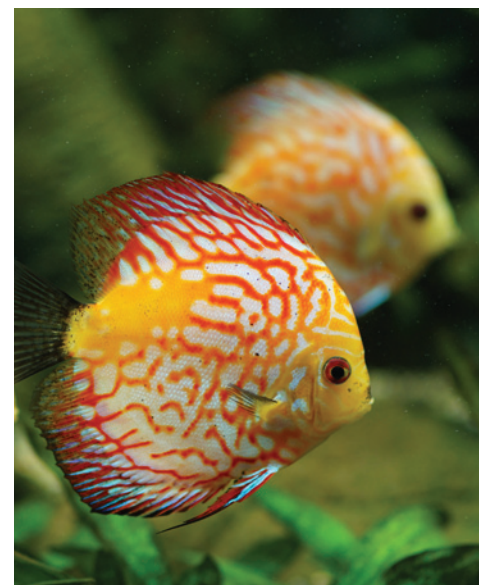




Rechtsgutachten Positivliste Deutschland



Vorwort

September 2022

Heimtiere liegen im Trend, fast die Hälfte aller Deutschen hält mindestens ein Tier zu Hause.¹ Der Großteil der gehandelten und gehaltenen Heimtiere sind domestizierte Tiere wie Hunde und Katzen. Aber auch Wildtiere wie Servale, Affen, Papageien, Korallenfische, Schildkröten, Klapperschlangen, Warane und Vogelspinnen sind in deutschen Wohnzimmern zu finden.

International ist Deutschland einer der größten Absatzmärkte und Umschlagplätze für exotische Heimtiere. Jährlich werden hunderttausende Wildtiere als „Haustiere“ zum Verkauf angeboten, viele davon stammen aus der freien Wildbahn.² Online-Plattformen und Tierbörsen dienen als Hauptvertriebswege, hier können potenzielle Käufer*innen spontan und ohne Vorkenntnisse nahezu alles kaufen. Das Geschäft ist lukrativ. Aufklärung, Beratung oder Kontrollen finden in der Regel nicht statt. Der Handel und die Privathaltung von wild gefangenen sowie gezüchteten Wildtieren sind dabei nicht nur mit erheblichen Tierschutzproblemen^{3,4} verbunden, sondern bedrohen auch die globale Biodiversität⁵ und stellen ein hohes Risikopotenzial für die Gesundheit⁶ und Sicherheit von Mensch und Tier dar.

Trotz all dieser Probleme sind der Handel und die Privathaltung von Heimtieren in Deutschland bisher völlig unzureichend reguliert und es fehlt an präventiven Maßnahmen. Viele EU-Länder haben bereits reagiert und nationale Positivlisten für bestimmte Tiergruppen beschlossen. Auch Deutschland muss seiner Verantwortung gerecht werden und ebenfalls handeln. Eine Positivliste für Heimtiere stellt hierbei das adäquate und notwendige Mittel dar, um sowohl den Handel als auch die Privathaltung nachhaltig zu regulieren.

*AAP, Deutscher Tierschutzbund, HSI Europe, IFAW Deutschland,
Pro Wildlife und VIER PFOTEN*

¹ https://www.zzf.de/fileadmin/files/ZZF/Marktdaten/IVH_ZZF_Der_Deutsche_Heimtiermarkt_2021.pdf

² https://www.bfn.de/sites/default/files/BfN/service/Dokumente/skripten/skript_545.pdf

³ https://service.ble.de/ptdb/index2.php?detail_id=57204&site_key=141&stichw=15HS001&zeilenzahl_zaehler=2#newContent

⁴ https://service.ble.de/ptdb/index2.php?detail_id=56943&site_key=141&stichw=15HS001&zeilenzahl_zaehler=2#newContent

⁵ https://ipbes.net/sites/default/files/2020-02/ipbes_global_assessment_report_summary_for_policymakers_en.pdf

⁶ Nijman, V. (2021). Illegal and legal wildlife trade spreads zoonotic diseases. *Trends in Parasitology*, 37(5), 359-360.

RECHTSANWÄLTIN DR. CORNELIA ZIEHM

rechtsanwaeltin-ziehm@posteo.de

Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“

Gliederung

Zusammenfassung	S. 2
I. Sachverhalt	S. 3
II. Rechtliche Zulässigkeit einer nationalen Positivliste	S. 8
1. Kein entgegenstehendes Völkerrecht	S. 8
2. Kein entgegenstehendes Unionsrecht	S. 10
a) Artenschutzverordnung (EG) Nr. 338/97	S. 10
b) Schutzverstärkung, Art. 193 AEUV	S. 13
c) Vereinbarkeit mit Warenverkehrsfreiheit, Art. 34 AEUV	S. 15
aa) Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit	S. 15
bb) Rechtfertigungsgründe	S. 16
cc) Verhältnismäßigkeit	S. 18
(1) Negativliste nicht gleichermaßen geeignet	S. 18
(2) Notwendige Kriterien für Listenaufstellung	S. 20
(3) Vorsorgeprinzip, Art. 191 AEUV	S. 22
d) FFH-Richtlinie 92/43/EWG	S. 24
3. Zwischenergebnis	S. 25
III. Rechtliche Gebotenheit einer nationalen Positivliste	S. 25
1. Vorsorgeprinzip	S. 25
2. Staatsziel Tierschutz, Art. 20a GG	S. 26
IV. Ausgestaltung einer Positivliste und Regelungserfordernisse im deutschen Recht	S. 29
1. Gesetzgebungskompetenz des Bundes	S. 29
2. Grundsätzliche Entscheidung durch Parlamentsgesetz, konkrete Ausgestaltung durch Verordnung	S. 32
3. Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG	S. 34
4. Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG	S. 36

Zusammenfassung

In Deutschland sind, von wenigen Ausnahmen abgesehen, bis heute Tiere nahezu aller Tierarten als „Heimtiere“ erlaubt. Das gilt auch für natürlicherweise in Deutschland und der Europäischen Union vorkommende sowie für „exotische“ Wildtiere.

Viele dieser Tiere können als „Heimtiere“ in Deutschland jedoch nur unter Bedingungen gehalten werden, die mit ihrer ursprünglichen Heimat oder ihren natürlichen Lebensbedingungen in keiner Weise vergleichbar sind. In der Folge entwickeln als „Heimtiere“ gehaltene Tiere regelmäßig abnorme Verhaltensweisen wie monotone Bewegungsabfolgen, (Auto)Aggression, Stress auf Grund falscher oder fehlender Vergesellschaftung und andere negative psychologische Auffälligkeiten. Insbesondere die verfrühte Sterblichkeit von Wildtieren, die als „Heimtiere“ gehalten werden, ist immens.

Der Handel mit „Heimtieren“ kann außerdem maßgeblich zur Gefährdung von Tierarten in ihrem Bestand und in der Folge zum Verlust an Biodiversität beitragen. Die hohe frühe Sterblichkeit vieler Tiere in der „Heimhaltung“ heizt dabei die Nachfrage weiter an.

Die Nachfrage nach „Heimtierarten“ muss deshalb nicht nur aus Gründen des Tierschutzes, sondern ebenso aus Gründen des Arten- und Biodiversitätsschutzes reduziert werden. Eine solche Eingrenzung diene zugleich auch dem Gesundheitsschutz des Menschen sowie dem Schutz der öffentlichen Sicherheit.

Eine Positivliste stellt dafür nicht nur ein überhaupt geeignetes, sondern ein gegenüber anderen Maßnahmen ungleich geeigneteres Instrument dar. Sie verbietet grundsätzlich die Haltung von „Heimtieren“ und lässt sie nur ausnahmsweise für bestimmte Tierarten zu. Eine Positivliste schützt nicht nur reaktiv, sondern gerade und vor allem präventiv, indem sie auch nicht rechtlich geschützte Arten umfasst und wissenschaftlichen Erkenntnisdefiziten Rechnung trägt. Sie ist überdies jedenfalls vollzugsgeeignet. Bei einer Negativliste beispielsweise müsste demgegenüber bereits deren grundsätzliche Vollzugstauglichkeit bezweifelt werden. Denn eine Negativliste wäre extrem lang, sie würde voraussichtlich tausende von Arten enthalten und wäre damit kaum in der Praxis effektiv kontrollierbar.

Nationale Positivlisten für legal zu haltende „Heimtiere“ - und mithin legal als „Heimtiere“ zu handelnde - Tierarten sind mit dem Völker-, Unions- und Verfassungsrecht vereinbar, wenn sie auf sachlichen Kriterien für die Erstellung einer solchen Liste beruhen und ein gerichtlich überprüfbares, an wissenschaftlichen Erkenntnissen orientiertes Verfahren für die Aufnahme neuer Tierarten in die Liste vorsehen.

Nationale Positivlisten sind aber nicht nur rechtlich zulässig, sie sind darüber hinaus auf Grund des Vorsorgeprinzips sowie des Staatsziels „Tierschutz“ in Art. 20a GG auch geboten. Dass eine unionsweite Positivliste wünschenswert wäre, entledigt den deutschen Gesetz- und Ordnungsgeber dabei nicht, seiner originären Verantwortung auf nationaler Ebene nachzukommen.

Im deutschen Recht sollte eine entsprechende Regelung im Tierschutzgesetz samt einer entsprechenden Verordnungsermächtigung für das Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Umwelt und Verbraucherschutz implementiert werden.

I. Sachverhalt

1. In Deutschland dürfen, mit wenigen Ausnahmen, bis heute Tiere nahezu aller Tierarten als „Heimtiere“ gehalten werden. Sie dürfen folglich auch als „Heimtiere“ gehandelt werden.

Das gilt nach wie vor auch für natürlicherweise in Deutschland und in der Europäischen Union vorkommende sowie für „exotische“ Wildtiere.¹

Wildtiere sind, im Gegensatz zu „domestizierten Tieren“ nicht über Generationen hinweg, durch selektive Züchtung angepasste Tiere, die dadurch bestimmte Eigenschaften bzw. Verhaltensweisen erhalten haben. Wildtiere sind vielmehr Tiere - ob direkt der Wildnis entnommen oder in Gefangenschaft gezüchtet -, die überwiegend noch dieselben Bedürfnisse und Ansprüche an ihre Umgebung und Lebenssituation haben, wie ihre in freier Wildbahn lebenden Artgenossen.

