaltensgerecht* fließen biologische, zoologische, ethologische und veterinärmedizinische Komponenten ein, es bedarf folglich neben dem juristischen „Handwerkszeug“ eines Bestandes angemessenen interdisziplinären Wissens, um die unbestimmten Rechtsbegriffe des Tierschutzrechts einer Konkretisierung zuführen zu können. Dies ist kennzeichnend für das Fachrecht. Denn eine rein juristische Vorgehensweise bei der Konkretisierung dieser Begriffe ist kaum möglich; der Wandel der Wissensordnung der modernen Gesellschaft unterläuft diese Option[9] nicht nur im Regulierungsrecht und in

---

8 Vgl. § 2, § 3 Nr. 4, Nr. 8b), Nr. 11, Nr. 13, § 11b Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2b), § 16 Abs. 3 Satz 4, § 21 Abs. 5 Nr. 2 TierSchG.

9 *Augsberg, I.*, Multi-, inter-, transdisziplinär?, in: *ders.*, Extrajuridisches Wissen im Verwaltungsrecht, S. 3 ff., S. 10.

Gebieten, in denen sich Technik fortlaufend weiterentwickelt oder gar neue Wissenschaftsgebiete erschlossen werden müssen (Gentechnik, Nanotechnologie o. ä.), sondern auch im Bereich des Tierschutzrechts, in dem die Wissenschaft fortlaufend neue Erkenntnisse über Tierarten, deren Verhalten und daraus anknüpfende Voraussetzungen für Haltungsfragen und -anforderungen gewinnt. Diese neuen Erkenntnisse müssen in das staatliche Handeln, nämlich in die Konkretisierung der Vorgaben des Tierschutzgesetzes und in den Vollzug desselben sowie in die Rechtsprechung transportiert werden. Das hierzu benötigte Wissen ist oft nur bei privaten Dritten (z. B. Haltererfahrung hinsichtlich verschiedener Zootierarten) oder Wissenschaftlern aus anderen Fachgebieten wie z. B. der Verhaltensbiologie zu finden. Die staatliche Steuerung ist deshalb auch im Bereich des Tierschutzrechts vermehrt auf außerstaatliches Wissen angewiesen, welches teilweise gerade bei den Regelungsadressaten (Tierhalter) selbst angesiedelt ist.[10] Gerade hier liegt die Gefahr: Denn wo diese (privaten) Experten ihr Wissen an den Staat weitergeben und sodann selbst durch die staatlichen Maßnahmen (die durch Verwendung ihres eigenen Wissens entstanden sind) als Regelungsadressaten beschwert werden oder auch profitieren können, ist möglicherweise nicht mehr gewährleistet, dass unbelastetes und unabhängiges Wissen im Prozess der staatlichen Wissensgenerierung an den Staat weitergegeben wird.

Interdisziplinarität und Wissensgenerierung aus anderen wissenschaftlichen Fachrichtungen in juristische, unbestimmte Rechtsbegriffe finden auf verschiedenen Ebenen statt:

Bereits lange vor der Entstehung einer Rechtsnorm, z. B. einer Rechtsverordnung, wird vom Verordnungsgeber interdisziplinäres Wissen in Form von Gutachten und Expertenanhörungen eingeholt. Auch erfolgt bereits nach der ersten Erstellung eines groben Rahmens bzgl. der Inhalte einer Verordnung eine Anhörung der interessierten Beteiligten in Form von Verbändeanhörungen. Auch während der Erstellung von Rechtsnormen, so z. B. nach der Veröffentlichung des ersten Verordnungsentwurfs, werden noch einmal Verbände angehört, in denen die interessierte und betroffene Gesellschaft sich organisiert hat. Auch Lobbygruppen (z. B. der Agrar- und Tierhalterindustrie) versuchen und nehmen auch tatsächlich Einfluss auf die Inhalte von Rechtsverordnungen. Dies wird später anhand

---

10 Vgl. zur staatlichen Informationstätigkeit in der heutigen Wissensgesellschaft und der Verschränkung mit privatem Wissen *Augsberg, S.*, Der Staat als Informationsmittler, DVBl. 2007, S. 733 ff. und *Augsberg I.* (Hrsg.), Extrajuridisches Wissen im Verwaltungsrecht.

der Vorschriften über die Anforderungen an das Halten von Kaninchen, §§ 31-37 TierSchNutztV, dargestellt.

Auch nach der Erstellung und dem Inkrafttreten von Rechtsnormen, z. B. des Tierschutzgesetzes, wird interdisziplinäres Wissen herangezogen, um unbestimmte Rechtsbegriffe des Gesetzes zu konkretisieren. Dies geschieht beispielsweise in vom zuständigen Ministerium gebildeten Sachverständigen-Arbeitsgruppen, die untergesetzliche Gutachten erstellen, mithilfe derer für bestimmte Tierarten konkretisiert werden soll, was *artgemäß* und *verhaltensgerecht* genau bedeutet. Dies soll später am Beispiel des Säugetiergutachtens dargestellt werden.

Letztlich wird interdisziplinäres Wissen auch lange nach der Normerstellung und Normkonkretisierung herangezogen, nämlich bei der Anwendung von Gesetzen und Verordnungen durch die Behörde im Verwaltungsverfahren. Nach § 26 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 VwVfG bzw. den entsprechenden Vorschriften der Länderverwaltungsverfahrensgesetze kann die Behörde insbesondere u. a. Sachverständige vernehmen oder die schriftliche Äußerung von Sachverständigen einholen. Auch das (Verwaltungs)Gericht kann nach § 96 Abs. 1 Satz 2 VwGO u. a. Sachverständige vernehmen und deren (außerjuristisches) Wissen abschöpfen. Schließlich kann das Gericht auch selbst wissenschaftliche Studien aus anderen Rechtsgebieten lesen und sich so eigenen (interdisziplinären) Sachverstand aneignen.

In dieser Arbeit ist zunächst nach einer Beschreibung der alltäglichen Praxis in der landwirtschaftlichen Nutztierhaltung am Beispiel der Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung zu bestimmen, wie diese die unbestimmten Rechtsbegriffe des § 2 des Tierschutzgesetzes konkretisiert: Bereits hier findet eine *Verböserung*, eine (jedenfalls für die Tiere) rückschrittige Konkretisierung dessen statt, was die Begriffe *artgemäß* und *verhaltensgerecht* beim ersten, unbefangenen Lesen vermuten lassen, nämlich eine idealistische Grundhaltung des Menschen gegenüber dem Tier. Diese hehren Ziele werden durch die Vorschriften der Verordnungen stark relativiert bis ganz aufgehoben. So dürfen Mastkaninchen nach Maßgabe der im Jahr 2014 neu in die TierSchNutztV eingefügten §§ 31-37 nun ausdrücklich in Käfigen mit Spalten- bzw. Lochböden gehalten werden, wie es schon lange Praxis ist, bis 2014 jedoch noch keine Regelungen speziell für die Haltung von Kaninchen existierten.

