

**Gutachterliche Stellungnahme zur rechtlichen Zulässigkeit  
der Einführung einer nationalen Positivliste für Heimtiere  
unter besonderer Würdigung verfassungsrechtlicher und  
europarechtlicher Aspekte**

vorgelegt im Auftrag des  
Zentralverband Zoologischer Fachbetriebe Deutschlands e.V.  
(ZZF)

von  
Prof. Dr. Dr. Tade Matthias Spranger, Bonn

Juni 2023

**Inhaltsverzeichnis**

I. Hintergrund der Stellungnahme	8
II. Völkerrecht	9
1. Funktionsweise des Völkerrechts	9
2. Völkerrechtliches Tierhaltungsrecht	9
a. Heimtier-Übereinkommen	10
b. Ziele des Heimtier-Übereinkommens	11
aa. Weichenstellungen der Präambel	13
bb. Zwischenergebnis: Schutz der Rechte von Haltern und Händlern	16
cc. Fortschreibungen in den Vorgaben des Übereinkommens	17
dd. Zwischenergebnis	21
c. Zur Figur der Schutzverstärkung	22
aa. Die Wirkweise von Schutzverstärkungen im Völkerrecht	23
bb. Insbesondere: Die Wirkung des Vorbehaltsverbotes nach Art. 21 Abs. 1 S. 2	27

cc. Der Wille der Schöpfer des Übereinkommens: Beschränkung von Art. 2 Abs. 3 auf Wachhunde u.ä.	29
d. Zwischenergebnis	31
III. Europarecht	32
1. Grundfreiheiten	32
a. Warenverkehrsfreiheit	33
aa. Positivliste als Maßnahme gleicher Wirkung	34
bb. Rechtfertigungsmöglichkeiten	35
aaa. Sichtweise der Positivlistenbefürworter	35
bbb. Rechtfertigungsgründe nach Art. 36 AEUV	43
(1) Öffentliche Sicherheit und Ordnung	43
(2) Schutz der Gesundheit und menschlichen Lebens	44
(3) Schutz der Gesundheit und des Lebens von Tieren	48
(a) Zwischenergebnis	49
(b) Der EuGH und die „belgische Positivliste“	50
(c) Zwischenergebnisse	68
(4) Umweltschutz und Biodiversität	69

b. Andere Grundfreiheiten	76
aa. Dienstleistungsfreiheit	76
bb. Kapitalverkehrsfreiheit	78
2. Charta der Grundrechte	78
3. Ergänzend: Unionspositivliste?	79
a. Fehlende Rechtssetzungskompetenz für den Tierschutz	79
aa. Insbesondere: Verordnung (EG) Nr. 338/97 im Lichte von Art. 193 AEUV	81
bb. Zu den Limitierungen der Schutzverstärkung im Sinne von Art. 193 AEUV	84
aaa. Beschränkung auf spezifische Umweltschutzziele	86
bbb. Fehlen eines zu verstärkenden Rechtsaktes	87
(1) Unionsrecht	88
(2) Völkerrechtliche Bindungen der Union	88
(3) Zwischenergebnis	90
ccc. Verbot alternativer Schutzkonzeptionen	90
(1) Jedermannbezogener Heimtiefokus als unzulässige alternative Schutzkonzeption	94

(2) Positivlistenansatz als unzulässige alternative Schutzkonzeption	95
ddd. Vereinbarkeit mit den Verträgen	97
eee. Sonstiges: Notifizierungserfordernis und Vertragsverletzung	97
fff. Zwischenergebnis	98
b. Keine Binnenmarktharmonisierung	99
aa. Keine Analogie zur Robbenhandelsrechtsprechung	100
bb. Vorab: Binnenmarkt und Warenqualität von Tieren	104
cc. Keine „Entrüstung von Verbrauchern und Regierungen“	105
dd. Keine Verwechslungsgefahren	107
ee. Kein Binnenmarktfokus	108
ff. Zwischenergebnis	112
c. Bindung an Grundfreiheiten und Grundrechte	112
aa. Berufsfreiheit	113
bb. Eigentumsgarantie	116
cc. Diskriminierungsschutz	118

IV. Verfassungsrecht	119
1. Verfassungsrechtliches Gebot für ein Tätigwerden aus Art. 20a GG	119
2. Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG	122
a. Zum Schutzbereich der Berufsfreiheit	124
b. Zur berufsregelnden Tendenz	129
aa. Zum Vorliegen einer berufsregelnden Tendenz	131
bb. Zwischenergebnis	133
cc. Zur Figur der vorhersehbaren schweren Beeinträchtigungen	133
c. Zur „Stufenlehre“ des Bundesverfassungsgerichts	135
d. Zwischenergebnis	137
3. Allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG	137
4. Verhältnismäßigkeitsprinzip	141
a. Legitimer Zweck	142
b. Geeignetheit	143
c. Erforderlichkeit	145

aa. Zum „reaktiven Charakter“ von Negativlisten	147
bb. Zum Fehlen wissenschaftlicher Daten	150
cc. Zur Länge / Vollzugstauglichkeit einer Negativliste	152
dd. Zum Aktualisierungsbedarf von Negativlisten	154
ee. Zwischenergebnis	155
d. Angemessenheit	156
5. Im Diskurs ausgeblendete weitere Verfassungsrechtsgüter	157
a. Eigentumsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 GG	158
b. Allgemeines Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG iVm Art. 1 Abs. 1 GG	159
c. Willkürverbot nach Art. 3 Abs. 1 GG	160
V. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	161

## **I. Hintergrund der Stellungnahme**

Die Haltung von Heimtieren genießt in Deutschland – soweit ersichtlich: unbestritten – verfassungsrechtlichen Schutz. Das Europäische Übereinkommen zum Schutz von Heimtieren aus dem Jahre 1987 (im Folgenden: Heimtier-Übereinkommen)<sup>1</sup> definiert in Art. 1 Abs. 1 das Heimtier als „ein Tier, das der Mensch insbesondere in seinem Haushalt zu seiner eigenen Freude und als Gefährten hält oder das für diesen Zweck bestimmt ist“. Damit werden besonders zentrale Zwecke der privaten Heimtierhaltung zugleich völkerrechtlich als geschützt anerkannt. Neben dieser qualitativen Dimension der Heimtierhaltung ist auch der quantitative Aspekt beachtlich: In fast jedem zweiten Haushalt leben Menschen zusammen mit Katzen, Hunden und exotischen Heimtieren wie Meerschweinchen, Zierfischen oder Wellensittichen.<sup>2</sup> Mit der rechtlichen Implementierung einer sogenannten Positivliste würde sich dieses Bild dramatisch ändern: Der Positivlisten-Ansatz geht davon aus, dass die Haltung eines jeden Heimtieres zunächst einmal verboten ist – und dass von diesem grundsätzlichen Haltungs- und Besitzverbot nur diejenigen Heimtiere ausgenommen werden können, die ausnahmsweise in der entsprechenden Artenliste enthalten und somit dort „positiv“ genannt sind. Die vorliegende gutachterliche Stellungnahme untersucht, ob und wenn ja welche rechtlichen Grenzen für die Einführung einer solchen Positivliste bestehen.

---

<sup>1</sup> SEV Nr. 125; <https://rm.coe.int/168007a699> (12.03.2023).

<sup>2</sup> Der deutsche Heimtiermarkt 2022 – Repräsentative Studie des Marktforschungsinstituts Skopos im Auftrag von IVH und ZZf, <https://www.zzf.de/marktdaten/heimtiere-in-deutschland> (11.04.2023)



## **II. Völkerrecht**

Der Normenhierarchie folgend werden nachstehend zunächst völkerrechtliche und unionsrechtliche Rahmenbedingungen beleuchtet, bevor die Betrachtung auf die verfassungsrechtliche Ebene wechselt.

### **1. Funktionsweise des Völkerrechts**

Das Völkerrecht berechtigt und verpflichtet nicht Privatpersonen oder Unternehmen, sondern ausschließlich sogenannte Völkerrechtssubjekte.<sup>3</sup> Abgesehen von einigen wenigen historisch gewachsenen Ausnahmen sind Völkerrechtssubjekte Staaten und Internationale Organisationen.<sup>4</sup> Damit ein völkerrechtlicher Vertrag bzw. ein völkerrechtliches Übereinkommen für diese Akteure Bindungskraft entfalten kann, müssen bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein, die insbesondere in Art. 11 ff. des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge zwischen Staaten und internationalen Organisationen oder zwischen internationalen Organisationen (WÜRV)<sup>5</sup> festgelegt sind.

### **2. Völkerrechtliches Tierhaltungsrecht**

Auf völkerrechtlicher Ebene finden sich tierrechtliche Regelungskomplexe primär auf der Ebene des Artenschutzes. Besondere Prominenz dürfte insoweit das CITES-Recht genießen, das indes als negativlistenbasiertes Artenschutzrecht konzipiert und daher - wenigstens

---

<sup>3</sup> Herdegen, Völkerrecht, 22. Aufl. 2023, § 7 Rn. 1 ff.

<sup>4</sup> Herdegen, Völkerrecht, 22. Aufl. 2023, § 7 Rn. 3 ff.

<sup>5</sup> BGBl 1985 II S. 926.

unmittelbar - für die vorliegende Fragestellung unergiebig ist.<sup>6</sup>

#### **a. Heimtier-Übereinkommen**

Zentrale Bedeutung für die Heimtierhaltung entfaltet allerdings das bereits einleitend angesprochene Heimtier-Übereinkommen. Anders als der Name und der Urheber bei unbefangener Betrachtung nahelegen könnten, handelt es sich bei diesem Übereinkommen nicht etwa um einen Rechtsakt der Europäischen Union, sondern des nicht der Europäischen Union zuzurechnenden Europarates. Dem 1949 gegründeten Europarat gehören seit dem Ausschluss Russlands Anfang 2022 aktuell 46 Staaten mit knapp 680 Millionen Bürgern an. Sogenannten Beobachterstatus haben unter anderem Japan, Kanada und die USA.<sup>7</sup> Es handelt sich beim Europarat damit unbestritten um eine Internationale Organisation, die Völkerrecht setzt.

Art. 17 des Heimtier-Übereinkommens bestimmt vor dem Hintergrund des WÜRV, dass es zur Bindung eines Staates an das Übereinkommen einer Unterzeichnung sowie zusätzlich einer Ratifizierung, Annahme oder Genehmigung bedarf. Ausweislich der offiziellen Liste der Unterzeichnungen und Ratifikationen gilt das Heimtier-Übereinkommen kraft Unterzeichnung und Ratifikation nicht nur für beispielsweise Frankreich, Italien und Spanien, sondern

---

<sup>6</sup> Siehe im Übrigen allgemein zum CITES-Regime und den mittelbaren Folgen des dort verfolgten Regulierungsansatzes III.3.a.aa.

<sup>7</sup> <https://www.coe.int/de/web/about-us/our-member-states> (16.03.2023).

auch für Deutschland.<sup>8</sup> Damit ist die Bundesrepublik völkerrechtlich durch die Vorgaben des Heimtier-Übereinkommens gebunden.

Es überrascht, dass rechtspolitische Äußerungen, die sich für die Einführung einer Positivliste starkmachen, diese zentrale Quelle des auf die Heimtierhaltung bezogenen Völkerrechts nur am Rande erwähnen, um auf die dort zu findende Heimtier-Definition hinzuweisen.<sup>9</sup> Hierdurch wird letztlich der - falsche - Eindruck erweckt, als handele es sich nicht um ein rechtsverbindliches völkerrechtliches Instrument, das weitere Beachtung verdienen würde. Vor allem wird hierdurch vollkommen ausgeblendet, dass das Völkerrecht die Heimtierhaltung als solche nicht nur nicht als kritisch empfindet, sondern ganz im Gegenteil sogar grundsätzlich befördern will. Vor diesem Hintergrund lohnt eine exakte Betrachtung des rechtlichen Befundes auf völkerrechtlicher Ebene, der im Folgenden geleistet wird.

## **b. Ziele des Heimtier-Übereinkommens**

Die zentralen Ziele des Heimtier-Übereinkommens werden bereits in der Präambel zum verbindlichen Textteil umfassend beschrieben. Insoweit muss zur Vermeidung von Missverständnissen zunächst einmal klargestellt werden, dass die Präambel nicht etwa rechtlich irrelevante „Vorreden“ enthält, sondern vielmehr von zentraler Bedeutung für die Analyse und Auslegung völkerrechtlicher

---

<sup>8</sup> <https://www.coe.int/de/web/conventions/cets-number-/-abridged-title-known?module=signatures-by-treaty&treatynum=125> (17.03.2023).

<sup>9</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 9 f.

Übereinkommen ist. Art. 31 Abs. 1 und 2 WÜRV stellt dies unmissverständlich klar:

„(1) Ein Vertrag ist nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen.

(2) Für die Auslegung eines Vertrags bedeutet der Zusammenhang ausser dem Vertragswortlaut samt Präambel und Anlagen

a) jede sich auf den Vertrag beziehende Übereinkunft, die zwischen allen Vertragsparteien anlässlich des Vertragsabschlusses getroffen wurde;

b) jede Urkunde, die von einer oder mehreren Vertragsparteien anlässlich des Vertragsabschlusses abgefasst und von den anderen Vertragsparteien als eine sich auf den Vertrag beziehende Urkunde angenommen wurde.“<sup>10</sup>

Damit erweist sich der Normtext in seiner Gesamtheit als relevanter Anknüpfungspunkt für die völkerrechtliche

---

<sup>10</sup> Es existiert keine offizielle deutsche Fassung des Übereinkommens; vorliegend wurde daher eine durch das österreichische Bundeskanzleramt erstellte Übersetzung genutzt:

<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10000684> (05.05.2023).

Vertragsauslegung, wobei die vorbereitenden Arbeiten<sup>11</sup> ergänzend berücksichtigt werden können.<sup>12</sup>

#### **aa. Weichenstellungen der Präambel**

In der Präambel zum Heimtier-Übereinkommen geht es nicht nur um die „ethische Verpflichtung (des Menschen), alle Lebewesen zu achten“<sup>13</sup>, sondern auch um die Vermeidung beispielsweise hygienischer Gefahren<sup>14</sup>, oder um die mit verbesserten Haltungsbedingungen einhergehende Förderung von Gesundheit und Wohlbefinden der Heimtiere.<sup>15</sup> Doch neben diese den Schutz von Heimtieren anstrebenden Ausführungen treten bereits in der Präambel weitere Erwägungsgründe, die für die vorliegend interessierende Thematik von erheblicher Relevanz sind. Liest man die ersten drei Erwägungen der Präambel „am Stück“, so wird deutlich, dass der Europarat einer klaren Regulierungsphilosophie folgt:

„Die Mitgliedstaaten des Europarates, die dieses Übereinkommen unterzeichnen,

in der Erwägung, dass es das Ziel des Europarates ist, eine engere Verbindung zwischen seinen Mitgliedern herbeizuführen;

---

<sup>11</sup> Sogenannte „travaux préparatoires“.

<sup>12</sup> Siehe im Einzelnen: Heintschel von Heinegg, in: Ipsen (Hrsg.), *Völkerrecht*, 7. Aufl. 2018, S. 474 ff.; Herdegen, *Völkerrecht*, 22. Aufl. 2023, S. 146 ff. Ferner: Nettessheim, in: Grabitz/Hilf/Nettessheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Werkstand: 77. EL September 2022, AEUV Präambel Rn. 14 ff.

<sup>13</sup> Präambel, Erwägung Nr. 2.

<sup>14</sup> Präambel, Erwägung Nr. 5.

<sup>15</sup> Präambel, Erwägung Nr. 8.

in der Erkenntnis, dass der Mensch die ethische Verpflichtung hat, alle Lebewesen zu achten, und eingedenk der besonderen Beziehung des Menschen zu den Heimtieren;

in Anbetracht der Bedeutung der Heimtiere wegen ihres Beitrags zur Lebensqualität und ihres daraus folgenden Wertes für die Gesellschaft; (...).“

Der erste Erwägungsgrund der Präambel stellt zunächst „nur“ ein allgemeines Bekenntnis zu den fundamentalen Zielen des Europarates dar und ist daher vorliegend ohne Belang. Die ersten substantziellen Aussagen finden sich somit in den Erwägungsgründen zwei und drei. Der zweite Erwägungsgrund stellt die ethische Verpflichtung des Menschen zur Achtung aller Lebewesen gleichberechtigt neben die „besondere Beziehung des Menschen zu den Heimtieren“. Heimtiere und deren Haltung werden also unmittelbar eingangs des Übereinkommens nicht als gesellschaftliche Fehlentwicklung eingeordnet oder als unzulässig bezeichnet, sondern ganz im Gegenteil als zentraler Bestandteil der menschlichen Existenz anerkannt.

Wer an dieser Einordnung zweifeln sollte, sieht seine Zweifel im unmittelbar anschließenden dritten Erwägungsgrund der Präambel vollends beseitigt: Tiere leisten einerseits einen „Beitrag zur Lebensqualität“ und daraus folgt andererseits ihr „Wert für die Gesellschaft“. Somit adressiert das Heimtier-Übereinkommen selbstverständlich den intrinsischen Wert der Heimtiere - ebenso selbstverständlich wird aber betont, dass Heimtiere die menschliche Lebensqualität steigern und dass aus diesem Beitrag zur Verbesserung der menschlichen Lebensqualität

der Wert von Heimtieren für die Gesamtgesellschaft abzuleiten ist.

Bereits aus dieser Einordnung und Verortung ergibt sich a) ein im Folgenden relevanter anthropozentrischer Ansatz des Heimtier-Übereinkommens und b) der Anspruch des Heimtier-Übereinkommens, Heimtierhaltung tierethisch und fachlich betrachtet zwar zu verbessern, diese im Übrigen aber anzuerkennen und aufgrund fundamentaler positiver Aspekte für die individuellen Menschen einerseits und für die Gesamtgesellschaft andererseits so weit wie möglich zu schützen.

Dass es sich bei dieser Aussage an einleitender und damit besonders prominenter Stelle der die gesamte Auslegung determinierenden Präambel nicht um einen Übersetzungsfehler handelt, verdeutlicht der Abgleich mit der amtlichen<sup>16</sup> englischen und der amtlichen französischen Fassung des Übereinkommens. Dort heißt es „Considering the importance of pet animals in contributing to the quality of life and their consequent value to society“<sup>17</sup> bzw. „Considérant l'importance des animaux de compagnie en raison de leur contribution à la qualité de la vie et, partant, leur valeur pour la société“.<sup>18</sup> Es kann also nicht ernsthaft daran gezweifelt werden, dass das Übereinkommen nicht nur die Verbesserung tierschutzrechtlicher Standards anstrebt, sondern ebenso die Heimtierhaltung im Lichte ihrer

---

<sup>16</sup> Rechtsverbindlich sind der englische und der französische Text; vgl. <https://www.coe.int/en/web/conventions/-/council-of-europe-european-convention-for-the-protection-of-pet-animals-ets-no-125-translations> (17.03.2023).

<sup>17</sup> <https://rm.coe.int/168007a67d> (17.03.2023).

<sup>18</sup> <https://rm.coe.int/168007a684> (17.03.2023).

individuellen und gesamtgesellschaftlichen Vorzüge als solche zunächst einmal schützt.

Auch darüber hinaus lässt die Präambel Aussagen zu den zentralen Weichenstellungen dieses völkerrechtlichen Instruments zu. Zum einen benennt Erwägungsgrund Nr. 7 das „Bewusstsein der unterschiedlichen Bedingungen, die für den Erwerb, die Haltung, die gewerbsmäßige und nicht gewerbsmäßige Zucht sowie für die Weitergabe von Heimtieren und den Handel mit Heimtieren gelten“. Der die Präambel beschließende zehnte Erwägungsgrund betont, „dass eine gemeinsame grundlegende Richtschnur für Einstellung und Umgang, die zu einem verantwortungsvollen Verhalten der Eigentümer von Heimtieren führt, ein nicht nur wünschenswertes, sondern auch realistisches Ziel ist“. Das Heimtier-Übereinkommen betont damit a) das Eigentum an Heimtieren, b) die Möglichkeit des Erwerbs von Heimtieren, c) die Möglichkeit des Handels mit Heimtieren, d) die Existenz gewerbsmäßiger Zucht, e) die Existenz nicht gewerbsmäßiger Zucht. All diese menschlichen Verhaltensweisen werden damit nicht als völkerrechtlich unzulässig eingestuft, sondern ganz im Gegenteil als grundsätzlich berechtigt anerkannt.

#### **bb. Zwischenergebnis: Schutz der Rechte von Haltern und Händlern**

Die etwa aus mangelnden Fachkenntnissen oder aus schlechten Haltungsbedingungen resultierenden Nachteile oder gar Risiken für Mensch und Tier sind somit naturgemäß im Fokus des Heimtier-Übereinkommens (und folglich Gegenstand der nachstehend erörterten detaillierten Vorgaben im rechtsverbindlichen Teil des Übereinkommens), stehen aber



gleichberechtigt neben den Rechten und Interessen von Haltern und Händlern und führen so dezidiert nicht einmal ansatzweise zur Idee einer massiven Beschränkung der Heimtierhaltung. Erst recht werden keine ethischen oder politischen Konzepte, die auf eine solche umfassende Beschränkung der Heimtierhaltung zielen, durch das Übereinkommen aufgegriffen.

### **cc. Fortschreibungen in den Vorgaben des Übereinkommens**

Die somit bereits in der Präambel klar angelegten Grundpositionen bzw. vorgenommenen Weichenstellungen werden sodann in den einzelnen Vorschriften des Heimtier-Übereinkommens konsequent umgesetzt: Das zweite Kapitel des Übereinkommens widmet sich den Grundsätzen für die Haltung von Heimtieren und hier namentlich den Grundsätzen für das Wohlbefinden der Tiere<sup>19</sup>, zentralen Haltungsanforderungen<sup>20</sup>, der Zucht<sup>21</sup>, der Altersgrenze für den Erwerb<sup>22</sup>, der Abrichtung<sup>23</sup>, dem Handel, der gewerbsmäßigen Zucht und Haltung und den Tierheimen<sup>24</sup>, der Nutzung von Tieren für werberische und vergleichbare Zwecke<sup>25</sup>, den chirurgischen Eingriffen<sup>26</sup>, sowie dem Töten von Heimtieren.<sup>27</sup> Kapitel 3 enthält sodann zusätzliche Maßnahmen für streunende Tiere<sup>28</sup>; Kapitel 4 bezieht sich auf Maßnahmen der

---

<sup>19</sup> Art. 3 des Heimtier-Übereinkommens.

<sup>20</sup> Art. 4 des Heimtier-Übereinkommens.

<sup>21</sup> Art. 5 des Heimtier-Übereinkommens.

<sup>22</sup> Art. 6 des Heimtier-Übereinkommens.

<sup>23</sup> Art. 7 des Heimtier-Übereinkommens.

<sup>24</sup> Art. 8 des Heimtier-Übereinkommens.

<sup>25</sup> Art. 9 des Heimtier-Übereinkommens.

<sup>26</sup> Art. 10 des Heimtier-Übereinkommens.

<sup>27</sup> Art. 11 des Heimtier-Übereinkommens.

<sup>28</sup> Art. 12 f. des Heimtier-Übereinkommens.

Information und Erziehung.<sup>29</sup> Die abschließenden Kapitel 5 bis 7 sind eher formaler Natur und beziehen sich auf multilaterale Konsultationen, das Änderungsprocedere und gängige<sup>30</sup> vertragliche Schlussbestimmungen.<sup>31</sup>

Die Dichotomie des Heimtier-Übereinkommens zieht sich wie ein roter Faden durch alle diese Bestimmungen und lässt sich bereits an der allgemeinen Haltungsvorgabe des Art. 4 verdeutlichen: Die Haltung eines jeden Heimtiers wird zwar an die Bedingung der Beachtung der ethologischen Bedürfnisse des Tieres geknüpft<sup>32</sup>; ein Haltungsverbot wird aber ausschließlich in zwei Konstellationen als zulässig erachtet: Entweder steht fest, dass die ausdrücklich als unverzichtbarer Minimalstandard konkretisierten ethologischen Grundbedürfnisse – nämlich „genügend geeignetes Futter und Wasser“, „angemessene Bewegungsmöglichkeiten“ sowie interessanterweise auch eine Entweichensverhinderung – nicht erfüllt werden<sup>33</sup>, oder aber das „das Tier (kann) sich trotz Erfüllung dieser Bedingungen nicht an die Gefangenschaft gewöhnen (...)“<sup>34</sup>. Damit will das Übereinkommen einerseits sicherstellen, dass die basalen Bedürfnisse von Heimtieren befriedigt werden – andererseits verwirklicht das Übereinkommen keine tierethisch oder tierrechtspolitisch propagierten Maximalpositionen. Ganz im Gegenteil wird explizit anerkannt, dass Heimtiere grundsätzlich bereits bei Erfüllung dieser Minimalstandards gehalten werden dürfen

---

<sup>29</sup> Art. 14 des Heimtier-Übereinkommens.

<sup>30</sup> So ausdrücklich auch das Ad Hoc Committee of Experts for the Protection of Animals (CAHPA), Addendum to CAHPA (86) 13, Nr. 48.

<sup>31</sup> Art. 15 ff. des Heimtier-Übereinkommens.

<sup>32</sup> Art. 4 Abs. 2 des Heimtier-Übereinkommens.

<sup>33</sup> Art. 4 Abs. 3 lit. a) des Heimtier-Übereinkommens.

<sup>34</sup> Art. 4 Abs. 3 lit. b) des Heimtier-Übereinkommens.

und dass Heimtiere aus den bezeichneten, als vorrangig eingestuften individuellen und gesamtgesellschaftlichen Gründen „in Gefangenschaft“<sup>35</sup> gehalten werden und eben auch gehalten werden dürfen.

Mit diesem Befund soll weder einer fehlenden Existenzberechtigung der weiterreichenden tierethischen Diskussion das Wort geredet, noch die überragende Relevanz des Tierwohls in Zweifel gezogen werden. Eine rechtliche Analyse geltenden Völkerrechts hat aber stets rechtswissenschaftlicher Methodik entsprechend zu erfolgen und muss daher rechtlichen Standards genügen, damit die dergestalt generierten Ergebnisse auch tatsächlich rechtlich tragfähig sind. Ein solchermaßen rechtlicher Befund ist vorliegend aber – wie ausgeführt – eindeutig.

Ohne dass den folgenden Ausführungen zur Figur der Schutzverstärkung<sup>36</sup> vorgegriffen werden soll, zeigt sich somit schon bei unbefangener Analyse alleine des Art. 4, dass Schutzverstärkungen nicht zu faktischen Heimtierhaltungsverboten führen dürfen: Die Haltung von Heimtieren ist nämlich der explizit zulässige Regelfall und das Verbot der Heimtierhaltung stellt die begründungspflichtige Ausnahme dar. Somit könnte zwar durch Mitgliedstaaten des Übereinkommens in Einzelfällen der Katalog von Haltungsverboten begründenden Umständen erweitert werden – dies aber nicht in einer Weise, die das Regel-Ausnahme-Verhältnis in ihr Gegenteil verkehren würde. Jede andere Sichtweise wäre nicht nur mit den Denkgesetzen

---

<sup>35</sup> Die englische Sprachfassung spricht hier parallel von „captivity“; im Französischen ist entsprechend die Rede von „captivité“.

<sup>36</sup> Siehe sogleich unter c.

der Logik, sondern auch der juristischen Methodik unvereinbar.

Wie bereits erwähnt, prägt die Dichotomie „Verbesserung des Heimtierwohls / grundsätzliche Zulässigkeit von Heimtierhaltung und -handel“ das gesamte Übereinkommen und findet daher nicht nur in der Präambel oder der Kardinalnorm des Art. 4 Wiederhall:

- So statuiert Art. 5 Zuchtgebote - erlaubt aber gleichzeitig bei deren Beachtung ohne jede weitere Beschränkung jedermann jede Heimtierzucht.
- Art. 6 zieht die Altersgrenze für den Heimtiererwerb bei 16 Jahren - und erlaubt e contrario bei über 16-Jährigen jedweden Erwerb.
- Art. 7 verbietet bestimmte Abrichtungsformen und -methoden - erachtet die Abrichtung als solche aber als selbstverständlich zulässig.
- Die gewerblichen oder gewerbsähnlichen Tätigkeiten des Handels der gewerbsmäßigen Zucht und Haltung, sowie des Betriebs von Tierheimen sind anzeigepflichtig<sup>37</sup>; die Zulässigkeit der entsprechenden Tätigkeiten ist sodann an hinreichende Fachkenntnisse und taugliche Räumlichkeiten geknüpft.<sup>38</sup> Ein Verbot der entsprechenden Tätigkeiten kommt gemäß Art. 8 Abs. 4 S. 2 aber nur dann in Betracht, wenn das als vorrangig erachtete Mittel behördlicher Aufnahmen nicht fruchtet und zusätzlich das Wohlbefinden der Tiere ein Verbot notwendig macht.

---

<sup>37</sup> Art. 8 Abs. 1 und 2 des Übereinkommens.

<sup>38</sup> Art. 8 Abs. 3 des Übereinkommens.

- Werbe- und vergleichbare Maßnahmen sind gemäß Art. 9 Abs. 1 1. Hs. nicht zulässig - dies gilt aber nicht bei Beachtung der fundamentalen Haltungsanforderungen des Art. 4 Abs. 2, wenn gleichzeitig gewährleistet ist, dass Gesundheit und Wohlbefinden der Tiere nicht beeinträchtigt werden.<sup>39</sup>
- Sogar das Töten von Heimtieren jenseits veterinärmedizinischer Zwecke wird nicht ausnahmslos verboten.<sup>40</sup>

#### **dd. Zwischenergebnis**

In der Gesamtschau zeigt sich damit, dass das völkerrechtliche Heimtier-Abkommen - vollkommen zu Recht - für das Tierwohl relevante Mindestanforderungen bei Heimtierhaltungen identifiziert und definiert. Umgekehrt werden aber alle relevanten menschlichen Handlungen rund um Heimtiere explizit als zulässig eingestuft. Dies gilt namentlich für die private Haltung, die private Zucht, die gewerbliche Zucht und den Handel. Auch wird die anthropozentrische Ausrichtung des Rechtssystems nicht nur nicht in Zweifel gezogen, sondern im Gegenteil vorausgesetzt und weiter perpetuiert. Die Ausführungen zum Eigentum an Heimtieren mögen insoweit als Hinweis genügen. Eine Beschränkung dieser - auch menschen- und verfassungsrechtlich geschützten<sup>41</sup> - Halter- und Händlerinteressen und -rechte ist folglich mit dem

---

<sup>39</sup> Art. 9 Abs. 1 2. Hs. des Übereinkommens.

<sup>40</sup> Art. 11 des Übereinkommens.

<sup>41</sup> Hierzu im Folgenden unter III. und IV.

Heimtier-Übereinkommen unvereinbar und somit völkerrechtswidrig.

In der rechtspolitischen Diskussion finden sich vereinzelt Versuche, diese Rahmenbedingungen unter Hinweis auf die Möglichkeit einer sogenannten Schutzverstärkung zu negieren bzw. zu durchbrechen. Die dem Völkerrecht durchaus vertraute Figur der Schutzverstärkung ist daher im Folgenden Gegenstand gesonderter Überlegungen.

### **c. Zur Figur der Schutzverstärkung**

Wie einleitend bereits erwähnt<sup>42</sup>, blendet der die Einführung einer Positivliste fordernde Teil des rechtspolitischen Diskurses das Heimtier-Übereinkommen nahezu vollständig aus. Die vorstehenden Ausführungen sollten deutlich gemacht haben, dass es sich hierbei nicht um eine versehentliche Nicht-Berücksichtigung, sondern um eine gezielte Auslassung handeln dürfte, macht das Heimtier-Übereinkommen doch hinreichend deutlich, dass die private Heimtierhaltung völkerrechtlich betrachtet ein sehr hohes Gut ist, das grundsätzlich nicht angetastet werden soll.

Gestützt wird diese Vermutung der bewussten Auslassung durch ein weiteres Indiz: Denn abgesehen von der Heimtier-Definition des Art. 1 Abs. 1 findet mit Art. 2 Abs. 3 nur eine einzige andere Norm des Heimtier-Übereinkommens Berücksichtigung bei den Befürwortern einer Positivliste.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Siehe hierzu II.2.a.

<sup>43</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 10.

Art. 2 Abs. 3 des Übereinkommens lautet wie folgt: „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.“ Diese Norm wird im Diskurs als „entscheidend“ bezeichnet, zitiert – und sodann keines weiteren Wortes gewürdigt.<sup>44</sup>

Hierdurch wird freilich der – falsche – Eindruck erzeugt, dass das Übereinkommen über diese Möglichkeit der mitgliedstaatlichen Schutzverstärkung einer mehr oder minder willkürlichen Erweiterung seitens der Mitgliedstaaten anheimgegeben wäre. Bei näherer Betrachtung zeigt sich freilich, dass ein solches Vorgehen nicht völkerrechtskonform ist und im Übrigen auch nicht den Willen der Schöpfer des Übereinkommens widerspiegelt. Hierzu im Einzelnen:

#### **aa. Die Wirkweise von Schutzverstärkungen im Völkerrecht**

Völkerrechtliche Schutzverstärkungen sind ein „Klassiker“ des völkerrechtlichen Instrumentenkastens und finden sich dementsprechend nicht etwa nur im „Tierrecht“ oder im Umweltrecht<sup>45</sup>, sondern in einem Gutteil sämtlicher völkerrechtlichen Übereinkommen. Lediglich beispielhaft sei insoweit auf das Übereinkommen über Menschenrechte und

---

<sup>44</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 10.

<sup>45</sup> Siehe etwa zu CITES: Feichtner, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt (Hrsg.), EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, Werkstand: 20. EL September 2022, Artenschutz-VO vor Art. 1 Rn. 36 ff.