Diese Tiere können in Deutschland jedoch nur in Gefangenschaft und

¹ Siehe zur Definition von „Wildtieren“ BT-Drs. 18/8707.

unter Bedingungen gehalten werden, die mit ihrer ursprünglichen Heimat und ihren natürlichen Lebensbedingungen in keiner Weise vergleichbar sind. Es ist regelmäßig unmöglich, der natürlichen Umgebung entsprechende Bedingungen in der „Heimtierhaltung“ für Wildtiere in Deutschland zu gewährleisten, weil es an dem notwendigen Raum, den sozialen Strukturen usw. fehlt.²

Die meisten (potenziellen) „Heimtierhalter“ wissen zudem nichts oder nur (zu) wenig über die natürlichen Lebensbedingungen dieser Tiere, über ihre sozialen Strukturen, den Tag- und Nachtrhythmus, die Futterbedürfnisse und -gewohnheiten, Ruhe- und Bewegungsbedürfnisse usw.

Bei vielen Tierarten fehlt es auch bereits an (ausreichenden) wissenschaftlichen Erkenntnissen über ihre Biologie.

In der Folge leiden insbesondere als „Heimtiere“ gehaltene Wildtiere an Langeweile, Isolation, an fehlenden sozialen Kontakten, unverträglicher Ernährung und unzulänglicher medizinischer Versorgung, dem Mangel an Sonnenlicht usw. Sie entwickeln abnorme Verhaltensweisen wie monotone Bewegungsabfolgen, (Auto)Aggression, Stress auf Grund von falscher oder fehlender Vergesellschaftung und andere negative psychologische Auffälligkeiten.³

2. Die frühe Sterblichkeit von Wildtieren, die als „Heimtiere“ gehalten werden, ist überaus hoch. Zwar existieren, so weit ersichtlich, keine systematischen staatlichen Erhebungen, doch stellt beispielsweise die British Captive Animals' Protection Society fest, dass 26 Prozent der „Heimtierschildkröten“ innerhalb des ersten Jahres und 92 Prozent innerhalb von vier Jahren sterben⁴ - unter natürlichen Bedingungen können Schildkröten bekanntermaßen sehr alt werden.

² Siehe BT-Drs. 18/8707 sowie *Krämer*, EU law and a positive list for companion animals, undatiert, S. 8 f., m.w.N.

³ *Krämer*, a.a.O., S. 8 f., m.w.N.

⁴ *British Captive Animals' Protection Society*, <https://www.captiveanimals.org/wp-content/uploads/2011/02/Exotic-pets-factsheet.pdf>.

Eine andere und breiter angelegte Untersuchung kommt zu dem Ergebnis, dass bis zu 90 Prozent aller „Heimtierreptilien“, die zuvor der Natur entnommen wurden, und 60 Prozent aller wilden „Heimtiere“ überhaupt innerhalb des ersten Jahres ihrer Gefangenschaft sterben.⁵

Auch bereits die Entnahme der Tiere aus der Wildnis sowie der anschließende Transport verursachen maßgeblichen Stress und führen zu hohen Mortalitätsraten: Bei der Begutachtung des Tierbestands eines internationalen Großhändlers wurde festgestellt, dass rund 80 Prozent der Tiere schwer krank, verletzt oder tot waren. Als Ursachen für die Morbidität bzw. Mortalität wurden unter anderem Kannibalismus, Dehydrierung, Überbelegung, Stress, Verletzungen, Auszehrung, Verhungern und Parasitenbefall identifiziert.⁶

Luxemburg und Belgien, die beide seit längerem Positivlisten für die „Heimtierhaltung“ etabliert haben, stufen zum Beispiel mit Blick auf Säugetierarten lediglich zehn bis 14 Prozent der im Handel befindlichen Säugetierarten als für die Privathaltung überhaupt geeignet ein.⁷ In den Niederlanden wird voraussichtlich zum 1. Januar 2024 eine Positivliste in Kraft treten, wonach nur noch 30 Säugetierarten als „Heimtiere“ gehalten werden dürfen; die Haltung aller anderen Säugetiere als „Heimtiere“ ist dann verboten.

3. Die „Heimtierhaltung“ insbesondere von Wildtieren ist nicht nur mit erheblichen negativen Auswirkungen auf das Wohlbefinden und das Leben und die Gesundheit der einzelnen Tiere verbunden. Der Handel mit diesen Tieren kann darüber hinaus zur Gefährdung der Tierarten in ihrem Bestand und in der Folge zum Verlust an Biodiversität beitragen.

Das wiederum gefährdet und zerstört unsere Lebensgrundlagen. Denn mit dem durch den Menschen verursachten massiven Artensterben und

⁵ *Endcap*, Wild pets in the EU, 2012, S. 5, online unter endcap.eu/wild-pets-in-the-EU/.

⁶ *Ashley/Brown/Ledford et al.*, Morbidity and mortality of invertebrates, amphibians, reptiles, and mammals at a major exotic companion animal wholesaler, *Journal of Applied Animal Welfare Science*, 2014, 17(4), 308 ff.

⁷ Siehe <https://www.mdpi.com/2076-2615/10/12/2371/pdf>.

dem Verlust an Biodiversität nimmt auch insgesamt die Kapazität der Ökosysteme erheblich ab, etwa zur Klimaregulierung beizutragen.

Eine Regelung, die ausschließlich die Haltung bestimmter und im Einzelnen konkret benannter Tierarten als „Heimtiere“ erlaubt, kann, indem sie den „Handelsdruck“ reduziert, folglich auch einen maßgeblichen Beitrag zum notwendigen Arten- und Biodiversitätsschutz und mithin zum Umweltschutz überhaupt leisten:

4. Weltweit umfassen Handel und Haltung von „Heimtieren“ mindestens 13.000 Arten,⁸ wobei vor allem auch das angebotene Artenspektrum für wilde „Heimtiere“ einem stetigen Wandel unterliegt.

Der Handel mit Tieren hat sich in den letzten Jahrzehnten zu einem gut organisierten und profitablen „Geschäftszweig“ entwickelt. Die Möglichkeiten des Internethandels erleichtern diesen Handel noch einmal und machen ihn für breitere Gruppen zugänglich. Der Großteil dieses Handels ist nach wie vor legal. Aber auch der heute schon illegale Handel mit Exemplaren rechtlich besonders geschützter Tierarten nimmt mangels ausreichend vollzugstauglicher Regelungen zu.

Die Europäische Union und Deutschland mit ihren hohen Durchschnittseinkommen sind bedeutende Zielregionen für die Einfuhr:

"The EU is an important market for illegal wildlife products, mainly because of EU consumers' sustained demand for a variety of wildlife products. Demand for rare live birds and reptiles in the EU seems to play a particularly significant role in driving illegal imports. The illegal trade in exotic pets, especially in live reptiles, has received increased attention with the EU appearing as an important consumer region and thus driver of this trade".⁹

Die Europäische Kommission nimmt an, dass in der Vergangenheit jährlich etwa eine Million lebender Tiere besonders geschützter Tierarten

⁸ Siehe <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1558787818300364>.

⁹ Europäische Kommission, Analysis and evidence in support of the EU action plan against wildlife trafficking, SWD(2016) 38, S. 24.

- Vögel (insbesondere Papageien), Reptilien (Schildkröten, Schlangen, Echsen), Amphibien und andere - in die Europäische Union importiert wurden.¹⁰ Die meisten der lebenden Tiere wurden dabei für den „Heimtiermarkt“ in die Europäische Union verbracht. Die hohe frühe Sterblichkeit der Tiere in der „Heimhaltung“ (siehe oben) heizt die Nachfrage weiter an.

Weder das internationale *Übereinkommen über den internationalen Handel mit gefährdeten Arten freilebender Tiere und Pflanzen (Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora - CITES)*¹¹ noch die *EU-Artenschutzverordnung*¹² (zu den rechtlichen Regelwerken siehe sogleich Ziffer II.) stellen ausreichend wirksame Instrumente bereit, um den illegalen bzw. nicht nachhaltigen (Heim)Tierhandel zu unterbinden.

Etwa 75 Prozent der zum Kauf angebotenen Reptilien-, Amphibien- und exotischen Säugetierarten sind zudem gar nicht durch internationales oder europäisches Recht geschützt.¹³ Ihr Handel ist folglich bereits nicht illegal. Von den 10.272 identifizierten Reptilienarten sind beispielsweise nur acht Prozent vom Schutzregime von CITES und der EU-Artenschutzverordnung erfasst.¹⁴

Die Europäische Kommission stellt in ihrem *Action Plan against Wildlife Trafficking*¹⁵ dementsprechend ausdrücklich als oberste Priorität fest, die **Nachfrage** nach bedrohten oder gefährdeten Tierarten zu reduzieren.

¹⁰ *Europäische Kommission*, Analysis and evidence in support of the EU action plan against wildlife trafficking, SWD(2016) 38, S. 29, Zahlen dort für 2013.

¹¹ Text unter <https://cites.org/eng/disc/text.php#X>.

¹² Verordnung (EG) Nr. 338/97 des Rates v. 9. Dezember 1996 über den Schutz von Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels, ABl. 1996 L 61, 1, mehrfach geändert, etwa durch Kommissions-Verordnung 2017/160, ABl. L 27 aus 2017, S. 1.

¹³ Siehe *Bundesamt für Naturschutz (BfN)*, https://www.bfn.de/fileadmin/BfN/service/Dokumente/skripten/Skript_545.pdf.

¹⁴ Siehe *Auliya/Altherr/Ariano-Sanchez*, Trade in live reptiles. The impact on wild populations and the role of the European market. *Biological Conservation*, 2016, S.103.

¹⁵ *Europäische Kommission*, Action Plan against Wildlife Trafficking, COM(2016) 87 final.

5. Die „Heimtierhaltung“ von Wildtieren birgt überdies diverse Gesundheitsrisiken zum einen für den Menschen beispielsweise durch Zoonosen,¹⁶ zum anderen durch die Übertragung von Krankheitserregern auf heimische Wildtiere und auf Tiere in der landwirtschaftlichen Nutztierhaltung.

Schließlich: Wildtiere, die als „Heimtiere“ gehalten werden, werden durchaus gelegentlich von ihren Haltern ausgesetzt oder sie entkommen „selbstständig“. Vermehren sie sich, können sie zu invasiven Arten werden, die die natürlicherweise in Deutschland vorkommenden Arten und die Natur bedrohen oder gefährden können.

Die Wildtiere können in diesen Fällen, beispielsweise wenn sie giftig sind, auch eine Gefahr für Leben und Gesundheit der Bevölkerung und mithin für die öffentliche Sicherheit darstellen.