Es ist zu erarbeiten, ob eine solche „*Verböserung durch Konkretisierung*" gesetzlicher unbestimmter Rechtsbegriffe zulässig ist und wie damit umzugehen ist bzw. ob und wenn ja in welchem Maße ökonomische Interessen in den Konkretisierungs- und Auslegungsprozess eingespeist werden dürfen. Es existiert eine merkliche Spannung zwischen der im Tierschutzge-

setz enthaltenen, großzügigen, hinsichtlich der Tierhaltung tierfreundlichen Gesetzgebung mit idealistisch anmutenden Begriffen, und dem Ergebnis, dass die Wirklichkeit, insbesondere in der Nutztierhaltung, gestützt durch die Verordnungsgebung, gänzlich anders aussieht. Auf dem Wege der Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe *artgemäß* und *verhaltensgerecht* verlieren diese ihren Idealismus, das Konkretisierungswerk der Rechtsverordnung statuiert viel weniger als das, was die Ursprungsbegriffe im Tierschutzgesetz vermuten lassen, zu behördlichen und gar zu gerichtlichen Entscheidungen kommt es oft nicht. Insbesondere im Bereich der Nutztierhaltung in der Form der industriellen Massentierhaltung findet sich nur wenig Rechtsprechung neben der vielbeachteten Hennen-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts,[11] welche tatsächlich eine Verbesserung der Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe (soweit sie die Konkretisierung der verhaltensgerechten Unterbringung von Legehennen betreffen) mit sich brachte, allerdings erst nach Jahrzehnten der Haltungsform Legebatterie. Auf die Entwicklung des Tierschutzgesetzes, insbesondere auf die Entwicklung der Legehennenhaltung, soll immer wieder vergleichend verwiesen werden; diese Entwicklung stellt anschaulich dar, wie Konkretisierungen unbestimmter Rechtsbegriffe schon seit dem in Kraft-Treten des Tierschutzgesetzes in der Fassung von 1972 erfolgt sind und wer einen ganz entscheidenden Einfluss auf diese Konkretisierungen hatte.

Die weit überwiegende verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zum Tierschutzrecht befasst sich nicht mit den Problemen der Nutztierhaltung in Form der Massentierhaltung, sondern fragt u. a., ob eine bestimmte Einzäunung (Stacheldraht) oder eine ganzjährige Freilandhaltung von Pferden oder Rindern durch private (oft Hobby-) Tierhalter eine verhaltensgerechte Unterbringung darstellt.[12] Die Strafgerichte befassen sich nicht mit den tausendfachen Straftaten in der Agrarindustrie, sondern setzen sich in der

---

11 *BVerfG*, Urteil vom 6. Juli 1999, Az.: 2 BvF 3/90, BVerfGE 101, S. 1 ff.

12 Vgl. nur stellvertretend für viele *OVG Lüneburg*, Urteil vom 18. Juni 2013, Az.: 11 LC 206/12 (juris); *BayVGH*, Urteil vom 30. Januar 2008, Az.: 9 B 05.3146, 9 B 06.2992 (juris); *VG Oldenburg*, Urteil vom 13. Juni 2012, Az.: 11 A 1266/11 (juris); *VG Trier*, Beschluss vom 9. November 2012, Az.: 1 L 1179/12.TR (juris).

Regel mit einem „krassen Fehlverhalten gegenüber einzelnen Tieren“[13] auseinander.[14]

Nicht erst in den 1980er Jahren erkannte man, dass im Spannungsfeld zwischen Tierschutz und ökonomischen Zwängen unbedingt Kompromisse in der Tierhaltung zu Gunsten des Tierschutzes eingegangen werden müssen[15] und dass moderne Haltungssysteme nicht das Wohl der Tiere zum Ziel haben, sondern oft nur die Wirtschaftlichkeit.[16] Bereits 1964 stellte Ruth Harrison (1920-2000) dies anschaulich dar und veröffentlichte in ihrem Buch *animal machines* die Zustände in der damals modernen Massentierhaltung; darauf folgte eine Auseinandersetzung in der Gesellschaft mit den Methoden der industriellen Tierhaltung, die bis heute anhält, weil sich an diesen Methoden fast nichts geändert hat, wie noch gezeigt werden soll. Warum Kompromisse zu Gunsten der Tiere gerade in der landwirtschaftlichen Nutztierhaltung zu großen Teilen ausgeblieben sind, wird in dieser Arbeit zu klären sein.

Es soll in dieser Arbeit weiterhin eine Bestandsaufnahme der Rechtsprechung zur Tierhaltung gemacht werden und gefragt werden, warum sich trotz impliziter Vorgaben im Tierschutzgesetz gerade in ökonomisch und wissenschaftlich wichtigen Bereichen wie Massentierhaltung, Tierhaltung in Zoo oder Zirkus oder der Versuchstierhaltung nichts Wesentliches ändert, vielmehr durch Verordnungsgebung bestehende Missstände festgeschrieben und legalisiert werden, wie zuletzt im Jahr 2014 mit dem Inkrafttreten der Vorschriften zu den Anforderungen an das Halten von Kaninchen, §§ 31-37 TierSchNutztV, geschehen.

Allerdings bleibt diese Arbeit nicht bei der bloßen Kritik. Stattdessen werden Lösungswege zu inhaltlich tierschutzgesetzkonform konkretisierenden Rechtsverordnungen aufgezeigt. Hier ist an die Wissensgenerierung durch die Beteiligung interdisziplinären Sachverstandes im Verordnungsverfahren anzuknüpfen.

---

13 *Bülte*, Zur faktischen Straflosigkeit institutionalisierter Agrarkriminalität, GA 2018, S. 35 ff., S. 36 m. w. N. sowie *Bülte,* Massentierhaltung – Ein blinder Fleck bei der Verfolgung von Wirtschaftskriminalität?, NJW 2019, S. 19-23.

14 *Bülte*, Zur faktischen Straflosigkeit institutionalisierter Agrarkriminalität, GA 2018, S. 35 ff., S. 36.

15 So *Marx*, Spezielle Aspekte bei der Schweinehaltung, Prakt. Tierarzt 1984, S. 248 ff., S. 252.

16 *Rulffes*, Wertung aus der Sicht des praktischen Tierschutzes, Prakt. Tierarzt 1984, S. 261.

Neben den Bundesrechtsverordnungen und der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Durchführung des Tierschutzgesetzes[17] gibt es verschiedenste „Modelle" zur Erzeugung von Konkretisierungsmaterial: Genannt seien insbesondere die bundesministeriell von dem jeweiligen Ministerium, welchem der Tierschutz zugeordnet ist, herausgegebenen Leitlinien[18] und Gutachten,[19] die von Arbeitsgruppen gefertigt werden, nebst einer Vielzahl von Differenzprotokollen,[20] die von den Gutachten abweichende Konkretisierungsmöglichkeiten selbst vorschlagen und das „Haupt"gutachten so immens abschwächen, da auf diesem Weg ein wissenschaftliches PATT erzeugt wird. Auf Länderebene werden bundesministerielle Gutachten auch z. T. in modifizierter Form angewandt, weil das eigentliche Gutachten als nicht ausreichend befunden wird (so z. B. das sogenannte Nicolai-Gutachten, dazu später). Weiter existieren Empfehlungen von Landesministerien[21] zu verschiedenen Haltungsformen diverser Tierarten, die auch durch Gruppen von Sachverständigen erstellt werden. An diesen Leitlinien, Empfehlungen und Gutachten wirken Personen mit, die weder der Exekutive noch der Legislative unmittelbar zugeordnet werden können und aus verschiedenen Fachgebieten wie z. B. der Tiermedizin, der Ethologie (die Lehre von der Lebensweise und dem Verhalten von Tieren und Menschen;[22] die Ethologie ist eine Teildisziplin der Zoologie.[23] Die Objekte der Ethologie sind die Tiere in ihrem natürlichen Lebensraum; die Ethologie will die Formen und die Gesetzmäßigkeiten des arttypischen Verhaltens von Tieren kennenlernen.[24]), der Biologie etc., aber auch aus verschiedenen Berufs- und Interessengruppen kommen. So wird das vom

---

17 Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Durchführung des Tierschutzgesetzes vom 9. Februar 2000, veröffentlicht im Bundesanzeiger Nr. 36a, 22. Februar 2000.

