

# **Tobias Haschka: Grund und Reichweite des Schutzes wildlebender Tiere nach dem Tierschutzgesetz einerseits und dem allgemeinen Artenschutz (§§ 37-39 BNatSchG) andererseits**

*Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 6. und des LL.B. Recht und Wirtschaft im 8. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des einfachen Seminars "Der rechtliche Schutz wildlebender Tiere" bei PD Dr. Thomas Spitzlei (Lehrstuhlvertreter am Lehrstuhl Öffentliches Recht VII – Öffentliches Recht, Praxis des Verfassungsrechts von Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff) entstanden.*

## **A. Problemstellung und Gang der Untersuchung**

Im deutschen Recht ist die Stellung der Tiere geprägt von einem anhaltenden Streit um konträre Interessen zwischen Mensch und Tier. Das gilt nicht nur im Hinblick auf Nutztiere, deren Leben regelmäßig zum Zwecke der menschlichen Ernährung beendet wird, sondern auch für wildlebende Tiere, die sich insbesondere durch die Zerstörung ihres Lebensraums in ihrer Existenz bedroht sehen. Einen Ausgleich dieser Interessen soll in Deutschland das Tier- und Artenschutzrecht schaffen. Der hierdurch entstehende rechtliche Schutz von Tieren ist in zwingender Konsequenz wiederum mit einer Einschränkung des Menschen verbunden. Mit Fokus auf die wildlebenden Tiere stellt sich die Frage, wie der deutsche Gesetzgeber diesen Schutz begründet und wie weit er reicht. Hierzu erfolgt im ersten Schritt eine Betrachtung der dem Tierschutzgesetz (TierSchG) und dem Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) zugrundeliegenden Rechtsgedanken. In einem zweiten Schritt werden die Grundlagen und Besonderheiten der beiden Gesetze im Einzelnen näher beleuchtet. Hierbei soll im Bereich des Artenschutzes eine Beschränkung auf den allgemeinen Artenschutz erfolgen. Die sich insbesondere in der Reichweite des Schutzes ergebenden Divergenzen werden in einer abschließenden Gegenüberstellung des TierSchG und des BNatSchG herausgearbeitet.

## **B. Begriffsbestimmung**

Für die nachfolgende Betrachtung ist der Begriff der wildlebenden Tiere von zentraler Bedeutung. Das TierSchG nennt diesen selbst nur einmal und verwendet in den übrigen Fällen die Bezeichnung der wildlebenden Arten. Hierzu zählt „ein Tier, wenn es in der Natur Individuen der betreffenden Tierart gibt, die nicht unter der Herrschaft des Menschen stehen“.<sup>1</sup> Haustiere, die sich nicht mehr im Besitz eines Menschen befinden und verwildert sind, werden allerdings

nicht erfasst.<sup>2</sup> Der entscheidende Bezugspunkt ist der gewöhnliche Lebensraum der jeweiligen Tierart. Stellt man nun auf das einzelne Tier und nicht mehr die ganze Tierart ab, so ist ein wildlebendes Tier folglich ein Individuum, das einer nicht domestizierten Art angehört und wenigstens in der freien Natur geboren wurde oder dort geschlüpft ist. Zwingend erforderlich ist nicht, dass sich das Tier dauerhaft in Freiheit befindet, sodass auch ein Tier, welches aus der Natur entnommen wurde und in Gefangenschaft gehalten wird, wildlebend ist.<sup>3</sup> Zudem ist die geografische Herkunft des Tieres unerheblich. Der Geltungsbereich des Gesetzes erstreckt sich auf alle Tiere auf dem Gebiet der Bundesrepublik, sodass auch exotische Tiere nach dem Import erfasst sind. Letzteres gilt auch für das BNatSchG. Abweichend von der obigen Definition verstehen *Lorz/Metzger* unter wildlebenden Tieren im Sinne des § 20 der Verordnung zum Schutz von zu Versuchszwecken oder zu anderen wissenschaftlichen Zwecken verwendeten Tieren (TierSchVersV) „Exemplare von Tierarten, die bei uns in Freiheit vorkommen“<sup>4</sup>. Diese begriffliche Reduzierung auf in Deutschland beheimatete Tiere erscheint allerdings mit Blick auf das Telos der Norm nicht sinnvoll. So geht der Gesetzgeber im Tierversuchsrecht von einer verminderten Anpassungsfähigkeit dieser Tiere an die Rahmenbedingungen von Tierversuchen aus, weshalb sie hierfür möglichst nicht genutzt werden sollten.<sup>5</sup> Dies gilt für Tiere, deren gewöhnlicher Lebensraum außerhalb Deutschlands liegt, in gleichem Maße.

Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle auf § 960 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) und dessen Begrifflichkeit des wilden Tieres hingewiesen. Auch hier wird nach allgemeiner Auffassung auf die Tierart und die gewöhnliche Herrschaft des Menschen hierüber abgestellt, sodass das

<sup>1</sup> *Hirt/Maisack/Moritz*, Tierschutzgesetz Kommentar, 3. Auflage 2016, § 3 Rn. 26.

<sup>2</sup> *Hackbarth/Lückert*, Tierschutzrecht – Praxisorientierter Leitfadentext, 2000, S. 59.

<sup>3</sup> Vgl. § 20 I 1 TierSchVersV.

<sup>4</sup> *Lorz/Metzger*, Tierschutzgesetz Kommentar, 7. Auflage 2019, § 20 TierSchVersV, Rn. 2.

<sup>5</sup> BT-Drucksache 10/3158, S. 25.

Begriffsverständnis dem der wildlebenden Arten entspricht.<sup>6</sup> Umstritten ist insoweit jedoch, ob letztlich die Verkehrsauffassung hinsichtlich der menschlichen Herrschaft<sup>7</sup> oder, aufgrund des historischen Ursprungs der Norm, eine den wilden Tieren fehlende instinktive Bindung an den Menschen, die sie zur intrinsisch motivierten Rückkehr in die menschliche Obhut veranlassen würde (*animus revertendi*),<sup>8</sup> zur Kategorisierung heranzuziehen ist. Aus Wertungsgesichtspunkten überzeugt letztere Auffassung im Ergebnis nicht, da dies beispielsweise bei verwilderten Hauskatzen zur Annahme führen würde, es handle sich mangels Rückkehrinstinkts um ein wildes Tier im Sinne der Norm, was jedoch allgemein hin abgelehnt wird.<sup>9</sup>

## C. Gesetzgebung in Deutschland zum Schutz wildlebender Tiere

### I. Gedanke des Tierschutzrechts

Tiere werden weltweit bereits seit Jahrhunderten geschützt, doch unterliegt die Begründung hierfür einem fortschreitenden Wandel.<sup>10</sup> Während bis 1933 der anthropozentrische Tierschutz, der den Menschen in das Zentrum der Betrachtung stellt, vorherrschte und Tierquälerei nur sanktioniert wurde, um „das menschliche Sittlichkeitsgefühl, genauer das Gefühl des Mitleids“<sup>11</sup> zu schützen, rückten im weiteren Verlauf die

eigentlichen Interessen der Tiere mehr in den Vordergrund.<sup>12</sup> Das TierSchG in der heutigen Form ist in seinem Kern von einem ethisch motivierten Tierschutz geprägt.<sup>13</sup> „Ethik ist eine kritische Reflexion über unsere Vorstellungen von der richtigen oder guten menschlichen Handlungsweise bzw. Lebensführung“<sup>14</sup>. Grundlage des Schutzes ist damit, was wir in der Gesellschaft als richtige oder gute Handlungsweise in Bezug auf Tiere ansehen.