Nur, aber immerhin neun Bundesländer haben bislang Verordnungen zur Haltung von Gefahr- bzw. Gifttieren erlassen. Die Verordnungen dienen dabei jedoch ausschließlich der Gefahrenabwehr und unterscheiden sich von Bundesland zu Bundesland teils stark sowohl bei den als „Gefahrtieren“ definierten Tierarten als auch in Bezug auf die einzelnen Regelungen. So hat beispielsweise Hessen ein sehr strenges Verbot für die Privathaltung von Gefahrtieren, während Thüringen lediglich eine Erlaubnispflicht etabliert hat. In Nordrhein-Westfalen ist nur die Haltung von Gifttieren verboten, während zum Beispiel Löwen und Anakondas weiterhin gehalten werden dürfen.

II. Rechtliche Zulässigkeit einer nationalen Positivliste

1. Kein entgegenstehendes Völkerrecht

Auf der Ebene des Völkerrechts sind das *Übereinkommen über den internationalen Handel mit gefährdeten Arten freilebender Tiere und Pflanzen (Convention on International Trade in Endangered Species of*

¹⁶ Zoonosen oder zoonotische Infektionskrankheiten sind Krankheiten, die vom Tier auf den Menschen und umgekehrt übertragbar sind.

Wild Fauna and Flora - CITES)“ sowie das *Europäische Übereinkommen zum Schutz von Heimtieren*¹⁷ einschlägig.¹⁸

Beide völkerrechtlichen Regelwerke sehen keine Positivlisten für die legale Haltung von „Heimtieren“ vor, eröffnen den Vertragsstaaten jedoch ihrerseits ausdrücklich die Möglichkeit, jeweils strengere Regelungen auf nationaler Ebene mit Blick auf den Handel und den Besitz von Tieren zu treffen:

a) In Art. XIV Abs. 1 CITES heißt es insoweit:

„The provisions of the present Convention shall in no way affect the right of Parties to adopt:

(a) stricter domestic measures regarding the conditions for trade, taking, possession or transport of specimens of species included in Appendices I, II and III, or the complete prohibition thereof; or

(b) domestic measures restricting or prohibiting trade, taking, possession or transport of species not included in Appendix I, II or III.“

b) Das *Europäische Übereinkommen zum Schutz von Heimtieren* vom 13. November 1987¹⁹ ist, soweit ersichtlich, das einzige Regelwerk, welches eine Definition von „Heimtieren“ enthält. Nach Art. 1 Abs. 1 des Übereinkommens ist „Heimtier“

¹⁷ BGBl. 1991 II S. 402.

¹⁸ Das Allgemeine Zoll und Handelsabkommen (General Agreement on Tariffs and Trade - GATT) verbietet in seinem Art. III die Benachteiligung von ausländischen gegenüber gleichartigen inländischen Waren. Verboten sind insbesondere jede unterschiedliche Belastung durch Steuern oder interne Abgaben von gleichartigen aus- und inländischen Waren, sonstige gegenüber ausländischen Waren diskriminierenden Effekte von Steuern und Abgaben sowie jedwede Art von Benachteiligung ausländischer Waren gegenüber gleichartigen inländischen Waren durch sämtliche den Marktzugang und die Wettbewerbsbedingungen betreffenden Vorschriften. Um eine solche Benachteiligung ausländischer Waren geht es bei der hier in Rede stehenden Positivliste nicht.

¹⁹ Durch die Bundesrepublik Deutschland ratifiziert durch Gesetz v. 1. Februar 1991, BGBl. 1991 II S. 402; in Kraft getreten am 1. Mai 1992, siehe die Bekanntmachung v. 12. Dezember 1991, BGBl. 1992 II S. 12. Seitens der EU wurde das Übereinkommen bislang nicht ratifiziert.

„ein Tier, das der Mensch insbesondere in seinem Haushalt zu seiner eigenen Freude und als Gefährten hält oder das für diesen Zweck bestimmt ist.“

In Bezug auf die Haltung von „Heimtieren“ im vorgenannten Sinne enthält das Übereinkommen allein allgemeine Vorgaben:

Wer ein „Heimtier“ hält oder sich bereit erklärt hat, es zu betreuen, ist für dessen Gesundheit und Wohlbefinden verantwortlich (Art. 4 Abs. 1 des Übereinkommens). Wer ein „Heimtier“ hält oder betreut, sorgt für Unterkunft, Pflege und Zuwendung, die den ethologischen Bedürfnissen des Tieres entsprechend seiner Art und Rasse Rechnung tragen (Art. 4 Abs. 2 des Übereinkommens).

Art. 4 Abs. 3 des Übereinkommens sieht Ausschlussgründe für die „Heimtierhaltung“ vor. Danach darf ein Tier nicht als „Heimtier“ gehalten werden:

*„a) wenn die Bedingungen des Art. 4 Abs. 2 nicht erfüllt werden
oder
b) wenn das Tier sich trotz Erfüllung dieser Bedingungen nicht
an die Gefangenschaft gewöhnen kann.“*

Entscheidend ist vorliegend aber vor allem Art. 2 Abs. 3 des Übereinkommens. Die Vorschrift lautet:

„Dieses Übereinkommen lässt die Befugnis der Vertragsparteien unberührt, strengere Maßnahmen zum Schutz von Heimtieren zu treffen oder die Bestimmungen des Übereinkommens auf Tierkategorien anzuwenden, die in dieser Übereinkunft nicht ausdrücklich aufgeführt sind.“

c) CITES und das „Europäische Übereinkommen zum Schutz von Heimtieren“ stehen damit nationalen Positivlisten, die die Haltung nur bestimmter, in einer Liste aufgeführter Tierarten zulassen, nicht entgegen. Entsprechendes gilt für das Unionsrecht:

2. Kein entgegenstehendes Unionsrecht

a) Artenschutzverordnung (EG) Nr. 338/97

aa) Die EU hat keine umfassende Kompetenz, Regeln für den Tierschutz zu erlassen. Sie kann allerdings tierschutzrechtliche Regelungen auf andere sektorenspezifische Kompetenzen stützen. In dem hier interessierenden Zusammenhang ist das mit der *Verordnung (EG) Nr. 338/97 über den Schutz von Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels* erfolgt.

Die Verordnung (EG) Nr. 338/97 beruht auf der umweltpolitischen Kompetenz der Union (früher Art. 174, 175 EGV, jetzt Art. 191, 192 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäische Union - AEUV).

Die auch als *Artenschutzverordnung* bezeichnete Verordnung (EG) Nr. 338/97 der EU gilt als Verordnung direkt und unmittelbar in allen Mitgliedstaaten, das heißt ohne weitere nationale Umsetzungsakte (vgl. Art. 288 Abs. 2 AEUV).

Sie dient insbesondere auch der Umsetzung von CITES in das Sekundärrecht der EU. Das heißt, Artenschutz soll durch die Reglementierung des Handels gewährleistet werden. Dabei wird auch der Besitz gefährdeter Arten adressiert.

bb) Art. 1 der Verordnung Nr. 338/97 bestimmt zunächst:

„Ziel dieser Verordnung ist es, den Schutz und die Erhaltung wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch die Regelung des Handels mit ihnen gemäß den nachfolgenden Artikeln sicherzustellen.“

Art. 8 der Verordnung (EG) 338/97 regelt sodann die Kontrolle des Handels.

Art. 8 Abs. 2 der Verordnung sieht vor, dass die Mitgliedstaaten den *Besitz* von Exemplaren, insbesondere von lebenden Tieren von Arten, die in Anhang A der Verordnung aufgeführt sind, *verbieten* können.

Die Mitgliedstaaten werden danach mit Blick auf bestimmte Tierarten ermächtigt, Haltungsverbote, und mithin negative Regelungen, zu erlassen.

Haltungsverbote stellen regelungssystematisch eine *grundsätzliche Erlaubnis (zum Halten von „Heimtieren“) mit einem Verbotsvorbehalt* dar. Nach dieser Systematik ist die Haltung eines „Heimtieres“ erlaubt, es sei denn, sie ist ausnahmsweise für bestimmte konkrete Tierarten verboten.

cc) Eine Positivliste folgt demgegenüber der umgekehrten Systematik. Sie normiert ein *grundsätzliches Verbot mit Ausnahmevorbehalt* - die Haltung von „Heimtieren“ ist verboten, es sei denn, es handelt sich um eine Tierart, für die die Haltung in einer Liste ausnahmsweise zugelassen ist.

Eine Positivliste ist damit regelmäßig die strengere Regelungsform gegenüber einer Negativliste:

- Eine Negativliste erlaubt zunächst allgemein die Haltung von „Heimtieren“ und spricht nur ausnahmsweise für bestimmte Tierarten Verbote aus.
- Eine Positivliste verbietet allgemein die Haltung von „Heimtieren“ und lässt sie nur ausnahmsweise für bestimmte Tierarten zu.

dd) Das bedeutet, Art. 8 Abs. 2 der Verordnung (EG) 338/97 enthält für die Mitgliedstaaten eine Ermächtigung zur Etablierung von Negativ-, nicht aber von Positivlisten.

Art. 8 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 338/97 sieht damit zunächst vor, dass die Mitgliedstaaten den Besitz von Exemplaren, insbesondere von lebenden Tieren von Arten, die in ihrem Anhang A aufgeführt sind, verbieten können.²⁰

Darauf ist die Zulässigkeit der Normierung von gegenüber der Verordnung (EG) Nr. 338/97 strengeren nationalen Regelungen

²⁰ Siehe auch *Stoll*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: Dezember 2021, VO (EG) Nr. 338/97, Art. 8 Rn. 4 ff.

allerdings nicht beschränkt. Eine weitergehende Ermächtigung folgt für die Mitgliedstaaten nämlich aus der grundsätzlichen und primärrechtlichen Befugnis zum Erlass so genannter Schutzverstärkungen:

b) Schutzverstärkung, Art. 193 AEUV

aa) Ausweislich des dritten Erwägungsgrundes der Verordnung (EG) Nr. 338/97 können explizit strengere Schutzmaßnahmen von den Mitgliedstaaten aus Gründen des Umweltschutzes beibehalten oder ergriffen werden:

*„(3) Unbeschadet der Bestimmungen dieser Verordnung können die Mitgliedstaaten unter Einhaltung des Vertrags, **insbesondere in Bezug auf den Besitz von Exemplaren von Arten, die unter diese Verordnung fallen, strengere Maßnahmen ergreifen oder beibehalten.**“* (Hervorhebung durch d. Verf.)