18 Vgl. nur Leitlinien für die Haltung, Ausbildung und Nutzung von Tieren in Zirkusbetrieben und ähnlichen Einrichtungen vom 15. Oktober 1990; Leitlinien für eine tierschutzgerechte Haltung von Wild in Gehegen vom 27. Mai 1995.

19 Vgl. nur das Gutachten über die Mindestanforderungen an die Haltung von Säugetieren mit Differenzprotokollen der Tier- und Naturschutzverbände sowie der Vertreter der Zooverbände vom 7. Mai 2014.

20 Vgl. nur das Gutachten über die Mindestanforderungen an die Haltung von Säugetieren mit Differenzprotokollen der Tier- und Naturschutzverbände sowie der Vertreter der Zooverbände vom 7. Mai 2014.

21 Vgl. nur die Empfehlungen für die saisonale und ganzjährige Weidehaltung von Rindern des niedersächsischen Ministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, 1997.

22 Vgl. *Waiblinger*, Die Bedeutung der Veterinärmedizin für den Tierschutz, in: *Grimm/Otterstedt*, Das Tier an sich, S. 172 ff., S. 178.

23 Vgl. *Tembrock*, Verhaltensforschung, S. 8.

24 *Tembrock*, Verhaltensforschung, S. 8.

Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft (BMEL) herausgegebene Gutachten über die Mindestanforderungen an die Haltung von Säugetieren von einer Arbeitsgruppe erstellt, welche sich u. a. aus Vertretern der Bundestierärztekammer e. V., der Tierärztlichen Vereinigung für Tierschutz e. V., des Deutschen Tierschutzbundes e. V., aus Vertretern anderer Tier- und Naturschutzvereine und aus Vertretern der Zoo(direktoren)verbände zusammensetzt.

Für viele Tierarten gibt es keine Konkretisierung der Vorgaben des § 2 TierSchG durch Rechtsverordnung, Gutachten etc. Hier werden Gutachten, wissenschaftliche Aufsätze und Fachliteratur wichtig.

Für die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des Tierschutzrechts durch die Rechtsprechung ist oftmals die Wissensgrenze der die Gerichte besetzenden Richter erreicht, die als Juristen im Regelfall kein spezifisches Wissen darüber besitzen, was man als *artgemäß* und/oder *verhaltensgerecht* für gerade die Tierart bezeichnen muss, die dem streitgegenständlichen Verfahren und der Entscheidung zugrunde liegt, wenn die Richter nicht gerade selbst eine weitere, (wissenschaftliche) Karriere als Biologe, Ethologe oder Landwirt durchlaufen haben[25] oder sonst, z. B. als privater Halter einer bestimmten Tierart, sachkundig sind.

In Deutschland werden heute darüber hinaus in Privathaltungen wie auch in Zoos, Zirkussen und Tierparks die verschiedensten exotischen Tierarten gehalten, so dass Sachverstand bei einem Richter – sofern überhaupt vorhanden – längst nicht mehr auf Hund, Katze und Maus beschränkt sein dürfte, sondern neben Wolf, Schnappschildkröte, Faultier und Nashorn viele hunderte weitere Tierarten umfassen müsste, die in Deutschland in Menschenhand – in Zoos, Zirkussen wie auch als Heimtiere – gehalten werden.[26]

---

25 So liest man in einem Urteil des *OVG Lüneburg* vom 8. August 1991, Az.: 3 A 175/88, NuR 1992, 440, 441, in dem es um die Größe für Kälberboxen für eine verhaltensgerechte Unterbringung geht, folgendes: „Wegen der Mindestabmessungen kann auf die im Gutachten von […] enthaltenen Angaben zurückgegriffen werden; […]. Zu dieser Beurteilung sieht sich der Senat in seiner Besetzung mit einem hauptamtlichen Richter, der eine abgeschlossene landwirtschaftliche Berufsausbildung hat, und zwei ehrenamtlichen Richtern, die praktische Landwirte sind, auch ohne Einschaltung eines Sachverständigen in der Lage."

26 Schätzungsweise werden in deutschen Zoos und Privathaushalten weit über 500 verschiedene Säugetierarten gehalten, so der *Deutsche Tierschutzbund*, Neue Haltungsvorgaben für Säugetiere – eine unendliche Geschichte, in DU UND DAS TIER 3/2014, S. 12.

Hierbei könnte es problematisch sein, dass die ministeriellen Gutachten von oftmals privaten und eigenen Interessen verfolgenden Dritten jedenfalls faktisch geschaffen wurden, die Entscheidung über die Frage der Artgemäßheit bzw. der Verhaltensgerechtheit im Ergebnis nur noch vermeintlich beim Richter liegt, der sich auf diese Gutachten stützt, der aber schon von Verfassung wegen zur Rechtsprechung und damit zur letztverbindlichen (eigenen) Entscheidung berufen ist, wie Art. 92 GG konstatiert. Daher ist bei der näheren Betrachtung der Leitlinien und Gutachten und der Bestimmung ihrer Rechtsqualität die Befugnis zum „Outsourcen" von Gesetzgebung bzw. hier untergesetzlicher (Norm)gebung und Generierung von Entscheidungsgrundlagen für die Rechtsprechung gerade an die Entscheidungsadressaten zu untersuchen. Die Untersuchung soll am Beispiel des Säugetiergutachtens erfolgen. Dieses wurde im Jahr 1977 erstmals veröffentlicht und ist in den Jahren 1996 und zuletzt 2014 überarbeitet und neu vom BMEL veröffentlicht worden.

Die meist privaten Personen in der das Säugetiergutachten erstellenden Arbeitsgruppe bringen ihr Wissen und auch ihre Interessen in das Gutachten ein. Die Arbeitsgruppen sind zwar vom BMEL bzw. bei der Erstellung von Leitlinien auf Landesebene von den zuständigen Landesministerien „eingesetzt". Jedoch bleibt bisher offen, welche Rechtsqualität die genannten Gutachten und Leitlinien haben. Denn sie stellen ministeriell auf Dritte delegierte (Norm)setzung dar, wobei nicht eindeutig klar ist, auf welcher Rechtsgrundlage die Beteiligung Dritter und deren Auswahlkriterien beruht. Ein festgeschriebener, verfahrensrechtlicher Regelungskomplex für die Entstehung des Säugetiergutachtens existiert nicht.

Im Behördenalltag und in der Rechtsprechung jedoch werden nicht selten o. g. Leitlinien und Gutachten von der Behörde oder dem Gericht mit dem Hinweis der fehlenden Rechtsverbindlichkeit und einer Einordnung als „antizipiertes Sachverständigengutachten" einer Entscheidung zugrunde gelegt.[27] Die Inhalte dieser Werke sind oftmals maßgeblich (und daher verbindlichen Rechtsnormen faktisch vergleichbar) für die Entscheidungsadressaten. Die Entscheidungsadressaten kommen oft aus den Reihen der Mitglieder der Arbeitsgruppen. Dies kann beispielsweise ein Zoo sein, der

---

27 Vgl. *OVG Lüneburg*, Urteil vom 18. Juni 2013, Az.: 11 LC 206/12 (juris); *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschluss vom 4. Juni 2013, Az.: OVG 5 S 3.13 (juris); *VG Trier*, Beschluss vom 9. November 2012, Az.: 1 L 1179/12.TR (juris); *VG Würzburg*, Urteil vom 13. September 2012, Az.: W 5 K 11.848 (juris); *VG Oldenburg*, Urteil vom 13. Februar 2013, Az.: 11 A 4220/12 (juris); *BayVGH*, Urteil vom 31. Januar 2008, Az.: 9 B 05.3146, 9B (juris); *VG Mainz*, Beschluss vom 13. Juni 2016, Az.: 1 L 187/16.MZ (juris).

eine Auflage zur Vergrößerung eines Tiergeheges auferlegt bekommt. Behörden und Gerichte richten ihre Entscheidungen nach den Inhalten des Gutachtens aus, die Inhalte werden oft unreflektiert übernommen und trotz der Differenzprotokolle, die z. T. immens vom Hauptgutachten abweichen, nicht hinterfragt.