Biomedizin des Europarates<sup>46</sup> verwiesen, das sich dem Schutz der Menschen bei der Anwendung von Biologie und Medizin und damit insbesondere der medizinischen Forschung verschrieben hat.<sup>47</sup> Der mit „Weiterreichender Schutz“ überschriebene Art. 27 des Biomedizin-Übereinkommens lautet sodann wie folgt: „Dieses Übereinkommen darf nicht so ausgelegt werden, als beschränke und beeinträchtige es die Möglichkeiten einer Vertragspartei, im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin einen über dieses Übereinkommen hinausgehenden Schutz zu gewährleisten.“

Schutzverstärkungen sind also völkerrechtlich betrachtet etwas vollkommen Selbstverständliches. Ihre unbestreitbare Existenzberechtigung leiten diese Klauseln aus der Funktionsweise und insbesondere dem Zustandekommen völkerrechtlicher Normen ab. Denn der Setzung von Völkerrecht sind nahezu ausnahmslos intensive und langwierige Verhandlungen zwischen den Staaten vorgeschaltet, die zwangsläufig dazu führen, dass a) nahezu jedes völkerrechtliche Übereinkommen zahlreiche und weitreichende Kompromisse enthält und b) kaum ein völkerrechtlicher Vertrag die uneingeschränkte Zustimmung aller Staaten findet.<sup>48</sup>

Bedingt durch diese Umstände sind viele völkerrechtliche Verträge durch Minimalstandards bzw. durch ein Mindestmaß an Schutz der jeweiligen Schutzgüter – wie z.B. der Umwelt, der Kultur, der Menschenrechte, der Tiere, der Biodiversität, des Klimas usw. – gekennzeichnet. Diese

---

<sup>46</sup> SEV Nr. 164, <https://rm.coe.int/168007d002> (20.03.2023).

<sup>47</sup> Art. 1 Abs. 1 des Biomedizin-Übereinkommens.

<sup>48</sup> Allgemein zu den Funktionen und Wirkweisen des Völkerrechts: Herdegen, Völkerrecht, 22. Aufl. 2023, § 4.



rechtlichen und atmosphärischen Rahmenbedingungen führen dazu, dass Mitgliedstaaten, die „mehr als nur das Minimum“ tun wollen, entsprechende Handlungsspielräume eröffnet werden. Zugleich wird hierdurch auf den Umstand reagiert, dass je nach Schutzgut der bisherige Schutzstandard je nach Mitgliedstaat extreme Abweichungen aufweisen kann und dass zusätzlich die Vorstellungen über die relative Schutzwürdigkeit bestimmter Güter und Interessen starken Schwankungen unterliegen.

Will nun ein Mitgliedstaat in diesem Sinne „mehr tun“, so sind den entsprechenden gesetzgeberischen Aktivitäten aber klare Grenzen durch die Vorgaben des jeweils zu „verstärkenden“ Übereinkommens gesetzt. Angesichts der vorstehend beschriebenen sorgfältigen Austarierung eines jeden völkerrechtlichen Textes und der umfassenden und intensiven Verhandlungen, die jedem internationalen Vertragswerk vorausgehen, dürfen die im Übereinkommen normierten Verhandlungsergebnisse durch die nationalen „Schutzverstärkungen“ also insbesondere nicht konterkariert werden. Denn jeder völkerrechtliche Vertrag ist nach Kräften darum bemüht, alle betroffenen Rechte und Interessen zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen.

Hierzu ein Beispiel: Die Art. 15 ff. des bereits erwähnten Biomedizin-Übereinkommens regeln die wissenschaftliche Forschung im biomedizinischen Bereich und statuieren vor diesem Hintergrund als Ergebnis umfassender Beratungen und Verhandlungen zwischen den Mitgliedstaaten bestimmte (Mindest-) Schutzstandards für Forschungsteilnehmer. Die „Schutzverstärkungsklausel“ des Art. 27 dieses Übereinkommens kann durch einen Mitgliedstaat aber nicht genutzt werden, um jegliche biomedizinische Forschung mit

dem Argument zu verbieten, dass „keine Forschung der beste Schutz für Forschungsteilnehmer“ wäre. Rein empirisch betrachtet mag diese Wirkung eines Vollverbotes zwar zutreffen, durch die Unterzeichnung und Ratifizierung (und folglich das Inkraftsetzen) des entsprechenden Übereinkommens bekennt sich der Mitgliedstaat aber zugleich zu den dort normierten Grundannahmen - zu denen im genannten Beispiel die Existenz biomedizinischer Forschung gehört.

Schutzverstärkungen müssen somit zwangsläufig feingliedriger und deutlich punktueller erfolgen - vorliegend etwa in Gestalt gesteigerter dokumentarischer Anforderungen. Wenn ein Staat die im Biomedizin-Übereinkommen zum Ausdruck kommende Existenzberechtigung biomedizinischer Forschung nicht anerkennen möchte, darf er das Übereinkommen von vornherein nicht unterzeichnen und / oder ratifizieren, oder aber er muss - im bezeichneten Rahmen des Möglichen - von etwaigen Vorbehaltsmöglichkeiten Gebrauch machen. Im Falle des Biomedizin-Übereinkommens ist genau dies geschehen: Aufgrund politischer Bedenken mit Blick auf die Forschung an Nichteinwilligungsfähigen hat Deutschland das Biomedizin-Übereinkommen weder unterzeichnet, noch ratifiziert.

Übertragen auf das Heimtier-Übereinkommen gilt damit Folgendes: Die Schöpfer des Übereinkommens haben - wie ausgeführt - die private Haltung, die nicht gewerbliche Zucht, die gewerbliche Zucht und den Handel als schutzwürdig anerkannt. Ebenso wird die Relevanz der privaten Heimtierhaltung für den Menschen und für die Gesellschaft als solche betont. Auch wird der anthropozentrische Ansatz des Rechtssystems bestätigt und

fortgesetzt. Staaten, die mit diesen Annahmen nicht konform gehen, dürfen das Übereinkommen somit von vornherein nicht mittragen. Die Bundesrepublik Deutschland hat das Übereinkommen jedoch unterzeichnet und ratifiziert und ist folglich an die genannten, völkerrechtlich verhandelten Grundannahmen gebunden.

**bb. Insbesondere: Die Wirkung des Vorbehaltsverbotes nach Art. 21 Abs. 1 S. 2**

Interessant (und für die Betrachtung durchaus relevant) ist in diesem Zusammenhang des Weiteren, dass die Bundesrepublik Deutschland von der in Art. 21 Abs. 1 S. 1 des Heimtier-Übereinkommens genannten Vorbehaltsmöglichkeit Gebrauch gemacht hat.<sup>49</sup> Insoweit hat die Bundesrepublik erklärt, die in Art. 6 des Übereinkommens genannte Mindestaltersgrenze für den Heimtiererwerb und das in Art. 10 Abs. 1 lit. a) des Übereinkommens statuierte Kupierverbot nicht anerkennen zu wollen.<sup>50</sup> Auch durch diese Handlungen zeigt die Bundesrepublik Deutschland, dass sie als Völkerrechtssubjekt im Übrigen den Grundannahmen des Übereinkommens - selbstverständlich - Folge leistet.

Aus der Vorbehaltsklausel des Art. 21 lassen sich schließlich weitere Erkenntnisse für die vorliegend interessierende Fragestellung ableiten. Denn Art. Art. 21 Abs. 1 des Heimtier-Übereinkommens lautet wie folgt: „Jeder Staat kann bei der Unterzeichnung oder bei der Hinterlegung

---

<sup>49</sup> <https://www.coe.int/de/web/conventions/cets-number-/-abridged-title-known?module=declarations-by-treaty&numSte=125&codeNature=2&codePays=GER> (21.03.2023).

<sup>50</sup> <https://www.coe.int/de/web/conventions/cets-number-/-abridged-title-known?module=declarations-by-treaty&numSte=125&codeNature=2&codePays=GER> (21.03.2023).

seiner Ratifikations-, Annahme-, Genehmigungs- oder Beitrittsurkunde erklären, dass er von einem oder mehreren Vorbehalten zu Artikel 6 und zu Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe a Gebrauch macht. Weitere Vorbehalte sind nicht zulässig.“ Damit gilt zum einen, dass Vorbehalte zu einem bestimmten Zeitpunkt - nämlich spätestens beim finalen Inkraftsetzen des Übereinkommens - erklärt werden müssen. Diese Handhabung dient nicht nur der Rechtssicherheit, sondern soll angesichts der beschriebenen Verhandlungsprozeduren des Völkerrechts vor allem verhindern, dass vertraglich auf unbestimmte Zeit „nachgekartet“ wird. Zum anderen ist vor allem von Relevanz, dass Art. 21 Abs. 1 S. 2 des Heimtier-Übereinkommens nur die Altersgrenze und das Kupierverbot als vorbehaltstüchtig erachtet und im Umkehrschluss alle anderen Vorbehalte explizit für unzulässig erklärt.

Dieses grundsätzliche Vorbehaltsverbot des Art. 21 Abs. 1 S. 2 darf nicht durch faktische Haltungsverbote umgangen werden. Denn die mit einer Positivliste zwangsläufig - und gewollt<sup>51</sup> - einhergehende drastische Verringerung (und je nach Art: absolute Verunmöglichung) der Heimtierhaltung würde regulatorisch und normativ betrachtet einen „Maximalvorbehalt“ der Bundesrepublik Deutschland darstellen. Die Bundesregierung würde sich durch die Einführung einer Positivliste somit Handlungsmöglichkeiten verschaffen, die ihr nach Art. 21 Abs. 1 S. 2 des Heimtier-Übereinkommens verboten sind.

---

<sup>51</sup> Siehe Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 2.

**cc. Der Wille der Schöpfer des Übereinkommens: Beschränkung von Art. 2 Abs. 3 auf Wachhunde u.ä.**

Die vorstehenden Ausführungen zur beschränkten Wirkweise der Schutzverstärkungsoption des Art. 2 Abs. 3 werden vollumfänglich bestätigt durch den Willen der Schöpfer des Heimtier-Übereinkommens. Zwar lässt der eindeutige Befund zur textlichen Analyse die Relevanz der historischen Einbettung deutlich in den Hintergrund treten<sup>52</sup>, der Vollständigkeit halber sei aber gleichwohl darauf hingewiesen, dass das für die Textarbeit am Heimtier-Übereinkommen zuständige Ad Hoc Committee of Experts for the Protection of Animals (CAHPA) in Bezug auf die vorstehend ausgearbeiteten rechtlichen Grundannahmen keine wie auch immer gearteten Vorbehalte oder Limitierungen erklärt hat und insbesondere auch den anthropozentrischen Ansatz des Übereinkommens als selbstverständlich vorausgesetzt hat.<sup>53</sup>

Von erheblichem Interesse ist allerdings die Feststellung, dass Art. 2 Abs. 3 des Übereinkommens, der – wie erwähnt – von Teilen des rechtspolitischen Diskurses als vermeintlich „einfache“ regulatorische Möglichkeit zur einzelstaatlichen Maximierung des „Heimtierschutzes“ durch eine Positivliste dargestellt wird, einen vollkommen andersgelagerten Hintergrund hat: Unter den Experten des CAHPA bestand nämlich erhebliche Uneinigkeit über die Einbeziehung von Wach- oder Arbeitstieren in die Heimtierdefinition und

---

<sup>52</sup> Heintschel von Heinegg, in: Ipsen (Hrsg.), *Völkerrecht*, 7. Aufl. 2018, S. 474 ff.; Herdegen, *Völkerrecht*, 22. Aufl. 2023, S. 146 ff.

<sup>53</sup> Siehe nur Ad Hoc Committee of Experts for the Protection of Animals (CAHPA), Addendum to CAHPA (86) 13, Nr. 11 und Nr. 26

damit in den Anwendungsbereich des Übereinkommens. Diese intensiven Diskussionen ebten auch nicht ab, nachdem die Arbeit an den betreffenden Textpassagen eigentlich schon abgeschlossen war.<sup>54</sup> Als Kompromiss wurde sodann Art. 2 Abs. 3 des Übereinkommens geschaffen. Nach einer ausführlichen Darstellung der Streitigkeiten zwischen den Experten<sup>55</sup> heißt es sodann schließlich:

„The Committee finally agreed on a proposed amendment to the Article (2) suggested by the Expert from France. Under this amenedment not only individuals but also juridical persons keeping pet animals would be mentioned in paragraph 1, to cover firms employing guard-dogs. A third paragraph would also be added to the article allowing member States to adopt stricter rules for the protection of pet animals the Convention's provisions to categories of animals not specifically mentioned in it. The Committee agreed to amend ist Explanatory Report accordingly and to delete in particular the references to working animals (draft Explanatory Report paragraph 15) and packs of hounds (paragraph 19).“<sup>56</sup>

Zu Deutsch:

„Der Ausschuss einigte sich schließlich auf einen Änderungsvorschlag zu Art. 2, den der französische Experte eingebracht hatte. Danach sollen in Absatz 1

---

<sup>54</sup> Ad Hoc Committee of Experts for the Protection of Animals (CAHPA), CAHPA 86 (12) Nr. 20.

<sup>55</sup> Ad Hoc Committee of Experts for the Protection of Animals (CAHPA), CAHPA 86 (12) Nr. 15 - 19.

<sup>56</sup> Ad Hoc Committee of Experts for the Protection of Animals (CAHPA), CAHPA 86 (12) Nr. 20.

nicht nur natürliche Personen, sondern auch juristische Personen, die Heimtiere halten, genannt werden, um auch Unternehmen zu erfassen, die Wachhunde halten. Außerdem soll ein dritter Absatz in den Artikel eingefügt werden, der es den Mitgliedstaaten ermöglicht, strengere Vorschriften zum Schutz von Heimtieren zu erlassen und die Bestimmungen des Übereinkommens auf Tierkategorien auszudehnen, die im Übereinkommen nicht ausdrücklich genannt sind. Der Ausschuss kam überein, seinen Erläuternden Bericht entsprechend zu ändern und insbesondere die Verweise auf Arbeitstiere (Absatz 15 des Entwurfs des Erläuternden Berichts) und Jagdhundemeuten (Absatz 19) zu streichen.“<sup>57</sup>

Art. 2 Abs. 3 des Übereinkommens ist also ausschließlich eingebettet in die Auseinandersetzung um Arbeitstiere und insbesondere Wachhunde zu sehen, die dann folgerichtig auch im abschließenden Erläuternden Bericht des CAHPA nochmals explizit Erwähnung finden.<sup>58</sup>

#### **d. Zwischenergebnis**

Eine nationale Heimtier-Positivliste wäre mit den Verpflichtungen unvereinbar, die sich die Bundesrepublik Deutschland völkerrechtlich mit dem Heimtier-Übereinkommen des Europarates auferlegt hat. Das Heimtier-Übereinkommen erkennt nicht nur die Schutzwürdigkeit von privater Tierhaltung, Zucht und Handel explizit an, es verbietet darüber hinaus auch nationale „Alleingänge“, die den

---

<sup>57</sup> Eigene Übersetzung des Verfassers.

<sup>58</sup> Ad Hoc Committee of Experts for the Protection of Animals (CAHPA), Addendum to CAHPA (86) 13, Nr. 15.

Grundannahmen des Übereinkommens zuwiderlaufen. Die sogenannte Schutzverstärkung des Art. 2 Abs. 3 des Übereinkommens steht dem nicht entgegen. Ganz im Gegenteil erlaubt die Norm allgemeinen völkerrechtlichen Standards entsprechend lediglich gewisse Feinjustierungen; zusätzlich ist die Norm in einen hochspezifischen Diskurs insbesondere zur Nutzung von Wachhunden eingebettet. Eine nationale Heimtier-Positivliste würde daher gegen geltendes Völkerrecht verstoßen.

### **III. Europarecht**

Die europarechtliche Beurteilung einer Positivliste wird insbesondere durch die sogenannten Grundfreiheiten determiniert. Im Falle der Einführung einer solchen Liste auf der Ebene des Unionsrechts wäre zusätzlich auch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union einschlägig. Beide Themenkomplexe werden im Folgenden gesondert untersucht.

#### **1. Grundfreiheiten**

Die Grundfreiheiten der Europäischen Union wurzeln in der zunächst wirtschaftliche Kooperation anstrebenden Historie vor allem der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl.<sup>59</sup> Über Jahrzehnte hinweg garantierten die Grundfreiheiten in Ermangelung eines unionsrechtlichen Grundrechtekatalogs zudem einen grundlegenden Schutz des Individuums vor diskriminierenden Maßnahmen einzelner Mitgliedstaaten. Zum

---

<sup>59</sup> Siehe nur Rossi, Entwicklung und Struktur der Europäischen Union - eine graphische Erläuterung, in: ZJS 2010, 49 ff.



Katalog der Grundfreiheiten zählen die Warenverkehrsfreiheit, die Personenfreizügigkeit, die Dienstleistungsfreiheit sowie der freie Kapital- und Zahlungsverkehr.

#### **a. Warenverkehrsfreiheit**

Von besonderer Relevanz für die Verwirklichung des Binnenmarktes ist die sogenannte Warenverkehrsfreiheit. Maßgeblich sind hier zunächst Art. 34 und Art. 35 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV):

„Art. 34

Mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung sind zwischen den Mitgliedstaaten verboten.

Art. 35

Mengenmäßige Ausfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung sind zwischen den Mitgliedstaaten verboten.“

Im Vergleich zu den vergleichsweise plumpen Eingriffen in den freien Warenverkehr mittels Ein- oder Ausfuhrbeschränkungen ungleich relevanter sind hingegen andere Beschränkungsformen, die als „Maßnahmen gleicher Wirkung“ bezeichnet werden und zu denen sich eine reichhaltige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes entwickelt hat.

Dass Tiere als Waren in diesem Sinne zu gelten haben, ergibt sich angesichts der in allen Mitgliedstaaten der Union geltenden eigentumsrechtlichen Rahmenbedingungen eigentlich von selbst, soll hier aber aus Gründen der Klarstellung nur kurz erwähnt werden. Folgerichtig weisen neben dem Europäischen Gerichtshof<sup>60</sup> sogar die Befürworter einer Positivliste darauf hin, dass Heimtiere unter die Warendefinition fallen.<sup>61</sup>

#### **aa. Positivliste als Maßnahme gleicher Wirkung**

Die sogenannten Maßnahmen gleicher Wirkung wurden durch den Europäischen Gerichtshof insbesondere in seinen Entscheidungen in den Rechtssachen Dassonville, Keck sowie Cassis de Dijon maßgeblich konkretisiert. Da die entsprechenden Darlegungen hierzu bereits an anderer Stelle geleistet wurden, kann insoweit auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.<sup>62</sup> Folglich darf, worauf auch die Befürworter einer Positivliste hinweisen<sup>63</sup>, als gesichert gelten, dass die Nutzung dieses Regelungsinstruments Handelshemmnisse bewirken würde und damit am Maßstab der Warenverkehrsfreiheit zu messen ist. Uneinigkeit besteht allerdings bei der Beantwortung der Frage, ob dieser Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit gerechtfertigt werden kann. Dieser Aspekt bildet den Gegenstand der nachstehenden Überlegungen.

---

<sup>60</sup> EuGH, Rs. C-67/97, Slg. 1998, I-8033 Rn. 13 ff.

<sup>61</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 15.

<sup>62</sup> Vgl. Spranger, Heimtierhaltung und Verfassungsrecht, 2018, S. 131 ff.

<sup>63</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 15 f.

## **bb. Rechtfertigungsmöglichkeiten**

Eingriffe in den freien Warenverkehr können unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt werden. Zentraler normativer Anknüpfungspunkt ist insoweit Art. 36 AEUV:

„Art. 36

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.“

## **aaa. Sichtweise der Positivlistenbefürworter**

Seitens der Befürworter einer Positivliste heißt es angesichts dieser rechtlichen Vorgaben apodiktisch: „Am Vorliegen eines zulässigen Rechtfertigungsgrundes kann hier in Anbetracht des oben unter Ziffer I. Dargestellten kein vernünftiger Zweifel bestehen. Mit einer Positivliste würden offenkundig legitime Ziele verfolgt.“<sup>64</sup> Analysiert man sodann die als Fundament dieser Aussage bezeichneten

---

<sup>64</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 17.

Ausführungen, so tritt Überraschendes zu Tage: Die betreffenden Passagen stellen nicht etwa eine methodisch geleitete und damit rechtlich korrekte Prüfung der einzelnen Rechtfertigungsoptionen, sondern ein Sammelsurium unterschiedlichster Aussagen dar, die für Art. 36 AEUV nahezu irrelevant sind. Hierzu im Einzelnen:

Die mit „Sachverhalt“ überschriebene Ziffer I des genannten Dokuments beschreibt zunächst behauptete Nachteile der Heimtierhaltung. Zu den in wenigen Sätzen behaupteten Leiden vieler Heimtiere zählen so etwa abnorme Verhaltensweisen, psychologische Auffälligkeiten oder (Auto)Aggression<sup>65</sup> – belegt werden diese naturwissenschaftlichen bzw. veterinärmedizinischen Behauptungen sodann über eine unveröffentlichte rechtliche Einschätzung<sup>66</sup> und somit über noch nicht einmal fachlich einschlägige Sekundärquellen. Ein derartiges Vorgehen genügt bereits als solches noch nicht einmal grundlegendsten wissenschaftlichen Anforderungen.

Macht man sich zusätzlich die Mühe, die zitierte Passage der genannten rechtlichen Stellungnahme daraufhin zu untersuchen, auf welcher Grundlage dort welche Aussagen getroffen werden, so tritt Erstaunliches zutage. Die Originalpassage lautet ungekürzt wie folgt:

---

<sup>65</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 4.

<sup>66</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 4, dort Fn. 3. Hingewiesen wird auf Krämer, EU law and a positive list for companion animals, S. 8 f.

„Exotic animals which are brought to Europe to serve as pet animals are taken away from their natural environment and placed in local conditions which are not at all comparable with their original environment. Most private owners of exotic pet animals do not know enough of the natural conditions of the life of the animal in its original environment, about its social structures (life with other animals), its day and night rhythm, its needs and habits of food, of rest and of movement. And even, if they knew, they are normally unable to offer similar conditions to the exotic animal. Furthermore, regularly, owners do not have enough space and other housing possibilities to make the life conditions of exotic animals similar to those of their original space. This is in particular the case, when exotic animals are acquired while they are young and small, as the needs of adult animals - feed, movement, companionship, space etc - are frequently different.

As a result, exotic animals in captivity - and for an animal, being kept as a pet, means that it is in captivity - frequently suffer from boredom, isolation, inadequate nutrition lack of sunshine and lack of social and medical treatment. Evidence for their suffering is an abnormal behaviour, such as monotone movements, self-mutilation, aggression, stress from loneliness or other signs of negative psychological status. The mortality of exotic pet animals is very high.

The taking of exotic animals from the wild and the subsequent transport to Europe causes supplementary

stress and high mortality rates for the animals; some researchers estimate that for one chimpanzee which comes to Europe, some fifty chimpanzees died during capture and transport. Long-term consequences of the stress of capture and transport for the animal are very likely, though not capable of being proven scientifically.

Concluding this section, attention is drawn on the checklist for the welfare of pet animals developed by Schuppli and his co-authors which is widely recognized as establishing an appropriate standard and which clearly shows the considerable requirements that owners of pet animals should comply with, in order to ensure an appropriate welfare for their pet animal."<sup>67</sup>

Zu Deutsch:

„Exotische Tiere, die nach Europa gebracht werden, um als Heimtiere zu fungieren, werden aus ihrer natürlichen Umgebung entnommen und unter örtlichen Bedingungen untergebracht, die überhaupt nicht mit ihrer ursprünglichen Umgebung vergleichbar sind. Die meisten privaten Halter von exotischen Heimtieren wissen zu wenig über die natürlichen Lebensbedingungen des Tieres in seiner ursprünglichen Umgebung, über seine sozialen Strukturen (Zusammenleben mit anderen Tieren), seinen Tag- und Nachtrhythmus, seine Bedürfnisse und Gewohnheiten in Bezug auf Nahrung, Ruhe und Bewegung. Und selbst wenn sie es wüssten, sind sie normalerweise nicht in der Lage, dem

---

<sup>67</sup> Krämer, EU law and a positive list for companion animals, S. 8.

exotischen Tier ähnliche Bedingungen zu bieten. Darüber hinaus verfügen die Besitzer häufig nicht über genügend Platz und andere Unterbringungsmöglichkeiten, um die Lebensbedingungen exotischer Tiere an die ihres ursprünglichen Lebensraums anzupassen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn exotische Tiere erworben werden, während sie noch jung und klein sind, da die Bedürfnisse erwachsener Tiere - Futter, Bewegung, Gesellschaft, Platz usw. - häufig anders sind.

Infolgedessen leiden exotische Tiere in Gefangenschaft - und für ein Tier bedeutet die Haltung als Heimtier, dass es sich in Gefangenschaft befindet - häufig unter Langeweile, Isolation, unzureichender Ernährung, Sonnenmangel und fehlender sozialer und medizinischer Behandlung. Anzeichen für ihr Leiden sind abnormes Verhalten, wie monotone Bewegungen, Selbstverstümmelung, Aggression, Stress durch Einsamkeit oder andere Anzeichen für einen negativen psychologischen Zustand. Die Sterblichkeitsrate bei exotischen Heimtieren ist sehr hoch.

Die Entnahme exotischer Tiere aus der Wildnis und der anschließende Transport nach Europa verursacht zusätzlichen Stress und eine hohe Sterblichkeitsrate bei den Tieren; einige Forscher schätzen, dass für einen Schimpansen, der nach Europa kommt, etwa fünfzig Schimpansen während des Fangs und des Transports gestorben sind. Langfristige Folgen des Stressses bei Fang und Transport für die Tiere sind sehr wahrscheinlich, obwohl sie wissenschaftlich nicht nachgewiesen werden können.

Zum Abschluss dieses Abschnitts wird auf die von Schuppli und seinen Mitautoren entwickelte Checkliste für das Wohlergehen von Heimtieren verwiesen, die weithin als angemessener Standard anerkannt ist und die deutlich die erheblichen Anforderungen aufzeigt, die Heimtierhalter erfüllen sollten, um ein angemessenes Wohlergehen ihres Heimtiers zu gewährleisten.“<sup>68</sup>

In dieser gesamten Passage finden sich nur ganze drei Fußnoten, von denen zwei den letzten Absatz und die - hier irrelevante - Checkliste von Schuppli et al betreffen. Der erste Absatz, in dem zahllose Behauptungen zu unterschiedlichsten Aspekten der Heimtierhaltung aufgestellt werden, bleibt völlig unbelegt. Zu Ende des zweiten Absatzes findet sich folglich die einzige (sic!) Fußnote, mittels derer der juristische Verfasser das Behauptete belegen will. Diese Fußnote lautet ungekürzt wie folgt:

„The British Captive Animals' Protection Society reports that 26 per cent of pet tortoises die within the first year, and 92 per cent within four years, in: Exotic animals are not pets; <https://www.captiveanimals.org/wp-content/uploads/2011/02/Exotic-pets-factsheet.pdf>. The mortality of reptiles is said to be much higher than of any other pet animals. However, all such figures and statements are disputed among pet shops, breeders, animal welfare groups etc.“<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> Eigene Übersetzung des Verfassers.

<sup>69</sup> Krämer, EU law and a positive list for companion animals, S. 8, dort Fn. 32.



Zu Deutsch:

„Die britische Gesellschaft zum Schutz von in Gefangenschaft gehaltenen Tieren berichtet, dass 26 Prozent der als Haustiere gehaltenen Schildkröten innerhalb des ersten Jahres sterben und 92 Prozent innerhalb von vier Jahren, in: Exotische Tiere sind keine Haustiere; <https://www.captiveanimals.org/wp-content/uploads/2011/02/Exotic-pets-factsheet.pdf>. Die Sterblichkeitsrate bei Reptilien soll viel höher sein als bei allen anderen Heimtieren. Alle diese Zahlen und Aussagen sind jedoch unter Zoohändlern, Züchtern, Tierschutzorganisationen usw. umstritten.“<sup>70</sup>

Auf den Punkt gebracht: Die in einer juristischen Stellungnahme zur Begründung behaupteter Tierwohldefizite als Sekundärquelle zitierte anderweitige juristische Stellungnahme enthält seinerseits keinerlei zitierfähige Quellen für Tierwohldefizite. Auch sind Aussagen vom Hörensagen, wie es um die Reptilienhaltung stehen „soll“, untauglich zur Rechtfertigung staatlicher Eingriffe. Das offene Bekenntnis des Autors der genannten Sekundärstellungnahme, dass einige der behaupteten Effekte wissenschaftlich gar nicht nachgewiesen werden können und damit willkürlich sind, bringt die Sache folglich auf den Punkt: Für die behaupteten Tierwohlnachteile fehlt es nicht nur bei den Befürwortern der Positivliste, sondern auch bei der dort zitierten Sekundärquelle schlicht an jedem auch nur ansatzweise tauglichen Beleg.

---

<sup>70</sup> Eigene Übersetzung des Verfassers.

Sodann folgen im Kontext der Positivlisten-Befürwortung jeweils wenige Zeilen umfassende Ausführungen zu Biodiversität, Ökosystemschutz und Klimawandel<sup>71</sup>, bevor das wirtschaftliche Volumen des Tierhandels – genauer: des Tierschmuggels – adressiert wird.<sup>72</sup> Im Anschluss finden sich einige wenige Sätze zu Gefahren durch Zoonosen bzw. sogenannte Gefahr- oder Gifttiere.<sup>73</sup>

Es bleibt vollkommen schleierhaft, wie eine solche allenfalls schlagwortartige, wissenschaftlichen Kriterien nicht einmal ansatzweise genügende Zusammenstellung mehr oder minder zusammenhangsloser und zudem den konventionellen Heimtierhandel allenfalls am Rande betreffender Aspekte das Ergebnis rechtfertigen können soll, dass am Vorliegen eines zulässigen Rechtfertigungsgrundes im Sinne des Art. 36 AEUV „kein vernünftiger Zweifel“ bestehen kann. Jedenfalls bei Zugrundelegung allgemein üblicher rechtlicher und rechtswissenschaftlicher Standards stellen die genannten Ausführungen nicht einmal den Versuch einer ordnungsgemäßen Rechtfertigungsprüfung dar. Eine derartige Prüfung muss sich zunächst einmal am Gesetzeswortlaut orientieren und dabei insbesondere die vorliegende Rechtsprechung berücksichtigen. Die folgenden Ausführungen leisten eine solche methodisch geleitete Analyse.

---

<sup>71</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 5 f.

<sup>72</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 6 f.

<sup>73</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 8.

### **bbb. Rechtfertigungsgründe nach Art. 36 AEUV**

Art. 36 AEUV benennt einige Rechtfertigungsgründe, die wenigstens bei oberflächlicher Betrachtung zur Eingriffsrechtfertigung genutzt werden könnten und die daher im Folgenden jeweils gesondert analysiert werden.

#### **(1) Öffentliche Sicherheit und Ordnung**

Den Begriff der öffentlichen Sicherheit nach Art. 36 AEUV versteht der Europäische Gerichtshof entschieden enger, als dies in der deutschen Rechtsordnung der Fall ist. Die öffentliche Sicherheit in diesem Sinne ist nur dann betroffen, wenn es um die für die Existenz eines Staates wesentlichen Fragen der inneren oder äußeren Sicherheit geht, insbesondere das „Funktionieren seiner Wirtschaft, [...] das seiner Einrichtungen und seiner wichtigen öffentlichen Dienste und [...] das Überleben seiner Bevölkerung.“<sup>74</sup> Eine Berufung auf den Tatbestand der öffentlichen Ordnung im Sinne von Art. 36 AEUV kommt nur dann in Betracht, wenn „eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.“<sup>75</sup> Die Begriffe der öffentlichen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung sind damit eindeutig nicht mit den polizei- und sicherheitsrechtlichen Schutzgütern des deutschen Polizei- und Ordnungsrecht gleichzusetzen.<sup>76</sup>

---

<sup>74</sup> EuGH, Slg. 1984, 2727, Rn. 34.

<sup>75</sup> EuGH, Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609, Rn. 30.

<sup>76</sup> Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 36 Rn. 198 ff.

Um eine Frage der öffentlichen Sicherheit handelt es sich nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofes also beispielsweise bei Regelungen zur Sicherung der Erdölversorgung.<sup>77</sup> Unabhängig davon, dass angeblich gefährliche Tiere in Deutschland ungeachtet des Fehlens valider Gefährlichkeitsnachweise und unter Ausblendung verfassungsrechtlicher Rahmenbedingungen mittlerweile ohnehin nahezu flächendeckend durch Landespolizei- und Ordnungsrecht erfasst werden<sup>78</sup> und schon aus diesem Grund keine fortbestehende kritische „Sicherheitslage“ konstruiert werden kann, verdeutlicht dieses Beispiel die Dimension des durch Art. 36 AEUV erfassten Sicherheitsbegriffs. Die durch die Haltung von Streifenhörnchen, Zebrafischen und anderen Heimtieren verursachten „Risiken“ haben hier keine Relevanz.

## **(2) Schutz der Gesundheit und menschlichen Lebens**

Wollen die Mitgliedstaaten der Europäischen Union handelsbeschränkende Maßnahmen unter Hinweis auf den zu gewährenden Gesundheits- und Lebensschutz rechtfertigen, so entspricht es allgemeiner Überzeugung, dass insoweit der Rückgriff auf bloße Vermutungen oder Behauptungen verboten ist. Der Europäische Gerichtshof führt hier eindeutig aus:

„(Es) ist darauf hinzuweisen, dass es nach ständiger Rechtsprechung (vgl. u. a. Urteil vom 30. November 1983 in der Rechtssache 227/82, van Bennekom, Slg. 1983, 3883, Randnr. 40) Sache der Mitgliedstaaten ist,

---

<sup>77</sup> EuGH, Rs. 72/83, Urt. v. 10.7.1984, Slg. 1984, 2727, Rn. 34.