Nach dem dritten Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 338/97 können die Mitgliedstaaten also unter Einhaltung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union sogar „insbesondere in Bezug auf den Besitz von Exemplaren bestimmter Arten“ strengere Maßnahmen ergreifen oder beibehalten.²¹

Die Erwägungsgründe sind dabei mehr als bloße Gesetzgebungsmaterialien, sie geben in prominenter Weise die Absicht und die dahinter stehende politische Regelungsvorstellung des Gesetzgebers wieder. Sie sind Richtschnur der teleologischen Interpretation.²²

bb) Zudem bestimmt Art. 193 AEUV (früher Art. 176 EG), dass die Schutzmaßnahmen, die wie die Verordnung (EG) Nr. 338/97 auf Grund

²¹ EuGH, Urt. v. 19. Juni 2008 - C 219/07, Rn. 14 (Nationale Raad van Dierenkwekers).

²² Vgl. *Köndgen*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 7 Rn. 40 ff.

des Art. 192 AEUV (früher Art. 175 EG) getroffen werden, die einzelnen Mitgliedstaaten nicht daran hindern, verstärkte Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu ergreifen, sofern sie im Übrigen mit dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vereinbar sind (siehe dazu sogleich Ziffer II.2.c)).²³

Denn bei auf Grund von Art. 192 AEUV ergangenen Rechtsakten handelt es sich um Maßnahmen ohne Binnenmarktbezug, jedenfalls stehen bei ihnen - wenn überhaupt - die Aspekte der einheitlichen Wirkung und der Verringerung von Transaktionskosten, die durch unterschiedliches nationales Recht entstehen, im Hintergrund.²⁴

cc) Art. 193 AEUV und der dritte Erwägungsgrund der Verordnung (EG) Nr. 338/97 ermächtigen die Mitgliedstaaten mithin grundsätzlich zu verstärkten Schutzmaßnahmen gegenüber der Artenschutzverordnung.

Diese Ermächtigung betrifft alle Tierarten, die von der Artenschutzverordnung erfasst werden; sie ist nicht beispielsweise lediglich auf Säugetierarten beschränkt.

Für die nicht von der Artenschutzverordnung umfassten Tierarten, steht den Mitgliedstaaten - mangels einschlägigen sekundären Unionsrechts - von vornherein eine originäre Regelungsbefugnis für die „Heimtierhaltung“ zu. Zu beachten sind aber selbstverständlich auch hier - genauso wie mit Blick auf die von der Artenschutzverordnung umfassten Tierarten - das Primärrecht und insoweit insbesondere die Vereinbarkeit nationaler Maßnahmen in Gestalt von Positivlisten mit dem Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit:

²³ EuGH, Urt. v. 19. Juni 2008 - C 219/07, Rn. 15 (Nationale Raad van Dierenkwekers) sowie bereits EuGH, Urt. v. 23. Oktober 2001 - C 510/99, Rn. 45 (Tridon).

²⁴ Siehe *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, 2003, S. 160. Art. 193 AEUV eröffnet den Mitgliedstaaten übrigens sogar dann Freiräume, wenn die fragliche sekundärrechtliche Regelung ihrem Wortlaut nach eine vollständige Harmonisierung des mitgliedstaatlichen Rechts anzustreben scheint, siehe auch *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Stand: Januar 2022, Art. 193 AEUV Rn. 2.

c) Vereinbarkeit mit Warenverkehrsfreiheit, Art. 34 AEUV

aa) Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit

Eine nationale Regelung einer Positivliste kann, wenn sie auf Waren aus anderen Mitgliedstaaten Anwendung findet, den innergemeinschaftlichen Handel im Sinne von Art. 34 AEUV behindern.²⁵

(Heim)Tiere werden insofern grundsätzlich nach wie vor „Waren“ gleichgestellt.

Positivlisten für „Heimtiere“ bewirken zwar keine mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen im Sinne von Art. 34 AEUV. Sie behandeln auch inländische und ausländische Handelsteilnehmer gleich und wirken damit auch nicht diskriminierend im Sinne von Art. 34 AEUV.

Auf Grund von Positivlisten können in anderen Mitgliedstaaten zugelassene „Heimtiere“ jedoch nur unter erschwerten Bedingungen eingeführt werden, wenn diese nicht auf einer Positivliste stehen. Damit beschränken nationale Positivlisten potentiell den Handel zwischen den Mitgliedstaaten und greifen hierdurch in den Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit ein.

Eine Rechtsvorschrift eines Mitgliedstaats, die es untersagt, Waren ohne vorherige Zulassung in den Verkehr zu bringen, zu erwerben, anzubieten, auszustellen oder feilzuhalten, zu besitzen, herzustellen, zu befördern, zu verkaufen, entgeltlich oder unentgeltlich abzugeben, einzuführen oder zu verwenden, stellt eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung im Sinne von Art. 34 AEUV dar.²⁶

Eine Regelung, nach der bestimmte Waren nur dann in den Verkehr gebracht werden dürfen, wenn sie zuvor in eine Positivliste aufgenommen worden sind, kann das Inverkehrbringen dieser Waren erschweren und verteuern und damit den Handel zwischen den Mitgliedstaaten

²⁵ EuGH, Urt. v. 19. Juni 2008 - C 219/07, Rn. 21 (Nationale Raad van Dierenkwekers); EuGH, Urt. v. 23. Oktober 2001 - C 510/99, Rn. 49 (Tridon).

²⁶ EuGH, Urt. v. 19. Juni 2008 - C 219/07, Rn. 22 (Nationale Raad van Dierenkwekers); EuGH, Urt. v. 17. September 1998 - C 400/96, Rn. 30 (Harpegnies).

behindern.²⁷ Der Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit ist damit tangiert.

bb) Rechtfertigungsgründe

Die Warenverkehrsfreiheit im Sinne von Art. 34 AEUV ist indes nicht absolut gewährleistet:

(1) Art. 36 AEUV sieht vielmehr ausdrücklich die Zulässigkeit mitgliedstaatlicher Einschränkungen der Warenverkehrsfreiheit vor, sofern ein Rechtfertigungsgrund vorliegt und die Maßnahme auch im Übrigen verhältnismäßig ist.

Art. 36 AEUV lautet:

*„Die Bestimmungen der Artikel 34 und 35 stehen Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhrverboten oder -beschränkungen nicht entgegen, die aus **Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind.** Diese Verbote oder Beschränkungen dürfen jedoch weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen.“* (Hervorhebung durch d. Verf.)

Art. 36 S. 1 AEUV benennt die Gesundheit und den Schutz des Lebens von Menschen und Tieren sowie die öffentliche Sicherheit. Darüber hinaus kommen nach der Rechtsprechung des EuGH weitere anerkannte zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls als ungeschriebene Rechtfertigungsgründe in Betracht. Hierzu zählen

²⁷ EuGH, Urt. v. 19. Juni 2008 - C 219/07, Rn. 23 (Nationale Raad van Dierenkwekers); EuGH, Urt. v. 5. Februar 2004 - C 24/00, Rn. 23 (Kommission/Frankreich).

insbesondere die zwingenden **Erfordernisse des Umweltschutzes**²⁸ sowie das **Wohlergehen der Tiere**.²⁹

Am Vorliegen eines zulässigen Rechtsfertigungsgrundes kann hier in Anbetracht des oben unter Ziffer I. Dargestellten kein vernünftiger Zweifel bestehen. Mit einer Positivliste würden offenkundig legitime Ziele verfolgt.

(2) Der EuGH hat dementsprechend im Verfahren betreffend die belgische Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“ klar judiziert:

„..., dass der Schutz des Wohlbefindens der Tiere ein im Allgemeininteresse liegendes legitimes Ziel darstellt, dessen Bedeutung u.a. die Annahme des Protokolls über den Tierschutz und das Wohlergehen der Tiere, das dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft beigefügt ist (ABl. 1997, C 340, S. 110), durch die Mitgliedstaaten sichtbar gemacht hat. Der Gerichtshof hat im Übrigen wiederholt auf das Interesse der Gemeinschaft an der Gesundheit und am Schutz der Tiere hingewiesen (vgl. Urteil vom 17. Januar 2008, Viamex Agrar Handel und ZVK, C-37/06 und C-58/06, Slg. 2008, I-0000, Randnrn. 22 und 23 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Zweitens ist daran zu erinnern, dass nach Art. 30 EG³⁰ die Art. 28 EG und 29 EG Verboten oder Beschränkungen, die u. a. zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen und Tieren gerechtfertigt sind, nicht entgegenstehen, ... und dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Schutz der Gesundheit und des Lebens von Tieren vom Gemeinschaftsrecht als wesentliches Erfordernis anerkannt wird (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 11. Mai 1999, Monsees, C-350/97, Slg. 1999, I-2921, Randnr. 24).

²⁸ EuGH, Urt. v. 19. Juni 2008 - C 219/07, Rn. 29 (Nationale Raad van Dierenkwekers).

²⁹ EuGH, Urt. v. 1. April 1982 - Rs. 141 u.a./81, Rn. 13 (Holdijk).

³⁰ Die Regelungen der Art. 28 - 30 EG sind jetzt in Art. 34 - 36 AEUV niedergelegt.

*Drittens ist zur Gefahr, dass Tiere, falls sie entlaufen, in freier Natur überleben und dadurch **eine ökologische Gefahr** darstellen könnten, daran zu erinnern, dass nach ständiger Rechtsprechung Beschränkungen des freien Warenverkehrs durch **zwingende Erfordernisse etwa des Umweltschutzes** gerechtfertigt sein können (vgl. Urteile vom 14. Juli 1998, Bettati, C-341/95, Slg. 1998, I-4355, Randnr. 62, und vom 12. Oktober 2000, Snellers, C-314/98, Slg. 2000, I-8633, Randnr. 55).³¹*
(Hervorhebung durch d. Verf.)

cc) Verhältnismäßigkeit

(1) Negativliste nicht gleichermaßen geeignet

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt zunächst, dass keine weniger einschränkenden Maßnahmen in Betracht kommen. Die Befugnis der Mitgliedstaaten, die Einfuhr von Tieren aus anderen Mitgliedstaaten, wo sie rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden sind, zu verbieten, ist auf das Maß dessen zu beschränken, was zur Erreichung der berechtigterweise verfolgten Schutzziele erforderlich ist.

Bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sind in dem hiesigen Kontext jedoch die besondere Natur der fraglichen Tierarten und die soeben (siehe Ziffer II.2.c)bb)) genannten legitimen Ziele und Erfordernisse zu berücksichtigen.

