

Ersteinschätzung der Stiftung für das Tier im Recht (TIR)

Von: Valeska Bernhart, rechtswissenschaftliche Mitarbeiterin TIR

An: WDC, Whale and Dolphin Conservation, Deutschland, Herrn David Pfender

Thema: Rechtliche Abklärungen der Stiftung für das Tier im Recht (TIR) zu einem Import- und Halteverbot von Delfinen in Deutschland

Datum: 9. Februar 2018

I. Ausgangslage

In zwei deutschen Zoos – im Zoo Duisburg und im Tiergarten Nürnberg – werden derzeit noch Delfine gehalten. Von den ursprünglich 14 Delfinarien in Deutschland wurden viele bereits bis Mitte der 1990er Jahre geschlossen. Zuletzt beendete der Allwetterzoo Münster im Jahr 2013 die Delfinhaltung. Gegenüber den Medien gab der damalige Zoodirektor Jörg Adler an, dass die Haltung von Delfinen "nicht mehr dem Zeitgeist" entspreche¹.

Gemäss Webseite des Tiergartens Nürnberg werden in der "Delphinlagune" insgesamt sieben Grosse Tümmler, davon drei Wildfänge und vier in Gefangenschaft geborene Tiere, gehalten². Im Duisburger Delfinarium leben acht Grosse Tümmler – davon zwei Wildfänge und sechs im Zoo Duisburg geborene Tiere³. Beide Delfinarien stehen unter anderem wegen der hohen Sterblichkeitsrate bei Jungtieren und des Einsatzes von Psychopharmaka in der Kritik⁴.

Die rückläufige Akzeptanz von Delfinarien in der Öffentlichkeit sowie wirtschaftliche Erwägungen führen dazu, dass in diversen Ländern Delfinarien geschlossen werden. Während in

¹ Ralf Repöhler, Delfinarium schliesst früher – der erste Delfin ist bereits abgetaucht, Westfälische Nachrichten, Online Artikel vom 14.6.2012 <<http://www.wn.de/Muenster/2012/06/Allwetterzoo-Delfinarium-schliesst-frueher-der-erste-Delfin-ist-bereits-abgetaucht>> (besucht am 9.2.2018).

² Tiergarten Nürnberg, Delphinlagune, Aktueller Tierbesatz (Stand Nov. 2016), Website <<http://tiergarten.nuernberg.de/entdecken/hoehpunkte/delphinlagune-und-manatihaus/delphinlagune.html>> (besucht am 9.2.2018).

³ Delfinarium Zoo Duisburg, Unsere Tiere, Webseite <http://www.delfinarium-zoo-duisburg.de/unsere_tiere.php> (besucht am 9.2.2018).

⁴ Eva Lindner, Die Letzten ihrer Art, Zeit-Online, Online Artikel vom 5.2.2015 <<https://www.zeit.de/2015/04/delfine-tierschutz-delfinarium-nuernberg>> (besucht am 9.2.2018).

fast allen Staaten Zoos mit auf dem Land lebenden Wildtieren bestehen, verzichten zahlreiche Länder gänzlich auf Delfinarien oder die Haltung beziehungsweise der Import von Delfinen und/oder Walen ist verboten.

Auf Anfrage des WDC, Deutschland gibt die TIR nachfolgend eine rechtliche Ersteinschätzung zu einem deutschen Import- beziehungsweise Halteverbot von Delfinen ab. Die Einzelheiten müssen in einem Gutachten noch genauer geprüft werden. Die Ausführungen stellen keinen Anspruch auf eine abschliessende Prüfung sämtlicher Rechtsgrundlagen. Der Schwerpunkt der Ausführungen liegt auf den im WDC Briefing von Oktober 2017 genannten Bestimmungen. In einem Gutachten wäre insbesondere auch die Vereinbarkeit eines Import- bzw. Halteverbots mit den Grundrechten zu untersuchen.