Die erste hierzu vertretene These lautet, dass das Säugetiergutachten (stellvertretend für die vielen anderen Leitlinien, Gutachten und Empfehlungen im Tierschutzrecht) nicht die Anforderungen an ein antizipiertes Sachverständigengutachten erfüllt. Hierzu ist die Lehre vom antizipierten Sachverständigengutachten darzustellen und für das Säugetiergutachten, welches unter den gleichen Problemen leidet wie viele andere Leitlinien, Empfehlungen und Gutachten, anhand dieser Lehre darzulegen, dass es diesen Maßstäben nicht gerecht wird.

Durch die Beteiligung der verschiedenen Interessengruppen an der Erstellung der Gutachten und Leitlinien, die durch behördliche und gerichtliche Entscheidungen als Adressaten von Einzelmaßnahmen tatsächlich betroffen sind, erfolgt eine legitimatorisch zweifelhafte (Norm)Gebung. Insbesondere ist herauszufinden, ob es für diese (halb)private Konkretisierung durch einen „Ersatzgesetzgeber", hier beispielhaft der Arbeitsgruppe, die das Säugetiergutachten erarbeitet hat, höhere Legitimationsanforderungen gibt, die dem Gutachten eine ausreichende demokratische Legitimation verleihen. Denn nach der hier zu zweitens vertretenen These sind die o. g. Gutachten, Leitlinien und Empfehlungen u. a. mangels festgeschriebener Verfahrensvorschriften und fehlender Transparenz nicht demokratisch legitimiert und daher nicht geeignet, vom Staat unreflektiert als antizipiertes Sachverständigengutachten zur Wissensgenerierung herangezogen zu werden.

Dazu ist am Beispiel des Säugetiergutachtens darzustellen, wie ein solches untergesetzliches Werk entsteht. Das Verfahren ist zu beschreiben und dessen Stärken und Schwächen zu bewerten. Schließlich soll aufgezeigt werden, dass das Verfahren zur Erstellung des Gutachtens diesem nicht genügend demokratische Legitimation verleiht, was eine Heranziehung der Inhalte der Gutachten in Verwaltung und Verwaltungsprozess rechtswidrig macht. Sodann sind Maßstäbe für eine Verfahrensordnung vorzuschlagen, die die demokratische Legitimation der Gutachten herstellen, die nur Vorläufer von zu erlassenden Rechtsverordnungen sein können und dürfen. Auch sind die inhaltliche Richtigkeit bzw. der Bezug zum aktuellen Stand der Wissenschaft der Gutachten oft fraglich und mangels Wissens vom letztentscheidenden Gericht nicht ohne weitere, tiefergehende Recherche in der einschlägigen Fachliteratur überprüfbar. Es sind Verfahrenselemente

vorzuschlagen, die die inhaltliche Richtigkeit der Gutachten soweit wie möglich gewährleisten, auch im Hinblick auf die Überlegung, ob in die Konkretisierung der Begriffe *artgemäß* und *verhaltensgerecht* auch ökonomische Interessen eingebracht werden dürfen, die auch zu der bei den Rechtsverordnungen herauszustellenden „Verböserung" führen (können). Letztlich ist die Pflicht des entscheidenden Gerichts zu begründen, selbst die Inhalte des Gutachtens zu bewerten und zu würdigen, was ausschließt, dass Inhalte von untergesetzlichen Gutachten unreflektiert übernommen werden können.

Neben nationalen Regelungen und Konkretisierungswerken gibt es auf internationaler Ebene die insgesamt fünf Tierschutzkonventionen des Europarates,[28] die in Deutschland jeweils durch Ratifizierungsgesetze Wirksamkeit entfalten. Zusätzlich zu den Übereinkommen i. e. S. ist jeweils ein Ständiger Ausschuss gebildet, der in (mehr oder weniger) regelmäßigen Abständen Empfehlungen[29] bezugnehmend auf die Übereinkommen verabschiedet. Die Übereinkommen mitsamt ihren Empfehlungen dienen der Harmonisierung des internationalen Tierschutzrechts. Sie sind daher sehr allgemein gehalten und gewähren nur Mindeststandards, deren Einhaltung durch die Unterzeichnerstaaten mangels Sanktionierungsmodellen nicht durchsetzbar ist.[30] Auch durch diese Tierschutzkonventionen und die Empfehlungen der Ständigen Ausschüsse findet eine Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe des Tierschutzrechts statt, die teilweise mit nationalen Regelungen kollidiert, wie es beispielsweise bei der Hennenhaltungsverordnung (HHVO) von 1987[31] der Fall war, die als deutsche Rechtsverordnung kleinere Mindestkäfiggrößen festschrieb als das Europäische Übereinkommen zum Schutz von Tieren in landwirtschaftlichen Tierhaltungen bzw. die zugehörige Empfehlung des Ständigen Ausschusses in Bezug auf Haushühner der Art *Gallus Gallus* vom 21. November 1986. Erst

---

28 Vgl. nur das Europäische Übereinkommen zum Schutz von Tieren in landwirtschaftlichen Tierhaltungen vom 10. März 1976.

29 Vgl. nur die Empfehlungen für das Halten von Rindern vom 8. Juni 1993 des Ständigen Ausschusses des Europäischen Übereinkommens zum Schutz von Tieren in landwirtschaftlichen Tierhaltungen.

30 Vgl. jedoch die Hennen-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die die HHVO von 1987 u. a. wegen Verstoßes gegen das Europäische Übereinkommen zum Schutz von Tieren in landwirtschaftlichen Tierhaltungen bzw. die Empfehlungen des Ständigen Ausschusses zu diesem Übereinkommen in Bezug auf Haushühner der Art Gallus Gallus für nichtig erklärt hatten, vgl. *BVerfG*, Urteil vom 6. Juli 1999, Az.: 2 BvF 3/90, BVerfGE 101, S. 1 ff., S. 39 f.

31 BGBl. I S. 2622.

durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts wurde ausdrücklich klar, dass auch diese Vorgaben einzuhalten sind. Auch internationale Vorgaben beeinflussen also die Auslegung und die Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe des Tierschutzgesetzes.

Weiter existieren die Tierschutz-Strategie der EU und mehrere Richtlinien und Verordnungen sowie Mitteilungen, die hinsichtlich der Konkretisierungsmöglichkeiten aber nicht näher in den Blick zu nehmen sind, sowie „Richtlinien" der World Organisation for Animal Health (Weltorganisation für Tiergesundheit, OIE) und wissenschaftliche Gutachten der Europäischen Lebensmittelaufsichtsbehörde (EFSA), die auch in dem Bereich des Tierschutzes einige Feststellungen treffen.