<sup>78</sup> Hierzu: Spranger, Heimtierhaltung und Verfassungsrecht, 2018.

in jedem Einzelfall darzulegen, dass ihre Regelung zum wirksamen Schutz der Interessen gemäß Artikel 36 des Vertrages erforderlich ist und insbesondere, dass die Vermarktung des in Frage stehenden Erzeugnisses eine ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit darstellt.“<sup>79</sup>

Zu Recht wird insoweit darauf hingewiesen, dass der Grad der Substantiierungspflicht als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes insbesondere von der Intensität der im Einzelfall drohenden Gefahr und der Eintrittswahrscheinlichkeit abhängt.<sup>80</sup> Zwar ist es nicht erforderlich, dass bereits ein Schaden eingetreten ist, weil wirksamer Schutz vielfach präventive Maßnahmen voraussetzt. Doch besteht eine - regelmäßig im Rahmen der Erforderlichkeit zu prüfende - Verpflichtung, die Notwendigkeit des Eingreifens unter Hinweis auf wissenschaftliche Erkenntnisse oder europäische/internationale Standards nachvollziehbar zu belegen.<sup>81</sup>

Der Europäische Gerichtshof fordert hier insbesondere, dass das Vorliegen eines realen Risikos für die Gesundheit der Bevölkerung ermittelt und bewertet werden muss, wofür in jedem Einzelfall eine eingehende Prüfung der möglicherweise

---

<sup>79</sup> EuGH, Rs. C-228/91, Urt. v. 25.5.1993, Slg. 1993, I-2701, Rn. 28.

<sup>80</sup> Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 36 Rn. 199; Leible/Streinzi, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 63. EL Dezember 2017, Art. 36 Rn. 23.

<sup>81</sup> Siehe hierzu auch die Nachweise bei Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 36 Rn. 199.

drohenden Folgen erforderlich ist.<sup>82</sup> Der Mitgliedstaat muss also eine eingehende Prüfung des Risikos vornehmen; infolgedessen muss die geltend gemachte Gefahr für die Gesundheit auf der Grundlage der letzten wissenschaftlichen Informationen, die bei Erlass eines solchen Verbotes zur Verfügung stehen, als hinreichend nachgewiesen anzusehen sein. In einem solchen Zusammenhang ist Gegenstand der Risikobewertung, die der Mitgliedstaat vorzunehmen hat, folglich die Beurteilung des Wahrscheinlichkeitsgrads der schädlichen Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit sowie der Schwere dieser potenziellen Auswirkungen.<sup>83</sup> Wichtig ist in diesem Zusammenhang ferner, dass der Europäische Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung fordert, dass das jeweils behauptete Risiko „auf der Grundlage der zuverlässigsten verfügbaren wissenschaftlichen Daten und der neuesten Ergebnisse der internationalen Forschung zu bewerten“<sup>84</sup> ist.

In Folge dieser Rechtsprechung gilt, dass eine Positivliste nicht auf den betreffenden Rechtfertigungstatbestand gestützt werden kann. Denn unabhängig von der Frage nach Art und Güte der von den Positivlisten-Befürwortern für die Zoonose-These zitierten Literatur<sup>85</sup> gilt, dass die gerade in den letzten Jahren nachdrücklich betriebene Zoonosenforschung, die sich etwa unter dem Dach der Nationalen Forschungsplattform für Zoonosen bzw. im Forschungsnetz Zoonotische Infektionskrankheiten bündelt<sup>86</sup>, in beeindruckender Weise zeigt, dass der Heimtierhaltung

---

<sup>82</sup> EuGH, Rs. C-150/00, Urt. v. 29.4.2004, Rn. 96.

<sup>83</sup> EuGH, Rs. C-95/01, Urt. v. 5.2.2004, Rn. 41 f.

<sup>84</sup> EuGH, Rs. C-672/15, Urt. v. 27.4.2017, Rn. 48 f.

<sup>85</sup> Gestützt werden die entsprechenden Aussagen maßgeblich auf eine nicht-zitierfähige Leserbrief- bzw. Forummeinung.

<sup>86</sup> <https://zoonosen.net/forschungsnetz> (21.03.2023).

hier weder quantitativ, noch qualitativ eine entscheidende Rolle zukommt. Vielmehr treten Zoonosen vor allem bei den domestizierten Nutztieren als Nebeneffekt des Domestikationsprozesses auf.<sup>87</sup> Und ohne eine unangebrachte Bagatellisierung zu betreiben: Mit Zoonosen einhergehende Herausforderungen lassen sich meist durch die Einhaltung eigentlich selbstverständlicher Maßnahmen der Grundhygiene vermeiden.<sup>88</sup> Sollte künftig dennoch eine einzelne Heimtierart mit Blick auf Zoonosen als relevant identifiziert werden, so würde im Übrigen das geltende Gefahrenabwehrrecht alle erforderlichen Instrumente bereithalten. Gesundheits- und Lebensschutz scheiden somit als tauglicher Rechtfertigungsgrund aus.

---

<sup>87</sup> Siehe im Detail die ZZF- Stellungnahme zum Risiko von Zoonosen beim Handel mit als Heimtieren gehaltenen Wildtieren vom 05.07.2020; <https://www.zzf.de/stellungnahme/stellungnahme-des-zzf-zum-risiko-von-zoonosen-beim-handel-mit-als-heimtieren-gehaltenen-wildtieren> (11.05.2023).

<sup>88</sup> Vgl. ZZF- Stellungnahme zum Risiko von Zoonosen beim Handel mit als Heimtieren gehaltenen Wildtieren vom 05.07.2020; <https://www.zzf.de/stellungnahme/stellungnahme-des-zzf-zum-risiko-von-zoonosen-beim-handel-mit-als-heimtieren-gehaltenen-wildtieren> (11.05.2023).

### **(3) Schutz der Gesundheit und des Lebens von Tieren**

Als Rechtfertigungsgrund für staatliche Handlungen, die die Warenverkehrsfreiheit beschränken, nennt Art. 36 AEUV auch die Gesundheit und das Leben von Tieren. Grundsätzlich erfasst werden damit Maßnahmen, die dem Wohlbefinden von Tieren dienen.<sup>89</sup> Folglich können – jedenfalls im nicht-harmonisierten Bereich<sup>90</sup> – staatlicherseits Tätigkeiten unterbunden werden, die für Tiere mit Leiden verbunden sind oder die deren natürliches Verhalten negativ beeinflussen können.<sup>91</sup>

In diesem Zusammenhang muss allerdings differenziert werden. Die Europäische Union erlaubt als Selbstverständlichkeit die Haltung von Tieren für Zwecke der menschlichen Nahrungsmittelproduktion. Ebenso selbstverständlich ist es für den Unionsgesetzgeber, dass Tiere beispielsweise für Zwecke der medizinischen Forschung getötet werden.<sup>92</sup> „Gesundheit und Leben“ von Tieren und das hieraus abgeleitete „Wohlbefinden“ von Tieren sind daher notgedrungen verhältnismäßig zu betrachten. Niemand wird bestreiten wollen, dass die Nicht-Tötung eines der menschlichen Fleischversorgung dienenden und ausschließlich zu diesem Zweck gehaltenen Tieres für das Wohlbefinden des betreffenden Tieres besser wäre als die Tötung. Gleichwohl

---

<sup>89</sup> Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 36 Rn. 208.

<sup>90</sup> EuGH, Rs. C-1/96, Rn. 41 ff.; hierzu auch Haltern, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 1. Auflage 2017, Art. 36 Rn. 47.

<sup>91</sup> Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 36 Rn. 208.

<sup>92</sup> Dies gilt ungeachtet aller Verfeinerungen des Tierschutzes, vorliegend etwa durch die Übertragung des 3R-Prinzips in die Rechtsordnung (vgl. Richtlinie 2010/63/EU).



ist diese Form der Tierhaltung und -nutzung unionsweit nicht verboten. Der Begriff des Tierwohls kann also stets nur relativ gesehen werden, indem er in Bezug gesetzt wird zu den anderen Rechten und Interessen aller Beteiligten. So erklärt sich etwa, dass der Europäische Gerichtshof beispielsweise bestimmte dem Tierwohl dienende nationale Vorgaben für Boxen für Mastkälber für rechtens hält - ohne freilich die Mastkalbhaltung als solche deshalb für unzulässig zu erklären.<sup>93</sup> Tierwohlgesichtspunkte sind daher nicht dazu angetan, eine auf ein flächendeckendes faktisches Heimtierverbot zielende Regulierungsphilosophie zu rechtfertigen.

#### **(a) Zwischenergebnis**

Auch staatliche Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Tieren müssen damit den üblichen Rechtfertigungsanforderungen genügen und insbesondere verhältnismäßig sein. Eine artenübergreifende Positivliste kann damit nicht auf Angaben gestützt werden, die wissenschaftlich nicht fundiert sind oder beispielsweise nur eine einzelne Art oder wenige Arten betreffen. Damit ist aber eine auf die Heimtierhaltung zielende Positivliste ganz grundsätzlich als unzulässiges Instrument zu qualifizieren, weil hier der Ansatz einer undifferenzierten „Vermutung für das Verbot“ verfolgt wird. Die Befürworter einer Positivliste versuchen diesen Einwand unter Hinweis auf eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes zur „belgischen Positivliste“ zu entkräften und zitieren insoweit eine kurze Passage des betreffenden Urteils, in

---

<sup>93</sup> EuGH, Rs. 143/81, Slg. 1982, I- 01299, Rn. 12 ff.

die zudem Hervorhebungen eingefügt werden.<sup>94</sup> Eine Analyse des genannten Urteils setzt voraus, dass die betreffenden Überlegungen des Gerichtshofes in ihrer Gesamtheit dargestellt und analysiert werden:

**(b) Der EuGH und die „belgische Positivliste“**

Im laufenden Diskurs wird durch den homonymen Gebrauch des Begriffs der „Positivliste“ der Eindruck erweckt, als hätte der Europäische Gerichtshof nationale Heimtier-Positivlisten „abgesegnet“. Tatsächlich jedoch betrifft die genannte Entscheidung ausschließlich nationale Ergänzungen zur Verordnung (EG) Nr. 338/97, die der Umsetzung des CITES-Verpflichtungen in der Union dient und damit ausschließlich den Schutz von wildlebenden Tier- und Pflanzenarten erfasst.<sup>95</sup>

Der Gerichtshof führt hierzu im Einzelnen aus:

„Die belgische Regierung trägt vor, mit der im Ausgangsverfahren streitigen Regelung werde, obzwar sie den freien Warenverkehr behindere, ein legitimes Ziel verfolgt, nämlich das Wohlbefinden von gefangen gehaltenen Tieren. Sie beruhe auf der Feststellung, dass sich die Haltung von Säugetieren angesichts ihrer physiologischen und ethologischen Bedürfnisse nur in wenigen Fällen rechtfertigen lasse. Wenn es angesichts dieser Bedürfnisse offensichtlich erscheine, dass Exemplare einer bestimmten Säugetierart nicht ohne

---

<sup>94</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 17 f.

<sup>95</sup> Dies ergibt sich sogar schon aus der offiziellen Verschlagwortung des Europäischen Gerichtshofes.

Beeinträchtigung ihres Wohlbefindens von jedweder Person gehalten werden könnten, dürften sie vorbehaltlich der in Art. 3a § 2 des Tierschutzgesetzes vorgesehenen Ausnahmeregelung nicht in die Positivliste aufgenommen werden und seien damit nicht handelbar. Die Regelung sei daher durch den Schutz der Gesundheit und des Lebens der betroffenen Tiere gerechtfertigt.

Ferner stehe die streitige Regelung in angemessenem Verhältnis zu dem angestrebten Ziel. Zum einen enthalte sie kein absolutes Verbot der Einfuhr dieser Tiere. Art. 3a § 2 des Tierschutzgesetzes sehe nämlich die Möglichkeit vor, dass Exemplare von Arten und Kategorien, die nicht in dem Verzeichnis des Anhangs I der Königlichen Verordnung aufgeführt seien, dennoch insbesondere von zoologischen Gärten, Laboratorien, Zirkussen oder Wanderausstellungen, aber auch von Privatpersonen, die von dem für Tierschutz zuständigen Minister zugelassen worden seien, und von Tierhandelsunternehmen, sofern vorher mit der natürlichen oder juristischen Person der genannten Gruppen eine schriftliche Vereinbarung getroffen worden sei, gehalten werden dürften.

Zum anderen seien vor Festlegung der Positivliste vom Nationale Raad voor dierenwelzijn (Nationaler Rat für Tierschutz) unter Zugrundelegung wissenschaftlicher und fachlicher Beiträge folgende objektive Kriterien aufgestellt worden. Erstens müssten die Tiere unter Beachtung ihrer physiologischen, ethologischen und ökologischen Bedürfnisse leicht zu halten und unterzubringen sein; zweitens dürften sie nicht von

aggressivem Naturell sein und keine besondere Gefahr für die menschliche Gesundheit darstellen; drittens dürften sie nicht zu Arten gehören, bei denen deutliche Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass sie, falls sie entliefen, in freier Natur überleben und dadurch eine ökologische Gefahr darstellen könnten; und viertens müssten bibliografische Angaben über ihre Haltung vorliegen. Seien die Nachweise oder die Informationen über die Eignung von Tieren einer Art für die Haltung widersprüchlich, so gehe der Zweifel zugunsten des Tieres.

Hierzu ist erstens daran zu erinnern, 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 EG 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, sofern diese Verbote oder Beschränkungen weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung

des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen, 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).

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).

Zwar verlangt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der Art. 30 Satz 2 EG zugrunde liegt, dass die Befugnis der Mitgliedstaaten, die Einfuhr von Tieren aus anderen Mitgliedstaaten, wo sie rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden sind, zu verbieten, auf das Maß dessen beschränkt wird, was zur Erreichung der berechtigterweise verfolgten Schutzziele erforderlich ist (vgl. in diesem Sinne u. a. Urteil Harpegnies, Randnr. 34), doch sind bei der Anwendung dieses Grundsatzes in einem Kontext wie dem des Ausgangsverfahrens die besondere Natur der fraglichen Arten und die oben in den Randnrn. 27 bis 29 genannten Belange und Erfordernisse zu berücksichtigen.

Die Tatsache, dass ein Mitgliedstaat weniger strenge Vorschriften erlässt als ein anderer, bedeutet nicht, dass dessen Vorschriften unverhältnismäßig und folglich mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar sind. Der Umstand allein, dass ein Mitgliedstaat andere Schutzregelungen als ein anderer Mitgliedstaat erlassen hat, ist nämlich für die Beurteilung der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der einschlägigen Bestimmungen ohne Belang (vgl. u. a. Urteil vom 1. Februar 2001, Mac Quen u. a., C-108/96, Slg. 2001, I-837, Randnrn. 33 und 34).

Entgegen der Auffassung der Antragstellerinnen des Ausgangsverfahrens würde ein Negativlistensystem, mit dem das Verbot auf die in dieser Liste angegebenen Säugetierarten beschränkt wird, möglicherweise nicht ausreichen, um das Ziel des Schutzes bzw. der Beachtung der oben in den Randnrn. 27 bis 29 genannten Belange und Erfordernisse zu erreichen. Die Anwendung eines solches Systems könnte nämlich dazu führen, dass Exemplare einer Säugetierart, 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 (vgl. entsprechend Urteil vom 12. Juli 2005, Alliance for Natural Health u. a., C-154/04 und C-155/04, Slg. 2005, I-6451, Randnr. 70).

Gleichwohl steht nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs eine Regelung wie die im Ausgangsverfahren streitige, wonach für die Haltung

eines Säugetiers verlangt wird, dass die Art, zu der es gehört, vorher in eine Positivliste aufgenommen worden ist, und die auch für Exemplare von Arten gilt, die in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig gehalten werden, nur dann mit dem Gemeinschaftsrecht im Einklang, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. entsprechend u. a. Urteile vom 16. Juli 1992, Kommission/Frankreich, C-344/90, Slg. 1992, I-4719, Randnrn. 8 und 16, sowie Kommission/Frankreich, Randnr. 25).

Zunächst müssen die Kriterien für die Aufstellung einer solchen Liste und ihre Änderung objektiv und nicht diskriminierend sein (vgl. in diesem Sinne u. a. Urteil vom 23. September 2003, Kommission/Dänemark, C-192/01, Slg. 2003, I-9693, Randnr. 53).

Sodann muss eine solche Regelung ein Verfahren vorsehen, das es den Betroffenen ermöglicht, die Aufnahme neuer Säugetierarten in die nationale Liste der zugelassenen Arten zu erreichen. Dieses Verfahren muss leicht zugänglich sein, d. h., 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 (vgl. entsprechend u. a. Urteile Kommission/Frankreich vom 16. Juli 1992, Randnr. 9, und vom 5. Februar 2004, Randnrn. 26 und 37).

Schließlich kann ein Antrag auf Aufnahme einer Säugetierart in die genannte Liste von den zuständigen Behörden nur dann abgelehnt werden, wenn die Haltung von Exemplaren dieser Art tatsächlich ein Risiko für die Wahrung bzw. Beachtung der oben in den Randnrn. 27 bis 29 genannten Belange und Erfordernisse birgt (vgl. entsprechend u. a. Urteile Kommission/Frankreich vom 16. Juli 1992, Randnr. 10, und vom 5. Februar 2004, Randnr. 27).

Jedenfalls kann ein Antrag auf Aufnahme einer Art in die Liste der Arten von Säugetieren, die gehalten werden dürfen, von den zuständigen Behörden nur auf der Grundlage einer eingehenden Bewertung des mit der Haltung von Exemplaren der fraglichen Art für die Wahrung der oben in den Randnrn. 27 bis 29 genannten Belange und Erfordernisse verbundenen Risikos abgelehnt werden, die anhand der zuverlässigsten verfügbaren wissenschaftlichen Daten und der neuesten Ergebnisse der internationalen Forschung getroffen wird (vgl. entsprechend u. a. Urteil Alliance for Natural Health u. a., Randnr. 73).

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, un schlüssig 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 den Erlass beschränkender Maßnahmen.



Zu Abweichungen wie den in Art. 3a § 2 des Tierschutzgesetzes vorgesehenen ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass sie nicht zu einer Begünstigung der inländischen Erzeugnisse führen dürfen, was eine willkürliche Diskriminierung oder eine verschleierte Beschränkung in Bezug auf die aus anderen Mitgliedstaaten eingeführten Erzeugnisse darstellen würde (vgl. u. a. Urteil vom 16. Dezember 1980, Fietje, 27/80, Slg. 1980, 3839, Randnr. 14).

Insbesondere bei Voraussetzungen, wie sie in Art. 3a § 2 Nrn. 3 Buchst. b und 6 des Tierschutzgesetzes für die Haltung von Exemplaren nicht in der Liste im Anhang der Königlichen Verordnung aufgeführter Säugetierarten durch Privatpersonen und Tierhandelsunternehmen festgelegt sind, ist zu prüfen, ob sie objektiv gerechtfertigt sind und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des mit der nationalen Regelung insgesamt verfolgten Ziels erforderlich ist.

Dazu ist festzustellen, dass die Verhältnismäßigkeit einer Regelung wie der im Ausgangsverfahren streitigen und insbesondere die Frage, ob das angestrebte Ziel mit Maßnahmen erreicht werden könnte, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger beeinträchtigen, nicht ohne zusätzliche Informationen über diese Regelung und über ihre Durchführung beurteilt werden können. Die Beurteilung der festgelegten Kriterien und ihrer Anwendung, der Tragweite der in Art. 3a § 2 des Tierschutzgesetzes vorgesehenen Abweichungen und der Merkmale des Verfahrens zur Aufnahme von Arten in die Liste, wie der Zugang zu diesem Verfahren und die

Anfechtungsmöglichkeiten, setzen eine konkrete Analyse voraus, die insbesondere auf die geltenden Vorschriften und die Praxis sowie auf wissenschaftliche Untersuchungen gestützt ist, wobei diese Analyse vom vorlegenden Gericht vorgenommen werden muss (vgl. in diesem Sinne Urteil Tridon, Randnr. 58).

Nach alledem ist auf die vorgelegten Fragen zu antworten, dass die Art. 28 EG und 30 EG allein betrachtet oder in Verbindung mit der Verordnung Nr. 338/97 einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren streitigen, nach der das Verbot der Einfuhr und der Haltung von und des Handels mit Säugetieren nicht ausdrücklich in dieser Regelung genannter Arten für Säugetierarten gilt, die nicht in Anhang A dieser Verordnung aufgeführt sind, dann nicht entgegenstehen, wenn der Schutz bzw. die Beachtung der oben in den Randnrn. 27 bis 29 genannten Belange und Erfordernisse nicht durch Maßnahmen, die den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr weniger beschränken, ebenso wirksam sichergestellt werden kann.

Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen,

- ob die Kriterien für die Aufstellung der nationalen Liste der Arten von Säugetieren, die gehalten werden dürfen, und die Änderung dieser Liste objektiv und nicht diskriminierend sind;

- ob ein Verfahren vorgesehen ist, das es den Betroffenen ermöglicht, die Aufnahme von

Säugetierarten in diese Liste zu erreichen, ob dieses Verfahren leicht zugänglich ist, innerhalb eines angemessenen Zeitraums abgeschlossen werden kann und eine Ablehnung, die mit Gründen versehen sein muss, gegebenenfalls in einem gerichtlichen Verfahren angefochten werden kann;

- ob Anträge auf Aufnahme einer Säugetierart in diese Liste oder auf eine individuelle Ausnahme für die Haltung von Exemplaren nicht in der Liste aufgeführter Arten von den zuständigen Behörden nur dann abgelehnt werden können, wenn die Haltung von Exemplaren der betroffenen Arten tatsächlich ein Risiko für die Wahrung der genannten Belange und Erfordernisse birgt, und

- ob für die Haltung von Exemplaren nicht in der genannten Liste aufgeführter Säugetierarten aufgestellte Voraussetzungen, wie sie in Art. 3a § 2 Nrn. 3 Buchst. b und 6 des Tierschutzgesetzes enthalten sind, objektiv gerechtfertigt sind und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des mit der nationalen Regelung insgesamt verfolgten Ziels erforderlich ist.“<sup>96</sup>

Damit zeitigt die exakte Lektüre der ungekürzten Überlegungen des Gerichtshofes erstaunliche Ergebnisse:

Zunächst einmal verdient erneut der Umstand besondere Beachtung, dass das Urteil eine mitgliedstaatliche Verschärfung der Verordnung (EG) Nr. 338/97 des Rates vom

---

<sup>96</sup> EuGH, Rs. C-219/07, Urt. v. 19.06.2008, Rn. 24 ff.

9. Dezember 1996 über den Schutz von Exemplaren wildlebender Tier- und Pflanzenarten durch Überwachung des Handels<sup>97</sup> zum Gegenstand hat. Diese Verordnung zielt wiederum ausweislich der Klarstellung in Art. 2 lit. b) und der Erwägungsgründe auf eine Umsetzung des Übereinkommens über den internationalen Handel mit gefährdeten Arten freilebender Tiere und Pflanzen (Washingtoner Artenschutzübereinkommen, CITES).<sup>98</sup> Ohne dass das CITES-Regime vorliegend weiter aufgefächert werden müsste, kann als unbestritten gelten, dass das Washingtoner Artenschutzübereinkommen - wie bereits der Name verrät - ein Instrument des Artenschutzes ist und dementsprechend in seinen Anhängen vor allem nach Bedrohungsgraden differenziert.

Dieser Zielrichtung entsprechend widmet sich die Verordnung (EG) Nr. 338/97 vorrangig der Einfuhr und der Ausfuhr<sup>99</sup> und befasst sich nur nachrangig mit besonderen Konstellationen etwa in Bezug auf regulatorische Abweichungen für in Gefangenschaft geborene und gezüchtete oder künstlich vermehrte Exemplare.<sup>100</sup> Der artenschutzrechtliche Charakter der Norm erklärt auch die Klarstellung in Erwägungsgrund Nr. 3, wonach die Mitgliedstaaten unbeschadet der Bestimmungen dieser Verordnung unter Einhaltung des Vertrags, insbesondere in Bezug auf den Besitz von Exemplaren von Arten, die unter diese Verordnung fallen, strengere Maßnahmen ergreifen oder beibehalten können. Dieser umweltvölkerrechtlich vorgegebene Schutz bedrohter und spezifisch in entsprechenden Anhängen adressierter

---

<sup>97</sup> ABl. Nr. L 061 vom 3.3.1997, S. 1 ff.

<sup>98</sup> Siehe Erwägungsgründe Nr. 1 und 2 der Verordnung (EG) Nr. 338/97.

<sup>99</sup> Siehe Art. 4 und Art. 5.

<sup>100</sup> Art. 7 Nr. 1.

Arten hat aber weder faktisch noch rechtlich irgendetwas mit der Erstellung einer tierethisch begründeten Positivliste für nicht bedrohte und völkerrechtlich in dem betreffenden Instrument nicht erfasste Jedermann-Heimtiere zu tun. Diese „regulatorischen Welten“ liegen vielmehr derart weit auseinander, dass von einer „Billigung eines heimtierbezogenen Positivlisten-Ansatzes“ durch den EuGH nicht ernsthaft die Rede sein kann. Folgerichtig weist der Europäische Gerichtshof ausdrücklich darauf hin, dass für seine Entscheidung „die besondere Natur der fraglichen Arten“ entscheidend ist.<sup>101</sup>

Die Ausführungen des Europäischen Gerichtshofes zum Tierwohl und zum Umweltschutz erfolgen sodann in Form von „Erinnerungen“.<sup>102</sup> Diese Form der Darstellung wählt der EuGH nicht, wenn „sensationell Neues“ verkündet, sondern auf Wohlbekanntes hingewiesen, nämlich „erinnert“ werden soll. Dementsprechend weisen die diesbezüglichen Passagen nichts Neues auf, sondern geben lediglich die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes insbesondere zum Tierwohl im Kontext der Warenverkehrsfreiheit wieder, die vorstehend bereits dargestellt worden ist.

Sodann äußert sich der EuGH zum Regelungsinstrument der Negativliste und führt aus, dass ein solcher Ansatz „möglicherweise nicht ausreichen (würde), um das Ziel des Schutzes (...) zu erreichen“.<sup>103</sup> Der durch die belgische Regierung seinerzeit erstrebte Ausbau des CITES-Regimes lässt allerdings erkennen, worauf sich diese Annahme des Gerichtshofes stützt. Denn der durch den Handel erfolgende

---

<sup>101</sup> EuGH, Rs. C-219/07, Urt. v. 19.06.2008, Rn. 30.

<sup>102</sup> EuGH, Rs. C-219/07, Urt. v. 19.06.2008, Rn. 27 bis 29.

<sup>103</sup> EuGH, Rs. C-219/07, Urt. v. 19.06.2008, Rn. 32.

Import im Sinne von Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 338/97 brachte neue und teils gänzlich unbekannte Arten auf den Markt. Es kann also unter keinen Umständen die Rede davon sein, dass der Europäische Gerichtshof a) einen Positivlistenansatz im Bereich der Tierhaltung als grundsätzlich vorzugswürdig erachtet oder b) einen solchen Ansatz für die Heimtierhaltung goutiert oder auch nur angedacht hätte. Ganz im Gegenteil weist der Europäische Gerichtshof in unmittelbarem Anschluss an diese Überlegung klarstellend darauf hin, dass von einer tierethisch motivierten Überhöhung des Tierwohls jedenfalls bei Zugrundelegung rechtlicher Maßstäbe nicht die Rede sein kann:

„Gleichwohl steht nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs eine Regelung wie die im Ausgangsverfahren streitige, wonach für die Haltung eines Säugetiers verlangt wird, dass die Art, zu der es gehört, vorher in eine Positivliste aufgenommen worden ist, und die auch für Exemplare von Arten gilt, die in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig gehalten werden, nur dann mit dem Gemeinschaftsrecht im Einklang, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. entsprechend u. a. Urteile vom 16. Juli 1992, Kommission/Frankreich, C-344/90, Slg. 1992, I-4719, Randnrn. 8 und 16, sowie Kommission/Frankreich, Randnr. 25).“<sup>104</sup>

Die sodann durch den Europäischen Gerichtshof statuierten Anforderungen an eine Positivliste – die durch die Befürworter einer Übertragung dieses Ansatzes auf den

---

<sup>104</sup> EuGH, Rs. C-219/07, Urt. v. 19.06.2008, Rn. 33.

Heimtierbereich in dem betreffenden Kontext bezeichnenderweise gar nicht erst erwähnt werden – haben es bei näherer Betrachtung „in sich“: Erforderlich ist nach Auffassung des Gerichtshofes, dass

- die Listenkriterien objektiv und nicht diskriminierend sind<sup>105</sup>,
- Betroffenen in einem allgemein gültigen Rechtsakt – also per Gesetz – eine Listenergänzung ermöglicht werden muss<sup>106</sup>,
- dieses Verfahren der Listenergänzung „leicht zugänglich“ sein muss<sup>107</sup>,
- das entsprechende Verfahren innerhalb eines angemessenen Zeitraums abzuschließen ist und damit behördlicherseits nicht unnötig verlängert werden darf<sup>108</sup>,
- die behördliche Entscheidung in einem gerichtlichen Verfahren angefochten werden kann<sup>109</sup>,
- die „Haltung von Exemplaren dieser Art tatsächlich ein Risiko für die Wahrung bzw. Beachtung“ der genannten Schutzgüter begründet<sup>110</sup>, und
- ein Haltungs- bzw. Listenerweiterungsantrag behördlicherseits nur dann abgelehnt werden darf, wenn

---

<sup>105</sup> EuGH, Rs. C-219/07, Urt. v. 19.06.2008, Rn. 34.

<sup>106</sup> EuGH, Rs. C-219/07, Urt. v. 19.06.2008, Rn. 35.

<sup>107</sup> EuGH, Rs. C-219/07, Urt. v. 19.06.2008, Rn. 35.

<sup>108</sup> EuGH, Rs. C-219/07, Urt. v. 19.06.2008, Rn. 35.

<sup>109</sup> EuGH, Rs. C-219/07, Urt. v. 19.06.2008, Rn. 35.

<sup>110</sup> EuGH, Rs. C-219/07, Urt. v. 19.06.2008, Rn. 36.

die ein Risiko begründende Entscheidung „anhand der zuverlässigsten verfügbaren wissenschaftlichen Daten und der neuesten Ergebnisse der internationalen Forschung getroffen wird“.<sup>111</sup>

Nur dann, 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 den Erlass beschränkender Maßnahmen.“<sup>112</sup>

Damit kommt das in Art. 191 Abs. 2 S. 2 AEUV primärrechtlich verankerte Vorsorgeprinzip – als anerkanntes Kardinalprinzip des Europäischen Umweltrechts<sup>113</sup> – seinen üblichen Voraussetzungen folgend nur dann zum Tragen, wenn in einer Situation wissenschaftlicher Unsicherheit präventiv auf ein relevantes vermutetes Risiko reagiert werden soll. Da das Vorsorgeprinzip zu den wahrscheinlich am besten untersuchten Grundsätzen des Unionsrechts zählt, das zudem in einer richtungsweisenden Mitteilung der Europäischen Kommission<sup>114</sup> schon vor Jahrzehnten detailliert und in einer für die Rechtspraxis

---

<sup>111</sup> EuGH, Rs. C-219/07, Urt. v. 19.06.2008, Rn. 37.

<sup>112</sup> EuGH, Rs. C-219/07, Urt. v. 19.06.2008, Rn. 38.

<sup>113</sup> Hierzu etwa Spranger, Die „history of safe use“ im europäischen Gentechnikrecht, in: NuR 2021, 746 (747 f.).

<sup>114</sup> Vom 2.2.2000, KOM (2000) 1 endgültig.



maßgeblichen Weise aufgefächert wurde, kann im vorliegenden Kontext auf eine grundlegende Darstellung verzichtet und stattdessen auf den Kanon der Vorsorgeforschung verwiesen werden. Als Rechtsprinzip ist das Vorsorgeprinzip in Bezug auf die Eröffnung seines Anwendungsbereiches und hinsichtlich der sich gegebenenfalls ergebenden Handlungsoptionen jedenfalls an das Vorliegen essentieller Voraussetzungen gebunden.

Das Vorsorgeprinzip rechtfertigt daher im Bereich der Tierhaltung weder eine auf „Generalverdacht“ beruhende Regelung, noch entbindet es von der Notwendigkeit wissenschaftlicher Analyse und Bewertung. Vor allem aber ist in diesem Zusammenhang mit Nachdruck darauf hinzuweisen, dass der Europäische Gerichtshof – methodisch vollkommen korrekt – das Vorsorgeprinzip in der vorliegenden Entscheidung explizit und ausschließlich auf der Ebene des Risikomanagements zum Tragen kommen lässt.<sup>115</sup>

Dies hat zur Folge, dass alle anderen vorstehend genannten Kriterien – die tatsächlich auch nicht auf das Risikomanagement, sondern auf die Verwirklichung und Durchsetzbarkeit der Betroffenenrechten zielen und damit menschenrechtlich bzw. rechtsstaatlich begründet sind – selbstverständlich auch in einer „Vorsorgesituation“ erfüllt sein müssen. Mit anderen Worten: sogar im Falle eines nicht auszuschließenden Risikos im rechtlich relevanten Sinne würde das Vorsorgeprinzip lediglich eine vorsorgliche Regulierung ermöglichen – die jedoch unter anderem korrigierbar und justiziabel im beschriebenen Sinne sein müsste.

---

<sup>115</sup> EuGH, Rs. C-219/07, Urt. v. 19.06.2008, Rn. 37 f.