II. Rechtliches

1. Vereinbarkeit eines Halte- bzw. Importverbots mit internationalen Verpflichtungen

Importverbote beziehungsweise handelsbeschränkende Massnahmen müssen immer auf ihre Vereinbarkeit mit den internationalen Verpflichtungen des jeweiligen Staates geprüft werden. Zu denken wäre zunächst an EU-Recht sowie die WTO Bestimmungen:

- a) Zwischen den EU-Mitgliedstaaten sind gemäss *Art. 34 AEUV* ("Vertrag über die Arbeitsweise der EU") mengenmässige Einfuhrbeschränkungen sowie Massnahmen gleicher Wirkung grundsätzlich verboten. Ein Verbringungsverbot von Cetaceen⁵ nach Deutschland könnte eine solche Einfuhrbeschränkung im Sinne des AEUV darstellen und ein Haltungsverbot könnte als Massnahme gleicher Wirkung betrachtet werden. Das *GATT* ("Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen") fordert ebenfalls die allgemeine Beseitigung von mengenmässigen Beschränkungen wie namentlich von Importverboten. Eine Einstufung der Delfinimporte "als nicht kommerzieller Import" bei Zoos führt nach erster Einschätzung nicht zwingend zum Ausschluss des Handelsrechts. Die Anwendbarkeit der handelsrechtlichen EU-Regelungen sowie des WTO-Rechts müssten in einem Gutachten noch genau untersucht werden.

Selbst wenn diese Bestimmungen anwendbar wären, sind handelsbeschränkende Massnahmen aber nicht generell unmöglich:

- Über *Art. 36 AEUV* können Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit gerechtfertigt sein, wenn sie dem Tierschutz auf dem Staatsgebiet dienen und für diesen Zweck sowohl geeignet als auch erforderlich und verhältnismässig sind. Ein Mitgliedstaat hat

⁵ Cetaceen sind Delfine und andere Wale; nachfolgend wird dieser Oberbegriff verwendet.

demnach durchaus die Möglichkeit, in diesem Sinne handelsbeschränkende Massnahmen zu erlassen, die zum Schutz von Tieren erforderlich sind. Der notwendige Bezug zum Staatsgebiet ist nach Auffassung der TIR gegeben, da sich die Tiere als Folge der Verbringung im Inland befinden. Weniger belastende Alternativen zu einem Import- beziehungsweise Halteverbot wären jedoch vorrangig und müssten ausgeschlossen sein.

- Auch das GATT erklärt handelsbeschränkende Massnahmen für zulässig, soweit sie zum Schutz der öffentlichen Sittlichkeit erforderlich sind. In einem wegweisenden Entscheid über die Zulässigkeit des von der EU erlassenen Verbots des Inverkehrbringens von Robbenprodukten haben die WTO-Gremien ausdrücklich anerkannt, dass der Schutz von Tieren Bestandteil der öffentlichen Sittlichkeit ist und daher prinzipiell dazu geeignet sein kann, handelsbeschränkende Massnahmen zu rechtfertigen⁶. Bei der Ausgestaltung beschränkender Massnahmen muss jedoch darauf geachtet werden, dass sie weder zu ungerechtfertigter oder willkürlicher Diskriminierung gewisser Staaten führen, noch den Verdacht des Protektionismus erwecken⁷.

Vom Grundsatz des freien Warenverkehrs sind somit Ausnahmen zugunsten des Tierschutzes möglich, deren Einschlägigkeit in einem Gutachten gegebenenfalls genauer zu untersuchen wäre.

- b) Zu denken ist auch an die *Richtlinie des Rates 1999/22/EG* vom 29. März 1999 (EU-Zoorichtlinie). Sie hat zum Ziel, wildlebende Tiere und die biologische Artenvielfalt zu schützen und legt bestimmte Anforderungen fest, die Personen erfüllen müssen, damit sie einen Zoo betreiben dürfen. Auch wenn primärer Regelungsgegenstand der Artenschutz ist, enthält die Richtlinie Regelungen, die die Tierhaltung betreffen. Demnach sind Tiere unter Bedingungen zu halten, mit denen den Bedürfnissen der jeweiligen Art Rechnung getragen wird, wozu insbesondere auch die artgerechte Ausgestaltung der Gehege gehört. In Deutschland wird die EU-Zoorichtlinie durch die §§ 42 und 43 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) umgesetzt. Der Gesetzestext dieser Bestimmungen orientiert sich stark am Wortlaut der Richtlinie und verwendet dementsprechend überwiegend unbestimmte Rechtsbegriffe, die der Auslegung bedürfen. Nach Auffassung der TIR steht die EU-Richtlinie strengeren Regelungen einzelner Mitgliedstaaten nicht entgegen, da sie lediglich Rahmenbedingungen festlegt, die von ihnen nicht unterschritten werden dürfen.
- c) Das internationale Abkommen *CITES* ("Übereinkommen über den internationalen Handel mit gefährdeten Arten freilebender Tiere und Pflanzen") regelt den internationalen Handel

⁶ EC – Seal Products, Panel Report, European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products, WT/DS400/R, WT/DS4001/R (angenommen am 18.6.2014), N 7.630 ff.