Schließlich existieren private Konkretisierungsmodelle wie beispielsweise von zusammengeschlossenen Berufs- und Interessenverbänden herausgegebene Informationen, wie etwa die Merkblätter der Tierärztlichen Vereinigung für Tierschutz e. V. (TVT),[32] die oft von Gerichten (jedenfalls die Inhalte eines Gutachtens, einer Leitlinie oder einer Empfehlung unterstützend) zur Wissensgenerierung herangezogen werden[33] sowie Informationsbroschüren des Deutschen Tierschutzbundes.[34]

Auch der beamtete Tierarzt ist in den Blick zu nehmen, der gem. § 15 Abs. 2 TierSchG von den zuständigen Behörden im Rahmen der Durchführung dieses Gesetzes oder der auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen als Sachverständiger beteiligt werden soll und durch seinen tierärztlichen Sachverstand ebenfalls – jedenfalls zum Teil – in der Lage ist, die unbestimmten Rechtsbegriffe des § 2 TierSchG zu konkretisieren. Denn wie noch darzustellen ist, braucht es für die Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe *artgemäß* und *verhaltensgerecht* vornehmlich ethologischen und auch veterinärmedizinischen Sachverstand.

Zunächst ist jedoch zu Beginn der Untersuchung festzustellen, was das Tierschutzgesetz mit dem Begriff der *Art* meint, den es in den unbestimmten Rechtsbegriffen *artgemäß* und *seiner Art (…) entsprechend angemessen* meint. Hierzu sind die verschiedenen Artbegriffe der Biologie darzustellen und zu untersuchen, auf welchen Begriff das Tierschutzgesetz abstellt und auf welchen Begriff folglich auch die Konkretisierungen und die Einzelent-

---

32 Abrufbar unter https://www.tierschutz-tvt.de/index.php?id=50.

33 Vgl. nur *VG Oldenburg*, Urteil vom 13. Februar 2013, Az.: 11 A 4220/12 (juris) Rn. 31; *OVG Lüneburg*, Urteil vom 18. Juni 2013, Az.: 11 LC 206/12 (juris) Rn. 31; *BayVGH*, Urteil vom 30. Januar 2008, Az.: 9 B 05.3146, 9 B 06.2992 (juris) Rn. 32.

34 Z. B. *Deutscher Tierschutzbund*, „Artgerechte Eselhaltung", worauf das *VG Trier*, Urteil vom 16. Juni 2014, Az.: 6 K 1531/13.TR (juris) Rn. 20, abstellt.

scheidungen Bezug nehmen müssen. Dazu sind auch Gesetzesmaterialien, Rechtsprechung und Literatur daraufhin zu untersuchen, wie sie die unbestimmten Rechtsbegriffe *artgemäß* und *verhaltensgerecht* auslegen und verwenden.

B) Der Artbegriff

Es gibt in Naturwissenschaften und Sprachwissenschaften verschiedene Definitionen für den Begriff der Art. Sie alle haben Stärken, aber auch Schwächen und erfassen nicht alle tierlichen Individuen gleichermaßen. Es ist herauszufinden, welchen Artbegriff das Tierschutzgesetz meint, wenn es vom Gesetzesadressaten verlangt, das Tier *seiner Art* […] *entsprechend* angemessen zu ernähren, zu pflegen und die Möglichkeit zu *artgemäßer* Bewegung nicht so einschränken darf, dass ihm Schmerzen oder vermeidbare Leiden oder Schäden zugefügt werden, § 2 Nr. 1, 2 TierSchG.

I. Naturwissenschaftliche Artbegriffe

Schon Aristoteles (384 - 322 v. Chr.) versuchte, Unterschiede zwischen verschiedenen Tierarten herauszudeklinieren. Er verteilte die ihm bekannten etwa 500 Tierarten in seinem Werk *Historia animalium* auf zwei große Artengruppen – die Blutlosen und die Bluttiere. Der erste Autor, der in einer modernen Art und Weise beschrieb, wie man Individuen in der Natur einer Art bzw. Spezies zuordnen könnte, war John Ray in seinem Werk *Historia plantarum*[35] im Jahr 1686: „Um ein Inventar der Pflanzen beginnen zu können und ihre Klassifikation in korrekter Weise aufzustellen, müssen wir versuchen, gewisse Kriterien zu entdecken, die deutlich machen, was ‚Art' genannt wird. Nach einer langen und tiefschürfenden Untersuchung ist mir kein Kriterium für die Artbestimmung vorgekommen, das sicherer wäre als diejenigen Untersuchungsmerkmale, die noch bei der Fortpflanzung durch Samen erhalten bleiben. So hat es nichts zu sagen, was für Variationen im Individuum oder in der Spezies auftreten; sind sie Abkömmlinge des Samens ein- und derselben Pflanze, so sind sie zufällige Variationen und nicht solche, die die Art unterscheiden…Ebenso bewahren Tiere, die spezifisch unterschieden sind, ihre Artverschiedenheit dauernd; niemals entspringt eine Art aus dem Samen einer anderen oder um-

35 *Ray*, *John*, Historia plantarum, vol. 1, London 1686, S. 40.

gekehrt."[36] Ray stellte damals schon auf morphologische und fortpflanzungsbezogene Merkmale ab.

Carl von Linné (1707-1778) kreierte als erster ein System zur Bezeichnung und Abgrenzung von Pflanzen- und Tierarten – die bis heute gültige binäre Nomenklatur, die Gattungs- und Artnamen bestimmt.[37] Die verschiedenen Arten wurden im Jahr 1758 von Carl v. Linnè in ein hierarchisches System eingeordnet.[38] Heute wird v. Linné zitiert als der „Champion" für die zwei Charakteristika der Arten, die Konstanz der Arten und die scharfe Abgrenzbarkeit („their constancy and their sharp delimitation").[39]

In seinem 1859 erschienen Werk *On the Origin of Species by means of Natural Selections, or the Preservation of Favoured Races in the Struggle for Life* veränderte Charles Darwin (1809-1882) die bisherige Vorstellung von der Entstehung und Veränderung der Arten.

Nach Darwin gehen alle Arten auf eine Stammart zurück; im Laufe der Zeit gehen aus einer Art neue Arten hervor.[40]

In der Folgezeit bis heute sind viele Versuche gemacht worden, eine Definition des Artbegriffs zu finden.[41] Nach dem morphologischen Artbegriff werden als einer Art zugehörig alle Individuen bezeichnet, die in allen wesentlichen morphologischen Merkmalen übereinstimmen und sich mit diesem Merkmalskomplex von anderen solchen Gesamtheiten unterscheiden.[42] Dieser Artbegriff ist der älteste. Er stammt aus einer Zeit, in der genetische Untersuchungen noch nicht möglich waren, die jedoch Grundlage für den biologischen Artbegriff sind: Im Sinne des biologischen Artbegriffs umfasst eine Art als Biospezies alle Gruppen von Populationen, deren Angehörige sich unter natürlichen Bedingungen miteinander fortpflanzen und lebensfähige, fertile Nachkommen bilden können sowie reproduktiv von anderen Arten isoliert sind.[43]

---

36 Zitiert aus *Beddall*, Historical Notes on Avian Classification; Systematic Zool. 6, S. 129-136; *Mayr,* Artbegriff und Evolution, S. 23 f.

37 Z. B. für das Wildkaninchen *Oryctolagus cuniculus*, wobei der erste Name für die Gattung, und beide Namen zusammen für die Art stehen.

38 Systema naturae per regna tria naturae, secundum classes, ordines, genera, species, cum characteribus, differentiis, synonymis, locis, 1758.

39 *Mayr* in *Mayr*, The species Problem, S. 1, 2.

40 *Darwin*, On the Origin of Species by means of Natural Selections, or the Preservation of Favoured Races in the Struggle for Life, 1859.