In diesem Zusammenhang muss auch noch ein weiteres Missverständnis auf Seiten der Positivlistenbefürworter ausgeräumt werden. Dort wird vertreten, dass gerade die Situation „fehlender wissenschaftlicher Erkenntnisse“ die Aufnahme in eine Positivliste rechtfertigen würde.<sup>116</sup> Diese maximal verkürzte Sichtweise entspricht nicht den überkommenen Anwendungsgrundsätzen des Vorsorgeprinzips, wie sie auch vom Europäischen Gerichtshof zugrunde gelegt werden:

1. Eine Feststellung des Risikos ist unmöglich,
2. es besteht gleichwohl die Wahrscheinlichkeit eines tatsächlichen Schadens für die Gesundheit von Menschen oder Tieren oder für die Umwelt.

Auch in Bezug auf die Verhältnismäßigkeit staatlicher Maßnahmen lassen sich dem Urteil relevante Ausführungen entnehmen. Der Gerichtshof verweist in Bezug auf Verhältnismäßigkeitserwägungen zunächst einmal ausdrücklich<sup>117</sup> auf Rn. 49 seiner Entscheidung in der Rechtssache Tridon. Dort wiederum wird ausgeführt, dass staatliche Verbote als strengere Maßnahmen im Sinne der Verhältnismäßigkeitsdoktrin zu gelten haben.<sup>118</sup> In Bezug auf den konkret zu entscheidenden Fall der belgischen Artenschutz-Positivliste verdient sodann Erwähnung, dass

---

<sup>116</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 19 und S. 20.

<sup>117</sup> EuGH, Rs. C-219/07, Urt. v. 19.06.2008, Rn. 19.

<sup>118</sup> EuGH, Rs. C-510/99, Urt. v. 23.10.2001, Rn. 49; siehe im Übrigen auch EuGH, Rs. C-219/07, Urt. v. 19.06.2008, Rn. 20 und 23.

der Gerichtshof die Verhältnismäßigkeit der Regelung nicht angenommen hat. Ganz im Gegenteil heißt es im Urteil ausdrücklich

„dass die Verhältnismäßigkeit einer Regelung wie der im Ausgangsverfahren streitigen und insbesondere die Frage, ob das angestrebte Ziel mit Maßnahmen erreicht werden könnte, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger beeinträchtigen, nicht ohne zusätzliche Informationen über diese Regelung und über ihre Durchführung beurteilt werden können. Die Beurteilung der festgelegten Kriterien und ihrer Anwendung, der Tragweite der in Art. 3a § 2 des Tierschutzgesetzes vorgesehenen Abweichungen und der Merkmale des Verfahrens zur Aufnahme von Arten in die Liste, wie der Zugang zu diesem Verfahren und die Anfechtungsmöglichkeiten, setzen eine konkrete Analyse voraus, die insbesondere auf die geltenden Vorschriften und die Praxis sowie auf wissenschaftliche Untersuchungen gestützt ist, wobei diese Analyse vom vorlegenden Gericht vorgenommen werden muss (vgl. in diesem Sinne Urteil Tridon, Randnr. 58).“<sup>119</sup>

Sodann werden dem vorlegenden nationalen Gericht verschiedene Prüfaufträge mitgegeben, anhand derer vor Ort geprüft werden muss, ob und wenn ja in welchem Rahmen die nationalen belgischen Vorschriften den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügen.<sup>120</sup>

---

<sup>119</sup> EuGH, Rs. C-219/07, Urt. v. 19.06.2008, Rn. 41.

<sup>120</sup> EuGH, Rs. C-219/07, Urt. v. 19.06.2008, Rn. 43.

**(c) Zwischenergebnisse**

Damit können folgende relevante Zwischenergebnisse festgehalten werden:

Die von Befürwortern einer Heimtier-Positivliste prominent herangezogene Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes zur „belgischen Positivliste“ betrifft die auf die CITES-Umsetzung abzielende Verordnung (EG) Nr. 338/97 und ist daher weder tatsächlich noch rechtlich auf die vorliegend interessierende Konstellation der ubiquitären Heimtierhaltung übertragbar.

Doch sogar dann, wenn man unter Inkaufnahme systematischer und logischer Brüche von einer solchen Übertragbarkeit ausgehen möchte, zeigt eine nicht nur selektive Analyse des Urteils, dass der EuGH hier keineswegs eine tierwohlbezogene Durchbrechung allgemeiner Rechtsfertigungsstandards für Eingriffe in die Warenverkehrsfreiheit vorgenommen hat. Ganz im Gegenteil werden – angesichts des artenschutzrechtlichen Fokus der Entscheidung überaus strikte – allgemeine Zulässigkeitsanforderungen statuiert, die die Rechte der Betroffenen sicherstellen sollen.

Die Verhältnismäßigkeit eines Positivlistenansatzes wird durch den EuGH nicht abschließend beurteilt. Hierzu fehlten ganz maßgebliche Informationen zum unbedingt erforderlichen Schutz der Betroffenen, deren Prüfung der Gerichtshof dem vorlegenden Gericht auferlegt hat. Damit gilt jedoch im Umkehrschluss, dass das Fehlen derartiger Schutzvorkehrungen auf jeden Fall die Unverhältnismäßigkeit einer Positivliste indiziert.

Das Vorsorgeprinzip wird durch den Gerichtshof allgemeiner Dogmatik folgend keineswegs als regulatorischer Freibrief missbraucht, sondern an das Vorliegen eines realen Risikos, an die tatsächliche Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts sowie an das Fehlen tragfähiger und wissenschaftlich valider Informationen geknüpft. Dann - und nur dann - darf das Vorsorgeprinzip zur Anwendung gelangen.

Überträgt man diese Erkenntnisse auf die vorliegend interessierende Fragestellung, so zeigt sich, dass die Ausführungen des Europäischen Gerichtshofes zur belgischen Artenschutz-Positivliste für eine nationale Heimtier-Positivliste keine Rechtfertigung des Eingriffs in die Warenverkehrsfreiheit aus Gründen des Tierwohls zu begründen vermögen. Unabhängig davon betont der EuGH in der genannten Entscheidung ganz im Gegenteil die anthropozentrische Ausrichtung des Unionsrechts ebenso wie die vollständige Geltung sämtlicher Rahmenbedingungen der Warenverkehrsfreiheit auch beim Umgang mit Tieren. Auch benennt der Gerichtshof strikte Verhältnismäßigkeitsgrenzen.

#### **(4) Umweltschutz und Biodiversität**

Als in der Rechtsprechung des EuGH etablierter Rechtfertigungsgrund ist vorliegend schließlich auch der Umweltschutz von Interesse. Das Gericht führt insoweit aus:

„Der Gerichtshof hat den Umweltschutz bereits in seinem Urteil vom 7. Februar 1985 in der Rechtssache 240/83 (Association de défense des brûleurs d' huiles usagées, Slg . 1985, 531 ) als ein "wesentliches Ziel der Gemeinschaft" angesehen, das als solches bestimmte

Beschränkungen des freien Warenverkehrs rechtfertigen kann. Diese Beurteilung ist im Übrigen durch die Einheitliche Europäische Akte bestätigt worden. (... Unter Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gilt jedoch, dass) zum Schutz der Umwelt erlassene Maßnahmen nicht "über die unvermeidlichen Beschränkungen hinausgehen (dürfen), die aus Gründen des Umweltschutzes, eines im Allgemeininteresse liegenden Ziels, gerechtfertigt sind."<sup>121</sup>

Anders als im Falle der gesetzgeberischen Maßnahmen gegen invasive Arten, die zumindest mittelbar auch auf einen Schutz der Umwelt zielen, ist die vorliegend interessierende Gesetzgebung zur Haltung von Heimtieren nicht darauf ausgerichtet, umweltschützende Effekte zu entfalten.

Fraglich ist, ob Umweltschutz in diesem Sinne auch den Schutz der biologischen Vielfalt umfasst. Tatsächlich wird seitens der Befürworter einer Heimtier-Positivliste auch auf zu erwartende Vorteile für die biologische Vielfalt hingewiesen.<sup>122</sup> Zwar sind die in diesem Zusammenhang gemachten Angaben hochspezifisch und im Übrigen auch kaum näher belegt<sup>123</sup>, sodass bereits rein faktisch äußerst zweifelhaft ist, dass eine deutsche Heimtier-Positivliste überhaupt irgendwelche Vorteile für den weltweiten Biodiversitätsschutz erwarten ließe; im Interesse einer

---

<sup>121</sup> EuGH, Rs. 302/86, Slg 1988, I-4607, Rn. 8 ff.

<sup>122</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 2 und S. 5 f.

<sup>123</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 2 und S. 5 f.

möglichst umfassenden Behandlung aller rechtlich relevanten Gesichtspunkte soll die rechtliche Tragfähigkeit einer solchen Rechtfertigungsmöglichkeit aber gleichwohl näher beleuchtet werden.

Im Schrifttum wird tatsächlich vereinzelt unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes die Auffassung vertreten, dass der Schutz der Biodiversität ein tauglicher Rechtfertigungsgrund im Kontext der Warenverkehrsfreiheit sei.<sup>124</sup> Eine Analyse der in Bezug genommenen zwei Urteile des Europäischen Gerichtshofes liefert insoweit aber Klarheit. Denn in der ersten genannten Entscheidung geht es um die grenzüberschreitende Verbringung von Rindersamen im Rahmen der landwirtschaftlichen Produktion und um die mit bestimmten Vorgaben angestrebte Sicherung eines ausreichend breiten Genpools für Zuchtrinder:

„Die Regelung eines Mitgliedstaats, die die privaten Wirtschaftsteilnehmer, die Rindersamen aus einem anderen Mitgliedstaat in sein Gebiet einführen, verpflichtet, diesen Samen gegen Zahlung eines Entgelts bei einer zugelassenen Station zu lagern, die eine ausschließliche Konzession für die Aufbewahrung des Samens und die Besamung besitzt, stellt ein (...) Einfuhrhindernis dar. Dieses Erfordernis ist nämlich deshalb, weil es in dem unmittelbar auf die Einfuhr

---

<sup>124</sup> Haltern, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 1. Auflage 2017, Art. 36 Rn. 47, dort allerdings durch Herstellung eines Konnexes zur „Gesundheit und des Lebens von Tieren und Pflanzen“. Vgl. auch Müller-Graff, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015, Art. 36 AEUV Rn. 61.

folgenden Stadium gilt und die Einführer wirtschaftlich belastet, geeignet, den Umfang der Einfuhren einzuschränken.

Nach Artikel 36 EWG-Vertrag wird eine Ausnahme vom Verbot der Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchführungsbeschränkungen gemacht, wenn solche Maßnahmen u. a. zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen und Tieren gerechtfertigt sind (Urteil vom 15. 12. 1976 in der Rechtssache 35/76, Simmenthal, Slg. 1976, EUGH-SLG Jahr 1976 Seite 1871, Randnr. 18).

Nach ständiger Rechtsprechung ist jedoch dann, wenn in Anwendung von Artikel 100 EWG-Vertrag Richtlinien der Gemeinschaft die Harmonisierung der u. a. zur Gewährleistung des Schutzes der Gesundheit von Menschen und Tieren notwendigen Maßnahmen vorsehen und gemeinschaftliche Verfahren zur Kontrolle ihrer Einhaltung regeln, der Rückgriff auf Artikel 36 nicht mehr gerechtfertigt, da der von der Harmonisierungsrichtlinie gezogene Rahmen nunmehr für die Durchführung der geeigneten Kontrollen und den Erlaß von Schutzmaßnahmen maßgebend ist (Urteile vom 5. 10. 1977 in der Rechtssache 5/77, Tedeschi, Slg. 1977, EUGH-SLG Jahr 1977 Seite 1555, Randnr. 35, vom 5. 4. 1979 in der Rechtssache 148/78, Ratti, Slg. 1979, EUGH-SLG Jahr 1979 Seite 1629, Randnr. 36, vom 8. 11. 1979 in der Rechtssache 251/78, Denkavit, Slg. 1979, EUGH-SLG Jahr 1979 Seite 3369, Randnr. 14, und vom 20. 9. 1988 in der Rechtssache 190/87, Moormann, Slg. 1988, EUGH-SLG Jahr 1988 Seite 4689, Randnr. 10).



Die französische Regierung stützt sich auf diese Rechtsprechung und rechtfertigt ihre Regelung zum einen mit der Notwendigkeit, den Rinderbestand genetisch zu verbessern, und zum anderen mit gesundheitlichen Erwägungen.

Was die Gründe in bezug auf die genetische Verbesserung des Rinderbestands angeht, ist darauf hinzuweisen, dass die Richtlinie 87/328, durch die die tierzüchterischen Hindernisse für den innergemeinschaftlichen Handel mit Rindersamen beseitigt werden sollen, die Mitgliedstaaten in Artikel 2 I verpflichtet, alle Hindernisse dafür zu beseitigen, dass Rindersamen, der aus anderen Mitgliedstaaten unter den in Artikel 4 dieser Richtlinie vorgesehenen Voraussetzungen eingeführt wird, in ihr Hoheitsgebiet verbracht und dort verwendet wird (siehe oben, Randnr. 9). Ausserdem darf die Vermarktung des Samens reinrassiger Tiere nach Artikel 2 der Richtlinie 91/174 aus genealogischen Gründen weder untersagt noch eingeschränkt oder behindert werden. Aus diesen Vorschriften ergibt sich, dass die züchterischen und genealogischen Voraussetzungen auf Gemeinschaftsebene vollständig harmonisiert worden sind.

Die gesundheitlichen Erwägungen sind Gegenstand der Richtlinie 88/407, die nach Artikel 1 für den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr mit gefrorenem Samen von Rindern sowie für dessen Einfuhr aus Drittländern gilt. Artikel 3 der Richtlinie wie auch ihr Anhang C, in denen die allgemeinen Bedingungen für den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr mit

Rindersamen festgelegt sind, enthalten nur Angaben über die Entnahme und die Behandlung des Samens im Versandmitgliedstaat sowie über die Beförderung in das Bestimmungsland. Keine Vorschrift der Richtlinie bezieht sich also auf die Lagerung oder die Verwendung des Samens im Bestimmungsland.

Die gesundheitlichen Bedingungen im innergemeinschaftlichen Handel mit Rindersamen sind folglich, was das Bestimmungsland des Samens angeht, auf Gemeinschaftsebene noch nicht vollständig harmonisiert worden. Die Mitgliedstaaten können sich daher mit Erfolg auf gesundheitliche Gründe berufen, wenn sie den freien Verkehr mit Rindersamen behindern, sofern die Beschränkungen des innergemeinschaftlichen Handelsverkehrs in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen. (...)

Die Frage, ob der Betrieb der zugelassenen Stationen, was die Bedingungen der Lagerung von Samen angeht, in der Praxis darauf hinausläuft, dass eine Diskriminierung zum Nachteil der eingeführten Erzeugnisse geschaffen wird, ist eine Tatfrage, deren Beurteilung Sache des vorlegenden Gerichts ist.

Auf die zweite Vorabentscheidungsfrage ist daher zu antworten, dass die Artikel 30 und 36 EWG-Vertrag, zusammen betrachtet, Artikel EWG\_RL\_77\_504 Artikel 2 der Richtlinie 77/504/EWG des Rates vom 25. 7. 1977 über reinrassige Zuchtrinder und Artikel EWG\_RL\_87\_328 Artikel 4 der Richtlinie 87/328/EWG des Rates vom 18. 6. 1987 über die Zulassung reinrassiger Zuchtrinder zur Zucht dahin auszulegen sind, dass sie einer

nationalen Regelung nicht entgegenstehen, die die Wirtschaftsteilnehmer, die Samen aus einem Mitgliedstaat der Gemeinschaft einführen, verpflichtet, diesen an eine zugelassene Besamungs- oder Produktionsstation zu liefern.“<sup>125</sup>

Auch das zweite Urteil betrifft Aspekte, die ausschließlich auf die Sicherung der Lebensmittelproduktion abzielen. In der Sache ging es dort um eine vorherige staatliche Genehmigung für das Aussetzen von aus anderen Mitgliedstaaten stammenden Austern und von Muscheln einheimischer Arten und hier insbesondere um die Frage, ob die angestrebte Erhaltung der diesbezüglichen biologischen Vielfalt und Erhaltung von Fischarten im Interesse der Fischerei dem „Schutz des Lebens von Tieren“ im Sinne von Art. 36 AEUV dient.<sup>126</sup>

Beide Entscheidungen betreffen also jeweils eine in die Kompetenz der Union fallende Fragestellung der Tierhaltung im Bereich der landwirtschaftlichen Produktion und hier im Besonderen Aspekte der genetischen Vielfalt von Nutztieren zur Lebensmittelproduktion. Damit liegt noch nicht einmal ansatzweise eine Fragestellung vor, die den Begriff der Biodiversität im Sinne des Übereinkommens über die biologische Vielfalt betrifft. Art. 2 dieses umweltvölkerrechtlichen, den rechtlichen Biodiversitätsschutz prägenden Übereinkommens definiert „biologische Vielfalt“ wie folgt:

„"Biological diversity" means the variability among living organisms from all sources including, inter

---

<sup>125</sup> EuGH, Rs. C-323/93, Urt. v. 05.10.1994, Rn. 29 ff.

<sup>126</sup> EuGH, Rs. C-249/07, Urt. v. 04.12.2008.

alia, terrestrial, marine and other aquatic ecosystems and the ecological complexes of which they are part; this includes diversity within species, between species and of ecosystems.”

Unabhängig davon, dass dieser Begriff im fachwissenschaftlichen Diskurs in Bezug auf alle seine Bestandteile Anlass zu teils intensiven Diskursen gibt und ohne dass alle rechtlichen Implikationen dieses Nutzungskonzepts hier weiter aufgefächert werden müssten, kann für die vorliegend interessierende Fragestellung festgehalten werden, dass „biologische Vielfalt“ im maximalen umweltvölkerrechtlichen Sinne nicht mit der hochspezifischen „genetischen Vielfalt“ im agrarrechtlichen Sinne gleichgesetzt werden kann.

## **b. Andere Grundfreiheiten**

Die Warenverkehrsfreiheit steht zu Recht im Fokus der unionsrechtlichen Prüfung. Darüber darf jedoch nicht vergessen werden, dass eine nationale Heimtier-Positivliste darüber hinaus auch andere Grundfreiheiten betreffen würde. Dies gilt namentlich für die Dienstleistungsfreiheit.

### **aa. Dienstleistungsfreiheit**

Als Dienstleistungen definieren die Art. 56 ff. AEUV alle Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden.<sup>127</sup> Dienstleistungen in diesem Sinne sind gemäß Art. 57 Abs. 2 AEUV insbesondere: a) gewerbliche Tätigkeiten, b) kaufmännische Tätigkeiten, c) handwerkliche Tätigkeiten, d)

---

<sup>127</sup> Art. 57 Abs. 1 AEUV.

freiberufliche Tätigkeiten. Die Dienstleistungsfreiheit erfasst alle Fälle der grenzüberschreitenden aktiven wie passiven, aber auch der virtuellen Erbringung von Dienstleistungen, also letztlich alle Aspekte des Angebots von und der Nachfrage nach den entsprechenden Leistungen.<sup>128</sup>

Es dürfte sich von selbst verstehen, dass eine nationale Heimtier-Positivliste, die den deutschen Heimtiermarkt größtenteils „austrocknen“ würde, auch für Dienstleister aus dem EU-Ausland dramatische Konsequenzen hätte, da bislang zulässige Dienstleistungen in Bezug auf bestimmte Arten in Ermangelung einer Aufnahme in die Positivliste nicht mehr angeboten bzw. erbracht werden dürften. Mit Blick auf hinreichend spezialisierte Dienstleister kann sich eine nationale Positivliste somit als faktisches nationales Dienstleistungsverbot erweisen.

Da für die Rechtfertigung staatlicher Beschränkungen bei allen Grundfreiheiten ähnliche Kriterien gelten, wird üblicherweise von einem einheitlichen Prüfungsablauf für alle Marktfreiheiten ausgegangen.<sup>129</sup> Da der Mangel einer tragfähigen Rechtfertigung bereits im Rahmen der Ausführungen zur Warenverkehrsfreiheit adressiert wurde, bedarf es hier keiner erneuten Vertiefung. Die beschriebene Verletzung der Warenverkehrsfreiheit indiziert vorliegend somit auch eine Verletzung der Dienstleistungsfreiheit.

---

<sup>128</sup> Streinz, Europarecht, 10. Aufl. 2016, Rn. 943 ff.

<sup>129</sup> Herdegen, Europarecht, 24. Aufl. 2023, § 18 II.

## **bb. Kapitalverkehrsfreiheit**

Die Freiheit des Kapitalverkehrs wird in Art. 63 ff. AEUV adressiert. Dabei umfasst die Kapitalverkehrsfreiheit vor allem die Freiheit, effektiv zu investieren.<sup>130</sup> Es dürfte unstreitig sein, dass eine nationale Heimtier-Positivliste ausländische Investitionen auf dem deutschen Heimtiermarkt nachhaltig beeinflussen würden. Angesichts der Volumina bestimmter Marktsegmente können Investitionen aus dem EU-Ausland auch nicht als rein theoretische Erscheinung abgetan werden. Aus den bereits genannten Gründen würde es auch mit Blick auf die Kapitalverkehrsfreiheit an einer tragfähigen Eingriffsrechtfertigung fehlen, mit der Folge, dass von einer Verletzung dieser Grundfreiheit auszugehen ist.

## **2. Charta der Grundrechte**

Grundrechtliche Schranken für Maßnahmen der Union ergeben sich zusätzlich zu den Marktfreiheiten aus der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GrCh).<sup>131</sup> Die Charta ist dem Primärrecht der Verträge rechtlich gleichgestellt<sup>132</sup>, gilt allerdings für die Organe und Einrichtungen der Union unter Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Rechts der Union.<sup>133</sup> Damit zeigt sich, dass die Charta der Grundrechte kein zentraler Maßstab für eine nationale Positivliste wäre, sondern vielmehr dann zum Tragen käme, wenn der

---

<sup>130</sup>

Vgl.  
<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/de/sheet/39/der-freie-kapitalverkehr> (03.05.2023).

<sup>131</sup> ABl. Nr. C-364 vom 18.12.2000, S. 1 ff.

<sup>132</sup> Art. 6 Abs. 1 2. Hs. EUV.

<sup>133</sup> Art. 51 Abs. 1 S. 1 GrCh.

europäische Gesetzgeber tätig werden würde. Demgemäß erfolgt eine gesonderte Betrachtung im genannten Zusammenhang.<sup>134</sup>

### **3. Ergänzend: Unionspositivliste?**

Die vorstehenden Ausführungen bezogen sich exklusiv auf die Frage, ob eine nationale Heimtier-Positivliste mit höherrangigem Unionsrecht vereinbar wäre. Diese Frage wurde aus den näher dargelegten Gründen verneint. Auch wenn sich der Untersuchungsauftrag auf die Konstellation einer nationalen Positivliste fokussiert, muss aus Gründen der Vollständigkeit zusätzlich der Frage nachgegangen werden, ob die Europäische Union ermächtigt wäre, eigenständig eine im Ergebnis vergleichbare Heimtier-Positivliste zu implementieren. Ein solches Vorgehen würde allerdings aus wenigstens zwei Gründen scheitern:

#### **a. Fehlende Rechtssetzungskompetenz für den Tierschutz**

Das europäische Primärrecht nennt den Tierschutz an prominenter Stelle. Bereits im Ersten Teil des AEUV bestimmt Art. 13:

„Bei der Festlegung und Durchführung der Politik der Union in den Bereichen Landwirtschaft, Fischerei, Verkehr, Binnenmarkt, Forschung, technologische Entwicklung und Raumfahrt tragen die Union und die Mitgliedstaaten den Erfordernissen des Wohlergehens der Tiere als fühlende Wesen in vollem Umfang Rechnung; sie berücksichtigen hierbei die Rechts- und

---

<sup>134</sup> Siehe nachstehend unter c.

Verwaltungsvorschriften und die Gepflogenheiten der Mitgliedstaaten insbesondere in Bezug auf religiöse Riten, kulturelle Traditionen und das regionale Erbe.“

Diese Vorschrift stellt einen zentralen Baustein für die Anerkennung des Tierschutzes als ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel dar, wie sie sich auch in der bereits genannten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes zur belgischen Artenschutzliste<sup>135</sup> widerspiegelt. Eine Rechtssetzungskompetenz der Europäischen Union geht mit dieser Anerkennung jedoch nach ganz herrschender Meinung nicht einher.<sup>136</sup> Weder aus Art. 13 AEUV noch aus der Gesamtschau mit anderen Bestimmungen des AEUV lässt sich somit eine eigenständige Kompetenz der EU für den Tierschutz herleiten.<sup>137</sup> Wie schon vor Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon sind tierschutzrechtliche Maßnahmen somit ausschließlich auf sektorielle Kompetenznormen – nämlich auf dem Gebiet der Agrarpolitik (Art. 43 AEUV) – zu stützen.<sup>138</sup> Dementsprechend weist auch die Europäische

---

<sup>135</sup> EuGH, Rs. C-219/07, Urt. v. 19.06.2008, Rn. 27 f.

<sup>136</sup> Heselhaus, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 1. Auflage 2017, Art. 13 AEUV Rn. 19 f.

<sup>137</sup><sup>137</sup> Heselhaus, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 1. Auflage 2017, Art. 13 AEUV Rn. 19; Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 13 Rn. 12; Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Werkstand: 78. EL Januar 2023, Art. 13 AEUV Rn. 8; so im Übrigen auch Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 11.

<sup>138</sup> Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 13 Rn. 12; Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Werkstand: 78. EL Januar 2023, Art. 13 AEUV Rn. 8. Vgl. auch die diesbezügliche Einschätzung der Europäischen Kommission: <https://food.ec.europa.eu/animals/animal->



Kommission strikt darauf hin, dass die Union überhaupt keine Zuständigkeiten etwa für die Regelung der Verwendung von Tieren in Wettkämpfen, Tierschauen, kulturellen und sportlichen Veranstaltungen wie Stierkämpfen, Hundekämpfen oder Hunderennen hat.<sup>139</sup>

Dies bedeutet aber in der Gesamtschau, dass der Weg zu einer unionsweiten Positivliste im Heimtierbereich schon aufgrund der fehlenden Rechtssetzungskompetenz der Union in diesem Bereich zum Scheitern verurteilt wäre.

**aa. Insbesondere: Verordnung (EG) Nr. 338/97 im Lichte von Art. 193 AEUV**

Auch seitens der Befürworter einer Heimtier-Positivliste wird auf die fehlende Rechtssetzungskompetenz der Union für das Tierschutzrecht hingewiesen<sup>140</sup>, sodann aber unter dem Rubrum „kein entgegenstehendes Unionsrecht“ zunächst die Verordnung (EG) Nr. 338/97 dargestellt<sup>141</sup>, bevor die

---

welfare\_en#introduction (22.03.2023). Siehe ferner auch Broom, *Animal Welfare in the European Union*, hrsg. vom Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2017.

<sup>139</sup> Streinz, in: ders. (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 3. Auflage 2018, Art. 13 AEUV Rn. 9 unter Hinweis auf Breier, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), *AEUV*, 5. Aufl. 2010, Art. 13 Rn. 9.

<sup>140</sup> Ziehm, *Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“*, 1. August 2022, S. 11; o.V. (Fratini Vergano European Lawyers), *Establishing an EU positive list: a feasible legal basis*, 2. Dezember 2022, S. 4.

<sup>141</sup> Ziehm, *Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“*, 1. August 2022, S. 11 ff.

„Schutzverstärkung, Art. 193 AEUV“ thematisiert wird.<sup>142</sup> Die Quintessenz dieses Gedankengangs lautet sodann wie folgt:

„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 Positivliste mit dem Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit.“<sup>143</sup>

Bei dieser Argumentation treten gleich mehrere Widersprüche bzw. Verwerfungen mit methodischen und dogmatischen Grundlagen zu Tage. So ist es etwa nicht möglich,

---

<sup>142</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 13 ff.

<sup>143</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 14.

Erwägungsgründe eines Sekundärrechtsaktes der Europäischen Union – ungeachtet der Relevanz der Erwägungsgründe für die Norminterpretation<sup>144</sup> – als „Ermächtigungsgrundlage“ zu konstruieren.<sup>145</sup> Es hätte somit wenigstens einer Befassung mit Art. 11 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 338/97 bedurft, die den Gedanken strengerer mitgliedstaatlicher Maßnahmen wenigstens in den rechtsverbindlichen Teil der Verordnung transformiert.

Ungeachtet solcher grundlegenden Fragestellungen kann aber festgehalten werden, dass die dargestellte Sichtweise im Ergebnis zu einer vermeintlichen Rechtssetzungskompetenz der Union für „exotische“ Heimtiere führen würde. Denn eine mitgliedstaatliche Erweiterung des CITES-Regimes auf Arten, die nicht unter die Verordnung (EG) Nr. 338/97 fallen, könnte bei extensiver Interpretation eines nationalen Gesetzgebers unter Umständen genutzt werden, um eine kaum absehbare Bandbreite „exotischer“ Heimtiere unter Berufung auf die beschriebene Lesart zu Art. 193 AEUV zu regulieren und die entsprechenden Vorgaben als artenschutzrechtlich geboten zu bezeichnen. Tatsächlich nutzen die Befürworter einer Heimtier-Positivliste daher auch artenschutzrechtliche Narrative zur Stützung der eigenen Position und beklagen insoweit, dass nicht genug Arten vom CITES-Regime erfasst seien und es einer Nachfragereduktion bedürfe.<sup>146</sup> Vor diesem Hintergrund bedarf es einer grundlegenden Befassung mit den Voraussetzungen und

---

<sup>144</sup> Wegener, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 19 EUV Rn. 32.

<sup>145</sup> Gump, Stellenwert der Erwägungsgründe in der Methodenlehre des Unionsrechts, in: ZfPW 2022, 446 ff.

<sup>146</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 7.

Limitierungen mitgliedstaatlicher Spielräume nach Art. 193 AEUV, die im Folgenden geleistet wird.

**bb. Zu den Limitierungen der Schutzverstärkung im Sinne von Art. 193 AEUV**

Art. 193 AEUV lautet wie folgt:

„Die Schutzmaßnahmen, die aufgrund des Artikels 192 getroffen werden, hindern die einzelnen Mitgliedstaaten nicht daran, verstärkte Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu ergreifen. Die betreffenden Maßnahmen müssen mit den Verträgen vereinbar sein. Sie werden der Kommission notifiziert.“

Der in Bezug genommene Art. 192 AEUV rekurriert sodann auf die in Artikel 191 AEUV genannten Ziele. Als Kardinalnorm der Unions-Umweltpolitik bestimmt Art. 191 AEUV schließlich Folgendes:

„(1) Die Umweltpolitik der Union trägt zur Verfolgung der nachstehenden Ziele bei:

- Erhaltung und Schutz der Umwelt sowie Verbesserung ihrer Qualität;
- Schutz der menschlichen Gesundheit;
- umsichtige und rationelle Verwendung der natürlichen Ressourcen;
- Förderung von Maßnahmen auf internationaler Ebene zur Bewältigung regionaler oder globaler Umweltprobleme und insbesondere zur Bekämpfung des Klimawandels.

(2) Die Umweltpolitik der Union zielt unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Gegebenheiten in den einzelnen Regionen der Union auf ein hohes Schutzniveau ab. Sie beruht auf den Grundsätzen der Vorsorge und Vorbeugung, auf dem Grundsatz, Umweltbeeinträchtigungen mit Vorrang an ihrem Ursprung zu bekämpfen, sowie auf dem Verursacherprinzip.

Im Hinblick hierauf umfassen die den Erfordernissen des Umweltschutzes entsprechenden Harmonisierungsmaßnahmen gegebenenfalls eine Schutzklausel, mit der die Mitgliedstaaten ermächtigt werden, aus nicht wirtschaftlich bedingten umweltpolitischen Gründen vorläufige Maßnahmen zu treffen, die einem Kontrollverfahren der Union unterliegen.

(3) Bei der Erarbeitung ihrer Umweltpolitik berücksichtigt die Union

- die verfügbaren wissenschaftlichen und technischen Daten;
- die Umweltbedingungen in den einzelnen Regionen der Union;
- die Vorteile und die Belastung aufgrund des Tätigwerdens bzw. eines Nichttätigwerdens;
- die wirtschaftliche und soziale Entwicklung der Union insgesamt sowie die ausgewogene Entwicklung ihrer Regionen.

(4) Die Union und die Mitgliedstaaten arbeiten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse mit dritten Ländern und den zuständigen internationalen Organisationen zusammen. Die Einzelheiten der Zusammenarbeit der

Union können Gegenstand von Abkommen zwischen dieser und den betreffenden dritten Parteien sein.

Unterabsatz 1 berührt nicht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, in internationalen Gremien zu verhandeln und internationale Abkommen zu schließen.“

Die über Art. 193 AEUV eröffneten Spielräume für mitgliedstaatliche Sonderwege sind an verschiedene Voraussetzungen gebunden bzw. unterliegen spezifischen Restriktionen:

#### **aaa. Beschränkung auf spezifische Umweltschutzziele**

Wortlaut und Ratio des Art. 193 AEUV bewirken, dass die Verfolgung anderer, zusätzlicher Ziele zu denen im fraglichen Sekundärrechtsakt unzulässig ist.<sup>147</sup> Eine Berufung auf die Vorschrift unter Rückgriff auf andere Ziele, wie z. B. den Verbraucher- oder des Gesundheitsschutz, ist daher nicht möglich.<sup>148</sup> Die von den Befürwortern einer Heimtier-Positivliste konstruierte Melange unterschiedlichster Aspekte des Klimaschutzes, des Gesundheitsschutzes, der öffentlichen Sicherheit, oder des

---

<sup>147</sup> EuGH, Rs. C-43/14, Urt. v. 26.2.2015, Rn. 25; Heselhaus, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 1. Auflage 2017, Art. 193 AEUV Rn. 27.

<sup>148</sup> EuGH, Rs. C-43/14, Urt. v. 26.2.2015, Rn. 25; Heselhaus, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 1. Auflage 2017, Art. 193 AEUV Rn. 27; Epiney, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Werkstand: 99. EL September 2022, Art. 193 AEUV Rn. 16.