Dieser ethisch motivierte Tierschutz schützt Tiere um ihrer selbst willen, was sich besonders an der Grundsatznorm des § 1 S. 1 TierSchG und der den Worten des Gesetzestextes immanenten religiösen Bedeutung der „Verantwortung des Menschen“ zur Achtung und Wahrung der Schöpfung, basierend auf der Schöpfungsgeschichte und der Erbsünde, zeigt.<sup>15</sup> Diese Ausprägung führt indes nicht zu einer Anerkennung subjektiver Rechte der Tiere.<sup>16</sup> Normadressat des TierSchG kann demnach lediglich der einzelne Mensch sein, der als Rechtssubjekt Träger von Rechten und Pflichten ist. Dies hat auch zur Folge, dass das TierSchG zwar alle lebenden Tiere schützen soll, doch das geschützte Rechtsgut vorrangig in der „sittliche[n] Ordnung in den Beziehungen zwischen Mensch und Tier“<sup>17</sup> gesehen wird.<sup>18</sup> Teils wird ein Schutz der Rechtsgüter Leben und Wohlbefinden der Tiere als gleichrangig erachtet.<sup>19</sup> Es zeigt sich hieran, dass der

<sup>6</sup> *Heinze* in: von Staudinger, Julius [Begr.], Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 3, 2020, § 960 Rn. 1 f.; *Wolff/Raiser*, Sachenrecht – Ein Lehrbuch, 10. Auflage 1957, S. 290; *Kern*, Anmerkung zu OLG München, Urteil v. 18.11.1929, BerReg. L 1023/29 III., JW 1930, S. 2458; *Endemann*, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Band, 11. Teil, 4. Auflage 1898, S. 339; *Wendt*, Wie etwas heißt und was es ist! – Warnung vor falschen Schlussfolgerungen aus Namen und Bezeichnung, AcP 1908, S. 417 (458-460); im Ergebnis ebenso: *Schermaier*, Kaiman Sammy und Kuh Yvonne, oder: Das „wilde Tier“ im Begriffshimmel, in: Ackermann, Thomas/Köndgen, Johannes [Hrsg.], Privat- und Wirtschaftsrecht in Europa – Festschrift für Wulf-Henning Roth zum 70. Geburtstag, 2015, S. 489 (505); a.A. *Lorz*, Wildlebende Tiere – Wild – Wilde Tiere, NuR 1982, S. 167 (171).

<sup>7</sup> VG Stuttgart v. 16.12.2013 – 4 K 29/13, RdL 2014, S. 338; BayVG v. 27.11.2015 – 5 BV 14.1846, NJW 2016, S. 1606; OVG NRW v. 1.8.2016 – 5 B 1265/15, NJW 2016, S. 3674; BVerfG v. 26.4.2018 – 3 C 24/16, NJW 2018, S. 3125; RG v. 12.12.1916 – IV 724/16, RGSt 50, S. 183; *Heinze* (Fn. 6), § 960 Rn. 1.

<sup>8</sup> OVG Mecklenburg-Vorpommern v. 12.1.2011 – 3 L 272/06, DVBl 2011, S. 976; *Oechsler* in: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina [Hrsg.], Münchener Kommentar zum BGB, Band 8, 9. Auflage 2023, § 960 Rn. 2.; *Avenarius*, Der Freiflug des Falken – *mobilia non habent sequelam*, NJW 1993, S. 2589; Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches 1896, Band 3, S. 371; *von Kayser*, Jagd und Jagdrecht in Rom, Dissertation 1894, S. 35; *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Band, 2. Auflage 1867, S. 425 f.; *Dabelow*, Handbuch des heutigen gemeinen Römisch-Deutschen Privatrechts, 1. Teil, 1803, S. 73; *Ebermayer/Lobe/Rosenberg*, Reichs-Strafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 4. Auflage 1929, S. 755.

<sup>9</sup> Vgl. nur OVG NRW v. 1.8.2016 – 5 B 1265/15, NJW 2016, S. 3674; VG Aachen v. 23.1.2017 – 4 K 864/14; *Ebbing* in: Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg [Hrsg.], Ermann BGB, 17. Auflage 2023, § 960 Rn. 2.

<sup>10</sup> *von Loeper* in: Kluge, Hans-Georg [Hrsg.], Tierschutzgesetz Kommentar, 2002, Einführung Rn. 20-41; *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 1), Einführung Rn. 1-7; *Lorz/Metzger*, Tierschutzgesetz Kommentar, 7. Auflage 2019, Einführung Rn. 40-49; *von Loeper/Reyer*, Das Tier und sein rechtlicher Status – Zur Weiterentwicklung von Transparenz und Konsequenz des Tierschutzrechts, ZRP 1984, S. 205 (206-209).

<sup>11</sup> *von Hippel*, Zur Bestrafung der Tierquälerei, DJZ 1933, S. 1253.

<sup>12</sup> Vgl. Deutscher Reichsanzeiger und Preußischer Staatsanzeiger 1933, Nr. 281, S. 1.

<sup>13</sup> BVerfG v. 6.7.1999 – 2 BvF 3/90, BVerfGE 101, S. 37; *Metzger* in: Erbs, Georg/Kohlhaas, Max/Häberle, Peter [Hrsg.], Strafrechtliche Nebengesetze, 245. EL 2023, § 1 Rn. 1; *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 1), § 1 Rn. 2; *von Loeper* (Fn. 10), § 1 Rn. 11; BT-Drucksache VI/2559, S. 9.

<sup>14</sup> *Andersen*, Einführung in die Ethik, 2000, S. 2.

<sup>15</sup> BVerfG v. 2.10.1973 – 1 BvR 459, 477/72, BVerfGE 36, S. 56 f.; BVerfG v. 20.6.1978 – 1 BvL 14/77, BVerfGE 48, S. 389; BT-Drucksache VI/2559, S. 9;

*Lorz/Metzger* (Fn. 10), § 1 Rn. 1; BT-Drucksache 14/758, S. 4; *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 1), § 1 Rn. 63; BT-Plenarprotokoll 10/210, S. 16108, 16111; *Wingren*, Schöpfung und Gesetz, 1960, S. 89, 93 f., 106 f.; *Reiter*, Das Tier als Mitgeschöpf – Festvortrag zum 60. Geburtstag von Prof. Dr. Bernd Hoffmann in: Giessener Universitätsblätter, Band 34/35, 2001/2002, S. 63 f.; *Baranzke*, Kreaturwürde in: Ach, Johann S./Borchers, Dagmar [Hrsg.], Handbuch Tierethik – Grundlagen – Kontexte – Perspektiven, 2018, S. 173 (175).

<sup>16</sup> VG Hamburg v. 22.9.1988 – 7 VG 2499/88, NVwZ 1988, S. 1058; *Hackbarth/Lückert* (Fn. 2), S. 26; *Spickhoff* in: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina [Hrsg.], Münchener Kommentar zum BGB, Band 1, 9. Auflage 2021, § 1 Rn. 6.

<sup>17</sup> *Lorz/Metzger* (Fn. 10), § 1 Rn. 1.