41 Vgl. dazu *Mayr* in *Mayr*, The species Problem, S. 1-22; *Mayr*, Artbegriff und Evolution.

42 *Wehner/Gehring*, Zoologie, S. 539; *Mayr*, Artbegriff und Evolution, S. 25.

43 *Campbell*, S. 650.

Der biologische Artbegriff ist für die Verwendung im Tierschutzgesetz, welches jedes Tier schützen will, nur zum Teil geeignet, denn er berücksichtigt nicht Nachkömmlinge, die unfruchtbar sind, was im Fall eines Nachkömmlings von Pferdestute und Eselhengst (Maultier) oder eines Nachkommens von Pferdehengst und Eselstute (Maulesel) der Fall ist. Als sogenannte Arthybriden sind diese Nachkommen nicht fortpflanzungsfähig. Eine analoge Anwendung der Vorschriften des Tierschutzgesetzes wäre möglich[44] und kann dieses Problem lösen, denn nach der Zielrichtung des Tierschutzgesetzes sollen alle Tiere um ihrer selbst Willen geschützt werden, unabhängig von einer naturwissenschaftlichen Einordnung in ein Schema zur Bestimmung der Art.

Nach dem morphologischen Artbegriff wären z. B. die heutigen Rassehundzüchtungen möglicherweise verschiedenen Arten zuzuordnen, denn morphologisch ist der Mops nicht mehr in allen Merkmalen mit einer Deutschen Dogge vergleichbar. Morphologisch sehr ähnliche, aber doch verschiedene Arten sind jedoch schwer voneinander abgrenzbar.

Es geht nicht aus dem Tierschutzgesetz selbst oder aus den Gesetzesmaterialien hervor, welcher der Begriffe dem Artbegriff des Tierschutzgesetzes zugrunde gelegt wurde. Davon hängt jedoch die Frage ab, nach welcher Art die in vielen Vorschriften geforderte *Artgemäßheit* zu bestimmen ist. Die schlanken Legehennen sind morphologisch nicht mehr mit den hochgezüchteten, schnell und viel Fleisch ansetzenden Masthähnchen vergleichbar, könnten sich jedoch untereinander fortpflanzen. Ist die artgemäße Bewegungsmöglichkeit an der Legehenne oder an dem Masthähnchen zu bestimmen? Der morphologische Artbegriff ist mithin nicht geeignet, als maßstabbestimmend im Tierschutzrecht zugrunde gelegt zu werden.

II. Der Artbegriff des Tierschutzgesetzes

Welcher der oben behandelten Artbegriffe dem Tierschutzgesetz zugrunde gelegt wird, wenn dieses von *artgemäß, seiner Art entsprechend angemessen, artwidrig* oder *artspezifisch* spricht, vgl. nur den Wortlaut der § 2 Nr. 1, Nr. 2; § 3 Nr. 4, Nr. 8 b), Nr. 11, Nr. 13; § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 c); § 16 Abs. 3 Satz 4 TierSchG, wird nicht klar. Weder in den Gesetzesmaterialien noch in Rechtsprechung zum Tierschutzgesetz wird der Artbegriff des Tierschutzgesetzes im Kontext zu einem der naturwissenschaftlichen Artbegrif-

44 So z. B. *von Loeper* in *Kluge*, Tierschutzgesetz Kommentar, § 2 Rn. 28.

fe genannt. Auch aus den bestehenden Rechtsverordnungen wird nicht klar, welchen Artbegriff diese zugrundelegen. Lediglich in der Kommentarliteratur wird z. T. auf den biologischen Artbegriff abgestellt.[45] Die sogenannten „Artbastarde"[46] bzw. Arthybriden wie Maultier, Maulesel, Tigerlöwe oder Löwentiger, die ihrerseits nicht fortpflanzungsfähig sind, aber auch genetisch veränderte Zwischenwesen, seien jedenfalls von § 2 TierSchG in analoger Anwendung geschützt,[47] fielen also nicht unmittelbar unter den biologischen Artbegriff, so dass hinsichtlich dieser Tiere eine Regelungslücke bestehe. Sie gehörten keiner Art an, und das Gebot in § 2 Nr. 2 TierSchG sei nicht unmittelbar für „Artlose" anwendbar. Da aber diese Individuen auch Tiere sind, die durch das Tierschutzgesetz zu schützen seien, bestehe insofern eine vergleichbare Interessenlage, diese wie alle anderen tierlichen Individuen zu schützen, womit der Weg zu einer analogen Anwendung der Vorschriften eröffnet sei, die die Zugehörigkeit eines Tieres zu einer Art zur Voraussetzung haben.

In anderen Kommentierungen zum Tierschutzgesetz wird die Art als eine genetisch zusammengehörende Gruppe von Tieren bezeichnet und somit auf genetische Merkmale abgestellt, auf den zoologischen [Anm. der Verf.; wohl biologischen] Artbegriff komme es gerade nicht an.[48] Dieser Artbegriff kann nicht ganz mit dem o. g. biologischen Artbegriff übereinstimmen, denn gerade Artbastarde und gentechnisch veränderte Tiere sollen von diesem erfasst sein.[49] Denn die Artbastarde können sich gerade nicht paaren bzw. miteinander fruchtbare Nachkommen haben, da sie selbst unfruchtbar sind.

In dieser Arbeit wird den weiteren Überlegungen der – dem Gesetzeszweck entsprechend – dem Schutz des Tieres am weitestgehend entsprechende biologische Artbegriff zugrunde gelegt, nach dem alle die tierlichen Individuen einer Art angehören, deren Angehörige untereinander faktisch oder potentiell kreuzbar und unter natürlichen Bedingungen von den Angehörigen anderer Populationen reproduktiv abgegrenzt sind.[50] Mit der potentiellen Kreuzbarkeit sind auch die durch Krankheit oder Unfruchtbarmachung nicht mehr faktisch fortpflanzungsfähigen Individuen

---

45 *Von Loeper* in *Kluge*, Tierschutzgesetz Kommentar, Einführung Rn. 2, 79, § 2 Rn. 28.

46 *Von Loeper* in *Kluge*, Tierschutzgesetz Kommentar, § 2 Rn. 28.

47 *Von Loeper* in *Kluge*, Tierschutzgesetz Kommentar, § 2 Rn. 28.

48 *Lorz/Metzger*, Tierschutzgesetz Kommentar, § 2 Rn. 22.

49 *Lorz/Metzger*, Tierschutzgesetz Kommentar, § 2 Rn. 22.

50 *Wehner/Gehring*, Zoologie, S. 539; *Mayr*, Artbegriff und Evolution, S. 27, 28; *Campbell*, S. 650.

erfasst. Auf die Arthybriden sind die Vorschriften des TierSchG analog anzuwenden. Hinsichtlich der jeweilig maßgeblichen Tierart ist bei Arthybriden auf beide Elternarten abzustellen (z. B. auf das Pferd und den Esel als jeweils eigene Art), um zu bestimmen, was für das Individuum des Arthybriden (Maultier bzw. Maulesel) *Artgemäßheit* ausmacht.

Es ist nach dem Gesetzeszweck in § 1 des Tierschutzgesetzes zu unterstellen, dass dieses den biologischen Artbegriff für alle Tiere zugrundelegt, so dass im Ergebnis jedes Tier klar einer Tierart zugeordnet werden kann – Grenzfälle wie die Fälle der Arthybriden sind jedenfalls in analoger Anwendung der Vorschriften, die auf eine Tierart abstellen, geschützt und müssen beiden Eltern-Arten zugeordnet werden. Nur unter Zugrundelegung des biologischen Artbegriffs ist es möglich, die Art des betreffenden Tieres so zu bestimmen, dass der Schutzzweck des Tierschutzgesetzes so weit wie möglich erreicht werden kann.