Überdies gilt das Folgende:

Negativlisten sind zwangsläufig stets reaktiv. Sie basieren darauf, dass sie den Handel und die Haltung bestimmter Tierarten einschränken oder verbieten. Der Handel und die Haltung von Tierarten, die nicht auf der Negativliste aufgeführt sind, werden mithin überhaupt nicht adressiert. Das ist nicht nur, aber insbesondere in Bezug auf Reptilien, Amphibien

³¹ EuGH, Urt. v. 19. Juni 2008 - C 219/07, Rn. 27 - 29 (Nationale Raad van Dierenkwekers).

und Fische relevant, die tatsächlich einen Großteil der im „Heimtierhandel“ befindlichen Tiere ausmachen.

Für viele im Handel befindliche Wildtierarten fehlen zudem (ausreichende) wissenschaftliche Kenntnisse über ihre Biologie, weshalb sie bereits nicht in eine Negativliste aufgenommen werden würden.

Darüber hinaus wäre eine Negativliste, die sämtliche Tierarten der verschiedenen Tiergruppen (Säugetiere, Vögel, Reptilien, Amphibien, Fische, Insekten, Spinnentiere usw.) umfasst, die aus Gründen des Tier-, Arten- und Naturschutzes sowie aus Gründen des Gesundheitsschutzes und der öffentlichen Sicherheit nicht für die Privathaltung geeignet sind, extrem lang, sie würde voraussichtlich tausende von Arten enthalten und wäre damit kaum vollzugstauglich.

Außerdem wären kontinuierliche Aktualisierungen erforderlich - auch weil das im Handel befindliche Artenspektrum ständig variiert, die Taxonomie immer wieder aktualisiert wird und neu beschriebene Arten zu berücksichtigen wären.

Für die Aufnahme einer Tierart in eine Positivliste müsste demgegenüber nachgewiesen werden, dass und wie eine „Heimtierhaltung“ derart möglich ist, dass sie keinem der genannten legitimen Ziele widerspricht, also weder

- dem Wohlbefinden der Tiere noch
- dem Schutz ihres Leben und ihrer Gesundheit noch
- dem Arten- und Biodiversitätsschutz sowie
- dem Gesundheitsschutz des Menschen und
- dem Schutz der öffentlichen Sicherheit bei Freisetzung bzw. Entkommen eines Tieres.

Eine Positivliste vermeidet dadurch gerade das Schutzdefizit, das für bislang nicht rechtlich besonders geschützte Tierarten besteht. Auch neu beschriebene oder „neu in den Handel kommende“ Tierarten wären von einer Positivliste präventiv geschützt.

Eine Positivliste wäre zudem deutlich kürzer als eine Negativliste und damit in hohem Maße vollzugstauglicher.

Dementsprechend gelangt der EuGH ausdrücklich zu der Auffassung, dass ein „bloßes“ Negativlistensystem wohl nicht ausreicht, um das Ziel des Schutzes bzw. der Beachtung des Wohlbefindens der Tiere, des Schutzes ihres Lebens und ihrer Gesundheit sowie die Erfordernisse des Umweltschutzes zu erreichen. Die Anwendung eines solchen Systems könnte nämlich, so der EuGH, dazu führen, dass Exemplare einer Tierart, solange diese nicht in diese Liste aufgenommen ist, ohne Einschränkung gehalten werden könnten, obwohl keine wissenschaftliche Bewertung vorgenommen worden wäre, mit der sichergestellt wird, dass diese Haltung nicht mit einer Gefährdung der Wahrung der genannten Belange und Erfordernisse einhergeht.³²

Der EuGH hat damit klargestellt, dass *Negativlisten ungleich weniger effektiv die mit der Positivliste verfolgten Zwecke fördern - gerade auch im Hinblick auf Tierarten, über die noch keine ausreichenden wissenschaftlichen Erkenntnisse existieren.*

Das Beispiel Belgien zeigt übrigens auch, dass eine Positivliste außerdem ein geeignetes Instrument darstellt, um den Onlinehandel mit Wildtierarten zu kontrollieren.³³

Mit anderen Worten, eine Negativliste ist nicht in gleicher Weise geeignet zur Zielerreichung wie eine Positivliste.

(2) Notwendige Kriterien für die Listenaufstellung

Für die Gewährleistung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in den Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit müssen schließlich bestimmte Kriterien bei der Aufstellung einer Positivliste erfüllt sein:

³² EuGH, Urt. v. 19. Juni 2008 - C 219/07, Rn. 32 (Nationale Raad van Dierenkwekers); EuGH, Urt. v. 12. Juli 2005 - C 154/04 u.a., Rn. 70 (Alliance for Natural Health u.a.).

³³ Siehe <https://www.mdpi.com/2076-2615/10/12/2371/pdf> .

- Die Kriterien müssen zunächst objektiv und nicht diskriminierend sein.³⁴
- Sodann muss ein Verfahren vorgesehen werden, das es ermöglicht, die Aufnahme neuer Tierarten in die bzw. die Streichung von Tierarten von der nationale(n) Liste der zugelassenen Arten zu erreichen. Dieses Verfahren muss leicht zugänglich sein, das heißt, es muss in einem Rechtsakt von allgemeiner Geltung ausdrücklich vorgesehen sein, und innerhalb eines angemessenen Zeitraums abgeschlossen werden können; falls es mit einer Ablehnung, die mit Gründen versehen sein muss, endet, muss diese in einem gerichtlichen Verfahren angefochten werden können.³⁵
- Ein Antrag auf Aufnahme einer Art in die Liste der Arten von Tieren, die gehalten werden dürfen, darf von den zuständigen Behörden nur auf der Grundlage einer eingehenden Bewertung des mit der Haltung von Exemplaren der fraglichen Art für die Wahrung der genannten Belange und Erfordernisse verbundenen Risikos abgelehnt werden, die anhand der zuverlässigsten verfügbaren wissenschaftlichen Daten und der neuesten Ergebnisse der internationalen Forschung getroffen wird.³⁶ Wenn es sich als unmöglich erweist, das Bestehen oder den Umfang des in Betracht gezogenen Risikos mit Sicherheit festzustellen, weil die Ergebnisse der durchgeführten Studien unzureichend, unschlüssig oder ungenau sind, die Wahrscheinlichkeit eines tatsächlichen Schadens für die Gesundheit von Menschen oder Tieren oder für die Umwelt jedoch fortbesteht, falls das Risiko

³⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 19. Juni 2008 - C 219/07, Rn. 34 (Nationale Raad van Dierenkwekers); EuGH, Urt. v. 23. September 2003 - C 192/01, Rn. 53 (Kommission/Dänemark).

³⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 19. Juni 2008 - C 219/07, Rn. 35 (Nationale Raad van Dierenkwekers); EuGH, Urt. v. 16. Juli 1992 - C 344/90, Rn. 9 (Kommission/Frankreich).

³⁶ Vgl. EuGH, Urt. v. 19. Juni 2008 - C 219/07, Rn. 36, 37 (Nationale Raad van Dierenkwekers); EuGH, Urt. v. 12. Juli 2005 - C 154/04 u.a., Rn. 73 (Alliance for Natural Health u.a.); EuGH, Urt. v. 16. Juli 1992 - C 344/90, Rn. 10 (Kommission/Frankreich).

eintritt, rechtfertigt das Vorsorgeprinzip den Erlass beschränkender Maßnahmen.³⁷ Das bedeutet im Ergebnis, dass der Antragsteller die Beweislast für das fehlende Risiko trägt.

- Es muss schließlich in einem transparenten Verfahren die Möglichkeit individueller Ausnahmen für Experten bestehen. Diese individuellen Ausnahmen sind nicht auf Tierarten, sondern auf die konkreten Tierhalter zu beziehen. Insofern muss das Erfordernis bestehen, dass diese jeweils im Einzelfall ihre Fachexpertise nachweisen müssen.³⁸

(3) Vorsorgeprinzip, Art. 191 AEUV

Neben den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten „beschränkenden“ Kriterien für die Ausgestaltung einer Positivliste (siehe soeben Ziffer II.2.c)cc)(2)), gilt auch hier Art. 191 Abs. 2 S. 1 AEUV.

Das dort normierte Vorsorgeprinzip verpflichtet die Umweltpolitik der EU und ihrer Mitgliedstaaten auf ein hohes Schutzniveau. Art. 191 Abs. 2 S. 2 AEUV legt fest, dass die Umweltpolitik auf den „Grundsätzen der Vorsorge und Vorbeugung“ beruht. Art. 191 Abs. 2 S. 2 AEUV konstituiert einen allgemeinen verbindlichen Handlungsauftrag. Das Vorsorgeprinzip im Sinne dieser Vorschrift legitimiert zum Handeln bereits bei einer bloßen Besorgnis möglicher Umweltbeeinträchtigungen unterhalb der Gefahrenschwelle. Es verpflichtet auf eine Risikovermeidung.³⁹

³⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 19. Juni 2008 - C 219/07, Rn. 38 (Nationale Raad van Dierenkwekers).

³⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 19. Juni 2008 - C 219/07, Rn. 43 (Nationale Raad van Dierenkwekers).

³⁹ Siehe nur *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Auflage 2021, Art. 191 AEUV Rn. 28, 31; *ders.*, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, S. 153 ff.; *Schröder*, *Umweltschutz als Gemeinschaftsziel und Grundsätze des Umweltschutzes*, in: *Rengeling* (Hrsg.), *Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht*, Neuausgabe 2003, § 9 Rn. 35; *Lübbe-Wolff*, *Präventiver Umweltschutz - Auftrag und Grenzen des Vorsorgeprinzips im deutschen und europäischen Recht*, in: *Bizer/Koch* (Hrsg.), *Sicherheit, Vielfalt, Solidarität*, 1998, S. 51 ff.; *Wahl/Appel*, *Prävention und Vorsorge*, 1995, S. 58 ff.

Maßnahmen zum Schutz der Umwelt sollen nicht erst bei drohenden Schäden durch konkrete Umweltgefahren eingreifen, sondern bereits im Gefahrenvorfeld bei der Risikominimierung ansetzen. Eines Nachweises im Sinne einer lückenlosen Kausalkette bedarf es im Rahmen des Vorsorgeprinzips gerade nicht.

Daraus folgt eine Pflicht zu einer möglichst weit vorausschauenden und planenden Umweltvorsorge, die darauf ausgerichtet ist, Schäden erst gar nicht entstehen zu lassen.