<sup>18</sup> OLG Hamm v. 23.1.1985 – 4 Ss 1536/84, NuR 1985, S. 200; *Lorz/Metzger* (Fn. 10), § 1 Rn. 1, 6; *von Loeper* (Fn. 10) Einführung Rn. 84, § 1 Rn. 6 f.; *Ort/Reckewell* in: Kluge – Tierschutzgesetz Kommentar (Fn. 10), § 17 Rn. 14a; *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 1), § 1 Rn. 11.

<sup>19</sup> VG Hessen v. 25.3.1980 – IX OE 7/79, AgrarR 1980, S. 314 f.; OLG Stuttgart v. 1.3.2010 – 2 Ws 176/09, Justiz 2010, S. 309; *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 1) § 1 Rn. 3; ähnlich: *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil – Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, Band 1, 4. Auflage 2006, § 15 Rn. 34; *Lorz/Metzger* (Fn. 10), Vor § 17 Rn. 3.

vermeintliche Schutz der Tiere um ihrer selbst willen tatsächlich nur eingeschränkt zum Tragen kommt.

## II. Gedanke des Artenschutzrechts

Der Gedanke des Arten- als Teil des Naturschutzes, ist wesentlich jünger als der des Tierschutzes, doch unterlag auch dieser einem zeitlichen Wandel. „[D]ie Herbeiführung eines ausgiebigen Schutzes der durch Insektenvertilgung nützlich wirkenden Vögel“<sup>20</sup> war der erste Schritt zu einem Artenschutz in Deutschland Ende des 19. Jahrhunderts, da „von Jahr zu Jahr der Land- und Forstwirtschaft, der Weinkultur und dem Gartenbau durch Insekten aller Art immer größerer Schaden zugefügt“<sup>21</sup> wurde. Anfangs sollte einzig ihre Nützlichkeit für den Menschen den Schutz bestimmter Vogelarten begründen. Wenige Jahre später wurden dann auch „die ästhetischen und moralischen Erwägungen“<sup>22</sup> berücksichtigt, die jedoch nur eine untergeordnete Rolle spielten und zu Beginn der Gesetzesverhandlungen noch umstritten waren.<sup>23</sup> Mit dem Reichsnaturschutzgesetz von 1935 wurde der Schutz auf alle nichtjagdbaren Tiere erweitert und auf die Seltenheit und Gefährdung einzelner Tierarten Bezug genommen. Begründet wurde das Gesetz mit der „Pflicht [...], auch dem ärmsten Volksgenossen seinen Anteil an deutscher Naturschönheit zu sichern“<sup>24</sup>. Auch hier stand die Nützlichkeit, nun aber vor allem aufgrund ästhetischer Gründe, im Vordergrund. Abgelöst wurde das Reichsnaturschutzgesetz 1976 durch das Bundesnaturschutzgesetz, welches in § 1 Abs. 1 BNatSchG die Sicherung der „Lebensgrundlagen des Menschen“ als Begründung für den Artenschutz anführte. Erst im Jahr 2002 erfolgte durch eine Neufassung des BNatSchG eine Veränderung der Gesetzesausrichtung. Nunmehr sind gemäß § 1 I Hs. 1 BNatSchG „Natur und Landschaft [...] auf Grund ihres eigenen Wertes und als Grundlage für Leben und Gesundheit des Menschen auch in Verantwortung für die künftigen Generationen“ zu schützen. Dieser Formulierung sind ein anthropozentrisches und ein ökozentrisches Element sowie eine Gegenwarts- und Zukunftsperspektive zu entnehmen, welche gleichrangig nebeneinanderstehen.<sup>25</sup> Zweck des heutigen Artenschutzes ist die Erhaltung der Biodiversität, woran ein hohes öffentliches Interesse besteht.<sup>26</sup>

<sup>20</sup> Stenographische Berichte des Deutschen Reichstags 1879, Anlage Nr. 47, S. 417.

<sup>21</sup> Stenographische Berichte des Deutschen Reichstags 1876, Anlage Nr. 21, S. 470.

<sup>22</sup> Stenographische Berichte des Deutschen Reichstags 1888, Anlage Nr. 90, S. 458.

<sup>23</sup> Stenographische Berichte des Deutschen Reichstags 1876, Anlage Nr. 151, S. 953.

<sup>24</sup> Präambel des Reichsnaturschutzgesetzes, RGBl. I S. 821.

<sup>25</sup> *Meßerschmidt* in: Meßerschmidt, Klaus [Hrsg.], Bundesnaturschutzgesetz – Kommentar zum Bundesnaturschutzgesetz, Vorschriften und Entscheidungen, Band 1, 163. Aktualisierung 2023, § 1 Rn. 33; *Lüttes* in: Bundesnaturschutzgesetz Kommentar, 2011, § 1 Rn. 19.

<sup>26</sup> BVerfG v. 3.11.1982 – 1 BvL 4/78, BVerfGE 61, S. 312; *Wustmans*, Artenschutz in: Handbuch der Tierethik (Fn. 15), S. 307; *Kratsch* in: Schumacher, Jochen/Fischer-Hüftle, Peter [Hrsg.], Bundesnaturschutzgesetz Kommentar, 2. Auflage 2011, § 37 Rn. 1.

<sup>27</sup> *Baur*, Biodiversität, 2010, S. 58-69.

<sup>28</sup> *Gorke*, Vom Eigenwert der Natur – Grundzüge einer Naturethik in: Seevögel – Zeitschrift des Vereins Jordsand zum Schutz der Seevögel und der Natur e.V., 2004, S. 16 (17-19).

<sup>29</sup> VGH Baden-Württemberg v. 27.9.2005 – 1 S 261/05, NuR 2006, S. 113.

<sup>30</sup> *Möstl* in: Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert [Hrsg.], Grundgesetz Kommentar, 99. EL 2022, Art. 87e Rn. 182.

Gemäß Art. 2 des Internationalen Übereinkommens über die biologische Vielfalt, bezeichnet Biodiversität „the variability among living organisms from all sources [...]: this includes diversity within species, between species and of ecosystems“. Sie ist von entscheidender Relevanz für die Funktionsfähigkeit von Ökosystemen, die wiederum das Leben auf der Erde ermöglichen.<sup>27</sup> Wie sich aus dem Gesetz selbst ergibt, dient dieser Schutz aber nunmehr nicht allein der Sicherung menschlicher Lebensgrundlagen, sondern enthält, durch den Verweis auf den Eigenwert der Natur, ebenso einen ethischen Blickwinkel. Die holistische Umweltethik betrachtet die natürlichen Systeme in ihrer Gänze als um ihrer selbst willen schützenswert, was aus moralischen Erwägungen abgeleitet wird. Daraus folgt, dass ein Eingriff in diese, mit einem Eigenwert ausgestatteten Systeme, nachvollziehbar begründet sein muss, um gerechtfertigt werden zu können.<sup>28</sup>