Biodiversitätsschutzes<sup>149</sup> steht damit einer Aktivierung des Art. 193 AEUV diametral entgegen.

Die Vorschrift stellt also eindeutig - und soweit ersichtlich: unbestritten - kein normatives trojanisches Pferd für die Mitgliedstaaten dar, mittels dessen alle möglichen Politiken unter dem Deckmantel des Umweltschutzes verwirklicht werden dürften. Gefordert ist vielmehr eine klare Fokussierung auf die umweltpolitische Zielsetzung des zu „verstärkenden“ Sekundärrechtsaktes unter strikter Bindung an den Wissenschaftlichkeitsgrundsatz des Art. 191 Abs. 3 1. Spiegelstrich AEUV. Damit könnten Mitgliedstaaten Art. 193 AEUV - ausschließlich - dazu nutzen, um auf wissenschaftlicher Grundlage mittels ergänzender Maßnahmen anerkannte CITES-Ziele zu verfolgen. Eine grundsätzliche Heimtier-Positivliste ließe sich somit nicht unter Hinweis auf Art. 193 AEUV rechtfertigen.

### **bbb. Fehlen eines zu verstärkenden Rechtsaktes**

Ein von der Ausrichtung her vergleichbarer, methodisch korrekt aber differenziert zu betrachtender Gesichtspunkt betrifft die Notwendigkeit eines zu verstärkenden Sekundärrechtsaktes. Denn die Frage der unter Rückgriff auf Art. 193 AEUV zulässigerweise verfolgbaren Ziele ist nicht deckungsgleich mit der Frage, welche Rechtsquellenqualität der zu verstärkende Rechtsakt haben muss bzw. ob es überhaupt eines Rechtsaktes im engeren Sinne bedarf.

---

<sup>149</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 3 ff.

Tatsache ist, dass Art. 193 AEUV auf das ordentliche Gesetzgebungsverfahren des Art. 192 AEUV verweist, das sodann den umweltpolitischen Fokus des Art. 191 AEUV zu verwirklichen hat. Hieraus wird – soweit ersichtlich: unbestritten – gefolgert, dass es auf jeden Fall einer Regelung seitens der Europäischen Union bedarf.<sup>150</sup>

### **(1) Unionsrecht**

Wie vorstehend ausgeführt<sup>151</sup>, kennt das Recht der Europäischen Union kein spezifisches Tierschutzrecht (für das es auch an einer Rechtssetzungskompetenz fehlen würde), sondern lediglich bereichsspezifische Regelungen zum Tierschutz. Damit fehlt es bereits an einem Unionsrechtsakt, der verstärkt werden könnte. Theoretisch denkbar wäre lediglich die – strikt artenschutzrechtlich gebotene und damit wissenschaftlich belegte – Ergänzung des CITES-Regimes, nicht aber eine unter dem Deckmantel der Verordnung (EG) Nr. 338/97 betriebene Ausweitung des CITES-Regimes hin zu einer allgemeinen Heimtier-Positivliste. Das Unionsrecht kennt somit keinen tauglichen, über Art. 193 AEUV zu verstärkenden Sekundärrechtsakt.

### **(2) Völkerrechtliche Bindungen der Union**

Über originäre Sekundärrechtsakte der Europäischen Union hinaus geht die wohl herrschende Meinung davon aus, dass auch internationale Übereinkommen, denen die Europäische Union beigetreten ist, Regelungen darstellen, die über Art.

---

<sup>150</sup> Krämer, in: von der Groeben/Schwartz/Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. 2015, Art. 193 AEUV Rn. 5; Epiney, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), *Umweltrecht*, Werkstand: 99. EL September 2022, Art. 193 AEUV Rn. 16.

<sup>151</sup> Siehe soeben unter a.



193 AEUV durch Mitgliedstaaten verstärkt werden dürften.<sup>152</sup> Damit gelangt erneut das einleitend bereits behandelte völkerrechtliche Heimtier-Übereinkommen des Europarates<sup>153</sup> in den Fokus der weiteren Überlegungen. Doch während es zuvor um die Frage ging, welche Effekte die allgemeine völkerrechtliche Schutzverstärkungsmöglichkeit in Gestalt des Art. 2 Abs. 3 des Heimtier-Übereinkommens für eine deutsche Heimtier-Positivliste zeitigen würde, gilt es nunmehr zu klären, ob die spezifisch unionsrechtliche, auf den Umweltschutz fokussierte Schutzverstärkungsmöglichkeit des Art. 193 AEUV auf das Heimtier-Übereinkommen ausgreift und so etwaige regulatorische Spielräume für die Mitgliedstaaten der Union eröffnet.

Angesichts der Spezifika des Art. 193 AEUV, aber auch vor dem Hintergrund des etwa im Vergleich zum CITES-Regime völlig anders gelagerten Regelungsgegenstandes des Heimtier-Übereinkommens handelt es sich also um eine normativ ähnliche, im Detail aber anders gelagerte Frage. Indes müssen die Details dieser Spezifität vorliegend nicht weiter aufgefächert werden. Denn die Europäische Union hat von einer Unterzeichnung und Ratifizierung des Heimtier-Übereinkommens abgesehen.<sup>154</sup> Unabhängig davon, dass das Übereinkommen im Rechtsraum der Europäischen Union noch

---

<sup>152</sup> Krämer, in: von der Groeben/Schwartz/Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. 2015, Art. 193 AEUV Rn. 5; Scherer/Heselhaus, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, Werkstand: 57. EL August 2022, Kapitel 0 Umweltrecht, Rn. 165.

<sup>153</sup> Siehe unter II.2.a.

<sup>154</sup> <https://www.coe.int/de/web/conventions/cets-number-/-abridged-title-known?module=signatures-by-treaty&treatynum=125> (28.03.2023).

nicht einmal nennenswerte politische Relevanz entfaltet<sup>155</sup>, handelt es sich damit jedenfalls nicht um einen Rechtsakt der Europäischen Union bzw. nicht um eine Regelung, die im Wege des Art. 193 AEUV durch Mitgliedstaaten verstärkt werden dürfte.

### **(3) Zwischenergebnis**

Damit fehlt es mit Blick auf die hier interessierende Thematik einer Heimtier-Positivliste auch bereits an einer wie auch immer verortbaren Regelung der Europäischen Union, die im Wege des Art. 193 AEUV verstärkt werden könnte.

### **ccc. Verbot alternativer Schutzkonzeptionen**

Die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen Art. 193 AEUV nicht nur quantitative, sondern auch qualitative Schutzzuwächse erlaubt und welche Auswirkungen dies wiederum auf die mitgliedstaatliche Bindung an unionsrechtliche Schutzkonzeptionen hat, ist Gegenstand einer äußerst detail- und facettenreichen Diskussion<sup>156</sup>, die hier nicht in allen Feinheiten wiedergegeben werden muss, da bestimmte Grundüberzeugungen – soweit erkennbar – unumstritten sind. So entspricht es allgemeiner

---

<sup>155</sup> Vgl. Follow up to the European Parliament resolution on the establishment of an EU legal framework for the protection of pets and stray animals, adopted by the Commission on 26 September 2012, <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/spdoc.do?i=21848&j=0&l=en> (29.03.2023).

<sup>156</sup> Krämer, in: von der Groeben/Schwartz/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 193 AEUV Rn. 7; Heselhaus, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 1. Auflage 2017, Art. 193 AEUV Rn. 30 f.; Epiney, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Werkstand: 99. EL September 2022, Art. 193 AEUV Rn. 17 f..

Überzeugung, dass Art. 193 AEUV zwar auf einen höheren Schutzstandard abzielt, nicht aber eine Öffnung für ein vermeintliches „Experimentierrecht“ der Mitgliedstaaten darstellt.<sup>157</sup> Zulässig sind damit ausschließlich dezentrale Regelungen optimierenden Inhalts.<sup>158</sup>

Dieser Einschätzung folgt auch der Europäische Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung, der zwar kleine Feinjustierungen wie z.B. haftungsrechtliche Schwerpunktsetzungen für zulässig hält<sup>159</sup>, im Übrigen aber darauf hinweist, dass in der zu verstärkenden Regelung nicht vorgesehene Konzeptionen nicht implementiert werden dürfen.<sup>160</sup> Schon schlichte „Grenzwerte und Messkriterien, die in einer nationalen Maßnahme (nach Art. 193 AEUV) vorgesehen sind, (müssen) derselben Ausrichtung auf den Umweltschutz folgen wie (der Sekundärrechtsakt).“<sup>161</sup> Es ist damit nach Auffassung des Gerichtshofes unerlässlich, dass die nationale Maßnahme nach Art. 193 AEUV „dieselben Ziele“ verfolgt wie der betreffende Sekundärrechtsakt<sup>162</sup> und auch im Übrigen mit diesem „im Einklang steht“.<sup>163</sup> Maßgeblich ist hier im Zweifelsfall, ob die betreffende nationale Maßnahme

---

<sup>157</sup> Heselhaus, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 1. Auflage 2017, Art. 193 AEUV Rn. 30; Epiney, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Werkstand: 99. EL September 2022, Art. 193 AEUV Rn. 17.

<sup>158</sup> Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 193 AEUV Rn. 7.

<sup>159</sup> EuGH, Rs. C-534/13, Urt. v. 4.3.2015, Rn. 61.

<sup>160</sup> EuGH, Rs. C-534/13, Urt. v. 4.3.2015, Rn. 62.

<sup>161</sup> EuGH, Rs. C-6/03, Urt. v. 14.4.2005, Rn. 41.

<sup>162</sup> EuGH, Rs. C-6/03, Urt. v. 14.4.2005, Rn. 49; EuGH, Rs. C-2/10, Urt. v. 21.7.2011, Rn. 50.

<sup>163</sup> EuGH, Rs. C-6/03, Urt. v. 14.4.2005, Rn. 52.

mit dem umweltpolitischen Ziel des Sekundärrechtsaktes im Einklang steht oder aber diesem zuwiderläuft.<sup>164</sup>

Der einzige Sekundärrechtsakt, der insoweit von den Befürwortern einer Heimtier-Positivliste benannt wird – und der bei näherer Betrachtung wenigstens homöopathisch Berührungspunkte zur interessierenden Thematik aufweist – ist Verordnung (EG) Nr. 338/97. Es wurde bereits ausgeführt, dass der Fokus dieses CITES-Regimes aber vollkommen anderer Natur ist, als die im Kontext der Positivlisten-Diskussion bemühten Erwägungen. Lediglich der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass das umweltpolitische Ziel der Verordnung (EG) Nr. 338/97 tatsächlich denkbar spezifisch und damit zugleich eng definiert wird. An prominenter Stelle führen die Erwägungsgründe 1 und 2 zur Verordnung Folgendes aus:

„(1) Mit der Verordnung (EWG) Nr. 3626/82 wird das Übereinkommen über den internationalen Handel mit gefährdeten Arten freilebender Tiere und Pflanzen in der Gemeinschaft mit Wirkung vom 1. Januar 1984 durchgeführt. Ziel dieses Übereinkommens ist es, die gefährdeten Tier- und Pflanzenarten durch die Überwachung des internationalen Handels mit Exemplaren dieser Arten zu schützen.

(2) Um die wildlebenden Tier- und Pflanzenarten, die durch den Handel gefährdet werden oder gefährdet werden könnten, besser zu schützen, muß die Verordnung (EWG) Nr. 3626/82 durch eine Verordnung ersetzt

---

<sup>164</sup> Heselhaus, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 1. Auflage 2017, Art. 193 AEUV Rn. 31.

werden, die den seit ihrer Annahme gewonnenen wissenschaftlichen Erkenntnissen und der gegenwärtigen Struktur des Handels Rechnung trägt. Des Weiteren müssen aufgrund der Aufhebung der Kontrollen an den Binnengrenzen infolge der Verwirklichung des Binnenmarkts strengere Maßnahmen zur Kontrolle des Handels an den Außengrenzen der Gemeinschaft ergriffen und die entsprechenden Dokumente und Waren an der Einfuhrzollstelle kontrolliert werden.“

Noch deutlicher wird im rechtsverbindlichen Teil der Verordnung (EG) Nr. 338/97 der die Ziele definierende Art. 1:

„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. Diese Verordnung wird im Einklang mit den Zielen, Grundsätzen und Bestimmungen des in Artikel 2 definierten Übereinkommens angewandt.“

Die sodann gemäß Art. 3 der Verordnung (EG) Nr. 338/97 formulierten Anhänge folgen sodann dem Negativlisten-Ansatz, indem die freie Handelbarkeit von Arten nur dann eingeschränkt wird, wenn eine entsprechende Listung vorgenommen wurde. Betrachtet man diese Rahmenbedingungen im Lichte des Verbotes alternativer Schutzkonzeptionen, so zeigen sich zwei zentrale Erkenntnisse:

**(1) Jedermannbezogener Heimtiefokus als unzulässige alternative Schutzkonzeption**

Als unzulässige alternative Schutzkonzeption würde sich bereits die mit einer Heimtief-Positivliste einhergehende Loslösung von den spezifischen Anforderungen beim Umgang mit (potentiell) gefährdeten Arten unter dem regulatorischen Dach des CITES-Regimes erweisen. Denn CITES

- adressiert den Handel und nicht andere Umgangsformen
- erfasst nicht nur Tiere, sondern auch Pflanzen
- zielt auf den Schutz von in situ-Vorkommen
- identifiziert anlassbezogen zu schützende Arten
- folgt uneingeschränkt der anthropozentrischen Fokussierung des Rechts und erfasst somit auch den Handel mit Produkten, die aus geschützten Arten gewonnen wurden, wie z.B. Elfenbein, Kaviar, Holzprodukte, Arzneimittel oder präparierte Tiere.

Eine die Heimtiefhaltung in der Breite betreffende, nicht auf Gefährdungstatus, sondern auf Tierwohlgesichtspunkte abstellende Positivliste würde somit keine wie auch immer geartete Erweiterung dieses Regimes, sondern strukturell betrachtet<sup>165</sup> etwas völlig anderes, ein „aliud“ im rechtlichen Sinne darstellen.

---

<sup>165</sup> Zu diesem Kriterium: Scherer/Heselhaus, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Werkstand: 57. EL August 2022, Kapitel O Umweltrecht, Rn. 166.

## **(2) Positivlistenansatz als unzulässige alternative Schutzkonzeption**

Ungeachtet der vorstehend beschriebenen strukturellen Verwerfungen, die für sich betrachtet bereits das Verdikt einer unzulässigen alternativen Schutzkonzeption tragen, gilt es auf einen weiteren Gesichtspunkt hinzuweisen, der zusätzlich ebenfalls dazu führt, dass eine Heimtier-Positivliste die Grenzen des unter Art. 193 AEUV Zulässigen sprengen würde. Denn das Washingtoner Artenschutzübereinkommen enthält drei Anhänge, die sich Tier- und Pflanzenarten unterschiedlicher Schutzbedürftigkeit widmen: Annex I enthält vom Aussterben bedrohte Arten, Annex II soll Handlungen entgegenwirken, die den Fortbestand der betreffenden Arten gefährden können, und Annex III befasst sich mit Arten, die in (wenigstens) einem Vertragsstaat Schutz genießen, weshalb der betreffende Staat das CITES-Regime nutzen möchte.<sup>166</sup> Aktuell<sup>167</sup> umfasst CITES 6.610 Tierarten und 34.310 Pflanzenarten.<sup>168</sup>

Die Listung einer Art in einem der Annexe löst klare rechtliche Verpflichtungen aus. Alle Einfuhren, Ausfuhren, Wiederausfuhren und Verbringungen aus dem Meer von Arten, die unter das Übereinkommen fallen, müssen im Rahmen eines Genehmigungssystems zugelassen werden. Jede Vertragspartei des Übereinkommens muss eine oder mehrere Vollzugsbehörden benennen, die für die Verwaltung dieses Genehmigungssystems zuständig sind, sowie eine oder mehrere wissenschaftliche

---

<sup>166</sup> <https://cites.org/eng/disc/how.php> (30.03.2023).

<sup>167</sup> Stand: 23.02.2023.

<sup>168</sup> <https://cites.org/eng/disc/species.php> (30.03.2023).

Behörden, die sie über die Auswirkungen des Handels auf den Zustand der Arten beraten.<sup>169</sup>

Damit verfolgt das Annex-System des CITES-Regimes unbestreitbar einen Negativlisten-Ansatz. Unzulässig bzw. beschränkt ist der Handel somit ausschließlich in Bezug auf die in den Anhängen genannten Arten. Im Umkehrschluss sind alle nicht gelisteten Tier- und Pflanzenarten und die hieraus gewonnenen Produkte artenschutzrechtlich betrachtet zunächst einmal grundsätzlich uneingeschränkt handelbar. Damit verfolgt CITES den Ansatz einer freien Handelbarkeit sämtlicher Tier- und Pflanzenarten, der nur ausnahmsweise und in der beschriebenen Weise durchbrochen werden kann. Der mit einer Heimtier-Positivliste einhergehende Ansatz eines umfassenden Verbots mit Ausnahmeverbehalt folgt daher tatsächlich einer komplett „umgekehrten Systematik“.<sup>170</sup>

Nicht nur im deutschen Verwaltungs- und Verfassungsrecht ist anerkannt, dass die rechtlichen Effekte dieser beiden verschiedenen Ansätze denkbar groß und vor allem unterschiedlich sind.<sup>171</sup> Auch im Lichte der Warenverkehrsfreiheit, aber ebenso unter Geltung des WTO-Rechts stellt ein Verbot mit Erlaubnisfreiheit per definitionem einen maximalen Eingriff in die Rechte der betroffenen Individuen und Gewerbetreibenden dar. Eine Heimtier-Positivliste verfolgt somit im Vergleich zum aktuellen Ansatz des CITES-Regimes eine gänzlich andere

---

<sup>169</sup> <https://cites.org/eng/disc/how.php> (30.03.2023).

<sup>170</sup> So auch Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 12.

<sup>171</sup> Stück, Datenschutz = Tatenschutz? Ausgewählte datenschutz- und arbeitsrechtliche Aspekte nach DSGVO sowie BDSG 2018 bei präventiver und repressiver Compliance, in: CCZ 2020, 77 ff.



Regulierungsphilosophie. Dieser Wechsel der Regulierungsphilosophie stellt nichts anderes dar als eine komplett andere Schutzkonzeption<sup>172</sup> – die wie beschrieben unter dem Dach des Art. 193 AEUV unzulässig ist.

#### **ddd. Vereinbarkeit mit den Verträgen**

Art. 193 S. 2 AEUV verlangt eine vollständige Vereinbarkeit „schutzverstärkender Maßnahmen“ mit den Verträgen. Relevanz erlangt insoweit insbesondere die Warenverkehrsfreiheit.<sup>173</sup> Dass eine nationale Heimtier-Positivliste mit der Warenverkehrsfreiheit und anderen Grundfreiheiten unvereinbar wäre, wurde bereits an anderer Stelle ausgeführt<sup>174</sup>, sodass hier auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden kann. Damit werden für den Fall der Einführung einer nationalen Heimtier-Positivliste zusätzlich auch die Anforderungen des Art. 193 S. 2 AEUV nicht erfüllt.

#### **eee. Sonstiges: Notifizierungserfordernis und Vertragsverletzung**

Art. 193 S. 3 AEUV statuiert für den Fall, dass Mitgliedstaaten die Möglichkeit des Art. 193 AEUV nutzen, eine Notifizierungspflicht gegenüber der Kommission. Das

---

<sup>172</sup> Vgl. auch Krämer, in: von der Groeben/Schwartz/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 193 AEUV Rn. 8.

<sup>173</sup> Krämer, in: von der Groeben/Schwartz/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 193 AEUV Rn. 11; Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 193 AEUV Rn. 11. Vgl. auch Kahl, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 193 AEUV Rn. 22.

<sup>174</sup> Siehe unter III.1.

Notifizierungsverfahren ist deklaratorischer Natur; im Falle einer Verletzung des Art. 193 S. 3 AEUV droht allerdings ein Vertragsverletzungsverfahren.<sup>175</sup> Relevant ist in diesem Zusammenhang aber die Feststellung, dass die Kommission und andere Mitgliedstaaten im Wege eines Vertragsverletzungsverfahrens auch klären lassen können, ob sich – was vorliegend der Fall wäre – ein Mitgliedstaat zu Unrecht auf Art. 193 AEUV berufen hat.<sup>176</sup>

### **fff. Zwischenergebnis**

Als Zwischenergebnis lässt sich somit festhalten, dass Art. 193 AEUV im Falle einer Heimtier-Positivliste aus verschiedensten Gründen nicht aktiviert werden könnte. Es fehlt insbesondere an einem „verstärkungsfähigen“ Rechtsakt und der durch die Vertreter einer Positivliste offen kommunizierte angestrebte grundlegende Paradigmenwechsel stellt einen unter dem Dach des Art. 193 AEUV unzulässigen Austausch der Regulierungsphilosophie dar. Art. 193 AEUV ist somit vorliegend gänzlich unanwendbar, was im Übrigen die allgemeine Erkenntnis widerspiegelt, dass Art. 193 AEUV kaum praktische Relevanz entfaltet.<sup>177</sup> Würde sich die Bundesrepublik Deutschland – wie vorstehend umfassend dargelegt: zu Unrecht – auf Art. 193 AEUV berufen, um eine nationale Heimtier-Positivliste einzuführen, so wäre die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens insbesondere durch die Kommission vorgezeichnet.

---

<sup>175</sup> Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 193 AEUV Rn. 15.

<sup>176</sup> Kahl, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 193 AEUV Rn. 28.

<sup>177</sup> Krämer, in: von der Groeben/Schwartz/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 193 AEUV Rn. 15; Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 193 AEUV Rn. 2.

## **b. Keine Binnenmarktharmonisierung**

Vereinzelt wird darauf hingewiesen, dass Art. 114 AEUV eine tragfähige Grundlage für eine unionsweite Heimtier-Positivliste darstellen würde.<sup>178</sup> Dies ist bei näherer Betrachtung jedoch nicht der Fall.

Art. 114 Abs. 1 AEUV<sup>179</sup> lautet wie folgt:

„Soweit in den Verträgen nichts anderes bestimmt ist, gilt für die Verwirklichung der Ziele des Artikels 26 die nachstehende Regelung. Das Europäische Parlament und der Rat erlassen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben.“

Der in Bezug genommene Art. 26 AEUV<sup>180</sup> adressiert sodann den Binnenmarkt. Art. 26 Abs. 1 AEUV lautet wie folgt:

---

<sup>178</sup> o.V. (Fratini Vergano European Lawyers), Establishing an EU positive list: a feasible legal basis, 2. Dezember 2022, S. 7. Der Umstand, dass in dieser Stellungnahme in einer einleitenden Fußnote darauf hingewiesen wird, dass das betreffende Dokument ausschließlich auf Grundlage der durch die beauftragende Eurogroup for Animals zur Verfügung gestellten Informationen erarbeitet wurde und dass auch alle zitierten Publikationen exklusiv durch die Auftraggeberin bereitgestellt wurden, ist äußerst ungewöhnlich, soll aber hier nicht weiter beleuchtet werden.

<sup>179</sup> Ex Art. 95 EGV.

<sup>180</sup> Ex Art. 14 EGV.

„Die Union erlässt die erforderlichen Maßnahmen, um nach Maßgabe der einschlägigen Bestimmungen der Verträge den Binnenmarkt zu verwirklichen beziehungsweise dessen Funktionieren zu gewährleisten.“

Art. 114 AEUV erweist sich somit als Generalrechtsangleichungskompetenz zur Verwirklichung des Binnenmarktes.<sup>181</sup>

#### **aa. Keine Analogie zur Robbenhandelsrechtsprechung**

Als maßgeblich für eine Anwendbarkeit des Art. 114 AEUV werden die Ausführungen des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache C-398/13 P zum Handel mit Robbenerzeugnissen<sup>182</sup> erachtet.<sup>183</sup> In diesem Urteil bestätigt der Europäische Gerichtshof vollumfänglich die Erwägungen des erstinstanzlichen<sup>184</sup> Gerichts der Europäischen Union in der Rechtssache T-526/10<sup>185</sup>, sodass für die weiteren Betrachtungen beide Entscheidungen im Wege der Gesamtschau zu erschließen sind; da instanzenbedingt die Bewertungen des Gerichts aber deutlich detaillierter ausfallen als die Ausführungen des Gerichtshofes, sind vor allem die dortigen Feststellungen interessant.

---

<sup>181</sup> Siehe nur Korte, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 114 AEUV Rn. 11.

<sup>182</sup> EuGH, Rs. C-398/13 P, Urt. v. 3.9.2015.

<sup>183</sup> o.V. (Fratini Vergano European Lawyers), Establishing an EU positive list: a feasible legal basis, 2. Dezember 2022, S. 7.

<sup>184</sup> Art. 256 AEUV.

<sup>185</sup> Gericht der Europäischen Union, Rs. T-526/10, Urt. v. 25.4.2013.

Es trifft zunächst einmal zu, dass es rein quantitativ keine Rolle spielt, wie viele Mitgliedstaaten bereits handelsrelevante Regelungen erlassen haben oder dies zumindest planen; es bedarf also keines Mindestquorums, um die Möglichkeit einer Binnenmarktrelevanz bejahen zu können.<sup>186</sup> Ebenso ist es zutreffend, dass der wirtschaftliche Umfang der betreffenden Aktivitäten ebenfalls keinen Mindestumfang aufweisen muss.<sup>187</sup> Indes bedarf es nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes „spürbarer Wettbewerbsverzerrungen“ – „(b)estünde diese Voraussetzung nicht, wären der Zuständigkeit des Gemeinschaftsgesetzgebers praktisch keine Grenzen gezogen.“<sup>188</sup>

Ohne dass vorliegend die insoweit erforderlichen Abgrenzungen im Detail vorgenommen werden müssten, scheidet die Herleitung einer Rechtssetzungskompetenz für eine unionsweite Positivliste aus Art. 114 AEUV jedoch aus übergeordneten Gründen ganz grundsätzlich aus. Maßgeblich hierfür ist der Umstand, dass Art. 114 AEUV nach ständiger Rechtsprechung nur dann zum Tragen kommt, wenn es auch tatsächlich um handelsbezogene Regelungen geht. Das Gericht der Europäischen Union führt insoweit Folgendes aus:

„Ebenfalls nach ständiger Rechtsprechung müssen Maßnahmen nach Art. 95 Abs. 1 EG tatsächlich das Ziel verfolgen, die Bedingungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zu verbessern. Zwar genügen die bloße Feststellung von Unterschieden

---

<sup>186</sup> Gericht der Europäischen Union, Rs. T-526/10, Urt. v. 25.4.2013, Rn. 49 ff.

<sup>187</sup> Gericht der Europäischen Union, Rs. T-526/10, Urt. v. 25.4.2013, Rn. 55.

<sup>188</sup> EuGH, Rs. C-376/98, Urt. v. 5. 10. 2000, Rn. 107.

zwischen den nationalen Vorschriften und die abstrakte Gefahr von Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten oder von Wettbewerbsverzerrungen nicht, um die Wahl von Art. 95 EG als Rechtsgrundlage zu rechtfertigen, doch kann der Unionsgesetzgeber ihn u. a. im Fall von Unterschieden zwischen den nationalen Vorschriften heranziehen, wenn diese Unterschiede geeignet sind, die Grundfreiheiten zu beeinträchtigen und sich auf diese Weise unmittelbar auf das Funktionieren des Binnenmarkts auszuwirken (vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 8. Juni 2010, Vodafone u. a., C-58/08, Slg. 2010, I-4999, Randnr. 32 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Art. 95 EG kann ferner herangezogen werden, um der Entstehung solcher Hindernisse für den Handel infolge einer heterogenen Entwicklung der nationalen Rechtsvorschriften vorzubeugen. Allerdings muss ihr Entstehen wahrscheinlich sein und die fragliche Maßnahme ihre Vermeidung bezwecken (vgl. Urteil Vodafone u. a., oben in Randnr. 28 angeführt, Randnr. 33 und die dort angeführte Rechtsprechung).

Der Rückgriff auf Art. 95 EG ist jedoch nicht gerechtfertigt, wenn der zu erlassende Rechtsakt eine Harmonisierung der Binnenmarktbedingungen nur nebenbei bewirkt (vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 18. November 1999, Kommission/Rat, C-209/97, Slg. 1999, I-8067, Randnr. 35 und die dort angeführte Rechtsprechung).<sup>189</sup>

---

<sup>189</sup> Gericht der Europäischen Union, Rs. T-526/10, Urt. v. 25.4.2013, Rn. 28 ff.

Bei allem gezeigten Verständnis für die Belange des Tierwohls<sup>190</sup> kommt das Gericht in Bezug auf die Regelungen zum Handel mit Robbenprodukten apodiktisch zu einem eindeutigen Ergebnis:

„Hier geht aus der Grundverordnung klar hervor, dass ihr Hauptziel nicht der Tierschutz, sondern die Verbesserung des Funktionierens des Binnenmarkts ist.“<sup>191</sup>

Das Gericht stützt diese Einschätzung ganz wesentlich auf die Erwägungsgründe zur maßgeblichen Verordnung (EG) Nr. 1007/2009 über den Handel mit Robbenerzeugnissen<sup>192</sup>, in denen zwar Tierschutzgesichtspunkte genannt werden, die jedoch für sich betrachtet „binnenmarktneutral“ sind und nur deshalb ein Harmonisierungsbedürfnis auslösen, weil „(d)ie Jagd auf Robben (...) bei auf Tierschutzfragen empfindlich reagierenden Bürgern und Regierungen Entrüstung hervorgerufen (hat), da die am häufigsten praktizierten Methoden zum Töten und Häuten von Robben für diese Tiere mit Schmerzen, Qualen, Angst und anderen Formen von Leiden verbunden sind“<sup>193</sup> und es aus diesem Grund zu einer regulatorischen „Fragmentierung des Binnenmarktes“<sup>194</sup> gekommen ist, die Verbraucher auch deshalb vor besondere Herausforderungen gestellt hat, weil verwirrend ähnliche Parallelprodukte auf dem Markt waren: „Das Bestehen dieser unterschiedlichen Vorschriften könnte die Verbraucher

---

<sup>190</sup> Gericht der Europäischen Union, Rs. T-526/10, Urt. v. 25.4.2013, Rn. 42.

<sup>191</sup> Gericht der Europäischen Union, Rs. T-526/10, Urt. v. 25.4.2013, Rn. 35.

<sup>192</sup> ABl. Nr. L 286 vom 31.10.2009, S. 36 ff.

<sup>193</sup> Erwägungsgrund Nr. 4.

<sup>194</sup> Erwägungsgrund Nr. 10.

ferner davon abhalten, Erzeugnisse zu kaufen, die nicht aus Robben hergestellt wurden, die aber nicht einfach zu unterscheiden sind von aus Robben hergestellten ähnlichen Waren oder von Erzeugnissen, die – ohne dass dies klar erkennbar wäre – aus Robben gewonnene Bestandteile oder Inhaltsstoffe enthalten können, wie etwa Felle, Omega-3-Kapseln sowie Öle und Lederwaren.“<sup>195</sup>

#### **bb. Vorab: Binnenmarkt und Warenqualität von Tieren**

Gerade der letztgenannte Aspekt ist für den vorliegend interessierenden Kontext überaus interessant, denn das Gericht bestätigt zwar, dass aus Tierschutzgesichtspunkten erlassene nationale Regelungen, die zu einer relevanten Handelsbarriere und damit zu einem Binnenmarktproblem führen, unter Beachtung der weiteren Voraussetzungen „harmonisierungsoffen“ sind – zugleich wird aber die „Warenqualität“ von Tieren und den aus Tieren gewonnenen Produkten als solche nicht nur nicht kritisiert, sondern ganz im Gegenteil sogar explizit bestätigt: Wenn nämlich Tiere keine Waren wären, würde es nicht die Möglichkeit des Handels und damit auch keine potentielle Binnenmarktrelevanz geben.

Mit anderen Worten: Wer eine Unions-Positivliste auf die Binnenmarktharmonisierung stützen möchte, muss hiermit explizit die anthropozentrische Ausrichtung geltenden Rechts einerseits und vor allem die Warenqualität von Tieren andererseits anerkennen. Dies mag erklären, warum prominente Stimmen der deutschen Positivlistendiskussion

---

<sup>195</sup> Erwägungsgrund Nr. 7.



ausdrücklich nicht (sic!) auf Art. 114 AEUV abstellen<sup>196</sup> und umgekehrt die Befürworter einer Nutzung des Art. 114 AEUV explizit hervorheben, dass diese Norm nur „eine mögliche Rechtsgrundlage für die Verabschiedung einer (solchen) EU-Positivliste darstellt, die als Hauptziel die Verbesserung der Bedingungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes hat.“<sup>197</sup> Aus Sicht der Befürworter einer Heimtier-Positivliste dürfte sich Art. 114 AEUV somit als argumentativer Bumerang erweisen, würde dessen Anwendung doch gleichsam zu einer normativen Zementierung der Warenqualität von Tieren und der aus Tieren gewonnenen Produkte führen.

Dessen ungeachtet zeigt sich bei näherer Analyse der Unionsrechtsprechung, dass eine Anwendbarkeit des Art. 114 AEUV aus verschiedenen Gründen ohnehin nicht in Betracht kommt.

#### **cc. Keine „Entrüstung von Verbrauchern und Regierungen“**

Wenngleich Tierwohlgesichtspunkte und damit verknüpfte Verbraucherinteressen in der beschriebenen Weise maßgeblich für die regulatorische Fragmentierung des Binnenmarktes waren, wäre die hieraus abzuleitende Annahme verfehlt, dass unterschiedlich regulierte Tierwohlaspekte einen Rückgriff

---

<sup>196</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022.