Der EuGH hat wiederholt zum Vorsorgeprinzip judiziert, im Ergebnis führt diese Rechtsprechung zu einer Umkehr der Beweislast: Wenn es sich nämlich als unmöglich erweist, das Bestehen oder den Umfang des behaupteten Risikos mit Sicherheit festzustellen, weil die Ergebnisse der durchgeführten Studien unzureichend, nicht schlüssig oder ungenau sind, die Wahrscheinlichkeit eines tatsächlichen Schadens zum Beispiels für die öffentliche Gesundheit jedoch fortbesteht, falls das Risiko eintritt, rechtfertigt das Vorsorgeprinzip den Erlass beschränkender Maßnahmen, wenn sie objektiv und nicht diskriminierend sind.⁴⁰

Das Vorsorgeprinzip ist auch maßgebliche Grundlage des Artenschutzrechts sowie des Schutzes der Biodiversität.

Dementsprechend hat der EuGH auch mit Blick auf nationale Positivlisten für die Haltung von „Heimtieren“ festgestellt:

„Wenn es sich als unmöglich erweist, das Bestehen oder den Umfang des in Betracht gezogenen Risikos mit Sicherheit festzustellen, weil die Ergebnisse der durchgeführten Studien unzureichend, unschlüssig oder ungenau sind, die Wahrscheinlichkeit eines tatsächlichen Schadens für die Gesundheit von Menschen oder Tieren oder für die Umwelt jedoch fortbesteht, falls das Risiko eintritt, rechtfertigt das Vorsorgeprinzip

⁴⁰ EuGH, Urt. v. 8. Juli 2010 - C 343/09, Rn. 61 (Afton Chemical); EuGH, Urt. 28. Januar 2010 - C 333/08, Rn. 92 (Kommission ././ Frankreich).

den Erlass beschränkender Maßnahmen.“⁴¹

Anders ausgedrückt, „im Zweifel“ für ein Verbot der Heimhaltung einer bestimmten Tierart und mithin „im Zweifel“ **keine Aufnahme einer Tierart in eine Positivliste**.

d) FFH-Richtlinie 92/43/EWG

Hinsichtlich der nach der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (FFH-Richtlinie)⁴² besonders geschützten Arten begründet Art. 12 Abs. 2 FFH-Richtlinie für Tierarten des Anhangs IV lit. a) der Richtlinie sogar eine Pflicht der Mitgliedstaaten, den Besitz zu untersagen:⁴³

„Für diese Arten verbieten die Mitgliedstaaten Besitz, Transport, Handel oder Austausch und Angebot zum Verkauf oder Austausch von aus der Natur entnommenen Exemplaren...“.

Wie Art. 8 Abs. 2 der Artenschutzverordnung (EG) Nr. 338/97 folgt die FFH-Richtlinie hiermit jedoch der Regelungssystematik von Verboten und mithin von Negativlisten.

Ebenso wie die Artenschutzverordnung (EG) Nr. 338/97 ist die FFH-Richtlinie allerdings auf Grundlage des Umweltkompetenztitels erlassen worden. Das bedeutet, die Schutzverstärkungsklausel des Art. 193 AEUV sowie das Vorsorgeprinzip des Art. 191 Abs. 2 S. 1 AEUV finden auch insofern uneingeschränkt Anwendung.

Die entsprechenden obigen Ausführungen, auch mit Blick auf die Rechtfertigung eines Eingriffs in den Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit durch eine Positivliste für die legale Haltung von

⁴¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 19. Juni 2008 - C 219/07, Rn. 38 (Nationale Raad van Dierenkwekers).

⁴² Richtlinie 92/43/EWG des Rates zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen v. 21. Mai 1992, ABl. 1992 L 206, 7.

⁴³ Siehe auch *Heugel/Fellenberg*, in: Lütkes/Ewer (Hrsg.), BNatSchG, 2. Aufl. 2018, § 44 Rn. 25; *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: Dezember 2021, § 44 BNatSchG Rn. 28; *Gläß*, in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), Beck-Onlinekommentar, Stand: April 2022, § 44 BNatSchG Rn 46.

„Heimtieren“, gelten mit Blick auf über die FFH-Richtlinie hinausgehendes nationales Recht folglich gleichermaßen.

3. Zwischenergebnis

Nach alledem sind Positivlisten für legal zu haltende „Heimtiere“ grundsätzlich mit dem Völker- und Unionsrecht vereinbar, wenn sie auf objektiven sachlichen Kriterien für die Erstellung einer solchen Liste beruhen und ein gerichtlich überprüfbares, an wissenschaftlichen Erkenntnissen orientiertes Verfahren für die Aufnahme neuer Tierarten in die bzw. die Streichung von Tierarten aus der Liste vorsehen.⁴⁴ Das gilt für alle Tierarten und ist nicht etwa auf gesetzlich bereits besonders geschützte Arten beschränkt.

Das Vorsorgeprinzip verlangt dabei, dass „im Zweifel“ ein Verbot der Heimhaltung einer bestimmten Tierart geboten ist und mithin „im Zweifel“ keine Aufnahme einer Tierart in eine Positivliste erfolgen darf.

III. Rechtliche Gebotenheit einer nationalen Positivliste

Eine nationale Positivliste für legal als „Heimtiere“ zu haltende - und mithin legal als „Heimtiere“ zu handelnde - Tierarten ist nicht nur zulässig, sondern auch geboten:

1. Vorsorgeprinzip

a) Das Vorsorgeprinzip aus Art. 191 Abs. 2 S. 1 AEUV gebietet nicht nur bei wissenschaftlicher Unsicherheit betreffend eine Tierart, diese „im Zweifel“ *nicht* in eine Positivliste aufzunehmen (siehe oben Ziffer II.2.c)cc(3)). Es gebietet vielmehr, *überhaupt tatsächliche wirksame Instrumente zur Zielerreichung* einzusetzen.

⁴⁴ Im Ergebnis ebenso *Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages*, Die Vereinbarkeit von Positivlisten für legal zu haltende Heimtiere mit Unionsrecht, PE 6 - 3000 - 8/15 , 3. Februar 2015.

Kann eine negative Regelungssystematik die legitimen und herausragenden Ziele des Wohlergehens von Tieren, des Schutzes von Leben und Gesundheit von Menschen und Tieren sowie des Schutzes der Umwelt und öffentlichen Sicherheit (dazu Ziffer II.2.c)bb)) nicht hinreichend effektiv gewährleisten, verbietet es das Vorsorgeprinzip, (allein) hieran weiter festzuhalten und zur Verfügung stehende tatsächlich geeignete(re) Instrumente nicht zu ergreifen. Es gebietet, wirksame Maßnahmen zu unternehmen.

Dass eine unionsweite Positivliste wünschenswert wäre,⁴⁵ entledigt den deutschen Gesetz- und Ordnungsgeber dabei nicht, seiner originären Verantwortung auf nationaler Ebene nachzukommen. Jeder einzelne Mitgliedstaat ist, wie die EU insgesamt, direkt an das Vorsorgeprinzip gebunden.

2. Staatsziel Tierschutz, Art. 20a GG

Vorstehendes folgt auf nationaler Ebene übrigens unmittelbar auch aus Art. 20a GG und § 1 Tierschutzgesetz (TierSchG).

a) Gemäß 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.“* (Hervorhebung durch d. Verf.)

Die Aufnahme der Staatsziels „Tierschutz“ in die Verfassung wurde 2002 wie folgt begründet:

„Die Herleitung der verfassungsrechtlichen Absicherung des

⁴⁵ Im Juni 2021 hat das EU-Parlament in seiner Resolution zur EU-Biodiversitätsstrategie 2030 die Forderung nach einer Positivliste für die legale Haltung von Heimtieren aufgenommen, siehe https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0277_EN.pdf, dort § 131, S. 32.

Tierschutzes aus dem bereits in Artikel 20a Grundgesetz geregelten Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen genügt nicht, da der Schutz des einzelnen Tieres vor vermeidbaren Leiden, Schäden oder Schmerzen nicht erfasst ist. Diese Regelungslücke gilt es daher zu schließen und durch die ausdrückliche Verankerung des Tierschutzes in der Verfassung die Verwirklichung eines wirksamen Tierschutzes zu verbessern.

...⁴⁶

Der Schutzauftrag des Staates aus Art. 20a GG erstreckt sich damit seit 20 Jahren nicht „nur“ auf den Artenschutz oder den Schutz einer bestimmten Gattung, sondern explizit und gerade auch auf den Schutz jedes einzelnen Tieres.⁴⁷ Das Tier ist als je eigenes Lebewesen zu schützen.⁴⁸ Jedes *einzelne Tier* wird seit 2002 auf höchster Ebene als Individuum⁴⁹ und um seiner selbst Willen geschützt,⁵⁰ das einzelne Tier ist vom Grundgesetz ausdrücklich und unmittelbar als Schutzobjekt erfasst.⁵¹

Das gilt uneingeschränkt für vom Menschen gehaltene Nutztiere ebenso wie für „Heimtiere“.

⁴⁶ BT-Drs. 14/8860, S. 3.

⁴⁷ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20a Rn. 56.

⁴⁸ BVerfG, Beschl. v. 12. Oktober 2010 - 2 BvF 1/07, BVerfGE 127, 293 Rn. 121.

⁴⁹ BVerfG, Beschl. v. 12. Oktober 2010 - 2 BvF 1/07 - BVerfGE 127, 293, 328; *Gärditz*, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Stand: Dezember 2021, Art. 20a GG Rn. 20; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth (Hrsg.)*, Grundgesetz, in der 12. Aufl. 2012, Art. 20a Rn. 12.

⁵⁰ Vgl. BT-Drs. 14/8860, S. 3; BT-Prot. 14/237, S. 23664; BVerfG, Beschl. v. 12. Oktober 2010 - 2 BvF 1/07 - BVerfGE 127, 293, 328; *Gärditz*, a.a.O., Art. 20a GG Rn. 20; *Schulze-Fielitz*, a.a.O., Art. 20a Rn. 55 f.; *Murswiek*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 20a Rn. 31b; *Krings*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, 15. Aufl. 2021, Art. 20a Rn. 30; *Epiney*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, Art. 20a Rn. 88; *Lorz/Metzger*, Tierschutzgesetz, 7. Aufl. 2019, Art. 20a GG Rn. 3 ff.; *Hirt/Maisack/Moritz*, Tierschutzgesetz, 3. Aufl. 2016, § 1 Rn. 2; *Gruber*, Rechtsschutz für nichtmenschliches Leben, 2006, S. 178.