## III. Reichweite des Schutzes

### 1. Schutzwirkung des Art. 20a GG

Die Mensch-Tier-Beziehung in Deutschland zeichnet sich durch einen Interessenkonflikt aus, der seinen rechtlichen Ursprung in der Verfassung der Bundesrepublik findet. Während die Belange eines jeden Menschen durch verfassungsrechtlich gewährleistete Grundrechte vor einem Eingriff geschützt sind, bleibt ein solcher Schutz Tieren grundsätzlich verwehrt. Zwar erhob der verfassungsändernde Gesetzgeber den Tierschutz 2002 durch die Einfügung in Art. 20a des Grundgesetzes (GG) als Staatszielbestimmung auf Verfassungsrang, doch ist damit „ein absoluter Schutz für Tiere nicht verbunden“.<sup>29</sup> Eine solche Staatszielbestimmung gibt dem Gesetzgeber einzig ein festgelegtes Ziel vor und verpflichtet ihn zu einer hierauf gerichteten Handlung in der Zukunft. Er ist jedoch sowohl bei der Wahl der Mittel wie auch beim angestrebten Grad der Zielerreichung grundsätzlich frei.<sup>30</sup> So ist beispielsweise die Tötung eines Wirbeltieres nicht per se von Verfassungs wegen verboten, sondern muss nur gemäß § 1 S. 2 TierSchG vernünftig begründet sein und unter Einhaltung der Bedingungen der §§ 4 ff. TierSchG hinsichtlich der Durchführung der Tötungshandlung erfolgen. Der Anhebung

auf Verfassungsrang kommt jedoch bei einer Kollision mit Grundrechten eine entscheidende Bedeutung zu. Während Grundrechte mit Gesetzesvorbehalt bei Verfolgung eines legitimen Zwecks durch eine einfachgesetzliche Regelung einschränkbar sind,<sup>31</sup> können vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte nur im Falle kollidierenden Verfassungsrechts im Wege praktischer Konkordanz miteinander in Einklang gebracht werden.<sup>32</sup> Art. 20a GG eröffnet hier die Möglichkeit einer Abwägung der betroffenen Rechtsgüter.<sup>33</sup> Von besonderer Relevanz ist dies in den Bereichen Wissenschaft und Kunst (Art. 5 Abs. 3 GG) sowie Religion (Art. 4 Abs. 1, 2 GG), welche regelmäßig mit Belangen des Tierschutzes im Konflikt stehen.<sup>34</sup> Bei wildlebenden Tieren spielt die Freiheit der Wissenschaft im Hinblick auf die Durchführung von Tierversuchen eine entscheidende Rolle.

## 2. Schutz durch das TierSchG

### a) Grundlagen

Das TierSchG dient keineswegs der Verhinderung jeglicher Art der Beeinträchtigung von Tieren. Ein solcher Schutz wäre durch die weitreichenden Konsequenzen mit dem Grundgesetz in seiner derzeitigen Form nicht vereinbar. Der Gesetzgeber wählte deshalb den Weg eines Grundsatz-Ausnahme-Modells mit einer integrierten Verhältnismäßigkeitsprüfung. Entsprechend der Grundnorm des § 1 S. 2 TierSchG dürfen keinem Tier Schmerzen, Leiden oder Schäden zugefügt werden (Grundsatz), sofern hierfür kein vernünftiger Grund vorliegt (Ausnahme). Voraussetzung dieses Schutzes ist damit die Schmerz- und Leidensfähigkeit eines Tieres, wenn durch die Handlung nicht ohnehin bereits eine (körperliche) Schädigung verursacht wird. Nach der Begründung des Gesetzentwurfes „soll die Schutzbedürftigkeit in der Regel dort enden, wo ein Empfindungsvermögen des Tieres nicht mehr zu erwarten ist“.<sup>35</sup> Der Schutzbereich ist folglich vom aktuellen Stand wissenschaftlicher Erkenntnisse zum Empfindungsvermögen der jeweiligen Tierart abhängig.<sup>36</sup> Der Schutz reicht bei nachweislich schmerzempfindlichen Tieren somit weiter als bei

Tieren, denen ein solches Empfindungsvermögen (derzeit) abgesprochen wird, da diese einzig vor Schäden, also negativen Abweichungen vom Normalzustand, geschützt werden, welche den unter Umständen auftretenden Schmerzen und Leiden zeitlich nachfolgen können.<sup>37</sup> Das TierSchG greift die Unterscheidung nach dem Empfindungsvermögen in seiner Grundkonzeption auf und legt seinen Fokus deshalb auf Wirbeltiere, die „infolge ihrer differenzierten Innervierung im Hinblick auf Schmerzerregung, Schmerzleitung und Schmerzempfindung im Vergleich zu anderen Tieren wesentlich stärker“<sup>38</sup> reagieren.

In jedem Fall erfährt der generelle Schutz jedoch eine deutliche Einschränkung, wenn der jeweilige Eingriff verhältnismäßig ist und somit gerechtfertigt werden kann. Dürfen nun aber „Tieren nicht ‚ohne vernünftigen Grund‘ ‚vermeidbare‘, das ‚unerläßliche [sic] Maß‘ übersteigende ‚Schmerzen, Leiden oder Schäden“<sup>39</sup> zugefügt werden, so besteht im Umkehrschluss durchaus die Möglichkeit, dass eben gerade vermeidbare und unnötig gesteigerte Schmerzen zulässig sein können, wenn der Nutzen deutlich überwiegt, sofern der Gesetzgeber nicht bereits eine Wertung vorgenommen und eine spezielle Regelung getroffen hat. So war, trotz des inzwischen unstrittig vorliegenden Schmerzempfindens von Ferkeln, eine betäubungslose Kastration noch bis zum Jahr 2021 aus wirtschaftlichen Erwägungen, die nach höchstrichterlicher Rechtsprechung grundsätzlich als berechtigte Interessen zu berücksichtigen seien, gesetzlich zulässig.<sup>40</sup> Die Frage nach der Vernünftigkeit eines Grundes im Sinne des § 1 TierSchG wird damit in der Realität durchaus großzügig zum Vorteil des Menschen beantwortet.

### b) Wissenschaftsfreiheit und Tierversuche

#### aa) Legitimation des Grundrechtseingriff

Die Nutzung von Tieren in der Wissenschaft im Rahmen von Tierversuchen ist seit vielen Jahren immenser öffentlicher Kritik ausgesetzt. Der Gedanke des ethischen Tierschutzes und die in Art. 5 III 1 GG geschützte Wissenschaftsfreiheit treffen

<sup>31</sup> BVerfG v. 21.7.2022 – 1 BvR 469, 470, 471 und 472/20, BVerfGE 162, S. 414; den Tierschutz als legitimen Zweck anerkennend: BVerfG v. 2.10.1973 – 1 BvR 459, 477/72, BVerfGE 36, S. 56-58; BVerfG v. 20.6.1978 – 1 BvL 14/77, BVerfGE 48, S. 389 f.

<sup>32</sup> BVerfG v. 20.12.1960 – 1 BvL 21/60, BVerfGE 12, S. 53; BVerfG v. 24.2.1971 – 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, S. 193; BVerfG v. 3.11.1987 – 1 BvR 1257/84, 861/85, BVerfGE 77, S. 253.

<sup>33</sup> *Murswiek* in: Sachs, Michael [Hrsg.], Grundgesetz Kommentar, 8. Auflage 2018, Art. 20a Rn. 72; *Krings* in: Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Henneke, Hans-Günter [Hrsg.], GG Kommentar zum Grundgesetz, 14. Auflage 2018, Art. 20a Rn. 11 f.; *Faller*, Staatsziel „Tierschutz“ – Vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat?, Dissertation 2005, S. 113.