<sup>197</sup> o.V. (Fratini Vergano European Lawyers), Establishing an EU positive list: a feasible legal basis, 2. Dezember 2022, S. 7. Im Original lautet die auch optisch hervorgehobene Passage wie folgt: „Article 114 TFEU provides a feasible legal basis for adopting an EU positive list having as its primary objective the improvement of the conditions for the establishment and the functioning of the internal market.“

auf Art. 114 AEUV zuließen. Zu Recht betonen das Gericht der Europäischen Union und ihm folgend der Europäische Gerichtshof die für eine Aktivierung des Art. 114 AEUV unverzichtbare Beeinträchtigung des Binnenmarktes. Dass in verschiedenen Mitgliedstaaten normativ unterschiedliche Heimtierschutzkonzepte verfolgt werden, genügt insoweit eindeutig nicht. Vielmehr sind tierwohlbezogene Verwerfungen erforderlich, die binnenmarktrechtlich ein erhebliches Maß erreichen.

Zu Recht weist das Gericht der Europäischen Union daher auf die Erwägungsgründe zur Verordnung (EG) Nr. 1007/2009 hin, die explizit auf die „Entrüstung“ von „Bürgern und Regierungen“ als Reaktion auf die Robbentötungen abstellen.<sup>198</sup> Tatsächlich führten Proteste der französischen Schauspielerin Brigitte Bardot dazu, dass das Thema der Robbenjagd (erst) seit 1976 einer breiteren Öffentlichkeit bekannt wurden; die Tötung der Robben, die mit sogenannten Hakapiks erschlagen werden, hat seitdem medial enorme Aufmerksamkeit erfahren<sup>199</sup>, zumal Gegner der Robbenjagd vorbringen, dass junge Robben bei lebendigem Leib gehäutet würden.<sup>200</sup> Vor diesem Hintergrund ist es vollkommen nachvollziehbar, dass zahlreiche Verbraucher Robbenprodukte – etwa in Gestalt von Omega 3-Kapseln – nicht erwerben wollten und sich aufgrund der Ununterscheidbarkeit zu vielen anderen Produkten ganz erhebliche Effekte für das Kaufverhalten gezeigt haben. Ergänzend tritt insoweit hinzu, dass das Unionsrecht dem Verbraucherschutz einen

---

<sup>198</sup> Gericht der Europäischen Union, Rs. T-526/10, Urt. v. 25.4.2013, Rn. 38.

<sup>199</sup> Siehe nur <https://de.wikipedia.org/wiki/Robbenjagd> (20.04.2023).

<sup>200</sup> <https://de.wikipedia.org/wiki/Robbenjagd> (20.04.2023).

besonders hohen Stellenwert beimisst<sup>201</sup> und der Europäische Gerichtshof die Rechtsfigur des „informierten Verbrauchers“ erschaffen hat.<sup>202</sup> Es kann wohl nicht ernsthaft vertreten werden, dass die private Heimtierhaltung zu ähnlichen „Empörungen“ auf Seiten der Verbraucher oder von Regierungen führt. Ganz im Gegenteil ist schon bei rein quantitativer Betrachtung offensichtlich, dass die private Heimtierhaltung europaweit derart verbreitet ist, dass nicht die Haltung, sondern die positivlistenbedingte Haltungsbeschränkung Anlass zur Entrüstung gibt.

#### **dd. Keine Verwechslungsgefahren**

In der vorliegend interessierenden Rechtsprechung des Gerichts der Europäischen Union und des Europäischen Gerichtshofes wird ganz maßgeblich auf die Binnenmarkteffekte der bestehenden Verwechslungsgefahren inkriminierter Produkte einerseits und als unkritisch erachteter Produkte andererseits abgestellt.<sup>203</sup> Gleich mehrfach wird darauf hingewiesen, dass Verbrauchern die Möglichkeit einer informierten Kaufentscheidung genommen wird, weil es an einer klaren Unterscheidbarkeit fehlt.<sup>204</sup> Die Frage, ob ein weitgehendes Verbot inkriminierter Produkte in einer solchen Konstellation tatsächlich die richtige Reaktion des Gesetzgebers darstellt, muss vorliegend nicht weiter interessieren. Von Relevanz ist vielmehr der Umstand, dass die Rechtsprechung – gestützt

---

<sup>201</sup> Art. 169 Abs. 1 AEUV, Art. 38 GRCh.

<sup>202</sup> Jüngst etwa: EuGH, Rs. C-595/21, Urt. v. 01.12.2022.

<sup>203</sup> Gericht der Europäischen Union, Rs. T-526/10, Urt. v. 25.4.2013, Rn. 44, 45, 47.

<sup>204</sup> Gericht der Europäischen Union, Rs. T-526/10, Urt. v. 25.4.2013, Rn. 44, 45, 47.

auf die Rechtsfigur des „informierten Verbrauchers“<sup>205</sup> – feststellt, dass die in einer solchen Konstellation auftretenden Binnenmarktverzerrungen gleichsam den „Tropfen darstellen, der das Fass zum Überlaufen bringt“.

Überträgt man diese Grundlegungen auf die vorliegend interessierende Konstellation, so zeigt sich, dass keinerlei Verwechslungsgefahren zu erkennen sind. Mit Ausnahme des etablierten und funktionsfähigen CITES-Rechts sind alle Heimtiere grundsätzlich frei handelbar. Auch sonst sind keine Verwerfungen erkennbar, die mittels einer Heimtier-Positivliste behebbar wären. Wer sich aus welchen Gründen auch immer in Bezug auf die private Haltung von Heimtieren kritisch positioniert, der schafft sich schlicht und ergreifend gar nicht erst ein Heimtier an. Insofern bedarf es also keiner „Aufklärung“ bzw. keines Schutzes kritischer, aber aufgrund fehlender Unterscheidbarkeit „aufzuklärender“ Verbraucher.

#### **ee. Kein Binnenmarktfokus**

Das wohl wichtigste Argument gegen eine Tragfähigkeit des Art. 114 AEUV ergibt sich jedoch bei näherer Betrachtung aus der Wechselwirkung zwischen Art. 114 Abs. 1 AEUV und dem dort genannten Art. 26 Abs. 1 AEUV. Denn Art. 26 Abs. 1 AEUV zielt explizit darauf ab, den Binnenmarkt zu „verwirklichen“ – also so weit wie irgend möglich zu fördern. Vollständige oder weitreichende Verbote bestimmte Produkte oder Waren sind vor diesem Hintergrund zwar nicht denklogisch ausgeschlossen, stehen dem Binnenmarktschutz

---

<sup>205</sup> Jüngst etwa: EuGH, Rs. C-595/21, Urt. v. 01.12.2022.

aber zunächst einmal diametral entgegen und bedürfen daher besonderer Analyse:

„(D)ie Angleichung (muss) zur Verwirklichung, d.h. also zur Verbesserung des Binnenmarktes beitragen. Dieses Erfordernis eines positiven Binnenmarkteffekts lässt sich zwar nicht mehr aus Art. 3 Abs. 1 lit. h) EGV, jedenfalls aber aus Art. 26 Abs. 1 AEUV ableiten, da dessen Regelungsauftrag auf die „erforderlichen Maßnahmen“ beschränkt ist. Es verlangt nach einer Gesamtbetrachtung, so dass der Sekundärrechtsakt nicht zu einer vollständigen Liberalisierung führen muss, sondern in Umsetzung sozial- oder umweltpolitischer Anliegen je nach deren Umfang bzw. Gegenstand auch Verbote enthalten kann. Ein positiver Binnenmarkteffekt fehlt in Fortschreibung dessen jedoch dann, wenn die Rechtsangleichung in toto binnenmarktneutral, -peripher oder gar -behindernd ist, insbesondere weil sie nur auf das Risiko bzw. auf die Möglichkeit einer Grundfreiheitsbeeinträchtigung bzw. Wettbewerbsverfälschung durch nationales Recht reagiert. Nötig ist vielmehr ein tatsächlich messbarer, nicht vorgeschobener Beitrag zur Binnenmarktverwirklichung.“<sup>206</sup>

Diese Bewertung wird nicht nur durch den Europäischen Gerichtshof geteilt<sup>207</sup>, sondern stößt – soweit ersichtlich – auch im Schrifttum ausschließlich auf Zustimmung.<sup>208</sup> Ist es

---

<sup>206</sup> Korte, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 114 AEUV Rn. 50 mwN.

<sup>207</sup> EuGH, Rs. C-491/01, Urt. v. 10.12.2002, Rn. 60; EuGH, Rs. C-434/02, Urt. v. 14.12.2004, Rn. 30.

<sup>208</sup> Herrfeld, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Auflage 2019, Art. 114 AEUV Rn. 8 f.; Tietje,

jedoch zwingende Voraussetzung für eine Aktivierung des Art. 114 AEUV, dass die hierauf gestützten Rechtsnormen „die Bedingungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes verbessern sollen und tatsächlich dieses Ziel verfolgen müssen, indem sie zur Beseitigung von Hemmnissen für den freien Waren- oder Dienstleistungsverkehr oder aber von Wettbewerbsverzerrungen beitragen“<sup>209</sup>, so ergibt sich hieraus für eine „Binnenmarktverwirklichung durch Verbote“<sup>210</sup> Folgendes:

Verbote stellen kein grundsätzlich und ausnahmslos unzulässiges Mittel der Binnenmarktpflege dar, sondern können in bestimmten Fällen durchaus ein probates Mittel der Binnenmarktoptimierung sein. Der dem Binnenmarktfördergebot des Art. 26 AEUV zu entnehmende Auftrag und die grundsätzliche Wirkrichtung von Verboten führen jedoch dazu, dass Verbote nur in seltenen Ausnahmen dazu angetan sind, den Binnenmarkt zu „verwirklichen“<sup>211</sup> und darüber hinaus in Summe betrachtet einen Liberalisierungsgewinn erbringen müssen.<sup>212</sup> Auf den Punkt gebracht: per definitionem stellen Verbote regelmäßig Hemmnisse für den freien Handel und nicht deren Grundlage dar.

---

in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Werkstand: 78. EL Januar 2023, Art. 114 AEUV Rn. 102 ff.

<sup>209</sup> Siehe nur EuGH, Rs. C-491/01, Urt. v. 10.12.2002, Rn. 60.

<sup>210</sup> Grundlegend hierzu: Classen, Verbote im Binnenmarktrecht, in: EuZW 2015, 854 ff.

<sup>211</sup> Classen, Verbote im Binnenmarktrecht, in: EuZW 2015, 854 (855).

<sup>212</sup> Classen, Verbote im Binnenmarktrecht, in: EuZW 2015, 854 (857).

Kann diese Hürde - ausnahmsweise - genommen werden, so müssen die betreffenden Verbotsklauseln einen klaren Binnenmarktfokus aufweisen. Zwar stehen Motivbündel einer solchen Fokussierung nicht entgegen; der Binnenmarkteffekt darf aber nicht zufällig bzw. als „in Kauf genommene“ Nebenfolge gänzlich anders motivierter Handlungen eintreten oder gar nur vorgeschoben sein. Auch ist darauf hinzuweisen, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes die bloße Feststellung von Unterschieden zwischen den nationalen Rechtsordnungen nicht per se deren Angleichung rechtfertigt.<sup>213</sup> Die Rechtsprechung zu Robbenprodukten hat sich dieser Einschätzung ausdrücklich angeschlossen.<sup>214</sup>

Übertragen auf den Fall einer Heimtier-Positivliste zeigt sich eine völlige Inkompatibilität mit dem Binnenmarktgedanken. Wie bereits gezeigt, bringen die Befürworter einer derartigen Liste ein Potpourri unterschiedlichster Zielsetzungen vor, die mit einem solchen Regelungsansatz verfolgt werden sollen<sup>215</sup> - der Abbau von Handelshemmnissen bzw. die Verbesserung des Binnenmarktes zählen dezidiert nicht dazu. Ganz im Gegenteil besteht naturgemäß sogar eine gewisse Scheu davor, auch nur die Handelsfähigkeit von Heimtieren anzuerkennen. Tatsächlich würde die mit einer Unions-Positivliste einhergehende weitgehende Austrocknung des Handels mit Heimtieren (und in der Folge auch der ganz überwiegende Einbruch aller Märkte für heimtierbezogene

---

<sup>213</sup> EuGH, Rs. C-376/98, Urt. v. 5.10.2000, Rn. 83.

<sup>214</sup> Gericht der Europäischen Union, Rs. T-526/10, Urt. v. 25.4.2013, Rn. 28.

<sup>215</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 3 ff.

Produkte und Dienstleistungen) dramatische nachteilige Effekte für den Binnenmarkt haben. Art. 114 ist insbesondere auch aus diesem Grund unanwendbar.

#### **ff. Zwischenergebnis**

Alle auch nur ansatzweise in Betracht kommenden Ermächtigungsgrundlagen bzw. Kompetenzen zugunsten der Union finden im Falle der Etablierung einer unionsweiten EU-Positivliste keine Anwendung. Damit fehlt es bereits an einer tragfähigen Kompetenzgrundlage für ein Tätigwerden der Union.

#### **c. Bindung an Grundfreiheiten und Grundrechte**

Neben dem Mangel auf der Gesetzgebungskompetenzebene treten weitere Hindernisse materiell-rechtlicher Art. Ausschlaggebend hierfür ist der Umstand, dass die Union bei ihrem Handeln sowohl an die Charta der Grundrechte (im Folgenden: GrCh)<sup>216</sup>, als auch an die Grundfreiheiten gebunden ist. Auf den ersten Blick mag der zweite Teil dieses Befundes überraschen, da die Grundfreiheiten ja ursprünglich als Schutzmechanismen gegen mitgliedstaatliche, den Binnenmarkt behindernde Maßnahmen konzipiert waren. Indes hat der Europäische Gerichtshof rasch den Weg freigemacht für eine Bindung auch der Unionsorgane selbst<sup>217</sup>, wodurch zugleich der grundrechtsähnliche Charakter der Grundfreiheiten widergespiegelt wird. Ohne dass die Freiheiten dieses Ansatzes hier weiter vertieft werden müssten, gilt somit, dass die vorstehenden Überlegungen zu den Grundfreiheiten

---

<sup>216</sup> Art. 51 Abs. 1 GrCh.

<sup>217</sup> EuGH, Rs. C-114/96, Urt. v. 25.06.1997, Rn. 27.



uneingeschränkt auch bei einer durch die Europäische Union veranlassten Heimtier-Positivliste zum Tragen kämen. Eine solche Liste wäre daher aus den bereits genannten Gründen auch materiell primärrechtswidrig.

Während die Grundfreiheiten bereits Gegenstand der Ausführungen waren, bedarf es in Bezug auf die Grundrechte der Charta noch der entsprechenden Darlegungen. Denkbar wären im Falle der Einführung einer Positivliste durch die Union vor allem Verwerfungen mit der Berufsfreiheit, der Eigentumsgarantie, und dem Diskriminierungsschutz.

#### **aa. Berufsfreiheit**

Art. 15 Abs. 1 GrCh garantiert jeder Person das Recht, zu arbeiten und einen frei gewählten oder angenommenen Beruf auszuüben. Die natürliche wie juristische Personen schützende Vorschrift<sup>218</sup> setzt eine umfassende und einheitliche Berufsfreiheit voraus.<sup>219</sup> Darüber hinaus haben alle Unionsbürgerinnen und Unionsbürger gemäß Art. 15 Abs. 2 GrCh die Freiheit, in jedem Mitgliedstaat Arbeit zu

---

<sup>218</sup> Folz, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 2. Auflage 2018, Art. 15 GrCh Rn. 5; Grabenwarter, in: ders. (Hrsg.), *Europäischer Grundrechtsschutz*, 2014, § 13 Rn. 12; Kühling, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar*, 1. Auflage 2017, Art. 15 GrCh Rn. 6; Schubert, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, 4. Auflage 2022, Art. 15 GrCh Rn. 13.

<sup>219</sup> Dem deutschen Recht vertraute Differenzierungen zwischen Berufszugang und Berufsausübung spielen demnach keine Rolle; vgl. Wollenschläger, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Auflage 2015, Art. 15 GrCh Rn. 40; Kühling, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar*, 1. Auflage 2017, Art. 15 GrCh Rn. 8; Schubert, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, 4. Auflage 2022, Art. 15 GrCh Rn. 14.

suchen, zu arbeiten, sich niederzulassen oder Dienstleistungen zu erbringen. Eingriffe in den so geschützten Bereich können unmittelbarer und mittelbarer Natur sein, wobei zu berücksichtigen ist, dass insoweit aus teleologischen Gründen ein weites Eingriffsverständnis zugrunde gelegt wird.<sup>220</sup>

Die zentralen Maßstäbe der Eingriffsrechtfertigung werden durch Art. 52 Abs. 1 GrCh festgelegt.<sup>221</sup> Jede Einschränkung der Ausübung der in der GrCh anerkannten Rechte und Freiheiten muss demnach gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten (Art. 52 Abs. 1 S. 1 GrCh). Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dürfen Einschränkungen nur vorgenommen werden, wenn sie notwendig sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen (Art. 52 Abs. 1 S. 2 GrCh). Damit ergibt sich ein Prüfungsdreiklang, der einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt, die Inbezugnahme relevanter Gemeinwohlziele, sowie eine Verhältnismäßigkeitsprüfung umfasst.<sup>222</sup>

Ob der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 GrCh eigenständige Bedeutung neben der Berufsfreiheit gemäß Art.

---

<sup>220</sup> Kühling, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar, 1. Auflage 2017, Art. 15 GrCh Rn. 15 f.

<sup>221</sup> Allgemein: Bühler, Einschränkungen von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005; Besselink, The Protection of Human Rights post-Lisbon, in: Laffranque (Hrsg.), The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon, 2012, S. 63 ff.; Riedel, Die Grundrechtsprüfung durch den EuGH, 2020.

<sup>222</sup> Vgl. Jarass, in: ders. (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU, 4. Auflage 2021, Art. 15 Rn. 13 ff.

15 GrCh beizumessen ist, bedarf noch der abschließenden Klärung. Der Rechtsprechung des EuGH lässt sich insbesondere noch keine eindeutige Linie zu der Frage entnehmen, ob Art. 16 GrCh originär oder aber nur in Gesamtschau mit Art. 15 GrCh geprüft wird.<sup>223</sup> Es dürfte sich wohl anbieten, Art. 15 GrCh eher auf persönlichkeitsbezogene Maßnahmen zu beziehen und Art. 16 GrCh eher bei unternehmensbezogenen Beschränkungen in den Vordergrund der Prüfung zu rücken.<sup>224</sup> Tatsache ist jedenfalls, dass Art. 16 GrCh und Art. 15 GrCh eine nahezu lückenlose Parallelität zu eigen ist.<sup>225</sup>

Die vorstehend untersuchte und im Ergebnis bejahte Verletzung der Grundfreiheiten entfaltet durchaus eine gewisse Indizwirkung für Art. 15 und 16 GrCh. Denn eine unionsrechtswidrige Beeinträchtigung beruflicher Betätigungen, die den Grundfreiheiten zuzurechnen sind, kann im Lichte der Charta kaum als gerechtfertigt eingeordnet werden. Folgerichtig stellt Erwägungsgrund Nr. 3 zur Charta der Grundrechte explizit auf die Grundfreiheiten der AEUV ab; im folgenden Erwägungsgrund

---

<sup>223</sup> Hierzu: Kühling, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar, 1. Auflage 2017, Art. 15 GrCh Rn. 22 und 25; siehe auch Everson/Gonçalves, in: Peers/Hervey/Kenner/Ward (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights, 2014, Art. 16 Rn. 16.01 ff. und 16.11 ff.

<sup>224</sup> Grabenwarter, in: ders. (Hrsg.), Europäischer Grundrechtsschutz, 2014, § 13 Rn. 25; Jarass, in: ders. (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU, 4. Auflage 2021, Art. 15 Rn. 4.

<sup>225</sup> Kühling, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar, 1. Auflage 2017, Art. 16 GrCh Rn. 13; Jarass, in: ders. (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU, 4. Auflage 2021, Art. 15 Rn. 5; Schubert, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. Auflage 2022, Art. 15 GrCh Rn. 1.

Nr. 4 wird darauf aufbauend sodann klargestellt, dass die Charta die in den Grundfreiheiten angelegten Grundrechte „sichtbarer machen“ möchte. Damit greifen die Grundrechte selbst von ihrer Zielsetzung her die fortlaufende Gewährleistung der Grundfreiheiten auf.<sup>226</sup> Insbesondere wäre die Maßnahme einer Positivliste daher auch unverhältnismäßig im Sinne von Art. 52 Abs. 1 GrCh. Da die Verhältnismäßigkeitsprüfung des Art. 52 Abs. 1 GrCh mit der verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung strukturell identisch ist<sup>227</sup>, kann zur Vermeidung von Wiederholungen auf die folgenden Ausführungen verwiesen werden.<sup>228</sup>

#### **bb. Eigentumsgarantie**

Das über Art. 17 GrCh gewährte Eigentumsrecht weist, der gesamteuropäischen Verwurzelung geschuldet, eine in Details andere Struktur auf als der Eigentumsbegriff des Art. 14 GG. Der Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes erscheint im Rahmen von Art. 17 GrCh daher eher zweifelhaft.<sup>229</sup> Unzweifelhaft geschützt werden aber „vermögenswerte Rechte, aus denen sich im Hinblick auf die Rechtsordnung eine gesicherte Rechtsposition ergibt, die eine selbständige Ausübung dieser Rechte durch und

---

<sup>226</sup> Frenz, Annäherung von europäischen Grundrechten und Grundfreiheiten, in: NVwZ 2011, 961 (963); Skouris, Die Rolle der Grundfreiheiten in der Europäischen Wirtschaftsverfassung und ihr Verhältnis zur Grundrechte-Charta, in: Ellger/Schweitzer (Hrsg.), Die Verfassung der europäischen Wirtschaft, 2018, S. 53 (68).

<sup>227</sup> Jarass, in: ders. (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU, 4. Auflage 2021, Art. 17 Rn. 34 ff.

<sup>228</sup> Siehe unter IV.4.

<sup>229</sup> Vgl. Jarass, in: ders. (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU, 4. Auflage 2021, Art. 17 Rn. 13.

zugunsten ihres Inhabers ermöglicht.“<sup>230</sup> Vom Schutz erfasst sind ferner alle dinglichen Rechte an beweglichen und unbeweglichen Sachen, insbesondere das Sacheigentum<sup>231</sup>, wozu laut Europäischem Gerichtshof auch das Eigentum an Tieren zählt.<sup>232</sup>

Art. 17 Abs. 1 und 2 GrCh benennen für die Entziehung und die Modifizierung von Eigentumspositionen verschiedene Kriterien:

„Niemandem darf sein Eigentum entzogen werden, es sei denn aus Gründen des öffentlichen Interesses in den Fällen und unter den Bedingungen, die in einem Gesetz vorgesehen sind, sowie gegen eine rechtzeitige angemessene Entschädigung für den Verlust des Eigentums. Die Nutzung des Eigentums kann gesetzlich geregelt werden, soweit dies für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich ist.“

Der Europäische Gerichtshof macht insoweit darauf aufmerksam, dass bei Entziehungen zusätzlich auch die Anforderungen des Art. 52 Abs. 1 GrCh zu erfüllen sind<sup>233</sup>, weil es anderenfalls zu Verwerfungen in der Struktur der Grundrechte kommen würde. Somit ist vor allem der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Bei „bloßen“ Nutzungsbeschränkungen ist hingegen Art. 52 Abs. 1 GrCh alleiniger Prüfungsmaßstab<sup>234</sup>; im Ergebnis zeigt sich aber

---

<sup>230</sup> EuGH, Rs. C-283/11, Urt. v. 22.01.2013, Rn. 34.

<sup>231</sup> Jarass, in: ders. (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU, 4. Auflage 2021, Art. 17 Rn. 9.

<sup>232</sup> EuGH, Rs. C-20/00 und C-64/00, Urt. v. 10.07.2003, Rn. 67 ff.

<sup>233</sup> EuGH, Rs. C-235/17, Urt. v. 21.05.2019, Rn. 88.

<sup>234</sup> EuGH, Rs. C-258/14, Urt. v. 13.06.2017, Rn. 53.

ein weitgehender Gleichklang bei allen Rechtfertigungsprüfungen.<sup>235</sup>

Die mit einer Positivliste einhergehenden mannigfaltigen Effekte für konkrete Eigentumspositionen – vom Eigentum an Tieren selbst bis hin zum bereits existierenden Warenbestand verschiedener Dienstleister – wären naturgemäß umfassend und schwerwiegend. Denkbar ist, dass einzelne Facetten einer Positivliste konkrete Einzelpositionen entziehen, wohingegen andere Maßnahmenbestandteile eher als Nutzungsbeschränkung wirken. In Ermangelung einer konkret bewertbaren Maßnahme des Unionsgesetzgebers sind insoweit aktuell keine spezifischeren Aussagen möglich. Allerdings gilt es wie bereits bei den Ausführungen zur Berufsfreiheit darauf hinzuweisen, dass die mit einer Unionsliste verbundene Verletzung von Grundfreiheiten durchaus auf die Ebene der Grundrechte „durchschlagen“ würde, sodass die Annahme einer Verletzung des Art. 17 GrCh in verschiedenster Hinsicht gerechtfertigt ist.

### **cc. Diskriminierungsschutz**

Während Art. 20 GrCh einen allgemeinen Gleichheitssatz statuiert, finden sich in Art. 21 GrCh spezifische Willkürverbote. In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes werden diese Berechtigungen üblicherweise zu einem einheitlichen Gleichbehandlungsgebot/Ungleichbehandlungsverbot zusammengefasst.<sup>236</sup> Da der Kern einer jeden

---

<sup>235</sup> Kühling, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar, 1. Auflage 2017, Art. 17 GrCh Rn. 25.

<sup>236</sup> Hierzu und zu der im Schrifttum insoweit vorgebrachten Kritik: Heselhaus, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter

Gleichheitsprüfung in der Identifikation der vom Gesetzgeber als relevant erachteten Vergleichsgruppen und hierauf aufbauend der Analyse der verschiedenen Fallkategorien besteht, fehlt es auch hier für eine Detailprüfung an hinreichend konkreten Anhaltspunkten. Von zentraler Bedeutung ist jedoch die Erkenntnis, dass Art. 20 und 21 GrCh als relevante Prüfungsmaßstäbe Maßnahmen der Union die entsprechenden Grenzen setzen würden,

#### **IV. Verfassungsrecht**

Die verfassungsrechtlichen Parameter des Umgangs mit Heimtieren wurden bereits an anderer Stelle umfassend dargestellt, sodass auf die entsprechenden Grundlegungen verwiesen werden kann.<sup>237</sup> Einer vertieften Auseinandersetzung bedarf es vorliegend aber mit denjenigen Argumenten verfassungsrechtlicher Art, die spezifisch mit Blick auf die Diskussion um die Einführung einer Heimtier-Positivliste entwickelt wurden bzw. vorgebracht werden. Dabei orientieren sich die folgenden Ausführungen zunächst einmal chronologisch an den entsprechenden Diskussionsbeiträgen, sodass umgekehrt Fragen der methodischen Korrektheit dieser Reihung nicht aufgegriffen werden.

##### **1. Verfassungsrechtliches Gebot für ein Tätigwerden aus Art. 20a GG**

In der Diskussion um die Einführung einer Heimtier-Positivliste findet sich die Einschätzung, dass

---

Kommentar EUV/GRC/AEUV, 1. Auflage 2017, Art. 20 GrCh Rn. 15.

<sup>237</sup> Spranger, Heimtierhaltung und Verfassungsrecht, 2018.

gesetzgeberisches Tätigwerden unumgänglich sei, weil die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen insoweit letztlich eine „Ermessensreduzierung auf Null“ bewirken würden:

„Das heißt, der deutsche Gesetz- und Verordnungsgeber 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.“<sup>238</sup>

Eine derartige Konstruktion ist freilich unter rechtlichen Gesichtspunkten nicht tragfähig. Unabhängig davon, dass es bereits dogmatisch nicht möglich ist, das unionsrechtlich verankerte Vorsorgeprinzip, eine verfassungsrechtliche Staatszielbestimmung und eine bundesrechtliche Vorschrift des Besonderen Verwaltungsrechts – und damit Rechtsakte unterschiedlichster Prägung und Provenienz – zwecks Kreierung eines vermeintlichen Rechtssatzes zu vermengen, wird man in der gebotenen Kürze Folgendes festhalten dürfen:

Das in Art. 191 AEUV enthaltene Vorsorgeprinzip ist zwar rechtsverbindlich, dies aber nach – soweit ersichtlich – völlig unbestrittener Ansicht nicht in einer unmittelbar

---

<sup>238</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 29, wobei die Worte „Gebot für ein entsprechendes Tätigwerden“ durch Fettsatz im Original zusätzlich noch drucktechnisch hervorgehoben werden.



anwendbaren Weise.<sup>239</sup> Weder hat somit ein EU-Bürger einen auf Art. 191 AEUV stützbaren Anspruch auf gesetzgeberisches Tätigwerden, noch werden dem Gesetzgeber darüber hinaus konkrete rechtliche Normen vorgegeben. Vielmehr verfügen die EU-Organen bei der Verwirklichung der Umweltpolitik über einen weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum.<sup>240</sup> Die Gewährleistung eines absoluten, sofortigen und globalen Umweltschutzes ist daher im Lichte des Art. 191 AEUV nicht geboten.<sup>241</sup>

Mit Blick auf Art. 20a GG zeigt sich im Ergebnis nichts anderes. Zunächst einmal kann festgehalten werden, dass Art. 20a GG Grundgedanken des Vorsorgeprinzips in die nationale Verfassungsordnung transformiert<sup>242</sup>, sodass die zum Vorsorgeprinzip getroffenen Feststellungen auch hier nach Geltung verlangen. Es handelt sich bei Art. 20a GG um eine verfassungsrechtliche Wertentscheidung<sup>243</sup>, die vor allem durch den Gesetzgeber zu konkretisieren ist.<sup>244</sup> Hierbei steht der Legislative eine weite Einschätzungsprärogative zu, sodass die Verpflichtungen aus

---

<sup>239</sup> Streinz, in: ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 191 AEUV Rn. 47 mwN.

<sup>240</sup> Streinz, in: ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 191 AEUV Rn. 49 mwN.

<sup>241</sup> Streinz, in: ders. (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 191 AEUV Rn. 49 mwN.

<sup>242</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Auflage 2022, Art. 20a Rn. 1; Calliess, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 99. EL September 2022, Art. 20a Rn. 109.

<sup>243</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Auflage 2022, Art. 20a Rn. 1.

<sup>244</sup> Schultze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Auflage 2015, Art. 20a Rn. 67; Rux, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 54. Edition, Stand: 15.02.2023, Art. 20a Rn. 27.

Art. 20a GG praktisch kaum justitiabel sind und die Grenze des Zulässigen erst dann überschritten wird, wenn die gesetzgeberischen Maßnahmen gänzlich untauglich sind.<sup>245</sup>

Die Ableitung konkreter Gesetzgebungsaufträge aus Art. 20a GG kann damit als ausgeschlossen gelten.<sup>246</sup> Gilt dies bereits ganz allgemein, so kann erst recht kein „Gesetzgebungsgebot“ konstruiert werden, wenn es um einen hochspezifischen Regelungsgegenstand geht, für dessen Regulierung zudem unter Bruch mit überkommenen Regelungen eine gänzlich neue Regulierungsphilosophie<sup>247</sup> entwickelt und implementiert werden soll. Ein auf die gesetzliche Einführung einer Heimtier-Positivliste zielendes Gesetzgebungsgebot existiert somit nicht.

## **2. Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG**

In Bezug auf das Kardinalgrundrecht der Berufsfreiheit findet sich auf Seite der Befürworter einer Heimtier-Positivliste die folgende Einschätzung:

„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“.

---

<sup>245</sup> Schultze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Auflage 2015, Art. 20a Rn. 71; Rux, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 54. Edition, Stand: 15.02.2023, Art. 20a Rn. 30 ff.

<sup>246</sup> Schultze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Auflage 2015, Art. 20a Rn. 71 mwN.

<sup>247</sup> Siehe hierzu oben unter III.3.a.

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 (...).

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.

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 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 (...). 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.“<sup>248</sup>

Diese verfassungsrechtlich überraschenden Einlassungen bedürfen einer schrittweisen Analyse, die im Folgenden geleistet wird:

#### **a. Zum Schutzbereich der Berufsfreiheit**

Irritierend mutet bereits der Versuch an, den Schutzbereich der Berufsfreiheit durch lebensfremde Kunstgriffe zu fragmentieren, um so die Auswirkungen auf die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Tätigkeiten und Handlungsfelder „kleinzureden“. Unabhängig davon, dass nicht nur der Handel von Tieren für Zoos und vergleichbare Einrichtungen, sondern selbstverständlich auch der Handel mit Heimtieren

---

<sup>248</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 34 ff. mwN.

für gewerbliche Zwecke erfolgt<sup>249</sup>, folgen die zitierten Ausführungen einem relativierenden Narrativ, demzufolge viele Tätigkeiten von einer Heimtier-Positivliste unberührt blieben, und ja „nur“ der Heimtierhandel für Privatpersonen betroffen sei. Bereits unter quantitativen und ökonomischen Gesichtspunkten muss hier klargestellt werden, dass der Handel mit Zootieren im Vergleich zum Handel mit Heimtieren eine zu vernachlässigende Größe darstellt:

Geschützte Zootiere werden regelmäßig zwischen den Zoos weitergegeben und der aufnehmende Zoo trägt in der Regel die Transportkosten. Zum Teil werden die Transportkosten aber auch von dem Zoo getragen, der das Tier an einen anderen Zoo abgibt. Ein echter „Handel“ im berufsrechtlichen Sinne findet hier also von vornherein gerade nicht statt. Allein nichtgeschützte kleine Zootiere werden von Zoos bei Händlern gekauft, z.B. im Bereich der Aquaristik. Hierzu gibt es indes keine Erhebungen und die Zahlen bewegen sich im Vergleich zum konventionellen Heimtierhandel im kaum messbaren Bereich.