⁷ Andreas Rüttimann/Vanessa Gerritsen/Charlotte Blattner, Zulässigkeit von Beschränkungen des Handels mit tierquälerisch hergestellten Pelzprodukten, Schriften zum Tier im Recht, Bd. 16, Zürich/ Basel/Genf, 49.

mit gefährdeten Wildtier- und Pflanzenarten und daraus hergestellten Produkten. In der EU wird das Abkommen durch EU-Verordnungen (*Verordnung (EG) Nr. 338/97 und Verordnung (EG) Nr. 865/2006*), die in den Mitgliedstaaten direkt anwendbar sind, umgesetzt. Diese Verordnungen regeln den innergemeinschaftlichen Handel (Binnenhandel) sowie den internationalen Handel mit Drittstaaten. Je nach Gefährdungsgrad werden die Tier- und Pflanzenarten in vier unterschiedlichen Anhängen (A-D) aufgeführt, wobei die Anhänge A, B und C überwiegend den CITES-Anhängen I, II und III entsprechen. Umfassende Informationen finden Sie z.B. hier: <https://www.bfn.de/themen/cites/regelungen-rechtsgrundlagen/regelungen.html>.

Cetaceen sind in Anhang A aufgelistet, d.h. ihre Einfuhr in die EU zu hauptsächlich kommerziellen Zwecken ist verboten. Die EU-Verordnung Nr. 338/97 definiert "hauptsächlich kommerzielle Zwecke" als "Zwecke, deren nichtkommerzieller Charakter nicht deutlich überwiegt". Anhang A-Arten unterliegen zudem grundsätzlich einem EU-weit einheitlichen Vermarktungsverbot, das neben dem Kauf und Verkauf, alle Vorbereitungshandlungen sowie die Verwendung und die *Zurschaustellung zu kommerziellen Zwecken* umfasst. Das Vermieten, der Tausch oder Austausch wird ausserdem dem Kauf gleichgestellt. Von diesen Verboten können jedoch Ausnahmen, z.B. zu Forschungs- oder Bildungszwecken und bei Nachzuchten (Art. 8 Abs. 3 EG-VO Nr. 338/97), zugelassen werden. Weitere Informationen betreffend zoologischer Gärten finden Sie hier: <https://www.bfn.de/themen/cites/antragstellung/vermarktungserlaubnis.html>.

Art. 8 Abs. 2 EG-VO Nr. 338/97 räumt den Mitgliedstaaten jedoch das Recht ein, den Besitz von Exemplaren, insbesondere von lebenden Tieren, die in Anhang A aufgeführt sind, zu verbieten. Darüber hinaus dürfen die Mitgliedstaaten gemäss den Erwägungen zur EG-VO Nr. 338/97 strengere Massnahmen ergreifen (unter Beachtung des AEUV), insbesondere in Bezug auf den Besitz von Exemplaren. § 44 Abs. 2 S. 1 BNatSchG begründet für sämtliche besonders geschützte Arten (Anhang A- und B-Arten) ein Besitzverbot. Ausnahmen von diesem Verbot sind jedoch gemäss § 45 BNatSchG zugelassen. Ausgenommen sind z.B. Tiere die rechtmässig in der Gemeinschaft gezüchtet oder aus der Natur entnommen worden sind oder rechtmässig aus einem Drittstaat in die Gemeinschaft gelangt sind⁸. Nach erster Einschätzung stünde die EG-VO Nr. 338/97 aber auch strengeren Massnahmen – wie einem generellen Besitzverbot von Cetaceen in Deutschland – nicht entgegen. Die Vereinbarkeit eines deutschen Importverbots mit der EG-Verordnung wäre in einem Gutachten ebenfalls noch zu untersuchen.