C) Aktueller Umgang von Legislative, Administrative, Rechtsprechung und Gubernative mit den unbestimmten Rechtsbegriffen des Tierschutzgesetzes

Zunächst soll anhand aktueller Aktivitäten von Legislative, Administrative, Gubernative und Rechtsprechung aus den Jahren 2011 bis 2017 dargestellt werden, dass die unbestimmten Rechtsbegriffe *artgemäß* und *verhaltensgerecht* sehr unterschiedlich angewendet werden.

I. Grundlagen

Die Vorschrift des § 2 TierSchG gilt für sämtliche Tierhaltungen, auch für die Haltung von landwirtschaftlich genutzten Tieren bzw. Tieren, die in der industriellen Massentierhaltung gehalten werden.

Gemäß § 16a Abs. 1 Satz 1 TierSchG, der § 69 Arzneimittelgesetz (AMG) nachgebildet ist, trifft die zuständige Behörde die zur Beseitigung festgestellter Verstöße und die zur Verhütung künftiger Verstöße notwendigen Anordnungen. Nach heute überwiegend vertretener Auffassung und schon dem eindeutigen Wortlaut enthält die Vorschrift des § 16a Abs. 1 Satz 1 TierSchG kein Entschließungsermessen der Behörde, sondern stellt eine gebundene Entscheidung dar; lediglich Auswahlermessen wird der Behörde gewährt, was sich in § 16a Abs. 1 Satz 2 TierSchG widerspiegelt, der verschiedene Möglichkeiten des Tätigwerdens zur Auswahl stellt:[51] Im Bereich

---

51 Vgl. nur *Hirt/Maisack/Moritz*, Kommentar Tierschutzgesetz, § 16a TierSchG Rn. 5; *Kluge* in *Kluge*, Tierschutzgesetz Kommentar, § 16a Rn. 3, 11,12; *Kemper*, Die besondere Bedeutung des § 16a TierSchG für die Garantenstellung der Amtstierärzte, VR 2011, S. 125 ff., S. 126; *Kemper*, Rechtsgutachten über die Garantenstellung der Amtstierärztinnen und Amtstierärzte im Tierschutz, 2006 S. 21; *VG des Saarlandes*, Urteil vom 24. Februar 2010, Az.: 5 K 531/09, LKRZ 2011, S. 61 ff., S. 62; *VG Gießen*, Urteil vom 31. August 2010, Az.: 9 K 695/10, RdL 2011, S. 251 ff.; *VG München*, Urteil vom 16. Januar 2014, Az.: M 10 K 12.5716 (juris); *VG Würzburg*, Urteil vom 3. März 2016, Az.: W 5 K 15.613 (juris); anders und entgegen dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift *Lorz/Metzger*, Tierschutzgesetz Kommentar, § 16a Rn. 8; für eine Ermessensreduktion auf Null *Leondarakis/Kohlstedt*, Die Reichweite des § 16a Tierschutzgesetz (TierschG): Praktische Anwendung – Befugnisse und Pflichten der Exekutive, S. 9 f.

des Auswahlermessens werden in § 16a Abs. 1 Satz 2 TierSchG beispielhaft verschiedene Maßnahmen genannt, die zur Sicherstellung der Anforderungen des § 2 TierSchG getroffen werden können. So kann die Behörde gem. § 16a Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TierSchG insbesondere ein Tier, das nach dem Gutachten des beamteten Tierarztes mangels Erfüllung der Anforderungen des § 2 erheblich vernachlässigt ist oder schwerwiegende Verhaltensstörungen aufzeigt, dem Halter fortnehmen. Nach § 16a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TierSchG kann die Behörde demjenigen, der den Vorschriften des § 2, einer Anordnung nach Nummer 1 oder einer Rechtsverordnung nach § 2a wiederholt oder grob zuwidergehandelt und dadurch dem von ihm gehaltenen oder betreuten Tier erhebliche oder länger anhaltende Schmerzen oder Leiden oder erhebliche Schäden zugefügt hat, das Halten oder Betreuen von Tieren einer bestimmten oder jeder Art untersagen. § 16a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TierSchG ist generalklauselartig dergestalt formuliert, dass die Behörde im Einzelfall die zur Erfüllung der Anforderungen des § 2 erforderlichen Maßnahmen anordnen kann.

Der Amtsveterinär hat also nach dem Tierschutzgesetz eine Fülle von Möglichkeiten, durch den Erlass eines Verwaltungsaktes den Tierhalter dazu zu bringen, dass er seine Tiere gemäß den Vorgaben des § 2 TierSchG hält, also seiner Art und seinen Bedürfnissen entsprechend angemessen ernährt, pflegt und es verhaltensgerecht unterbringt.

II. Legislative: Letzte Novellierung des Tierschutzgesetzes im Jahr 2013

Das seit 1972 bestehende Tierschutzgesetz ist nennenswert in den Jahren 1986 und 2006 geändert worden.

1. Novelle im Jahr 2013/2014

Die letzte große Novellierung des Tierschutzgesetzes im Jahr 2013[52] wurde als „Über Gebühr tiernutzerfreundlich"[53], „völlig unzureichend"[54] und als „toothless tiger"[55] bezeichnet.[56] Der Bundesrat hatte zum Entwurf zahlreiche Änderungsvorschläge eingebracht, die aus Tierschutzkreisen zu begrüßen gewesen wären; jedoch fanden sich nur wenige davon im Tierschutzgesetz wieder.[57]

Die dritte Änderungsnovelle diente hauptsächlich der Umsetzung der EU-Richtlinie zum Schutz der für wissenschaftliche Zwecke verwendeten Tiere vom 22. September 2010 (2010/63/EU – EU-Tierversuchsrichtlinie). Daneben erfolgten nur einige wenige Änderungen wie beispielsweise das Verbot der betäubungslosen Ferkelkastration erst ab 2019 (obwohl es bereits im Jahr 2016 etablierte Maßnahmen wie die Kastration unter Betäubung, die Immunokastration oder die Ebermast mit Geruchskontrolle vor

---

52 Drittes Gesetz zur Änderung des Tierschutzgesetzes vom 4. Juli 2013, BGBl. I S. 2182 ff.

53 Schon zum Entwurf *Goetschel*, Kommentar vom 17. September 2012, abrufbar unter http://www.spektrum.de/news/ueber-gebuehr-tiernutzerfreundlich/1165003.

54 *Deutscher Tierschutzbund e. V.*, Zur Änderung des Tierschutzgesetzes, Stand Februar 2013, abrufbar unter http://www.tierschutzbund.de/fileadmin/user_upload/Downloads/Hintergrundinformationen/Recht/Hintergrundpapier_Aenderung_Tierschutzgesetz_2014.pdf, S. 1; schon zum Entwurf: *Deutscher Tierschutzbund e. V.*, Stellungnahme zum Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Tierschutzgesetzes, BT-Ds 17/10572 vom 29. August 2012, abrufbar unter http://www.tierschutzbund.de/fileadmin/user_upload/Downloads/Stellungnahmen/Recht/Tierschutzgesetz-Aenderung.pdf, S. 1.

55 *Buhl*, Animal Welfare Law in Motion? – Comment on the latest Amendments to the Animal Welfare Act in Germany, Global Journal of Animal Law 1/2013, S. 7.