Für die verfassungsrechtliche Bewertung ungleich relevanter sind aber qualitative Erwägungen des geltenden Verfassungsrechts. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erstreckt sich die Berufsfreiheit auf jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient.<sup>250</sup> Erfasst wird grundsätzlich jede berufliche Betätigung.<sup>251</sup> Der Handel mit Heimtieren genießt

---

<sup>249</sup> Tatsächlich scheint für die entsprechenden Ausführungen kein semantisches Missverständnis maßgeblich zu sein.

<sup>250</sup> Statt vieler: BVerfG, NJW 2004, 2363 mwN.

<sup>251</sup> Statt vieler: BVerfG, NJW 2004, 2363 mwN.

daher vollumfänglich den Schutz der Berufsfreiheit - gleiches gilt selbstverständlich für die Herstellung von und den Handel mit Tierfutter, Zubehör oder sonstige für die Heimtierhaltung konzipierte Produkte und Dienstleistungen, aber natürlich auch für die gewerbliche Zucht, die Angebote von Tierärzten, Hundeschulen, Tierbörsen, Heimtierpensionen etc.. All diese heimtierbezogenen Tätigkeiten genießen verfassungsrechtlichen Schutz über Art. 12 Abs. 1 GG. Durch den Hinweis auf die allgemeine Regelungsbefugnis des Gesetzgebers für die Ausgestaltung von Berufsbildern<sup>252</sup> ändert sich an diesem Befund rein gar nichts. Insbesondere ändert sich hierdurch nichts am Erfordernis einer „sauberen“ Grundrechtsprüfung.

Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die zur Begründung der „Berufsbildregelungsbefugnis“ zitierte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts beileibe keinen Beleg für einen gesetzgeberischen Freibrief darstellt. Im Gegenteil. So heißt es etwa in der zitierten Entscheidung zum Hufbeschlaggesetz:

„Die Beschwerdeführer, die den Hufpfleger- oder Huftechnikerberuf gewählt haben, Schulen für Hufpflege und Huftechnik betreiben oder an solchen Schulen unterrichten, werden durch die angegriffenen Vorschriften des neu gefaßten Hufbeschlaggesetzes (HufBeschlG 2006) in ihrem durch Art 12 Abs 1 GG geschützten Recht auf freie Berufswahl insoweit verletzt, als die von ihnen ausgeübten Berufe den

---

<sup>252</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 35.

Zulassungsvoraussetzungen für Hufbeschlagschmiede unterworfen werden.

Durch das Hufbeschlaggesetz 2006 hat der Gesetzgeber die Berufe der Hufpfleger, der Huftechniker und der Hufbeschlagschmiede zu einem einheitlichen Beruf zusammengeführt.

Bei der Vereinheitlichung mehrerer Berufe ist zu beachten, dass durch die Festlegung von Berufsbildern und durch das Aufstellen von subjektiven Zulassungsvoraussetzungen in die durch Art 12 Abs. 1 GG geschützte Berufswahlfreiheit eingegriffen wird (...).

Mit der Neuregelung verfolgt der Gesetzgeber auch das Ziel, ein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut zu schützen, nämlich den Tierschutz durch die Sicherung der Qualität der Hufversorgung zu fördern.

Die subjektiven Berufszulassungsvoraussetzungen, die mit der Zusammenführung der Berufe geschaffen worden sind, belasten die Beschwerdeführer jedoch unangemessen.

Indem die Neuregelung die Barhufversorgung den staatlich anerkannten Hufbeschlagschmieden vorbehält, werden für die Zukunft die Berufe des Hufpflegers und des Huftechnikers abgeschafft.

Die Intensität dieses Eingriffs in die Freiheit der Berufswahl steht außer Verhältnis zu den Vorteilen, die mit der Zusammenführung der Berufe zugunsten eines

durch die Sicherung der Qualität der Hufversorgung verbesserten Tierschutzes erreicht werden können.

Die Qualität der Hufversorgung kann auch dadurch gesichert werden, dass der Zugang zum Beruf des Hufpflegers wie auch des Huftechniklers von dem Erwerb und dem Nachweis der theoretischen Kenntnisse abhängig gemacht wird, die notwendig sind, um aus dem gesamten Versorgungsspektrum und mithin unter Einschluss von Hufschutzmaterialien einschließlich des Eisenbeschlags die jeweils indizierte Methode auszuwählen, die Tierhalter entsprechend zu beraten und gegebenenfalls an Hufbeschlagschmiede zu verweisen.

Es verstößt gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wenn von einem Berufsbewerber Kenntnisse und Fähigkeiten verlangt werden, die in keinem Verhältnis zu der geplanten Tätigkeit stehen (...).

Die Verletzung der Berufsfreiheit der Beschwerdeführer führt zur Nichtigkeit der wesentlichen (...) angegriffenen Vorschriften.“<sup>253</sup>

Der Blick in diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zeigt zweierlei:

- Jegliche auf eine Schaffung der finanziellen Lebensgrundlage zielende, dauerhafte Handlung im Umgang mit Tieren genießt den Schutz der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG.

---

<sup>253</sup> BVerfGE 119, 59 ff, Orientierungssätze 1 und 2.



- Tierwohlgesichtspunkte stellen keinen gesetzgeberischen Freibrief dar, sondern müssen den Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 GG genügend normativ umgesetzt werden.

Alle Versuche, die Effekte einer Heimtier-Positivliste auf die durch den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG erfassten mannigfaltigen Tätigkeiten kleinzureden, vermögen somit nicht zu überzeugen.

#### **b. Zur berufsregelnden Tendenz**

Da nahezu jede staatliche Handlung in irgendeiner Weise Effekte für irgendwelche Berufe hat, bedarf es nach wohl unbestrittener Auffassung eines Korrektivs, das eine uferlose Anwendung der Berufsfreiheit verhindert.<sup>254</sup> Folgerichtig äußert das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung:

„Art.12 Abs.1 GG gewährleistet die Freiheit der beruflichen Betätigung. Der Schutz dieses Grundrechts ist einerseits umfassend angelegt, wie die ausdrückliche Erwähnung von Berufswahl, Wahl von Ausbildungsstätte und Arbeitsplatz und Berufsausübung zeigt. Andererseits schützt es aber nur vor solchen Beeinträchtigungen, die gerade auf die berufliche Betätigung bezogen sind. Es genügt also nicht, dass eine Rechtsnorm oder ihre Anwendung unter bestimmten Umständen Rückwirkungen auf die Berufstätigkeit entfaltet. Art.12 Abs.1 GG entfaltet seine Schutzwirkung nur gegenüber solchen Normen oder Akten, die sich entweder unmittelbar auf die Berufstätigkeit

---

<sup>254</sup> Siehe nur: Kämmerer, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Auflage 2021, Art. 12 Rn. 89.

beziehen oder die zumindest eine objektiv berufsregelnde Tendenz haben".<sup>255</sup>

Beurteilungsdifferenzen, die sich bei der Analyse der zur berufsregelnden Tendenz vorliegenden Rechtsprechung zeigen<sup>256</sup>, führen ebenso zu Kritik an der Rechtsfigur wie der Umstand, dass der verfassungsrechtliche Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG nicht aufgeweicht werden darf. Denn die „Vielzahl von Zwecken, die sich heute mit einer bestimmten staatlichen Maßnahme verbinden lassen und mit ihr verbunden werden, aber auch die Vielfalt der Gestaltungsmittel der öffentlichen Hand gerade im Bereich der Wirtschaftspolitik verbieten eine Reduzierung der grundrechtlichen Abwehrwirkung auf bestimmte staatliche Eingriffsformen".<sup>257</sup> Doch ohne dass diese eher akademisch anmutenden Diskussionen vorliegend weiter aufgefächert werden müssten, kann gleichwohl die Einschlägigkeit von Art. 12 Abs. 1 GG attestiert werden. Denn zum einen liegt eine berufsregelnde Tendenz vor; zum anderen gelten die in Kauf genommenen schweren Nebenfolgen staatlicher Maßnahme als alternativer Nachweis eines Eingriffs in die Berufsfreiheit.

#### **aa. Zum Vorliegen einer berufsregelnden Tendenz**

Eine berufsregelnde Tendenz liegt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jedenfalls dann vor, wenn eine Norm nach Entstehungsgeschichte und Inhalt

---

<sup>255</sup> BVerfGE 129, 208 (266 f.) mwN. Siehe im Übrigen allgemein: Spranger, Heimtierhaltung und Verfassungsrecht, 2018, S. 57 f.

<sup>256</sup> Kämmerer, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Auflage 2021, Art. 12 Rn. 89 ff.

<sup>257</sup> Manssen, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Auflage 2018, Art. 12 Rn. 75.

schwerpunktmäßig Tätigkeiten betrifft, die typischerweise beruflich ausgeübt werden.<sup>258</sup> Es genügt daher nicht, dass eine Rechtsnorm oder ihre Anwendung nur unter bestimmten Umständen Rückwirkungen auf die Berufstätigkeit entfaltet.<sup>259</sup> Unkritisch, da „berufsneutral“ sind daher etwa an wirtschaftliche Tätigkeiten anknüpfende Pflichtmitgliedschaften, die Generalermächtigungen des allgemeinen Sicherheits- und Ordnungsrechts oder zivilrechtliche Schadensersatzansprüche.<sup>260</sup>

Damit zeigt sich, dass eine Heimtier-Positivliste zwangsläufig mit einer berufsregelnden Tendenz einhergeht. Ob es nun der Handel mit Tieren, der Handel mit Heimtierprodukten, die Durchführung von Handelsveranstaltungen wie z.B. Börsen, die Erbringung von heimtierbezogenen Dienstleistungen oder tierärztliche Untersuchungen an Heimtieren sind: Alle diese Tätigkeiten werden typischerweise, in einigen Fällen sogar zwangsläufig exklusiv<sup>261</sup> beruflich ausgeübt. Die Effekte einer Heimtier-Positivliste würden die Angehörigen dieser Berufe auch exklusiv treffen und wären damit gerade kein verfassungsrechtlich unbeachtlicher Reflex. Derartige Reflexe wären beispielsweise einschlägig, wenn ein Freelancer-Journalist infolge einer gesetzlichen Neuregelung und der hiermit einhergehenden Insolvenz einiger Fachzeitschriften weniger auf Heimtiere bezogene Texte publizieren könnte. Die Unterschiede liegen klar auf

---

<sup>258</sup> BVerfGE 97, 228 (254); zustimmend etwa: Mann/Worthmann: Berufsfreiheit (Art. 12 GG) – Strukturen und Problemkonstellationen, in: JuS 2013, 385 (389).

<sup>259</sup> BVerfGE 106, 275 (299).

<sup>260</sup> Mann/Worthmann: Berufsfreiheit (Art. 12 GG) – Strukturen und Problemkonstellationen, in: JuS 2013, 385 (389) mwN.

<sup>261</sup> Dies gilt etwa mit Blick auf die erforderliche Approbation bei Tierärzten.

der Hand, da sich eine solche Konstellation auf die „Zulieferer“ der betroffenen Berufe bezieht. Hingegen wäre die gesamte „Heimtierbranche“ durch eine Positivliste unmittelbar betroffen.

Nur ergänzend sei erwähnt, dass die Befürworter einer Heimtier-Positivliste in einem Regelungsvorschlag darauf hinweisen, dass ein neu zu fassender § 13 TierSchG auch „Vorgaben für den Nachweis einer gewerblichen Haltung“ enthalten müsste.<sup>262</sup> Ebenso wird frei eingeräumt, dass es bei der Positivliste darum geht, „den gewerblichen Handel mit „Heimtieren“, die zu privaten Zwecken gehalten werden sollen, (zu) beschränken.“<sup>263</sup>

Nicht nur die Vorgaben für gewerbliche Haltungssituationen, sondern die gesamte Positivliste wäre daher sogar als finale Berufsregelung<sup>264</sup> zu qualifizieren. Gleiches gilt etwa für Fachbörsenveranstalter oder auch für private Züchter, die wenigstens einen Teil der von ihnen gezüchteten Tiere veräußern. Wie ausgeführt<sup>265</sup>, schützt Art. 12 Abs. 1 GG auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeiten auch dann, wenn sie eine bloße Nebentätigkeit oder den mit finanziellen Anreizen einhergehenden Teil einer Hobbytätigkeit darstellen. Eine die private Heimtierhaltung erfassende Positivliste würde daher notwendigerweise auch

---

<sup>262</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 34.

<sup>263</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 35.

<sup>264</sup> Kämmerer, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Auflage 2021, Art. 12 Rn. 90.

<sup>265</sup> Siehe soeben unter a.

solche privaten Zuchten erfassen, was eine weitere finale Berufsregelung darstellt.

#### **bb. Zwischenergebnis**

Eine Heimtier-Positivliste würde eine finale Berufsregelung darstellen. In Bezug auf alle mit einer Positivliste einhergehenden Effekte für die verschiedenen Stakeholder der „Heimtierbranche“ wäre ersatzweise eine berufsregelnde Tendenz zu bejahen.

#### **cc. Zur Figur der vorhersehbaren schweren Beeinträchtigungen**

Autonom<sup>266</sup> neben der Rechtsfigur der berufsregelnden Tendenz besteht die Figur der vorhersehbaren schweren Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit betroffener Unternehmen. Das Bundesverwaltungsgericht betont in ständiger Rechtsprechung, dass bei staatlichen Maßnahmen nicht bezweckte, aber letztlich „billigend in Kauf genommene“ schwere Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG darstellen:

„Art. GG Artikel 12 GG Artikel 12 Absatz I GG schützt unter anderem die Erwerbszwecken dienende freie unternehmerische Betätigung. Im Rahmen der bestehenden Wirtschaftsordnung ist das Verhalten des Unternehmers im Wettbewerb Bestandteil dieser unternehmerischen Betätigung (vgl. BVerwGE 87, 37 (39) = NJW 1991, 1766). Ein vergleichender Warentest, wie ihn die Bkl. durchführte, kann die Wettbewerbsposition der davon

---

<sup>266</sup> Mann, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Auflage 2021, Art. 12 Rn. 95.

betroffenen Unternehmer nachhaltig beeinflussen. In seinem Urteil vom 18. 4. 1985 (BVerwGE 71, 182 (194)) zur Veröffentlichung von Arzneimittel-Transparenzlisten hat der Senat amtliche Informationen der hier interessierenden Art als grundrechtsrelevant angesehen, wenn sie eindeutig auf einen auf Seiten der Unternehmer eintretenden nachteiligen Effekt abzielen und diesen Effekt nicht lediglich als Begleiterscheinung mit sich bringen. In der Fortentwicklung dieser Erwägung hat der Senat im Urteil vom 18. 10. 1990 (BVerwGE 87, 37 (43f.) = NJW 1991, 1766) zur Veröffentlichung einer Liste mit Glykol kontaminierter Weine seiner Überzeugung Ausdruck gegeben, dass der Schutzbereich des Art. GG Artikel 12 GG nicht nur dann berührt ist, wenn derartige Veröffentlichungen mit berufsregelnder Tendenz vorgenommen werden, sondern dass sich der Schutz des Art. GG Artikel 12 GG auch erstreckt auf staatliche Verlautbarungen, die als nicht bezweckte aber voraussehbare und in Kauf genommene Nebenfolge eine schwerwiegende Beeinträchtigung der beruflichen Betätigungsfreiheit bewirken. An dieser Rechtsauffassung hält der Senat fest. Dies bedeutet, dass auch ein von der Landwirtschaftskammer durchgeführter und veröffentlichter Warentest an Art. GG Artikel 12 GG zu messen ist. Der negative Ausgang eines solchen Tests hat für das betreffende Produkt eine gravierende rufschädigende Wirkung. Der Vortrag der Kl., die Abwertung ihres Produkts in dem den Rechtsstreit auslösenden Test habe zu erheblichen

Absatzeinbußen geführt, ist unwidersprochen geblieben.“<sup>267</sup>

Nicht anders verhält es sich mit Blick auf die Einführung einer Heimtier-Positivliste. Der einer Positivliste explizit inhärente Verbotscharakter bewirkt im Zusammenwirken mit der Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses hin zur Unzulässigkeit der privaten Heimtierhaltung als Regelfall, dass zwangsläufig – und durch den Gesetzgeber nicht nur billigend in Kauf genommen, sondern letztlich als gleichberechtigtes Ziel verfolgt und damit beabsichtigt – massive Effekte alle Teile der Heimtierbranche erfassen würden.

### **c. Zur „Stufenlehre“ des Bundesverfassungsgerichts**

Seitens der Positivlisten-Befürworter wird, wie dargelegt, vorgebracht, dass der Gesetzgeber den gewerblichen Handel mit „Heimtieren“, die zu privaten Zwecken gehalten werden sollen, beschränken könne. Diese Aussage wurde vorstehend bereits widerlegt bzw. relativiert. Besondere Aufmerksamkeit verdient in diesem Zusammenhang aber auch der Hinweis auf die Grenzen, die sich dem Gesetzgeber insoweit zeigen sollen:

„Er ist dabei (allein) an den Maßstab der Verhältnismäßigkeit der Regelung gebunden.“<sup>268</sup>

---

<sup>267</sup> BVerwG, NJW 1996, 3161.

<sup>268</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 35 f.

Diese Aussage überrascht. Denn die mit dem sogenannten Apotheken-Urteil des Bundesverfassungsgerichts<sup>269</sup> entwickelte sogenannte „Stufenlehre“ und seitdem in ständiger Rechtsprechung fortgeschriebene Erkenntnis, dass Eingriffe in die Berufsfreiheit in verschiedener Weise – nämlich als Berufsausübungsregelungen, als subjektive Zulassungsschranken und als objektive Zulassungsschranken – erfolgen können und je nach Eingriffsstufe gänzlich unterschiedliche Rechtfertigungsanforderungen zu erfüllen sind<sup>270</sup>, wirkt sich auch vorliegend aus. So ist ohne weiteres vorstellbar, dass handelsbezogene Vorschriften im Umfeld einer Positivliste ein (faktisches) Berufsverbot und damit eine objektive Zulassungsschranke begründen würden. Ebenso ist es möglich, dass Sachkundeanforderungen implementiert werden, die zu den „klassischen“ Beispielen subjektiver Zulassungsschranken zählen. In beiden Fällen würde jedoch eine reine Verhältnismäßigkeitsprüfung – soweit ersichtlich: unbestritten – nicht zur Eingriffsrechtfertigung genügen.

Da die Befürworter einer Heimtier-Positivliste die Detailregelungen des betreffenden Ansatzes gerne auf die Verordnungsebene delegieren möchten<sup>271</sup>, lässt sich die denkbare Vielfalt entsprechender Restriktionen derzeit nicht einmal erahnen. Angesichts der grundsätzlichen Bandbreite staatlicher Instrumentarien kann es aber als ausgeschlossen gelten, dass sich eine entsprechende Rechtsverordnung mit „bloßen“ Berufsausübungsregelungen

---

<sup>269</sup> BVerfGE 7, 377 ff.

<sup>270</sup> Vgl. im Einzelnen: Spranger, Heimtierhaltung und Verfassungsrecht, 2018, S. 52 ff.

<sup>271</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 32 ff.



begnügen würde. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip wäre also - unabhängig von der Frage nach seiner etwaigen Verletzung<sup>272</sup> - definitiv kein allgemein tauglicher, abschließender Prüfungsmaßstab.

#### **d. Zwischenergebnis**

Die Einführung einer Heimtier-Positivliste würde angesichts der Vielzahl beruflicher Tätigkeiten im Umfeld der Heimtierhaltung zu multiplen Verletzungen der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit führen

### **3. Allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG**

Im aktuellen Diskurs um eine Heimtier-Positivliste spielt auch die sogenannte Allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG eine gewisse Rolle.<sup>273</sup> Das überrascht zumindest auf den ersten Blick, da es sich bei dieser Berechtigung um ein sogenanntes Auffanggrundrecht handelt. Genau diese dem Art. 2 Abs. 1 GG in ständiger Rechtsprechung zugewiesene - nachrangige - Rolle erklärt jedoch die Betonung des Art. 2 Abs. 1 GG im vorliegenden Kontext, da mit der Weite des Schutzbereiches eine schier unbegrenzte Bandbreite an Rechtfertigungsmöglichkeiten einhergeht.<sup>274</sup>

Das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG ist also für die verfassungsrechtliche Analyse der Positivlistenthematik von absolut nachrangiger Bedeutung; die gravierenden

---

<sup>272</sup> Hierzu im Folgenden unter d.

<sup>273</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 36 f.

<sup>274</sup> Spranger, Heimtierhaltung und Verfassungsrecht, 2018, S. 29.

Grundrechtsverletzungen speisen sich vielmehr aus gänzlich anderen, ungleich relevanteren Quellen, die vor- und nachstehend im Detail behandelt werden. Gleichwohl bedarf es in der gebotenen Kürze einer Befassung mit den Ausführungen, die seitens der Positivlisten-Befürworter in Bezug auf die Allgemeine Handlungsfreiheit gemacht werden, weil die Analyse dieser Bewertungen Rückschlüsse auf gewisse verfassungsrechtliche Defizite sogar bei ganz Grundsätzlichem zulässt. Wörtlich heißt es dort:

„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 (...).“<sup>275</sup>

Hierzu nur Folgendes:

- Die Allgemeine Handlungsfreiheit schützt - nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wohlgemerkt - „jede Form menschlichen Handelns ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht der Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt“.<sup>276</sup> Es spielt daher keinerlei Rolle, ob ein staatliches Verbot einen kompletten Lebensbereich erfasst oder aber den Grundrechtsberechtigten einen Torso erlaubter Restbetätigung belässt. Mit anderen Worten: Jedes staatliche Verbot ist per definitionem ein Grundrechtseingriff. Ausschließlich kosmetisch wirkende Begrifflichkeiten wie die „beschränkte Zulassung“ vermögen daran nichts zu ändern.
- Ungeachtet der - wie erwähnt: allgemein akzeptierten - Weite der Rechtfertigungsmöglichkeiten genügt es für den Nachweis einer Rechtfertigung nicht, wenn eine andere Verfassungsnorm ein Rechtsgut lediglich anerkennt. Es muss vielmehr nachgewiesen werden, dass der Schutz dieses kollidierenden Rechtsgutes tatsächlich erfolgt und zudem höherrangig ist. Die Behauptung, dass

---

<sup>275</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 36 f.

<sup>276</sup> Seit BVerfGE 80, 137 ff., Rn. 62 bei Juris.

„Tierarten als „Heimtiere“ gehalten werden, die dazu nicht geeignet sind“ ist in dieser Allgemeinheit zunächst einmal nicht mehr als eine unbewiesene Annahme und müsste für jede betroffene Tierart anhand empirischer Daten belegt werden, die zumindest basalen Grundanforderungen guter wissenschaftlicher Praxis genügen. In der vorliegenden Form besagt die genannte Aussage letztlich nichts anderes, als dass „Heimtiere nicht gehalten werden dürfen, weil sie nicht gehalten werden dürfen“, was als Tautologie keine tragfähige Begründung darstellt.

- Die Aussage, dass „die allgemeine Handlungsfreiheit (...) unter anderem nur dann gewährt (wird), wenn es dadurch nicht zu Verstößen gegen die verfassungsmäßige Ordnung kommt“ verwechselt offensichtlich die Ebenen der Schutzbereichseröffnung einerseits und der Eingriffsrechtfertigung andererseits. Jedes Freiheitsrecht wird üblicherweise in drei Schritten geprüft: Schutzbereichseröffnung, Eingriff, Eingriffsrechtfertigung.<sup>277</sup> Die Frage der Schutzbereichseröffnung widmet sich der Prüfung, ob die betreffende Handlung durch den Anwendungsbereich eines speziellen Freiheitsrechts erfasst wird und ob sich die betreffende Person auf dieses Recht berufen kann; bei der Prüfung des Eingriffs geht es darum, ob die grundrechtlich geschützte Handlung unmöglich oder zum Anknüpfungspunkt einer staatlichen Sanktion gemacht wird; die Eingriffsrechtfertigung ist sodann der Frage

---

<sup>277</sup> Statt vieler: Graf Kielmansegg, Die Grundrechtsprüfung, in: JuS 2008, 23 ff.; Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Auflage 2013, Vorbemerkungen vor Artikel 1 GG, Rn. 119 ff.

gewidmet, ob der attestierte Eingriff anhand der geschriebenen und ungeschriebenen Grundrechtsschranken gerechtfertigt werden kann. Das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG wird also nicht „gewährt“, wenn es „dadurch nicht zu Verstößen kommt“. Vielmehr gewährt bereits das Grundgesetz dieses Grundrecht – und der Staat ist darlegungspflichtig dafür, dass er ausnahmsweise die Grundrechtsgeltung einschränken darf.

Die Darlegungen der Positivlisten-Befürworter zu Art. 2 Abs. 1 GG sind also insgesamt nicht dazu angetan, Überzeugungskraft zu entwickeln. Dass es jenseits der vorstehend erörterten Punkte gewichtigere Verfassungsrechtsgüter gibt, deren Verletzung erfolgen würde, ist vor-<sup>278</sup>wie nachstehend<sup>279</sup> Gegenstand der Ausführungen.

#### **4. Verhältnismäßigkeitsprinzip**

Das aus verschiedenen Verfassungsrechtsgütern ableitbare<sup>280</sup>, als grundrechtsgleiches Recht im Ergebnis unumstrittene Verhältnismäßigkeitsprinzip ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>281</sup> in vier Schritten zu prüfen: Legitimer Zweck, Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit (auch als „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn“ bezeichnet). Die folgenden Ausführungen bilden diese Prüfungsfolge ab.

---

<sup>278</sup> Hierzu soeben unter 2.f.

<sup>279</sup> Hierzu sogleich unter 4.

<sup>280</sup> Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 99. EL September 2022, Art. 20 Rn. 110 mwN.

<sup>281</sup> Siehe aus jüngerer Zeit nur BVerfGE 124, 300 (331).

### a. Legitimer Zweck

Die Frage eines legitimen Zwecks wird von den Befürwortern einer Heimtier-Positivliste zwar in unterschiedlichsten Kontexten adressiert, im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips aber eher stiefmütterlich behandelt.<sup>282</sup> Diese Zurückhaltung ist aber (ausnahmsweise) unschädlich, weil Rechtsprechung und Praxis tatsächlich zu einem weiten Verständnis legitimer Zwecke neigen: Der verfolgte Zweck kann nur bedeutsam werden, wenn er (verfassungsrechtlich) legitim ist.<sup>283</sup> Legitim ist ein öffentliches Interesse, das verfassungsrechtlich nicht ausgeschlossen ist, was auch von dem jeweiligen Grundrecht abhängt.<sup>284</sup> Mit Blick auf die legitimerweise zu verfolgenden Zielsetzungen lässt sich also sagen, dass dem Staat hier extreme Spielräume zur Verfügung stehen und nur gänzlich ungeeignete bzw. unsachliche Zwecke als untaugliche Anknüpfungspunkte erachtet werden. An einem legitimen Zweck fehlt es also nicht, werden doch – zumindest vordergründig – Aspekte des Biodiversitätsschutzes ebenso bemüht wie Tierwohlgedanken im Sinne des Art. 20a GG. Ob diese Rechte bzw. Positionen insoweit korrekt abgebildet bzw. verstanden werden, spielt auf der Ebene des legitimen Zwecks zunächst keine Rolle.

---

<sup>282</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 18 ff.

<sup>283</sup> Vgl. nur Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Auflage 2022, Art. 20 Rn. 117 mwN.

<sup>284</sup> Vgl. nur Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Auflage 2022, Art. 20 Rn. 117 mwN.

## b. Geeignetheit

Ebenso erweist sich die Anforderung der Geeignetheit tendenziell als unterkomplex. Ein Mittel ist bereits dann im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann, wobei die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt.<sup>285</sup> An der Eignung fehlt es (nur dann), wenn die Zweckerreichung überhaupt nicht gefördert oder gar behindert wird, die Eignung wegfällt, oder der Adressat zu der Maßnahme nicht in der Lage ist.<sup>286</sup> Dieses – wie angesprochen – üblicherweise zu bejahende Kriterium der Verhältnismäßigkeitsprüfung erlangt vorliegend aber durchaus eine gewisse Bedeutung. Denn die Befürworter einer Heimtier-Positivliste stellen, wie bereits ausgeführt<sup>287</sup>, zur Begründung der vermeintlichen Notwendigkeit eines solchen Instruments auf ein beachtliches Motiv- bzw. Begründungsbündel ab. Bemüht werden – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – insbesondere

- Leiden vieler Heimtiere<sup>288</sup>,
- der Schutz der Biodiversität<sup>289</sup>,

---

<sup>285</sup> Ständige Rechtsprechung; siehe nur: BVerfGE 134, 204 ff., Rn. 79.

<sup>286</sup> Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Auflage 2022, Art. 20 Rn. 118.

<sup>287</sup> III.1.a.bb.aaa.

<sup>288</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 4.

<sup>289</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 5 f.

- der Ökosystemschutz<sup>290</sup>,
- der Klimawandel<sup>291</sup>,
- der Kampf gegen den Tierschmuggel<sup>292</sup>,
- Gefahrenabwehr mit Blick auf Zoonosen<sup>293</sup>,
- Gefahrenabwehr mit Blick auf Gefahr- oder Gifttiere.<sup>294</sup>

All diese eher schrotflintenartig genannten Ziele stellen, wie soeben dargestellt, für sich betrachtet gewiss legitime Zwecke staatlichen Handelns dar. Im Rahmen der Geeignetheitsprüfung muss indes nachgewiesen sein, dass diese zwar „hochwertigen“, in Bezug auf normative Verankerung und Wirkrichtung aber denkbar unterschiedlichen Zwecke auch tatsächlich gefördert werden können.

Mit anderen Worten: Der mit einer staatlichen Maßnahme angestrebte Erfolg muss weder vollständig, insbesondere nicht in jedem Einzelfall, noch mit höchster Wahrscheinlichkeit eintreten. Auch besteht kein

---

<sup>290</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 5 f.

<sup>291</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 5 f.

<sup>292</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 6 f.

<sup>293</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 8.

<sup>294</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 8.



Optimierungsgebot dergestalt, dass das wirkungsstärkste Mittel eingesetzt werden müsste. Von einer Geeignetheit ist indes trotzdem nur dann auszugehen, wenn die Wahrscheinlichkeit erhöht wird, dass der angestrebte Erfolg eintritt, wenn der Erfolg also gefördert werden kann.<sup>295</sup>

Wie ein flächendeckendes de facto-Verbot der privaten Heimtierhaltung in Deutschland zur Bekämpfung des Klimawandels beitragen, angesichts des bereits bestehenden CITES-Rechtsrahmens tierschmuggelreduzierende Kraft entfalten, oder den – wie auch immer zu konkretisierenden – Ökosystemschutz optimieren kann, erschließt sich nicht. Auch in Bezug auf die anderen, gegebenenfalls etwas näherliegenden Ziele ist unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zu fordern, dass neben der willkürlich anmutenden Behauptung verschiedener Vorteile eine Kausalitätsbegründung erfolgt. Anderenfalls fehlt es sogar schon an der Geeignetheit einer Positivlistenregelung zur Zielerreichung mit der Folge, dass das Instrument schon insoweit verfassungswidrig ist.

### **c. Erforderlichkeit**

Vergleichsweise viel Aufwand wird bei der Verteidigung des Positivlistenansatzes mit Blick auf die Erforderlichkeit der Maßnahme getrieben. Erforderlichkeit bedeutet nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass zur Erreichung des Erfolgs das mildeste Mittel gleicher Wirksamkeit eingesetzt werden muss.<sup>296</sup> Insoweit zeigt sich, dass Negativlisten nach allgemeiner

---

<sup>295</sup> Siehe zu all dem nur: Sachs, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Auflage 2021, Art. 20 Rn. 150, jeweils mwN.

<sup>296</sup> Siehe jüngst nur BVerfGE 142, 268 ff., Rn. 71 ff.

Einschätzung im Vergleich zu Positivlisten zu deutlich größeren Grundrechtseingriffen führen.<sup>297</sup> Damit steht jedoch in Gestalt von Negativlisten ganz grundsätzlich ein Regelungsinstrument zur Verfügung, das verfassungsrechtlich betrachtet milder wirkt. Vor diesem Hintergrund erklären sich die im Folgenden wörtlich wiedergegebenen Versuche, die geringere Tauglichkeit des Negativlistenansatzes nachzuweisen, um so zu rechtfertigen, warum mit einer Positivliste nicht das mildest mögliche Mittel<sup>298</sup> zum Einsatz kommen soll:

„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 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,

---

<sup>297</sup> So sogar Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 12.

<sup>298</sup> Dass auch ein horizontal wirkender Negativlistenansatz für Heimtiere problematisch wäre, muss im vorliegenden Kontext nicht weiter vertieft werden.

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.“<sup>299</sup>

Hierzu im Einzelnen:

#### **aa. Zum „reaktiven Charakter“ von Negativlisten**

Der Hinweis darauf, dass Negativlisten zwangsläufig stets reaktiv seien und der Handel und die Haltung von Tierarten, die nicht auf der Negativliste aufgeführt sind, überhaupt nicht adressiert würden, ist aus mehreren Gründen fehlerhaft bzw. nicht hinreichend tragfähig, um als Stütze der behaupteten Erforderlichkeit zu dienen. Dies gilt zum einen mit Blick auf die Reaktivitätsproblematik, zum anderen hinsichtlich der aus einer Nicht-Adressierung resultierenden Folgen.

---

<sup>299</sup> Ziehm, Rechtliche Zulässigkeit und Gebotenheit einer nationalen Positivliste für die legale Haltung von „Heimtieren“, 1. August 2022, S. 18 f.