⁸ Gemäss § 7 Abs. 2 Nr. 19 BNatSchG: "in Übereinstimmung mit den jeweils geltenden Rechtsvorschriften zum Schutz der betreffenden Art im jeweiligen Staat sowie mit Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Artenschutzes und dem Übereinkommen vom 3.3.1973 über den internationalen Handel mit gefährdeten Arten freilebender Tiere und Pflanzen (BGBl. 1975 II S. 773, 777) – Washingtoner Artenschutzübereinkommen – im Rahmen ihrer jeweiligen räumlichen und zeitlichen Geltung oder Anwendbarkeit".

Auch Art. 14 Ziff. 1 des internationalen Abkommens CITES erlaubt den Vertragsstaaten strengere innerstaatliche Massnahmen hinsichtlich der Bedingungen für den Handel, die Inbesitznahme, den Besitz oder die Beförderung zu ergreifen. Der Grosse Tümmler ist im Rahmen des Übereinkommens lediglich in Anhang II aufgelistet und geniesst daher über die EG-Verordnungen bereits einen höheren Schutz, da in Anhang A Cetaceen generell aufgeführt werden⁹.

2. BNatSchG – Verordnungsermächtigung

Gemäss Art. 54 Abs. 5 BNatSchG wird das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit (BMU) ermächtigt, die Haltung oder die Zucht und das Inverkehrbringen¹⁰ von Tieren und Pflanzen bestimmter besonders geschützter Arten zu verbieten oder zu beschränken. Voraussetzung ist, dass diese Verbote aus Gründen des Artenschutzes¹¹ erforderlich sind und Rechtsakte der europäischen Gemeinschaft nicht entgegenstehen. Verbote im Sinne von Abs. 5 finden sich in § 3 Abs. 2 Bundesartenschutzverordnung (BArtSchV) für invasive Arten sowie in den §§ 7 ff. BArtSchV – z.B. verbietet § 10 BArtSchV die Haltung von Greifvogelhybriden. § 54 Abs. 5 BNatSchG sollte in einem Gutachten in Bezug auf Cetaceen näher geprüft werden.

3. Kurze Stellungnahme zu den im Briefing von Oktober 2017 genannten tierschutzrechtlichen Bestimmungen

Vorbemerkung: Auch wenn der Tierschutz und der Artenschutz Berührungspunkte aufweisen, sollten sie klar auseinandergelassen werden. Während es beim Artenschutz um den Erhalt von Populationen und deren natürliche Vielfalt geht, zielt der Tierschutz auf das einzelne Individuum und seine Unversehrtheit ab.

Die TIR nimmt zu den im WDC Briefing von Oktober 2017 angesprochenen tierschutzrechtlichen Bestimmungen und zum Säugetiergutachten wie folgt Stellung:

- a. Gemäss § 2a Abs. 1 TierSchG wird das Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft (BMEL) ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates, die

⁹ Bestimmte Ausnahmen gelten für Exemplare der in Anhang II des Übereinkommens aufgeführten Arten, die von der grönländischen Bevölkerung aufgrund einer Lizenz der jeweils zuständigen Behörde gefangen werden (einschliesslich Erzeugnisse und Nebenerzeugnisse daraus, mit Ausnahme von Fleischerzeugnissen für kommerzielle Zwecke). Sie gelten als in Anhang B aufgeführt.

¹⁰ Gemäss § 7 Abs. 2 Nr. 18 BNatSchG: "das Anbieten, Vorrätighalten zur Abgabe, Freihalten und jedes Abgeben an andere".

¹¹ Im Rahmen der Ersteinschätzung wird verwiesen auf: Sandra Altherr, Stellungnahme der Einzelsachverständigen für die 94. Sitzung des Ausschusses für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz zur Öffentlichen Anhörung zum Thema "Haltung von Delfinen beenden" am 15.5.2015 <https://www.prowildlife.de/wp-content/uploads/2016/02/PW_Stellungnahme_Agrarausschuss.pdf> (besucht am 9.2.2018).