⁵¹ Siehe entsprechend für die von Art. 20a GG umfassten Umweltgüter: *Voßkuhle*, Umweltschutz und Grundgesetz, NVwZ 2013, 1, 4; *Steinberg*, Der ökologische Verfassungsstaat, 1998, S. 81 und S. 83.

Staatsziele sind Verfassungsnormen mit rechtlich bindender Wirkung, die aller staatlichen Gewalt die fortdauernde Beachtung oder Erfüllung bestimmter Aufgaben vorschreiben.⁵² Das Staatsziel „Tierschutz“ bedeutet folglich einen permanenten Konkretisierungsauftrag mit Nachbesserungspflicht.⁵³

b) Das geltende einfachgesetzliche Tierschutzrecht nimmt, indem es dem Interessenschutz von Tieren dient, Tiere als Interessensträger wahr.⁵⁴ Die geltende Rechtsordnung erkennt die Interessenfähigkeit von Tieren ausdrücklich an. Sie gesteht Tieren ein Empfindungsvermögen für Schmerzen und Leiden zu:

Gemäß § 1 S. 2 TierSchG darf niemand einem Tier ohne vernünftigen Grund Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügen. Dieses gesetzliche Verbot beruht auf der Einsicht in die Empfindungs-, Schmerz- und Leidensfähigkeit des Tieres.⁵⁵ Es gilt allgemein, ist also nicht etwa „lediglich“ auf Säugetiere beschränkt.

Das geltende Recht qualifiziert Tiere zudem als solche Wesen, die nicht nur im Besitz eigener Interessen, sondern überdies um ihrer selbst willen, das heißt intrinsisch schutzwürdig sind und denen gegenüber direkte, ihnen selbst geschuldete Pflichten bestehen.

Auch die Mitgeschöpflichkeit und intrinsische Schutzwürdigkeit der Tiere liegen seit 2002 ausdrücklich dem Grundgesetz zugrunde:

„Daraus [aus der Leidens- und Empfindungsfähigkeit, d. Verf.] folgt die Verpflichtung, Tiere in ihrer Mitgeschöpflichkeit zu achten und ihnen vermeidbare Leiden zu ersparen.“⁵⁶

⁵² Bericht der Sachverständigenkommission des Bundesinnen- und des Bundesjustizministeriums „Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge“, 1983, Rn. 7.

⁵³ Lorz/Metzger, a.a.O., Art. 20a GG Rn. 12; Caspar/Geissen, Das neue Staatsziel Tierschutz in Art. 20a GG, NVwZ 2002, 913, 915.

⁵⁴ Stucki, Grundrechte für Tiere, 2015, S. 271.

⁵⁵ Vgl. v. Loeper, in: Kluge (Hrsg.), Tierschutzgesetz, 2002, § 1 Rn. 19; Lorz/Metzger, a.a.O., § 1 Rn. 19 ff.

⁵⁶ BT-Dr. 14/8660, S. 3.

Das Tierschutzrecht gewährt dem Tier einen ethisch begründeten, individuellen und unmittelbaren Schutz. Es geht nicht mehr in erster Linie um menschliche Interessen oder menschliches Empfinden, sondern um den Schutz des Tieres um des Tieres willen.⁵⁷

Seit 1986 bestimmt § 1 S. 1 TierSchG:

„Zweck dieses Gesetzes ist es, aus der Verantwortung des Menschen für das Tier als Mitgeschöpf dessen Leben und Wohlbefinden zu schützen.“

Der sowohl nach Art. 20a GG als auch nach § 1 TierSchG (verfassungs)rechtlich gebotene Individualtierschutz gilt unabhängig davon, ob es um ein Nutz- oder um ein Heimtier geht.

c) Das heißt, der deutsche Gesetz- und Ordnungsgeber kann nicht nur vor dem Hintergrund des Völker- und Unionsrecht durch eine Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“ tätig werden. Sein diesbezüglicher Gestaltungsspielraum ist darüber hinaus durch das Vorsorgeprinzip und Art. 20a GG, § 1 TierSchG maßgeblich hin zu einem **Gebot für ein entsprechendes Tätigwerden** reduziert. Das gilt jedenfalls in Anbetracht des oben unter Ziffer I. Dargestellten.

IV. Ausgestaltung einer nationalen Positivliste und Regelungserfordernisse im deutschen Recht

1. Gesetzgebungskompetenz des Bundes

a) Vorliegend stehen zum einen das Wohlbefinden des einzelnen Tieres sowie der Schutz seines Lebens und seiner Gesundheit und damit der Tierschutz in Rede. Zugleich geht es maßgeblich um den Arten- und Biodiversitätsschutz als Teilbereich des Naturschutzes.

⁵⁷ Vgl. *Lorz/Metzger*, a.a.O., Einführung, Rn. 52; *Hirt/Maisack/Moritz*, a.a.O., § 1 Rn. 2; *Gruber*, a.a.O., S. 173.

Tierschutz und Naturschutz sind gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG bzw. gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG Gegenstände der konkurrierenden Gesetzgebung.

Das heißt, die Länder dürfen hier nur dann gesetzgeberisch tätig werden, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit keinen Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG).

Für den Naturschutz gilt dabei die so genannte „Erforderlichkeitsklausel“ des Art. 72 Abs. 2 GG bereits nicht. Das Recht des Artenschutzes als Teil des Naturschutzes ist überdies ausdrücklich auch von der Abweichungskompetenz der Länder nach Art. 72 Abs. 3 S.1 Nr. 2 GG ausgenommen. Dem Bund steht danach eine uneingeschränkte Gesetzgebungskompetenz für Aspekte des Arten- und Biodiversitätsschutzes zu.

Ebenso wenig können vorliegend aus der Perspektive des Tierschutzes an der Erforderlichkeit einer bundeseinheitlichen Regelung zur Wahrung der Rechtseinheit ernsthafte Zweifel bestehen. Es ist auch insofern von einer uneingeschränkten Gesetzgebungskompetenz des Bundes auszugehen, zumal mit §§ 2, 2a, 13 Abs. 3 TierSchG bereits bundesrechtliche Regelungen zur Haltung von Tieren existieren.

Dass eine aus Gründen des Tier- und Naturschutzes erlassene „Bundes-Positivliste“ quasi als Reflex auch Aspekte des Gesundheitsschutzes und der Gefahrenwehr und damit originäre Kompetenzen der Länder betreffend die öffentliche Sicherheit tangiert, indem indirekt auch Risiken für die Bevölkerung durch Infektionsgefahren sowie durch das Freisetzen oder das Entkommen von Gefahrentieren adressiert werden, ändert an der Gesetzgebungskompetenz des Bundes nichts. Denn für die Frage, welchem Kompetenzbereich eine Vorschrift angehört, kommt es

insbesondere auf den Schwerpunkt der Regelung an.⁵⁸ Dieser liegt hier, siehe soeben, klar im Bereich des Tier- und Naturschutzes.

b) Das Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) sieht in § 44 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BNatSchG Besitzverbote vor. Davon umfasst werden alle besonders geschützten Arten im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 13 BNatSchG, also alle Tierarten des Anhangs IV der FFH-Richtlinie, alle in Europa natürlich vorkommenden Vogelarten, alle Tierarten der Anhänge A oder B der Verordnung (EG) Nr. 338/97 sowie die in der Anlage 1, Spalte 2 der Bundesartenschutzverordnung mit einem Kreuz (+) gekennzeichneten Arten. Verboten ist danach auch das Innehaben des Besitzes oder Gewahrsams von lebenden Exemplaren dieser Tierarten.

§ 44 Abs. 1 BNatSchG folgt damit indes der „negativen“ Regelungssystematik. Zudem werden nur gesetzlich bereits geschützte Arten erfasst; das gilt auch in Bezug auf die Verordnungsermächtigung in § 54 Abs. 5 Nr. 1 BNatSchG. Allgemeine „Haltungsvorgaben“ sieht das Bundesnaturschutzgesetz nur für Zoos und Tiergehege vor (vgl. §§ 42 Abs. 2, 43 Abs. 2 BNatSchG).

Das Tierschutzgesetz regelt demgegenüber in § 2 TierSchG jegliche Form der Tierhaltung, also auch die „Heimtierhaltung“. Und § 13 Abs. 3 TierSchG enthält bereits eine Verordnungsermächtigung für Verbote für das Halten von wildlebenden Tieren vor, „soweit es zum Schutz der Tiere erforderlich ist“. Die von der Verordnung nach § 13 Abs. 3 TierSchG gemeinten Tiere selbst sind nicht (mehr) wildlebend, sondern „in der Hand des Menschen“.⁵⁹

Insgesamt erscheint es deshalb näherliegend, die rechtlichen Grundlagen für eine Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“ im Tierschutzgesetz zu verankern.

⁵⁸ Siehe nur *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 70 Rn. 62; *Rozek*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 70 Rn. 55 f.

⁵⁹ *Lorz/Metzger*, a.a.O., § 13 Rn. 18.

2. Grundsätzliche Entscheidung durch Parlamentsgesetz, konkrete Ausgestaltung durch Verordnung

a) Die grundsätzliche Entscheidung, die Haltung von „Heimtieren“ zu verbieten und sie nur ausnahmsweise für bestimmte Tierarten zuzulassen, also die Entscheidung für ein *grundsätzliches Verbot der „Heimtierhaltung“ mit Ausnahmevorbehalt*, ist - insbesondere auch vor dem Hintergrund der Staatszielbestimmung des Art. 20a GG - wesentlich. Die Wesentlichkeitstheorie verlangt, dass normative Angelegenheiten von besonderer Wichtigkeit nur einer Regelung durch Parlamentsgesetz zugänglich sind. Insofern bestehen vorliegend zwei Möglichkeiten:

aa) In Bezug auf die Käfighaltung von Hühnern wurde es als ausreichend angesehen, dass die grundsätzliche Entscheidung für die Zulassung einer Haltungsart „nur“ durch eine gesetzliche Verordnungsermächtigung in § 2a Abs. 1 TierSchG getroffen wurde. Der parlamentarische Gesetzgeber habe durch die Verordnungsermächtigung ausdrücklich eine nähere Ausgestaltung der Haltung (von Tieren in Käfigen) zugelassen und damit ausreichend das „Wesentliche“ selbst geregelt.⁶⁰

In Betracht käme folglich, das Tierschutzgesetz allein um eine weitere Verordnungsermächtigung zu ergänzen.

bb) Ein grundsätzliches Verbot der Haltung von „Heimtieren“ geht in seiner Grundsätzlichkeit über die Regelung „bloßer“ Anforderungen, zu deren Festlegung § 2a Abs. 1 TierSchG ermächtigt hinaus. Entsprechendes gilt mit Blick auf die Verordnungsermächtigung in § 13 Abs. 3 TierSchG.