<sup>34</sup> *Caspar/Geissen*, Das neue Staatsziel „Tierschutz“ in Art. 20a GG, NVwZ 2002, S. 913 (915-917).

<sup>35</sup> BT-Drucksache VI/2559, S. 9.

<sup>36</sup> Schultze-Petzold, zitiert nach *Eberle*, Das neue Tierschutzgesetz, NJW 1973, S. 1405 (1407).

<sup>37</sup> *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 1), § 1 Rn. 27-29.

<sup>38</sup> BT-Drucksache VI/2559, S. 10.

<sup>39</sup> BVerfG v. 2.10.1973 – 1 BvR 459, 477/72, BVerfGE 36, S. 57; BVerfG v. 20.6.1978 – 1 BvL 14/77, BVerfGE 48, S. 389

<sup>40</sup> BVerfG v. 13.06.2019 – 3 C 29/16, ZUR 2019, S. 682; BT-Drucksache VI/2559, S. 10; BT-Drucksache 17/10572, S. 24; ebenso: Erwägungsgrund Nr. 4 der RL 2001/93/EG; *Zöls*, Möglichkeiten der Schmerzreduzierung bei der Kastration männlicher Saugferkel, Dissertation 2006, S. 86; *Meuser*, Das Schmerzempfinden von Tieren und die Einschätzung durch den Menschen, Dissertation 2006, S. 30; BT-Drucksache 18/10689, S. 5.

hier direkt aufeinander. Als vorbehaltlos gewährleitetes Grundrecht ist die Wissenschaftsfreiheit ausschließlich durch verfassungsimmanente Schranken begrenzt. Eine solche findet sich in Art. 20a GG. Bei kollidierenden Verfassungsgütern ist der Gesetzgeber gehalten, einen zum Ausgleich der widerstreitenden Interessen notwendigen Grundrechtseingriff durch ein hinreichend bestimmtes Gesetz zu legitimieren und damit die Schranken der betroffenen Grundrechte zu konkretisieren. Hierbei darf das Eingriffsgesetz jedoch keine generelle Interessenabwägung im Voraus vornehmen, sondern muss stattdessen die Möglichkeit einer individuellen Abwägung eröffnen. Dies schließt aber auch den Erlass eines generellen Verbotes nicht aus, wenn dieser Eingriff unter Berücksichtigung seiner Schwere verhältnismäßig ist.<sup>41</sup>

Das Tierversuchsrecht wird in den §§ 7 bis 9 TierSchG einfachgesetzlich geregelt und dient als entsprechende Eingriffsgrundlage. Das Gesetz definiert in § 7 Abs. 2 TierSchG Tierversuche als Eingriffe oder Behandlungen, die bei dem betroffenen Tier oder seinen Nachkommen zu Schmerzen, Leiden oder Schäden führen können. Es stellt die Durchführung solcher Maßnahmen unter ein bußgeldbewehrtes Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und gewährleistet durch ein in §§ 8, 8a TierSchG vorgesehenes Genehmigungsverfahren die notwendige Einzelfallabwägung. Die Interessen der Wissenschaft werden durch einen Anspruch auf Erteilung einer Genehmigung bei Vorliegen der Voraussetzungen nach § 8 I 2 TierSchG berücksichtigt.

### bb) Wildlebende Tiere

Der Genehmigungsanspruch nach § 8 I 2 TierSchG erfährt eine Einschränkung, wenn der Versuch an wildlebenden Tieren erfolgen soll. Da ihre Verwendung einem grundsätzlichen Verbot unterliegt, ist die Genehmigung des Vorhabens gemäß § 20 I TierSchVersV, trotz des Vorliegens der allgemeinen Voraussetzungen, zu verweigern.

Ist die Verwendung dieser Tiere im Ausnahmefall für den Versuchszweck unerlässlich, kann die zuständige Behörde dennoch eine Genehmigung erteilen. Die Unerlässlichkeit ist entsprechend § 19 I 2 TierSchVersV durch den Antragsteller wissenschaftlich darzulegen.<sup>42</sup> Bei der Ausübung des der

Behörde obliegenden Ermessens ist in besonderem Maße die grundrechtlich gewährte Wissenschaftsfreiheit zu berücksichtigen. Um dieser entsprechend Geltung zu verschaffen, ist die Genehmigung zu erteilen, wenn die Bedingung des § 20 I 2 TierSchVersV vorliegt. Die Notwendigkeit der wissenschaftlichen Begründung im Antrag führt dazu, dass der Genehmigungsbehörde einzig eine Plausibilitätskontrolle verbleibt.<sup>43</sup> Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist somit im Regelfall von einer Ermessensreduzierung auf Null auszugehen.<sup>44</sup> Besondere Schutzerwägungen können damit durch die Genehmigungsbehörde nicht berücksichtigt werden. Maßgeblich für eine Ausnahme ist nur der plausible Vortrag des Antragstellers. Ein Nachweis ist hingegen nicht zu erbringen.<sup>45</sup>

## 3. Schutz durch das BNatSchG

### a) Grundlagen

Während das Tierschutzrecht dem Schutz des individuellen Tieres dient, ist das Artenschutzrecht auf den Schutz einer gesamten Tierart ausgerichtet.<sup>46</sup> In beiden Rechtsgebieten ist das einzelne Tier dennoch regelmäßiger Bezugspunkt, sodass bereits dessen Beeinträchtigung verboten ist, ohne auf unmittelbare Konsequenzen für die Gesamtheit der Art abzustellen.<sup>47</sup> Dem Artenschutzrecht liegt ein dreistufiger Schutzaufbau zugrunde. Die Basis bildet der allgemeine Artenschutz, der ein Mindestmaß an Schutz für alle wildlebenden Tier- und Pflanzenarten etabliert, wobei bereits das Vorliegen eines vernünftigen Grundes die Rechtswidrigkeit einer Handlung wieder entfallen lässt. Auf der zweiten und dritten Stufe erfolgt dann eine schrittweise Ausweitung des Schutzes auf besonders und streng geschützte Arten.

Der Artenschutz nach dem BNatSchG beschränkt sich auf wildlebende Arten und nimmt damit domestizierte Tierarten aus. Im Detail ist die Reichweite des allgemeinen Artenschutzes jedoch nicht klar erkennbar. § 39 I Nr. 1 BNatSchG untersagt unter anderem den Fang, die Verletzung und die Tötung wildlebender Tiere. Zum Schutz besonders geschützter Arten wird dies durch § 44 I Nr. 1 BNatSchG erweitert und explizit die Entnahme, Beschädigung oder Zerstörung von Entwicklungsformen der geschützten Tiere

<sup>41</sup> Vgl. BVerfG v. 1.3.1978 – 1 BvR 333/75, BVerfGE 47, S. 369; BVerfG v. 27.11.1990 – 1 BvR 402/87, BVerfGE 83, S. 142; BVerfG v. 16.1.2003 – 2 BvR 716/01, BVerfGE 107, S. 120; BVerfG v. 13.4.2010 – 1 BvR 216/07, BVerfGE 126, S. 24; BVerfG v. 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, S. 35.

<sup>42</sup> Lorz/Metzger (Fn. 10), § 20 TierSchVersV Rn. 5.

<sup>43</sup> OVG Bremen v. 11.12.2012 – 1 A 180/10, 1 A 367/10.