Anforderungen an die Haltung von Tieren nach § 2 TierSchG näher zu bestimmen, soweit es zum Schutz der Tiere erforderlich ist. Beispielsweise können gemäss dessen Nr. 1 Vorschriften hinsichtlich der Bewegungsmöglichkeit oder der Gemeinschaftsbedürfnisse der Tiere oder gemäss Nr. 2 zu den Anforderungen an Räume, Käfige und sonstige Einrichtungen zur Unterbringung von Tieren erlassen werden. Die Verordnungskompetenz bezweckt damit eine am Massstab der Gebots- und Verbotstatbestände des § 2 ausgerichtete tierschutzgerechte Haltung¹². § 2a TierSchG ermächtigt somit zum Erlass von Haltungsvorschriften auf Verordnungsebene unter Berücksichtigung des in § 2 vorgezeichneten Interessensausgleichs. Eine Rechtsverordnung zur Haltung von Cetaceen existiert in Deutschland nicht.

Die Gebote und Verbote aus Nr. 1 und 2 gelten jedoch unmittelbar, d.h. auch ohne, dass eine Rechtsverordnung oder Verwaltungsvorschrift erlassen wurde¹³. Liegt ein Verstoß gegen § 2 Nr. 1 oder 2 vor, so muss die Behörde nach § 16a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TierSchG einschreiten. Demnach ist durchaus kritisch zu fragen, ob die Voraussetzung des § 2 TierSchG bei der Haltung der Grossen Tümmler in den beiden deutschen Zoos eingehalten werden. Nachfolgend kann im Rahmen der Ersteinschätzung nur auf die Grundzüge der Bestimmung eingegangen werden.

§ 2 TierSchG ist die Grundvorschrift im Bereich der Tierhaltung:

"Wer ein Tier hält, betreut oder zu betreuen hat,

- 1. muss das Tier seiner Art und seinen Bedürfnissen entsprechend angemessen ernähren, pflegen und verhaltensgerecht unterbringen,*
- 2. darf die Möglichkeit des Tieres zu artgemäßer Bewegung nicht so einschränken, dass ihm Schmerzen oder vermeidbare Leiden oder Schäden zugefügt werden,*
- 3. muss über die für eine angemessene Ernährung, Pflege und verhaltensgerechte Unterbringung des Tieres erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügen."*

Die Vorschrift gilt unmittelbar und für alle Tiere, die sich in der Obhut von Menschen befinden. Daher müssen auch den Zootieren artgerechte Lebensbedingungen im Sinne des § 2 TierSchG geboten werden¹⁴. § 2 Nr. 1 TierSchG ist eine starke Schutzvorschrift, dessen Schutzbereich durch die Oberbegriffe "Ernährung", "Pflege" und "verhaltensgerechte Unterbringung" bestimmt wird¹⁵. Dagegen darf die Möglichkeit eines Tieres zur "artgemässen Bewegung" gemäss § 2 Nr. 2 TierSchG weitergehenden Einschränkungen unterworfen werden.

¹² Von Loeper in: Hans-Georg Kluge (Hrsg.), Tierschutzgesetz – Kommentar, § 2a TierSchG RN 7.

¹³ Almuth Hirt/Christoph Maisack/Johanna Moritz, Tierschutzgesetz – Kommentar, § 2 TierSchG RN 3.

¹⁴ Hirt/Maisack/Moritz, § 2 TierSchG RN 2.

¹⁵ Hirt/Maisack/Moritz, § 2 TierSchG RN 32; Bzgl. Tierschutzproblemen in der Gefangenenhaltung wird im Rahmen der Ersteinschätzung verwiesen auf: Sandra Altherr, "Haltung von Delfinen beenden" <https://www.prowild-life.de/wp-content/uploads/2016/02/PW_Stellungnahme_Agrarausschuss.pdf>.

Schmerzen dürfen dem Tier durch die Einschränkung der Bewegungsfreiheit jedoch in keiner Weise zugefügt werden. Bereits "einfache" Schmerzen sind unzulässig¹⁶. Verursacht die Bewegungseinschränkung hingegen keine Schmerzen, aber Leiden oder Schäden, ist diese nur dann rechtswidrig, soweit diese Folgen vermeidbar sind. "Einfaches" Leiden genügt auch hier, d.h. das verursachte Leiden muss nicht erheblich sein¹⁷.