Vor diesem Hintergrund erscheint es empfehlenswert, zunächst § 2 TierSchG ausdrücklich um eine entsprechende Verbotregelung zu ergänzen sowie sodann in einem neuen § 13 Abs. 4 TierSchG eine Verordnungsermächtigung zu Kriterien und zur näheren Ausgestaltung einer Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“ zu normieren.

⁶⁰ Vgl. BVerfG, Urt. 6. Juli 1999 - 2 BvF 3/90, BVerfGE 101, 1, 34 f.

Für § 2 TierSchG ist übrigens anerkannt, dass „Haltung“ nicht das Eigentum oder den Eigenbesitz voraussetzt.⁶¹

b) Der Tierschutz liegt federführend im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft (BMEL). Da aber zugleich der Arten- und Biodiversitätsschutz ein maßgebliches mit der Positivliste verfolgtes Ziel ist, sollte bzw. müsste die Ausgestaltung der konkreten Positivliste seitens des BMEL zusammen mit dem Bundesministerium für Umwelt und Verbraucherschutz (BMUV) erfolgen.

c) Konkret ergibt sich aus dem Vorstehenden, dass der jetzige § 2 TierSchG der § 2 Abs. 1 TierSchG wird und ein (neuer) § 2 Abs. 2 TierSchG enthält sodann die grundsätzliche Verbotsregelung mit Ausnahmevorbehalt als Grundlage für die Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“. Die Vorschrift lautete dann:

„§ 2

(1) Wer ein Tier hält, betreut oder zu betreuen hat,

1. muss das Tier seiner Art und seinen Bedürfnissen entsprechend angemessen ernähren, pflegen und verhaltensgerecht unterbringen,

2. darf die Möglichkeit des Tieres zu artgemäßer Bewegung nicht so einschränken, dass ihm Schmerzen oder vermeidbare Leiden oder Schäden zugefügt werden,

3. muss über die für eine angemessene Ernährung, Pflege und verhaltensgerechte Unterbringung des Tieres erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügen.

(2) Als Heimtiere im Sinne des Europäischen Übereinkommens zum Schutz von Heimtieren vom 13. November 1987 dürfen nur die Tiere gehalten werden, die zu den Tierarten gehören, die in einer Liste auf Grundlage von

⁶¹ Lorz/Metzger, a.a.O., § 2 Rn. 8; siehe auch § 833 BGB.

§ 13 Abs. 4 („Positivliste“) aufgeführt werden. Im Übrigen ist die Haltung eines Tieres als Heimtier verboten.“

Mit der Bezugnahme auf das „Europäische Übereinkommen zum Schutz von Heimtieren“ wird zum einen an bereits geltendes Recht angeknüpft.

d) Weiter wird der jetzige § 13 TierSchG um einen neuen Absatz 4 TierSchG ergänzt:

(4) „Das Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft wird ferner ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Umwelt und Verbraucherschutz in einer Rechtsverordnung Kriterien zu benennen, nach denen Tierarten bestimmt werden, deren Haltung als Heimtiere im Sinne des Europäischen Übereinkommens zum Schutz von Heimtieren vom 13. November 1987 allein zulässig ist. Die Bundesministerien werden ferner ermächtigt, die Tierarten, die diese Kriterien erfüllen, im Einzelnen in einer Liste („Positivliste“) als Anlage zu der Verordnung aufzuführen. Die Verordnung nach Satz 1 ist samt ihrer Anlage spätestens innerhalb von zwei Jahren nach Inkrafttreten dieser Ermächtigung zu erlassen. Sie ist an wissenschaftlichen Erkenntnissen zu orientieren und muss ein gerichtlich überprüfbares Verfahren für die Aufnahme neuer Tierarten in die Liste bzw. die Streichung von Tierarten von der Liste sowie Übergangsfristen für zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verordnung in Heimhaltung befindliche Tiere vorsehen. Die Verordnung enthält ferner Vorgaben für den Nachweis einer gewerblichen Haltung.“

3. Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

Das vorliegende Gutachten prüft auftragsgemäß „nur“ die Zulässigkeit einer Positivliste für die Haltung von „Heimtieren“. Die vorgeschlagene

Regelung betrifft dementsprechend die Haltung von Tieren zu privaten Zwecken und tangiert in der Folge auch ausschließlich den Handel mit „Heimtieren“.

Haltung und Handel von Tieren für gewerbliche Zwecke sind folglich nicht adressiert, so dass das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG mit Blick etwa auf Zoos u.ä. nicht betroffen ist und es insoweit keiner Ausnahmemöglichkeit bedarf.

Das gilt gleichermaßen mit Blick auf „Tierhändler“. Sie können unverändert Tiere von Tierarten handeln, die zwar nicht auf der Positivliste stehen, aber zu gewerblichen Zwecken gehalten werden sollen. Allerdings sollte die zu erlassende Verordnung Kriterien vorgeben, anhand derer der Händler den Nachweis der gewerblichen Haltung wirksam überprüfen kann (siehe oben den Regelungsvorschlag für § 13 Abs. 4 S. 5 TierSchG).

Das Berufsbild des „Tierhändlers“ ist deshalb in weiten Teilen bereits gar nicht tangiert, so dass bereits fraglich ist, ob mit der hier vorgeschlagenen Regelung überhaupt eine berufsregelnde Tendenz gegeben wäre und in den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG überhaupt eingegriffen würde.

Selbst wenn man dies hier mit Blick auf die künftige Unzulässigkeit eines Handels mit Tieren von Tierarten, die auf einer Positivliste stehen und als „Heimtiere“ gehalten werden sollen, annehmen wollte, gilt:

Das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG ist als Wirtschaftsgrundrecht auf gesetzgeberische Ausgestaltung angewiesen. Das heißt, der Gesetzgeber kann die Berufsfreiheit ausgestalten und ändern. Für die Berufsfreiheit ist dies mit der Regelungsbefugnis für Berufsbilder ausdrücklich anerkannt.⁶²

Der Gesetzgeber kann demnach den gewerblichen Handel mit „Heimtieren“, die zu privaten Zwecken gehalten werden sollen, beschränken. Er ist dabei (allein) an den Maßstab der

⁶² Vgl. nur BVerfGE 13, 97, 106; 75, 246, 265 f.; 119, 59, 78.

Verhältnismäßigkeit der Regelung gebunden.

Das Staatsziel Tierschutz ist Teil der verfassungsmäßigen Ordnung. Mit Art. 20a GG ist es jedoch nicht vereinbar, wenn Tierarten als „Heimtiere“ gehalten werden, die dazu nicht geeignet sind (siehe oben Ziffer III.2.). In Anbetracht der hier maßgeblichen überragenden Gründe des Tierschutzes sowie des Arten- und Biodiversitätsschutzes und des Schutzes der menschlichen Gesundheit und der öffentlichen Sicherheit ist für eine Unverhältnismäßigkeit der beabsichtigten Regelung nichts ersichtlich.

4. Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG

Da, siehe oben, mit den vorgeschlagenen Regelungen (auftragungsgemäß) nur die „Heimtierhaltung“, also die Tierhaltung zu privaten Zwecken, adressiert wird, kommt mit Blick auf die Verfassungsmäßigkeit einer Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“ schließlich nur noch die Frage der Vereinbarkeit mit der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG in Betracht.

Danach ist prinzipiell jedes Verhalten erlaubt, es sei denn, es ist verboten oder verletzt die Rechte anderer.

Der Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG ist danach zwar weit gefasst, so dass ein Eingriff in den Schutzbereich grundsätzlich durch jedes den Grundrechtsträger belastende staatliche Handeln durch Ge- oder Verbote vorliegen kann. Allerdings muss dem Betroffenen ein Verhalten, welches in den Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG fällt, erheblich erschwert oder unmöglich gemacht werden.

Bereits das ist vorliegend zweifelhaft. Denn die „Heimtierhaltung“ als solche wird nicht verboten. Ihre Zulässigkeit wird lediglich auf bestimmte Tierarten beschränkt.

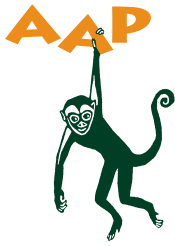
Darüber hinaus ist auch die allgemeine Handlungsfreiheit keineswegs schrankenlos gewährleistet. Sie unterliegt verfassungsimmanenten Schranken. Das heißt, die allgemeine Handlungsfreiheit wird unter

anderem nur dann gewährt, wenn es dadurch nicht zu Verstößen gegen die verfassungsmäßige Ordnung kommt.

Und auch hier gilt: Das Staatsziel Tierschutz ist Teil der verfassungsmäßigen Ordnung. Mit Art. 20a GG ist es jedoch nicht vereinbar, wenn Tierarten als „Heimtiere“ gehalten werden, die dazu nicht geeignet sind (siehe oben Ziffer III.2.).

Berlin, 1. August 2022

Dr. Cornelia Ziehm
Rechtsanwältin



AAP (Animal Advocacy and Protection)

David van Gennep
Kemphaanpad 1
1358 AC Almere
Niederlande

Tel: +31 36 5238787
david.van.gennep@aap.nl
www.aap.nl



Deutscher Tierschutzbund e.V.

Akademie für Tierschutz
Dr. Henriette Mackensen
Spechtstr. 1
85579 Neubiberg

Tel: +49 89 600291 23
henriette.mackensen@tierschutzakademie.de
www.tierschutzbund.de



**HUMANE SOCIETY
INTERNATIONAL**
EUROPE

Humane Society International – Europe

Sylvie Kremerskothen Gleason
Kunstlaan 50
1000 Brüssel
Belgien

Tel: +49 30 20608625
sgleason@hsi.org
www.hsi.org

ifaw

**International
Fund for
Animal Welfare**

IFAW Deutschland

Robert Kless
Max-Brauer-Allee 62-64
22765 Hamburg

Tel: +49 40 866500 0
rkless@ifaw.org
www.ifaw.org/de



Pro Wildlife e.V.

Katharina Lameter
Engelhardstr. 10
81369 München

Tel: +49 89 9042990 12
katharina.lameter@prowildlife.de
www.prowildlife.de



Tierschutz.
Weltweit.

VIER PFOTEN – Stiftung für Tierschutz

Femke Hustert
Albrechtstraße 10 C
10117 Berlin

Tel: +49 30 166391052
femke.hustert@vier-pfoten.org
www.vier-pfoten.de