<sup>44</sup> Vgl. Hain/Schlette/Schmitz, Ermessen und Ermessensreduktion – ein Problem im Schnittpunkt von Verfassungs- und Verwaltungsrecht, AöR 1997, S. 32 (39-42); Jestaedt in: Ehlers, Dirk/Pünder, Hermann [Hrsg.], Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage 2022, § 11 Rn. 85 f.

<sup>45</sup> Vgl. BVerfG v. 20.6.1994 – 1 BvL 12/94, NVwZ 1994, S. 895.

<sup>46</sup> Müller, Das System des deutschen Artenschutzes und die Auswirkungen der Caretta-Entscheidung des EuGH auf den Absichtsbegriff des § 43 Abs. 4 BNatSchG, NuR 2005, S. 157 f.

<sup>47</sup> VG Düsseldorf v. 14.2.2023 – 17 K 2006/20; Gellermann/Schreiber, Schutz wildlebender Tiere und Pflanzen in staatlichen Planungs- und Zulassungsverfahren – Leitfaden für die Praxis, 2007, S. 38; Philipp, Artenschutz in Genehmigung und Planfeststellung, NVwZ 2008, S. 593 (596).

untersagt. Die ausdrückliche Nennung in § 44 BNatSchG lässt vermuten, dass die Entwicklungsformen nur im Falle besonders geschützter Arten vom Schutz erfasst sein sollen. Nach der Definition des Begriffs der Tiere in § 7 II Nr. 1 BNatSchG zählen zu den Tieren allerdings auch die Entwicklungsformen der jeweiligen Tierart, womit diese ebenso dem Schutzbereich zuzurechnen wären. Unter Bezugnahme auf den Grundgedanken des Artenschutzes erscheint dies auch sinnvoll, da zur Sicherung der Artenvielfalt die Nachkommenschaft zu erhalten und damit rechtlich zu schützen ist. Mit Blick auf die Bußgeldvorschriften lässt sich dies jedoch nicht stützen. Die Voraussetzungen einer Sanktionierung sind auf Grundlage des Bestimmtheitsgebots gemäß Art. 103 II GG durch den Gesetzgeber so klar zu formulieren, dass durch Auslegung erkennbar ist, welche Handlung unzulässig ist.<sup>48</sup> § 69 BNatSchG greift die Formulierung der §§ 39, 44 BNatSchG auf und nennt damit auch nur im Falle des besonderen Artenschutzes die Entwicklungsformen in den Bußgeldtatbeständen. In Anbetracht einer Bußgeldandrohung von bis zu 10.000 EUR bei einem Verstoß gegen ein Verbot nach § 39 I Nr. 1 BNatSchG (§ 69 III Nr. 7 i.V.m. § 69 VII BNatSchG) ist der Tatbestand restriktiv auszulegen, weshalb die Entwicklungsformen nicht vom allgemeinen Artenschutz umfasst sein können.<sup>49</sup> Insoweit besteht eine Inkonsistenz innerhalb des Gesetzes.

#### b) Schutz der Lebensstätte

Gemäß § 37 I 2 BNatSchG umfasst der Artenschutz drei Bereiche: (1) den Schutz vor Beeinträchtigung durch den Menschen und Gewährleistung der sonstigen Lebensbedingungen (direkter Artenschutz), (2) den Schutz der Lebensstätten und Biotope (mittelbarer Artenschutz) und (3) die Wiederansiedlung.<sup>50</sup> Das Gesetz verfolgt damit einen ganzheitlichen Ansatz zur Wahrung der Biodiversität, der die Tiere nicht nur vor unmittelbaren, sondern auch vor mittelbaren Beeinträchtigungen durch den Menschen schützt und bestimmte Folgen wieder umkehrt.

Die Erhaltung der Lebensstätten ist für die Artenvielfalt von entscheidender Relevanz.<sup>51</sup> Aufgrund des Zusammenspiels der innerhalb eines bestimmten Raums lebenden Tier- und Pflanzenarten wird deren Überleben gesichert.<sup>52</sup> Ist deren Lebensraum bedroht, so wird ihnen die Suche nach Nahrung,

einem Schlafplatz oder einer Möglichkeit zur Aufzucht ihrer Jungtiere erschwert und unter Umständen unmöglich gemacht. Eine Beeinträchtigung dieser Räume führt demnach zu mittelbaren Auswirkungen auf die dort lebenden Tierarten. Diesen Auswirkungen vorbeugend enthält § 39 I Nr. 3 BNatSchG ein entsprechendes Verbot der Beeinträchtigung oder Zerstörung von Lebensstätten wildlebender Tiere. Dabei versteht das Gesetz nach § 7 II Nr. 5 BNatSchG unter einer Lebensstätte den regelmäßigen Aufenthaltsort eines Tieres. Hierbei muss es sich nicht zwingend um einen natürlichen Lebensraum handeln. Auch ein von Menschenhand geschaffenes Bauwerk kann eine Lebensstätte darstellen.<sup>53</sup>

#### 4. Vergleich des Tier- und Artenschutzes

##### a) Ausweitung des Schutzes durch das Normengefüge

Zwar schützen sowohl das TierSchG wie auch das BNatSchG wildlebende Tiere, doch ist die konkrete Ausgestaltung, wie dargestellt, teils unterschiedlich. Ihnen gemein sind ethische Erwägungen und die Betrachtung des jeweiligen Eigenwerts des Schutzobjektes. Das TierSchG soll zur Achtung der Tiere um ihrer selbst willen nicht unerhebliche Beeinträchtigungen (Schmerzen, Leiden und Schäden) verhindern. Das BNatSchG hingegen bezweckt die Erhaltung der Biodiversität und soll wildlebende Tiere vor Beeinträchtigungen schützen, die bereits niederschwellig (Beunruhigung) beginnen, um Auswirkungen auf die Population, das Ökosystem und damit auch auf den Menschen zu vermeiden.

Um bestimmen zu können, inwieweit sich die Gesetze decken oder es Abweichungen voneinander gibt, sind einzelne wesentliche Begrifflichkeiten zuvor voneinander abzugrenzen.

Unter einer Beunruhigung ist eine Handlung zu verstehen, durch die bei dem betroffenen Tier das psychische Wohlbefinden negativ beeinflusst wird.<sup>54</sup> Eine „Verletzung ist jede oder jedenfalls jede erhebliche Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit und Beschädigung der Gesundheit“.<sup>55</sup> Schmerz wird international als „an unpleasant sensory and emotional experience associated with actual or potential tissue damage, or described in terms of such

<sup>48</sup> BVerfG v. 17.11.2009 – 1 BvR 2717/08, NJW 2010, S. 755.

<sup>49</sup> Im Ergebnis zustimmend: *Meßerschmidt* in: BNatSchG (Fn. 25), § 39 Rn. 7; a.A.: *Schütte/Gerbig* in: Schlacke, Sabine [Hrsg.], GK-BNatSchG – Gemeinschaftskommentar zum Bundesnaturschutzgesetz, 2. Auflage 2017, § 39 Rn. 7.

<sup>50</sup> Vgl. *Kratsch* in: Schumacher/Fischer-Hüftle [Hrsg.], BNatSchG (Fn. 26), § 37 Rn. 4-6.

<sup>51</sup> BT-Drucksache 10/5064, S. 13.

<sup>52</sup> *Weber*, Biodiversität – Warum wir ohne Vielfalt nicht leben können, 2018, S. 143, 307.