Recht ist - soweit ersichtlich: unbestritten - ausnahmslos reaktiv.<sup>300</sup> Zwischen bestimmten gesellschaftlichen, politischen, technologischen, oder sonstigen praktischen Entwicklungen auf der einen und der Reaktion des Rechts auf der anderen Seite besteht also immer eine zeitliche Lücke. Zur Minimierung rechtsfreier Räume werden in diesen Situationen mitunter bereits bestehende Normen analog angewandt; in keinem Fall ist es aber möglich, ad hoc neues und entsprechend angepasstes Recht zu kreieren. Ein anschauliches Beispiel geben insoweit die gesetzgeberischen Maßnahmen infolge der Corona-Pandemie ab: Der Bundes- und die Landesgesetzgeber haben hier über zwei Jahre hinweg immer wieder kaskadenartig ganze Normenkomplexe verabschiedet, die von einer unüberschaubaren Vielfalt materiellrechtlicher Normen (etwa in Gestalt kommunaler Satzungen) ergänzt wurden.

Gleiches gilt für jeden Rechtsbereich: Das Erbrecht reagiert auf die über Jahrzehnte praktizierte Schlechterstellung außerehelicher Kinder, das Beamtenversorgungsrecht reagiert auf die Existenz eingetragener Lebenspartnerschaften, das Agrarrecht reagiert auf das Insektensterben, das Naturschutzrecht reagiert auf invasive Arten, das Immissionsschutzrecht auf die Gasmangellage etc.. Auch wenn und soweit Recht auf den ersten Blick „Anreize“ setzt für ein bestimmtes Tun oder

---

<sup>300</sup> Siehe nur: Spranger, *Recht und Bioethik*, 2010, S. 63; Generalanwalt beim EuGH, Rs. C-526/19, Schlussanträge vom 9. 7. 2020, Rn. 69 ff.; Krebs, in: Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), *BGB Schuldrecht*, 4. Auflage 2021, § 242 BGB Rn. 8; Feneberg/Pettersson, *Schutz vor extremer Armut - Asylrechtsfortbildung durch Verwaltungsgerichte*, in: *NVwZ* 2022, 1519 ff.; Kuntz, *Künstliche Intelligenz, Wissenszurechnung und Wissensverantwortung*, in: *ZfPW* 2022, 177 ff.

Unterlassen der Bürger, stellen diese Anreizsetzungen ausnahmslos Reaktionen auf bestimmte andere Entwicklungen dar. Die Förderung des Einbaus von Wärmepumpen ist daher nur eine Reaktion auf den Klimawandel und vor allem auf die entsprechenden Forderungen des Bundesverfassungsgerichts an die Politik.<sup>301</sup>

Der behauptete reaktive Charakter von Negativlisten existiert folglich so nicht. Vielmehr ist der reaktive Charakter jedem Rechtsakt und jedem rechtlichen Regulierungsansatz inhärent. Bei genauer Betrachtung wäre sogar eine Heimtier-Positivliste reaktiver Natur, da diese nicht „zementiert“ werden dürfte, sondern ihrerseits - reaktiv - steter Anpassung bedürfen würde. Der Europäische Gerichtshof hat dies - interessanterweise in der von den Befürwortern einer Heimtier-Positivliste zwar inhaltlich falsch<sup>302</sup>, jedoch sehr prominent behandelten - Entscheidung zur artenschutzrechtlichen Positivliste in Belgien unmissverständlich betont:

„Sodann muss eine solche Regelung ein Verfahren vorsehen, das es den Betroffenen ermöglicht, die Aufnahme neuer Säugetierarten in die nationale Liste der zugelassenen Arten zu erreichen. Dieses Verfahren muss leicht zugänglich sein, d. h., 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 (vgl. entsprechend u. a.

---

<sup>301</sup> BVerfGE 157, 30 ff.

<sup>302</sup> Siehe unter III.1.a.bb.bbb.(3)(b).

Urteile Kommission/Frankreich vom 16. Juli 1992, Randnr. 9, und vom 5. Februar 2004, Randnrn. 26 und 37).“<sup>303</sup>

Die Annahme, dass Positivlisten im Vergleich zu Negativlisten aufgrund einer selektiv reaktiven Natur der letztgenannten weniger wirksam wären, ist daher verfehlt und kann somit nicht zur Begründung der Erforderlichkeit herangezogen werden.

#### **bb. Zum Fehlen wissenschaftlicher Daten**

Gleichermaßen untauglich ist der Hinweis, dass der Mangel an wissenschaftlichen Kenntnissen über die Biologie von Tierarten einer Aufnahme in eine Negativliste entgegenstehen würde. Denn das Rechtssystem wenigstens westlicher Staaten und auch der EU basiert auf dem Wissenschaftsprinzip: Staatliche Ge- oder Verbote sind wissenschaftlich zu untermauern. Gerade für den Bereich der Umweltpolitik ist dies sogar primärrechtlich festgeschrieben. Art. 191 Abs. 3 1. Spiegelstrich AEUV lautet wie folgt:

„Bei der Erarbeitung ihrer Umweltpolitik berücksichtigt die Union die verfügbaren wissenschaftlichen und technischen Daten“.

Ein Mangel an wissenschaftlichen Daten spricht daher weder für die eine oder andere Regelungsweise, sondern macht – jenseits des an anderer Stelle behandelten und hier nicht

---

<sup>303</sup> EuGH, Rs. C-219/07, Urt. v. 19.06.2008, Rn. 35.

einschlägigen Vorsorgeprinzips<sup>304</sup> - staatliche Restriktionen zunächst einmal unzulässig.

Nur der Vollständigkeit halber sei auch in diesem Zusammenhang nochmals auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes zur belgischen Artenschutz-Liste erinnert. Das Gericht betont denkbar eindeutig, dass ohne wissenschaftliche Daten (Ent-) Listungen auch im Positivlistenbereich nicht möglich sind:

„Jedenfalls kann ein Antrag auf Aufnahme einer Art in die Liste der Arten von Säugetieren, die gehalten werden dürfen, von den zuständigen Behörden nur auf der Grundlage einer eingehenden Bewertung des mit der Haltung von Exemplaren der fraglichen Art für die Wahrung der oben in den Randnrn. 27 bis 29 genannten Belange und Erfordernisse verbundenen Risikos abgelehnt werden, die anhand der zuverlässigsten verfügbaren wissenschaftlichen Daten und der neuesten Ergebnisse der internationalen Forschung getroffen wird (vgl. entsprechend u. a. Urteil Alliance for Natural Health u. a., Randnr. 73).“<sup>305</sup>

Der behauptete Mangel an wissenschaftlichen Daten steht damit nicht nur einer Aufnahme in eine Negativliste, sondern ebenso einer Aufnahme in eine Positivliste und letztlich jeder Form staatlicher Restriktion entgegen. Damit stellt eine Positivliste auch unter diesem Gesichtspunkt nicht „das mildeste Mittel gleicher Wirksamkeit“ dar.

---

<sup>304</sup> Siehe unter III.1.a.bb.bbb.(3)(b).

<sup>305</sup> EuGH, Rs. C-219/07, Urt. v. 19.06.2008, Rn. 37.

### cc. Zur Länge / Vollzugstauglichkeit einer Negativliste

Eher irritierend mutet sodann der Hinweis auf die zu erwartende „extreme Länge“ einer Negativliste und die damit einhergehende mangelnde Vollzugstauglichkeit an.

Zum einen ist insoweit darauf hinzuweisen, dass es sich bei dem beklagten Vollzugsdefizit nicht um ein Alleinstellungsmerkmal sogenannter Negativlisten, sondern um ein Charakteristikum des gesamten europäischen und nationalen Umweltrechts handelt. Tatsächlich ist sogar der Begriff des Vollzugsdefizits umweltrechtlichen Ursprungs<sup>306</sup> Folgerichtig wurde das „dunkle Kapitel des Vollzugs“ europäischen Umweltrechts einmal als die „Schattenseite der Bilanz zur Verwirklichung des Binnenmarktes“ bezeichnet.<sup>307</sup> Dabei stellt die Überkomplexität der zu vollziehenden Normen bei genauer Betrachtung das geringste Problem dar: Die Bandbreite des Vollzugsdefizits reicht von der verspäteten oder unterlassenen Umsetzung von EU-Richtlinien über deren unvollständige oder unrichtige Umsetzung bis hin zu einer unrichtigen Anwendungspraxis.<sup>308</sup>

Die Ursachen für dieses Phänomen sind vielgestaltig. Genannt werden „die wirtschaftlichen Prioritäten in den für den Vollzug verantwortlichen mitgliedstaatlichen

---

<sup>306</sup> Hansmann/Röckinghausen, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Werkstand: 96. EL September 2021, § 52 BImSchG Rn. 1 f.

<sup>307</sup> Pernice, Gestaltung und Vollzug des Umweltrechts im europäischen Binnenmarkt - Europäische Impulse und Zwänge für das deutsche Umweltrecht, in: NVwZ 1990, 414 (423); Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 192 AEUV, Rn. 38.

<sup>308</sup> Kahl, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 192 AEUV, Rn. 68 ff.; Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 192 AEUV, Rn. 38.



Verwaltungen, die begrenzten personellen und finanziellen Ressourcen der Umweltverwaltungen in den Mitgliedstaaten, der oftmals erhebliche finanzielle Aufwand, der infolge des Vollzugs des EU-Umweltrechts entsteht, die mangelnde Transparenz der Regelsetzung und des Umsetzungsverfahrens, sowie die Tatsache, dass Umweltrecht nicht auf die spezifischen (und damit in der Regel subjektivierten) Interessen einer Personengruppe und ihrer Organisationen abzielt, sondern auf das - allenfalls von vergleichsweise schwach organisierten Umweltverbänden repräsentierte - Allgemeininteresse, das im pluralistischen Wettstreit der Verbände schnell ins Hintertreffen gerät".<sup>309</sup> Soweit ersichtlich, ist beispielsweise auch das umstrittene „Gefahrtierrecht“ durch hohen politischen Druck gekennzeichnet, dem sodann jedoch eine allenfalls punktuelle behördliche Nachschau folgt. Die mangelnde Vollzugstauglichkeit haftet somit jedem umweltrechtlichen Instrumentarium und damit auch einer Positivliste an.

Zum anderen vermag der Rückschluss von der Länge einer Negativliste auf die Vollzugstauglichkeit nicht zu überzeugen. Bekanntlich verfügt nicht nur das Unionsrecht über zahllose hochkomplexe und überaus umfassende Regelungen, denen gleichwohl nicht ernsthaft die Vollzugstauglichkeit abgesprochen wird. Zu nennen ist hier pars pro toto die sogenannte REACH-VO<sup>310</sup>, die das

---

<sup>309</sup> Krämer, in: Lübke-Wolff (Hrsg.), Der Vollzug des europäischen Umweltrechts, 1996, S. 7 (28 ff.); Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, Art. 192 AEUV, Rn. 41; vgl. dazu auch Mentzini, Die Durchführbarkeit des europäischen Umweltrechts, 2000, S. 193 ff.; Albin, Die Vollzugskontrolle des europäischen Umweltrechts, 1999, S. 321 ff.

<sup>310</sup> Verordnung (EG) Nr. 1907/2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe

Chemikalienrecht der Union prägt und deren Ursprungsfassung mit 851 Textseiten nicht eben schlank ausfällt. Ganz unabhängig davon ist aber umgekehrt die Kürze einer Norm leider kein Beleg für deren Vollzugstauglichkeit.

Auch insoweit zeigt sich also, dass von einer „Unterkomplexität“ einer Positivliste nicht die Rede sein kann. Ein Beleg für das Vorliegen der Erforderlichkeit dieses Regulierungsansatzes fehlt somit auch unter diesem Gesichtspunkt.

#### **dd. Zum Aktualisierungsbedarf von Negativlisten**

Auch der letzte für die Erforderlichkeit eines Positivlisten-Ansatzes vorgebrachte Gesichtspunkt läuft bei näherer Betrachtung ins Leere. Wenn insoweit behauptet wird, dass bei einer Negativliste – im Gegensatz zu einer Positivliste – kontinuierliche Aktualisierungen erforderlich wären, „weil das im Handel befindliche Artenspektrum ständig variiert, die Taxonomie immer wieder aktualisiert wird und neu beschriebene Arten zu berücksichtigen wären“, so handelt es sich hierbei eben nicht um eine ausschließlich bei Negativlisten auftretende Erscheinung. Wie soeben hinreichend ausgeführt<sup>311</sup>, wären auch bei einer Positivliste die entsprechenden Aktualisierungen erforderlich.

---

(REACH), zur Schaffung einer Europäischen Chemikalienagentur, zur Änderung der Richtlinie 1999/45/EG und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 793/93 des Rates, der Verordnung (EG) Nr. 1488/94 der Kommission, der Richtlinie 76/769/EWG des Rates sowie der Richtlinien 91/155/EWG, 93/67/EWG, 93/105/EG und 2000/21/EG der Kommission, ABl. Nr. L 396 vom 30.12.2006, S. 1 ff.

<sup>311</sup> Siehe insbesondere unter aaa. und bbb.

**ee. Zwischenergebnis**

Als Zwischenergebnis lässt sich somit festhalten, dass keinerlei Anhaltspunkt dafür erkennbar sind, dass eine Heimtier-Positivliste im verfassungsrechtlichen Sinne erforderlich wäre. Denn mit dem Regelungsinstrument der Negativliste stände ein - im Übrigen im Umweltvölkerrecht bereits etabliertes - Mittel zur Verfügung, das nicht nur weniger belastend für die betroffenen Grundrechtsträger, sondern zudem mindestens ebenso tauglich wäre wie eine Positivliste.

Zur Vermeidung von Missverständnissen muss insoweit aber auf Folgendes hingewiesen werden: Mit den vorstehenden Ausführungen ist nicht gesagt, dass eine allgemeine Heimtier-Negativliste ihrerseits verfassungsgemäß und insbesondere verhältnismäßig wäre. Vielmehr wurde lediglich nachgewiesen, dass mit dem Negativlisten-Ansatz ein im Vergleich zur Positivliste ebenso taugliches, aber weniger einschneidendes Instrument zur Verfügung stehen würde. Ob sich daneben weitere Regelungsmöglichkeiten denken und finden ließen, die ihrerseits milder wären als eine Negativliste, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens und bleibt daher ausgeblendet.

#### **d. Angemessenheit**

Die auch als „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne“ bezeichnete Angemessenheit stellt eine Zweck-Mittel-Relation dar: die eingesetzten Mittel dürfen nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht außer Verhältnis zum angestrebten Zweck stehen.<sup>312</sup> Erforderlich ist damit im Ergebnis eine Gesamtabwägung, bei der kollidierenden Gütern von Verfassungsrang eine besondere Bedeutung zukommt.<sup>313</sup>

Die vorstehenden Ausführungen sollten hinreichend deutlich gemacht haben, dass jede Regulierung der Heimtierhaltung eine breite Vielzahl verschiedener Grundrechte betrifft: Neben dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht bzw. der Allgemeinen Handlungsfreiheit der Halter sind hier vor allem die Berufsfreiheit der verschiedenen Akteure im Umfeld der Heimtierhaltung, aber auch das Diskriminierungsverbot sowie das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu nennen. Zusätzlich liegen Verletzungen völkerrechtlicher Standards, aber auch der Grundfreiheiten und der EU-Grundrechte vor. Diese qualitativ hochrangigen Rechtsgüter betreffen sodann Millionen von Haltern und Zehntausende von Betrieben, Dienstleistern und Mitarbeitern, sodass der qualitative Gesichtspunkt durch eine enorme quantitative Dimension ergänzt wird.

Jede Beschränkung dieser Rechte müsste auf den substantiierten bzw. substantiierbaren Schutz höherrangiger

---

<sup>312</sup> Siehe nur BVerfGE 80, 103 ff., Rn. 15 bei Juris.

<sup>313</sup> Sachs, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 154 ff. mwN.

Güter gestützt werden. Die seitens der Positivlisten-Befürworter dargebrachte dünne Melange verschiedenster zusammenhangloser Interessen und Güter genügt diesen Anforderungen nicht. Dies gilt insbesondere angesichts des Umstandes, dass eine wissenschaftlichen Ansprüchen genügende Untermauerung auch nur eines einzigen „Rechtfertigungsansatzes“ bislang unterlieben ist und auch perspektivisch nicht geleistet werden wird, weil er mangels sachlicher Gründe nicht geleistet werden kann. Gilt dieser Einwand letztlich in Bezug auf jede denkbare horizontale Regelung der Heimtierhaltung, so ist eine das Regel-Ausnahme-Verhältnis der zulässigen Heimtierhaltung in ihr Gegenteil verkehrende Positivliste in besonderem Maße dazu angetan, geschützte Rechtspositionen in ihrem Kerngehalt zu verletzen.

Die Einführung einer Heimtier-Positivliste wäre folglich auch unangemessen im verfassungsrechtlichen Sinne und daher auch aus diesem Grunde unverhältnismäßig und somit verfassungswidrig.

##### **5. Im Diskurs ausgeblendete weitere Verfassungsrechtsgüter**

Die vorstehenden Ausführungen dürften bereits hinreichend deutlich gemacht haben, dass die seitens der Positivlisten-Befürworter vorgebrachten rechtlichen Argumente hochselektiv sind. Diese allenfalls schlaglichtartige Beleuchtung der sich stellenden rechtlichen Herausforderungen setzt sich auch mit Blick auf das Verfassungsrecht fort, da zahlreiche Verfassungsrechtsgüter, deren Relevanz in der laufenden Debatte kaum verkannt werden kann, gänzlich unerwähnt bleiben. Die folgenden Ausführungen bemühen sich daher um

eine entsprechende, wenigstens kursorische Lückenschließung.

#### **a. Eigentumsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 GG**

Die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG zählt nach wohl unbestrittener Auffassung zu den gewichtigsten Freiheitsrechten des Grundgesetzes. Da die Grundlegungen des Art. 14 Abs. 1 GG ebenso wie die „klassischen“ Abgrenzungsfragen mit Blick auf die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG sowie die bestehenden Rechtfertigungsmöglichkeiten an anderer Stelle bereits hinreichend aufgefächert worden sind<sup>314</sup>, kann zur Vermeidung von Wiederholungen auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden.

Klar dürfte sein, dass ein horizontal wirkendes faktisches Heimtierhaltungsverbot keineswegs nur künftige Erwerbchancen verschiedener wirtschaftlicher Akteure schmälern, sondern darüber hinaus zu einem massiven Abschmelzen bereits vorhandener Betriebe und Geschäftsfelder führen würde. Betroffen wäre also nicht „nur“ der Art. 12 Abs. 1 GG zuzuordnende Erwerb, sondern vor allem auch das bereits „Erworbene“ und somit die Kardinalnorm des Art. 14 Abs. 1 GG. Ein Teil dieser Eingriffe würde wohl anhand der Figur des „eingerrichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs“ zu prüfen sein. Doch auch jenseits dessen wären vielfältigste Auswirkungen auf eigentumsrechtlich geschützte Positionen wahrscheinlich, die in Ermangelung einer konkreten gesetzgeberischen Maßnahme vorliegend nicht spezifisch geprüft werden können.

---

<sup>314</sup> Siehe unter IV.2. und IV.5.a.

Die in anderen Bereichen der tierspezifischen Gesetzgebung gesammelten Erfahrungen lassen jedoch die Annahme zu, dass weit jenseits der „bloßen“ Inhalts- und Schrankenbestimmung enteignende bzw. enteignungsgleiche Eingriffe drohen, die nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen.

**b. Allgemeines Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG  
iVm Art. 1 Abs. 1 GG**

Die Bedeutung der Heimtierhaltung für Individuum und Gesellschaft kann kaum überschätzt werden. Die vielgestaltigen und facettenreichen psychologischen Effekte der Mensch-Tier-Interaktion, die wissenschaftlich gut untersucht sind<sup>315</sup>, seien hier nur beispielhaft genannt. Zutreffend und konsequent ist es daher, dass Erwägungsgrund 3 der Präambel zum Heimtier-Übereinkommen des Europarates die „Bedeutung der Heimtiere wegen ihres Beitrags zur Lebensqualität und ihres daraus folgenden Wertes für die Gesellschaft“ ausdrücklich anerkennt.

Dass es diese zentrale Bedeutung der Heimtierhaltung für die Persönlichkeitsentfaltung zugleich rechtfertigt, die Halterrechte nicht „nur“ im Lichte der Allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG zu sehen, sondern darüber hinaus anhand des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG zu bemessen, wurde an anderer Stelle bereits umfassend dargelegt<sup>316</sup> und muss vorliegend somit nicht wiederholt werden. Von Relevanz für

---

<sup>315</sup> Siehe jüngst nur: Amiot/Gagné/Bastian, Pet ownership and psychological well-being during the COVID-19 pandemic, in: Scientific Reports 2022, doi: <https://doi.org/10.1038/s41598-022-10019-z>.

<sup>316</sup> Spranger, Heimtierhaltung und Verfassungsrecht, 2018, S. 26 ff.

die konkret interessierende Diskussion ist jedoch der Umstand, dass diese nicht zu vernachlässigende Bedeutung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts seitens der Positivlisten-Befürworter mit keinem Wort erwähnt wird.

### **c. Willkürverbot nach Art. 3 Abs. 1 GG**

Die mit dem Positivlisten-Ansatz einhergehende Verkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses, das zugunsten der Heimtierhaltung gilt, führt zu besonders strengen Anforderungen an die Erstellung der entsprechenden Liste. Welche Heimtiere dem grundsätzlichen Haltungsverbot unterfallen und welche Tiere ausnahmsweise gehalten werden dürften, wäre also nicht dem Zufall zu überlassen. Angesichts des Umstandes, dass ein Haltungsverbot die denkbar strengste Form staatlicher Reglementierung darstellt, müssten alle Differenzierungskriterien einer strengen Willkürprüfung standhalten. Dies hat der Europäische Gerichtshof anlässlich seiner Entscheidung zur belgischen Artenschutz-Positivliste ausdrücklich festgestellt:

„Zunächst müssen die Kriterien für die Aufstellung einer solchen Liste und ihre Änderung objektiv und nicht diskriminierend sein (vgl. in diesem Sinne u. a. Urteil vom 23. September 2003, Kommission/Dänemark, C-192/01, Slg. 2003, I-9693, Randnr. 53).“<sup>317</sup>

Da die Einführung einer Heimtier-Positivliste aktuell nur generell-abstrakt diskutiert wird, kann zum jetzigen Zeitpunkt keine Detailprüfung vorgenommen werden. Es fällt

---

<sup>317</sup> EuGH, Rs. C-219/07, Urt. v. 19.06.2008, Rn. 34.



gleichwohl auf, dass dieser zentrale Markstein der Verfassungsrechtslandschaft im bisherigen Diskurs nahezu ausgeblendet wird. Im Falle einer weiteren Konkretisierung der Positivlisten-Idee müsste jede einzelne (Ent-) Listung jedenfalls den Anforderungen des Diskriminierungsverbotes genügen.

## **V. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse**

Die Einführung einer nationalen Positivliste für Heimtiere würde umfassend gegen verschiedene Vorgaben des Völker-, Europa- und Verfassungsrechts verstoßen.

Das Europäische Übereinkommen zum Schutz von Heimtieren bindet als völkerrechtliches Dokument kraft Unterzeichnung und Ratifikation die Bundesrepublik Deutschland. Da das Übereinkommen neben verschiedenen tierschutzbezogenen Vorgaben ebenso ein Bekenntnis zur privaten Tierhaltung, zur Tierzucht und zum Tierhandel enthält und in diesem Zusammenhang explizit die „Bedeutung der Heimtiere wegen ihres Beitrags zur Lebensqualität und ihres daraus folgenden Wertes für die Gesellschaft“ betont, würde ein nationales, faktisch horizontales Heimtierhaltungsverbot eine Verletzung des Übereinkommens begründen.

Art. 2 Abs. 3 des Übereinkommens ändert an dieser Bewertung nichts. Denn das - dem Völkerrecht bestens vertraute - Instrument der Schutzverstärkung ermöglicht punktuell feingliedrigere Regelungen, nicht jedoch eine Abkehr von der Regelungssystematik des betreffenden Völkerrechtstextes. Art. 21 des Übereinkommens bestätigt diese Einschätzung ebenso wie der Umstand, dass Art. 2 Abs. 3 nur deshalb in das Übereinkommen aufgenommen wurde, um

auf bestimmte Diskurse im Bereich der Wachhundenutzung zu reagieren.

Auf der Ebene des EU-Rechts stellt eine nationale Positivliste eine Verletzung der Grundfreiheiten und hier insbesondere der Warenverkehrsfreiheit dar. Für die sogenannte „Maßnahme gleicher Wirkung“ fehlt es insoweit an einem tragfähigen Rechtfertigungsgrund.

Die behaupteten Gefahren durch „Gefahrtiere“ erfüllen nicht die Anforderungen, die der Europäische Gerichtshof an den Schutz der „öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ geknüpft hat. Ebenso ist der abstrakte Hinweis auf Zoonosen nicht dazu angetan, eine nationale Positivliste unter Hinweis auf den Schutz der Gesundheit und des menschlichen Lebens zu rechtfertigen. Schließlich rechtfertigen auch allgemeine Tierwohlgesichtspunkte keine Abkehr von der das Unionsrecht im Übrigen prägenden anthropozentrischen Regulierungsphilosophie.

Anders als im öffentlichen Diskurs mitunter dargestellt, bewirkt die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur „belgischen Positivliste“ insoweit keine Umdeutung von Tierwohlgesichtspunkten. Ganz im Gegenteil steht diese Rechtsprechung einer nationalen Heimtier-Positivliste diametral entgegen. Denn den betreffenden Judikaten liegt eine Fragestellung zur Verordnung (EG) Nr. 338/97 und damit zum Artenschutzrecht nach CITES zugrunde; eine Übertragbarkeit auf die Heimtierhaltung scheidet bereits aus diesem Grund aus. Unabhängig davon betonen die Luxemburger Richter vor allem eine ganze Reihe erheblicher rechtlicher Anforderungen, die eine Positivliste aufgrund

der hiermit einhergehenden massiven Grundrechtseingriffe erfüllen müsste.

In diesem Zusammenhang wird durch das Gericht zugleich - in Übereinstimmung mit der allgemeinen Vorsorgedogmatik - festgestellt, dass das Vorsorgeprinzip des Art. 191 Abs. 2 S. 2 AEUV weder auf „Generalverdacht“ beruhende Regelungen erlaubt, noch von der Notwendigkeit wissenschaftlicher Begründungen enthebt. Insbesondere Regelungen „ins Blaue“ hinein sind damit auch unter Vorsorgegesichtspunkten unzulässig.

Aspekte des Biodiversitätsschutzes sind ebenfalls nicht geeignet, Eingriffe in die Warenverkehrsfreiheit zu rechtfertigen. Unabhängig davon, dass Belege für positive Biodiversitätseffekte einer Positivliste ohnehin fehlen, zeigt die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, dass der Begriff der Biodiversität dort hochspezifisch verstanden wird im Sinne einer genetischen Vielfalt bestimmter Nutztierassen. Biodiversitätsschutz spielt im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit also nur dann eine Rolle, wenn es um den Schutz der landwirtschaftlichen Tierhaltung im Sinne der EU-Agrarpolitik geht.

Neben einer Verletzung der Warenverkehrsfreiheit ist auch eine Verletzung der Dienstleistungsfreiheit zu attestieren, sobald Dienstleister aus dem EU-Ausland entsprechende Angebote rund um die Heimtierhaltung in Deutschland nicht mehr anbieten dürfen bzw. können. Sollten durch eine nationale Positivliste auch nachteilige Effekte für Investitionen aus dem EU-Ausland auftreten, so wäre zusätzlich auch die Kapitalverkehrsfreiheit verletzt.

Eine Umgehung der beschriebenen rechtlichen Grenzen für den deutschen Gesetzgeber durch die alternative Implementierung einer EU-Positivliste ist nicht möglich. Insbesondere fehlt es der Europäischen Union bereits an einer tragfähigen Rechtssetzungskompetenz für den Tierschutz. Tierschutzrechtliche Kompetenzen der Union bestehen vielmehr ausschließlich als Ergänzung zu sektoriellen Kompetenznormen, vor allem im Bereich der Agrarpolitik.

Eine Unionskompetenz lässt sich auch nicht aus Verordnung (EG) Nr. 338/97 iVm Art. 193 AEUV herleiten. Denn die sogenannte Schutzverstärkung im Sinne von Art. 193 AEUV ist bereits auf spezifische Umweltziele beschränkt. Vor allem aber fehlt es an einem zu verstärkenden Rechtsakt: das Unionsrecht selbst kennt kein allgemeines Tierschutzrecht und das Heimtier-Übereinkommen des Europarates wurde - ungeachtet seiner einleitend angesprochenen, ausgewogenen Betrachtung - durch die EU selbst weder unterzeichnet, noch ratifiziert.

Darüber hinaus ist Art. 193 AEUV- soweit ersichtlich: unbestritten - ein Verbot der Implementierung alternativer Schutzkonzeptionen zu Eigen. Der jedermannbezogene Heimtierfokus einer Positivliste weicht jedoch unter zahlreichen Gesichtspunkten von der negativlistenbasierten Bewertung des den Handel regulierenden CITES-Regimes ab. Eine Nutzung von Art. 193 AEUV ist auch aus diesem Grund rechtswidrig.

Würde sich die Bundesrepublik Deutschland auf Art. 193 AEUV berufen, um eine nationale Heimtier-Positivliste einzuführen, so wäre die Einleitung eines

Vertragsverletzungsverfahren insbesondere durch die Kommission vorgezeichnet.

Eine EU-Positivliste kann auch nicht auf Art. 114 AEUV gestützt werden. Insbesondere führt die Robbenhandelsrechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu keinem anderen Ergebnis. Zunächst einmal betont der EuGH hier die Warenqualität und damit die grundsätzliche Handelsfähigkeit von Tieren. Sodann kommen die vom Gerichtshof bemühten Begründungen der „allgemeinen Entrüstung“ sowie der Verwechslungsgefahren bei der Heimtierhaltung nicht zum Tragen. Vor allem aber betont der EuGH, dass die entsprechenden Regelungen einen echten (und nicht nur einen vorgeschobenen) Binnenmarktfokus haben müssen. Regelungen der EU müssen demnach vor allem die Erleichterung des Handels mit Tieren anstreben.

Eine unionsweite Positivliste verletzt darüber hinaus auch die Berufsfreiheit nach Art. 15 und 16 GrCh, sowie je nach konkreter Ausgestaltung potentiell auch die Eigentumsgarantie nach Art. 17 GrCh sowie das Diskriminierungsverbot nach Art. 20 und 21 GrCh.

Damit ist eine Heimtier-Positivliste unabhängig davon europarechtswidrig, ob Urheber einer solchen Liste der deutsche Gesetzgeber oder aber die Europäische Union selbst ist.

Eine nationale Positivliste verstößt darüber hinaus gegen verschiedene Grundrechte und Verfassungsprinzipien des Grundgesetzes. Die entsprechenden Verletzungen lassen sich nicht unter Hinweis auf ein verfassungsrechtliches Gebot

für ein Tätigwerden aus Art. 20a GG stützen, da es sich hierbei um eine reine Staatszielbestimmung handelt.

Verletzt wird zum einen die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs.1 GG. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Hufbeschlaggesetz führt hier zu keinem anderen Ergebnis. Die Versuche, einer Positivliste die berufsregelnde Tendenz abzusprechen, überzeugen im Lichte der ständigen Rechtsprechung nicht. Die Einschlägigkeit des Art. 12 Abs. 1 GG ergibt sich unabhängig davon aus der Rechtsprechung zu sogenannten vorhersehbaren schweren Beeinträchtigungen.

Zum anderen bewirkt eine Heimtier-Positivliste ungerechtfertigte Eingriffe in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs.1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG), sowie (je nach konkreter gesetzlicher Ausgestaltung) in die Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG) sowie das allgemeine Gleichbehandlungsgebot bzw. Diskriminierungsverbot (Art. 3 Abs. 1 GG).

Eine nationale Heimtier-Positivliste ist darüber hinaus unverhältnismäßig. Es fehlt insoweit bereits an der Geeignetheit, da die Befürworter dieses Regelungsansatzes zwar ein beeindruckendes Motivbündel präsentieren, den Nachweis des zumindest möglichen Erfolgseintritts im verfassungsrechtlich geforderten Sinne jedoch schuldig bleiben.

Zusätzlich ergibt sich die Unverhältnismäßigkeit einer nationalen Positivliste aus der fehlenden Erforderlichkeit der Maßnahme, da - wenn man überhaupt eine Regelungsnotwendigkeit annehmen möchte - mildere Mittel

gleicher Wirksamkeit zur Verfügung stehen. Die in diesem Zusammenhang insbesondere vorgebrachten Nachteile sogenannter Negativlisten existieren bei objektiver Betrachtung nicht: Auch Positivlisten weisen einen „reaktiven Charakter“ auf und setzen die Nutzung wissenschaftlicher Daten voraus. Ebenso wenig lässt sich der „milde Charakter“ einer Positivliste unter den Gesichtspunkten der Vollzugstauglichkeit und des Aktualisierungsbedarfes konstruieren.

Neben der fehlenden Geeignetheit und Erforderlichkeit ist auch die Angemessenheit einer nationalen Positivliste nicht gegeben, sodass ergänzend auch die „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne“ verletzt wird.

## Danksagung

Die Erstellung dieser gutachterlichen Stellungnahme erfolgte im Auftrag des Zentralverbands Zoologischer Fachbetriebe Deutschlands e.V. (ZZF) sowie mit freundlicher finanzieller Unterstützung von

- Industrierverband Heimtierbedarf e.V. (IVH)
- European Pet Organization (EPO)
- Bundesverband für fachgerechten Natur-, Tier- und Artenschutz e.V. (BNA)
- Deutsche Gesellschaft für Herpetologie und Terrarienkunde e.V. (DGHT)
- Verband für das Deutsche Hundewesen e.V. (VDH)
- Verband der Zoologischen Gärten e.V. (VdZ)
- Citizen Conservation Foundation gGmbH (CC)
- Zoo Leipzig
- Wirtschaftskammer Österreich - Zoofachhandel
- Wirtschaftsgemeinschaft Zoologischer Fachbetriebe (WZF)