56 Vgl. auch *Deutsche Juristische Gesellschaft für Tierschutzrecht e. V.*, Anmerkungen zum Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Tierschutzgesetzes, 13. Februar 2012, abrufbar unter http://www.djgt.de/system/files/91/original/Stellungnahme_DJGT_%C3%84nderungen_TierSchG.pdf und *Deutscher Tierschutzbund e. V.:* Eckpunkte zur Novellierung des Tierschutzgesetzes, abrufbar unter http://www.tierschutzbund.de/fileadmin/user_upload/Downloads/Stellungnahmen/Recht/Eckpunktepapier_Novellierung_Tierschutzgesetz_110901.pdf.

57 *Deutscher Tierschutzbund e. V.,* Stellungnahme zum Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Tierschutzgesetzes, BT-Ds 17/10572 vom 29. August 2012, abrufbar unter http://www.tierschutzbund.de/fileadmin/user_upload/Downloads/Stellungnahmen/Recht/Tierschutzgesetz-Aenderung.pdf, S. 13 ff.

der Fleischvermarktung gab),[58] der Erlaubnisvorbehalt für kommerzielle Hundeschulen, das bußgeldbewehrte Verbot zoophiler Handlungen, die Ermächtigung zur Einschränkung der Wildtierhaltung im Zirkus, die betriebliche Eigenkontrolle für gewerbliche Tierhaltungen in der Landwirtschaft, die Ermächtigung für Landesverordnungen zum Schutz freilebender Katzen, die Formulierungsänderung im sogenannten Qualzuchtparagraphen § 11b und das grundsätzliche Verbot, ein Tier als Preis auszuloben.

Hinsichtlich der Umsetzung der EU-Tierversuchsrichtlinie wurden schnell Stimmen laut, diese sei nicht richtlinienkonform in deutsches Recht umgesetzt worden, so dass einzelne Vorschriften im Tierschutzgesetz n. F. und in der Tierschutz-Versuchstierverordnung (TierSchVersV) nicht den Vorgaben der Richtlinie entsprächen und damit europarechtswidrig seien.[59] Von einigen Tierschutzorganisationen wurde bereits dagegen Beschwerde gegen Deutschland bei der EU-Kommission eingereicht.[60] Die Beschwerde hat zum Ziel, dass die EU-Kommission Deutschland dazu auf-

---

58 Unter dem 17. Dezember 2018 ist mit dem Vierten Gesetz zur Änderung des Tierschutzgesetzes (BGBl. I S. 2586) die Betäubungspflicht für die Ferkelkastration trotz des Vorliegens marktreifer Alternativen um weitere zwei Jahre auf den 1. Januar 2021 hinausgeschoben worden.

59 Vgl. dazu *Peters*, Rechtsgutachten zu verschiedenen Fragen im Zusammenhang mit der EU-Tierversuchsrichtlinie vom 25. April 2012; *Maisack*, Gutachten zu der Frage, ob und ggf. welche Bestimmungen der Richtlinie 2010/63/EU (EU-Tierversuchs-Richtlinie) durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Tierschutzgesetzes und die Tierschutz-Versuchstierverordnung nicht oder nicht ausreichend in deutsches Recht umgesetzt worden sind, 18. Januar 2016, in diesem Gutachten werden 18 gravierende Verstöße benannt; Deutsche Juristische Gesellschaft für Tierschutzrecht e. V., Eingehende Auswertung des „Rechtsgutachtens zu verschiedenen Fragen im Zusammenhang mit der EU-Tierversuchsrichtlinie", abrufbar unter http://www.djgt.de/thema/tierversuche; *Deutsche Juristische Gesellschaft für Tierschutzrecht e. V.*, Stellungnahme zur nicht korrekten Umsetzung der EU-Tierversuchsrichtlinie 2010/63/EU in deutsches Recht, Stand Februar 2014, abrufbar unter http://www.djgt.de/artikel/2014/3/4/beschwerde-bei-der-eu-kommission-eingelegt; *Ärzte gegen Tierversuche e. V.*, Beschwerde wegen Verstoßes Deutschlands gegen die Umsetzung der Richtlinie 2010/63/EU, Stand 18. März 2016, abrufbar unter https://www.aerzte-gegen-tierversuche.de/images/pdf/recht/2016-03-18_beschwerde_eu_kommission.pdf; *Buhl*, Animal Welfare Law in Motion? – Comment on the latest Amendments to the Animal Welfare Act in Germany, Global Journal of Animal Law 1/2013 S. 7.

60 Vgl. Offener Brief an den Bundesminister für Ernährung und Landwirtschaft Christian Schmidt von MdB Hofreiter, Maisch und Gehring vom 21. April 2016, abrufbar unter https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/themen_az/tierschutz/2016-04-21_Offener_Brief_Tierversuche.pdf; *Ärzte*

fordert, die Inhalte der Tierversuchs-Richtlinie richtlinienkonform umzusetzen, ggfs. ein Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258 AEUV gegen Deutschland anstrengt. Dieses ist unter dem 19. Juli 2018 durch die Kommission in Aussicht gestellt worden, nachdem die Umsetzung der Tierversuchs-Richtlinie durch die Mitgliedstaaten mehrere Jahre lang geprüft wurde.

Weiter wird moniert, dass die zum Vollzug des Tierschutzgesetzes erforderliche Allgemeine Verwaltungsvorschrift, die immer noch auf dem Stand des Jahres 2000 ist, nicht im Zuge der Novellierung des Tierschutzgesetzes mit aktualisiert wurde.[61] Denn eine fehlende bzw. veraltete Allgemeine Verwaltungsvorschrift erschwere einen einheitlichen und konsequenten Vollzug der Tierschutzgesetzgebung in Deutschland.[62]

Letztlich wird behauptet, dass die Chance auf eine wirkliche Reform des Tierschutzrechts nicht genutzt wurde.[63]

Eine durchgreifende Novellierung zur Behebung der Vollzugsdefizite im Tierschutzrecht ist mit dieser Novelle verpasst worden. Art. 20a GG, der seit dem Jahr 2002 das Staatsziel Tierschutz normiert, wird auch mit dieser Novelle nicht ernst genommen.[64]

Das Problem der Inkonsistenz und der fehlenden Vollziehbarkeit besteht nicht nur auf nationaler, sondern auch auf europarechtlicher und internationaler Ebene.[65]

2. Der Gesetzentwurf BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN aus dem Jahr 2012

Die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN griff diese Defizite bereits vor der Novellierung des Tierschutzgesetzes aus dem Jahr 2013 auf und legte mit einem Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Tierschutzgesetzes

---

gegen Tierversuche e. V., Beschwerde wegen Verstoßes Deutschlands gegen die Umsetzung der Richtlinie 2010/63/EU, Stand 18. März 2016, abrufbar unter https://www.aerzte-gegen-tierversuche.de/images/pdf/recht/2016-03-18_beschwerde_eu_kommission.pdf.

61 *Landesbeauftragte für Tierschutz Hessen*, Jahresbericht 2014, S. 9 f.

62 *Landesbeauftragte für Tierschutz Hessen*, Jahresbericht 2014, S. 10.

63 Vgl. *Buhl*, Animal Welfare Law in Motion? – Comment on the latest Amendments to the Animal Welfare Act in Germany, Global Journal of Animal Law 1/2013 S. 7: „But in 2013 the chance for a real reform in the German law of animal welfare was lost."

64 So auch *Landesbeauftragte für Tierschutz Hessen*, Jahresbericht 2013, S. 12.

65 Vgl. dazu *Peters*, Tierwohl als globales Gut: Regulierungsbedarf und -chancen, Rechtswissenschaft 2016, S. 363 ff., S. 372 m. w. N.