<sup>53</sup> *Gellermann* in: von Landmann, Robert/Rohmer, Gustav [Begr.], Umweltrecht, Band II, 100. EL 2023, § 39 Rn. 9.

<sup>54</sup> *Meßerschmidt* in: BNatSchG (Fn. 25), § 39 Rn. 9.

<sup>55</sup> *Meßerschmidt* in: BNatSchG (Fn. 25), § 39 Rn. 13; ebenso: *Schütte/Gerbig* in: GK-BNatSchG (Fn. 49), § 39 Rn. 11.

damage”<sup>56</sup> definiert. Mit Leiden „sind alle nicht bereits vom Begriff des Schmerzes umfaßten [sic] Beeinträchtigungen im Wohlbefinden, die über ein schlichtes Unbehagen hinausgehen und eine nicht ganz unwesentliche Zeitspanne fortauern“<sup>57</sup> gemeint. „Ein Schaden liegt vor, wenn „der körperliche oder seelische Zustand, in welchem ein Tier sich befindet, vorübergehend oder dauernd zum Schlechteren hin verändert wird“.<sup>58</sup>

Sowohl nach dem BNatSchG als auch dem TierSchG wird mithin der physische und psychische Zustand der Tiere geschützt. Die Verletzungsschwelle liegt beim BNatSchG jedoch niedriger. Für eine psychische Beeinträchtigung genügt bereits jede negative Abweichung im Wohlbefinden, wohingegen es nach dem TierSchG die Grenze eines „schlichten Unbehagens“ überschreiten muss. Daneben schützt das BNatSchG schon die Bewegungsfreiheit des Tieres und setzt bei den physischen Beeinträchtigungen nicht erst bei einer Verletzung an. Das allgemeine Artenschutzrecht erweitert damit den Schutz im niedrighen Bereich hinsichtlich der Intensität und Dauer einer psychischen Beeinträchtigung. Darüber hinaus greift der Artenschutz im Falle eines physischen Eingriffs mit dem Schutz der Bewegungsfreiheit deutlich weiter als nach dem TierSchG, welches eine nicht unwesentliche Beeinträchtigung des Wohlbefindens voraussetzt. Dass wildlebende Tiere mithin einen weitreichenderen Schutz als Haus- und Nutztiere erfahren, für die die Regelungen des BNatSchG keine Geltung entfalten, lässt sich mit Blick auf deren Lebensweise begründen. Haus- und Nutztiere leben in einem engen Kontakt mit dem Menschen. Ein Verbot des Fangens und der Beeinträchtigung der Lebensstätte erübrigt sich bei Tieren, die in der Obhut des Menschen gehalten werden, da zum einen ihre Freiheit generell eingeschränkt ist und zum anderen ihre Lebensstätte häufig mit der des Menschen übereinstimmt, sodass es hier an einer Interessenkollision mangelt. Im Hinblick auf schwerwiegendere Eingriffe wie Verletzungen oder eine Tötung sind die beiden Gesetze deckungsgleich. Fragwürdig ist jedoch die höhere Schwelle bei einer psychischen

Beeinträchtigung der Tiere nach dem TierSchG. Zwar mag bei einer Mensch-Tier-Interaktion, wie es bei Haus- und Nutztieren üblich ist, durch die räumliche Nähe und die fehlende Fluchtmöglichkeit häufiger die Gefahr einer Beunruhigung bestehen und damit die Notwendigkeit der Begrenzung dieses Tatbestandsmerkmals für ebensolche Tiere sinnvoll erscheinen, doch lässt sich dieser Umstand auch mit dem Erfordernis eines vernünftigen Grundes einschränken. Dies würde zu einem Schutz vor bereits geringen negativen Auswirkungen auf das Wohlbefinden führen, sofern diese grundlos verursacht werden, ohne dass die Grundkonzeption des TierSchG verletzt würde.

## b) Verhältnis von TierSchG und BNatSchG zueinander

Tier- und Artenschutzrecht weisen gewisse Überschneidungen auf, wenngleich ihre Ausrichtungen unterschiedlich sind. Zur Auflösung eines möglichen Konflikts findet sich in § 37 II BNatSchG eine Vorschrift, wonach die Bestimmungen des TierSchG durch die des BNatSchG nicht berührt werden (Unberührtheitsklausel). Die hieraus resultierende Folge ist allerdings strittig. Teils wird ein allgemeiner Vorrang der dort genannten Rechtsvorschriften vor dem BNatSchG vertreten. Das Artenschutzrecht werde hiernach nur herangezogen, wenn das TierSchG keine Regelung trifft.<sup>59</sup> Andere Teile der Rechtsprechung und Literatur sind der Auffassung, dass die Normen nebeneinanderstünden und allgemeine Regelungen zur Auflösung von Normenkollisionen Anwendung finden sollen.<sup>60</sup> Nach wiederum anderer Auffassung sei von einem Nebeneinander der Normen auszugehen, wobei sowohl die allgemeinen Auslegungsregeln wie auch die Unberührtheitsklausel zu berücksichtigen seien. Dies führe zu einem Ausschluss des lex-posterior-Grundsatzes und einem Vorrang des TierSchG, wenn sich die Kollision nicht im Wege der Auslegung aufheben lasse.<sup>61</sup> Im Ergebnis überzeugt die letztgenannte Ansicht. Die Gleichrangigkeit des BNatSchG und des TierSchG ergibt sich bereits aus den verschiedenen Regelungszwecken der Gesetze, sodass keinem ein genereller Vorrang einzuräumen ist. Diese Positionierung der

<sup>56</sup> IASP, Pain terms: a list with definitions and notes on usage, Pain – The Journal of the International Association for the study of pain 1979, S. 249 (250); diese Definition übernehmend: VG Berlin v. 15.2.2017 – 24 K 188.14, LRE 74, S. 322; *Lorz/Metzger* (Fn. 10), § 1 Rn. 20; *von Loeper* (Fn. 10), § 1 Rn. 21;

*Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 1), § 1 Rn. 12.

<sup>57</sup> BGH v. 31.3.1987 – 5 AR (VS) 13/87, NJW 1987, S. 1834; ebenso: BVerwG v. 18.1.2000 – 3 C 12.99, NuR 2001, S. 455; BT-Drucksache VI/2559, S. 10; mit dem Zusatz einer „lebensfeindlich empfundenen Einwirkung“: VGH Mannheim v. 15.12.1992 – 10 S 3230/91, NuR 1994, S. 488.

<sup>58</sup> *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 1), § 1 Rn. 27; ebenso: *Lorz/Metzger* (Fn. 10), § 1 Rn. 52; *von Loeper* (Fn. 10), § 1 Rn. 41; a.A. hinsichtlich der zeitlichen Dimension: BT-Drucksache VI/2559, S. 10.

<sup>59</sup> Vgl. VG Arnsberg v. 21.11.1986 – 3 K 1249/86, AgrarR 1987, S. 140; *Schmidt*, Die Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes – Die Artenschutznovelle, NVwZ 1987, S. 1037 (1039); *Meyer-Ravenstein*, Die landesrechtliche Kompetenz, Tierarten zu „Wild“ zu erklären und die Bedeutung der Unberührtheitsklausel des § 20 Abs. 2 des Bundesnaturschutzgesetzes, AgrarR 2000, S. 277 (279 f.); *Drees*, Jagdschutz gegenüber Eichelhäher, Elster und Rabenkrähe, AgrarR 1987, S. 240 f.

<sup>60</sup> Vgl. VGH Mannheim v. 1.12.1997 – 5 S 1486/96, NuR 2000, S. 151; VerfGH Rheinland-Pfalz v. 20.11.2000 – VGH N 2/00, NuR 2001, S. 215; *Brocker*, Zur landesrechtlichen Bejagung geschützter Arten – Elster und Rabenkrähen im Dickicht von Naturschutz und Jagdrecht, NuR 2000, S. 307 (310); *Stüber*, Artenschutz und dessen Monitoring in der Vogelschutz- und der FFH-Richtlinie und die Umsetzung in Bundesrecht, NuR 2000, S. 245 (247); *Reich*, Jagdschutz gegenüber Eichelhäher, Elster und Rabenkrähe, AgrarR 1987, S. 184; *Leonhardt/Lohmer*, Konkurrenzprobleme des neuen Artenschutzrechts mit dem Jagd- und Fischereirecht, AgrarR 1987, S. 205 (206); BT-Drucksache 10/5064, S. 15, 18.

<sup>61</sup> *Hellenbroich* in: Frenz, Walter/Müggenborg, Hans-Jürgen [Hrsg.], BNatSchG, 3. Auflage 2021, § 37 Rn. 18-21.

Rechtsgebiete führt dazu, dass der Grundsatz des Vorrangs der jüngsten Vorschrift nur im Hinblick auf das jeweilige Rechtsgebiet und nicht übergreifend zu beachten ist. Daneben ist eine rein deklaratorische Natur der Klausel abzulehnen, da sie sich nur auf ein einzelnes Kapitel bezieht und nicht dem Gesetz in Gänze vorangestellt ist, sodass in Bezug auf das Artenschutzrecht das Vorliegen einer Sonderregelung naheliegt.

### c) Sanktionsabweichungen am Beispiel der Tötung

Zur Durchsetzung der Verbote des TierSchG und des BNatSchG bedient sich der Gesetzgeber sowohl des Straf- wie auch des Ordnungswidrigkeitenrechts. Beide Gesetze sanktionieren unter anderem die Tötung eines Tieres bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen. Nach dem TierSchG ist die Ahndung eines Verstoßes gegen das Verbot der Tötung ohne vernünftigen Grund an die Wirbeltiereigenschaft geknüpft. So ist es gemäß § 17 Nr. 1 TierSchG unter Androhung einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder Geldstrafe verboten, ein Wirbeltier ohne vernünftigen Grund zu töten. Wird ein wirbelloses Tier getötet, so wird diesem ein Schaden – der Tod als die größtmögliche negative Abweichung vom körperlichen Normalzustand – zugefügt, wodurch eine Ordnungswidrigkeit mit einer Bußgeldandrohung von bis zu 25.000 EUR (§ 18 II und IV TierSchG) vorliegt. Das BNatSchG verbindet eine Strafbarkeit mit dem Schutzstatus des betroffenen Tieres und sanktioniert die grundlose Tötung eines wildlebenden Tieres einer streng geschützten Art gemäß § 71 I Nr. 2 Var. 2 BNatSchG mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. In den Fällen wildlebender Tiere ohne besonderen Schutzstatus beschränkt es sich auf die Ahndung als Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeld von bis zu 10.000 EUR.

Während das BNatSchG zwar mit seinem sanktionsfähigen Verbot der grundlosen Tötung alle wildlebenden Tiere und damit eine breite Basis umfasst, ist es in der Sanktionsandrohung, im Hinblick auf Tiere ohne besonderen Schutzstatus, relativ mild. Dahingegen schränkt das TierSchG den Tatbestand stärker ein, droht jedoch mit schwereren Rechtsfolgen. Begründen lässt sich diese Divergenz mit dem Regelungszweck der Gesetze. Das Strafrecht kommt zur Anwendung, wenn eine Handlung besonders sozialschädlich und damit äußerst verwerflich ist.<sup>62</sup> Das Ordnungswidrigkeitenrecht wiederum stellt die Reaktion des Rechtsstaats „mit einer scharfen „Pflichtenmahnung““<sup>63</sup> hinsichtlich einer Zuwiderhandlung dar.

Zweck des BNatSchG ist der Schutz der Artenvielfalt. Zur Erreichung dessen sind einerseits alle Tierarten in den sanktionsfähigen Schutzbereich einzubeziehen. Andererseits ist im Hinblick auf die Strafbarkeit einer Handlung, unter Berücksichtigung ihrer Sozialschädlichkeit, nach dem Grad der Gefährdung der jeweiligen Tierart zu unterscheiden. Je existenzbedrohender eine Art ist, desto verwerflicher ist eine Tötung, woraus sich eine entsprechende Strafbarkeit bei hoher Strafmaßandrohung ergibt. Gehört das betroffene Tier einer nicht besonders geschützten Art an, liegt bei einem Verstoß gegen das Tötungsverbot lediglich die Verletzung einer Pflicht vor, auf die mit einer „Pflichtenmahnung“ in Form eines Bußgeldes reagiert wird. Schutzobjekt ist im BNatSchG stets die betroffene Tierart und nicht das individuelle Tier.

Demgegenüber soll das TierSchG den Gedanken der Mitgeschöpflichkeit der Tiere verkörpern und allem (schmerzempfindlichen) Leben einen eigenen Wert zuweisen. Wirbeltieren, denen unstreitig eine Schmerzfähigkeit zuerkannt wird, wohnt aus diesem Grund ein eigener Wert inne. Die Missachtung dieses Wertes offenbart die verwerfliche und sozialschädliche Grundhaltung des Täters und rechtfertigt damit die Strafbarkeit. Berücksichtigt der Täter wenigstens den Lebenswert und tötet das Tier aus einem vernünftigen Grund, aber unter Verletzung der Betäubungspflicht, so ist wiederum eine Ermahnung zur Gesetzestreue im Wege eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens geboten (§ 18 I Nr. 5 i.V.m. § 4 I 1 TierSchG).

## D. Fazit

Die Gesellschaft in Deutschland hat sich über die letzten Jahrzehnte hinweg gewandelt und immer weiter von der anthropozentrischen Ausrichtung des Grundgesetzes entfernt. Sie nimmt ihre Umwelt aus anderen Blickwinkeln wahr, was sich in den Gesetzgebungsverfahren niederschlägt. Tier- und Artenschutz werden heute von ethischen Erwägungen getragen und schaffen einen akzeptablen Ausgleich zwischen den menschlichen und tierischen Interessen. Die Freiheit des Menschen wird nur eingeschränkt, wenn ihre Ausübung ethisch nicht vertretbar wäre. Mit dieser Unbestimmtheit wird die Einschränkung selbst dem fortwährenden gesellschaftlichen Wandel und der damit verbundenen Änderung ethischer Überlegungen unterworfen. Es ist folglich damit zu rechnen, dass sich die Reichweite des Schutzes in den nächsten Jahren stetig vergrößern wird, wenn gegenwärtige Standards hinterfragt werden und an gesellschaftlicher Akzeptanz verlieren.

<sup>62</sup> BVerfG v. 26.2.2008 – 2 BvR 392/07, BVerfGE 120, S. 240.

<sup>63</sup> BVerfG v. 4.2.1959 – 1 BvR 197/53, BVerfGE 9, S. 171.