Als vermeidbar werden Leiden oder Schäden betrachtet, wenn ihre Verursachung keinem "vernünftigen Grund" entspricht¹⁸. Die Haltung von Wildtieren in Zoos wird vor allem mit den Argumenten Bildung, Forschung, Artenschutz und Erholung gerechtfertigt. Um die Haltung von Delfinen in Delfinarien aufgrund der deutlich eingeschränkten Bewegungsmöglichkeit rechtfertigen zu können, muss nach Ansicht *Lorz/Metzger* jedes Delfinarium über ein wissenschaftliches Beobachtungs- und Begleitprogramm verfügen. Bei rein finanziell ausgerichteten Delfinarien wäre der vernünftige Haltungsgrund hingegen wohl zu verneinen¹⁹. Darüber hinaus stehe der Flächenbedarf der Tiere mit dem Interesse der Besucher an der Beobachtung der Tiere in einem generellen Konflikt. Soweit der Nutzungszweck noch erfüllt werden könne, müsse der den Tieren zur Verfügung zustellende Flächenbedarf menschlichen Nutzungsinteressen vorgehen²⁰. Nach Ansicht *Hirt/Maisack/Moritz* müssen jedoch auch bei der Vermeidbarkeitsprüfung, wie immer beim vernünftigen Grund, alle vier Elemente des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes (erlaubter Zweck; Geeignetheit; Erforderlichkeit; Verhältnismässigkeit im engeren Sinne) geprüft werden²¹. Nach dem Mehr-Nutzen-als-Schaden-Prinzip kann ein vernünftiger Grund nur bejaht werden, wenn der von dem Eingriff ausgehende Nutzen so gewichtig ist, dass er die Beeinträchtigung der Belange der Tiere wesentlich überwiegt²². Die natürliche Umgebung von Delfinen kann in Delfinarien nicht annähernd nachgebaut werden²³. Grosse Tümmler legen in freier Wildbahn täglich bis zu 150 Kilometer zurück, wobei sie Geschwindigkeiten von 50 Stundenkilometer erreichen und mehrere Hundert Meter tief tauchen können²⁴. Das Ausleben dieser natürlichen Verhaltensweisen wird ihnen in Delfinarien vollständig verunmöglicht, so dass nach Auffassung der TIR das menschliche Nutzungsinteresse hinter dem Wohlergehen des Tieres zurücktreten muss. Dies auch vor dem Hintergrund, dass sich die Besucher die Bildung anderweitig beschaffen können²⁵.

¹⁶ Hirt/Maisack/Moritz, § 2 TierSchG RN 46.

¹⁷ Hirt/Maisack/Moritz, § 2 TierSchG RN 47.

¹⁸ Hirt/Maisack/Moritz, § 2 TierSchG RN 47.

¹⁹ Albert Lorz/Ernst Metzger, 6. Auflage, München 2008, § 2 TierSchG RN 46.

²⁰ Lorz/Metzger, Anh. § 2 TierSchG RN 60.

²¹ Hirt/Maisack/Moritz, § 2 TierSchG RN 48.

²² Hirt/Maisack/Moritz, § 1 TierSchG RN 54.

²³ Rose Naomi A./Parsons E.C.M./Farinato Richard, The Case Against Marine Mammals in Captivity, Washington/Boston 2009 21 <http://www.humanesociety.org/assets/pdfs/marine_mammals/case_against_marine_captivity.pdf> (besucht am 9.2.2018).

²⁴ Rose/Parson/Richard 21.

²⁵ Vgl. Lorz/Metzger, § 2 TierSchG RN 45.

- b. Das *Gutachten über die Mindestanforderungen an die Haltung von Säugetieren* (Säugetiergutachten), welches zuletzt 2014 überarbeitet wurde, stellt die biologisch relevanten Mindestanforderungen für die Haltung von Säugetieren nicht rechtsverbindlich auf. Es soll die in § 2 TierSchG niedergelegten Haltungsanforderungen konkretisieren. Auslöser für die Überarbeitung war ein Beschluss des Deutschen Bundestages aus dem Jahr 2009, in dem dazu aufgefordert wurde, "die Haltungsformen von Delfinen anzupassen und regelmässig zu überarbeiten".

Das Vorgängergutachten von 1996 wurde von der Rechtsprechung als standardisiertes Sachverständigengutachten anerkannt, d.h. dass Abweichungen zu Lasten des Tierschutzes nicht mit pauschalen Behauptungen begründet werden konnten. Das dürfte auch für das Gutachten von 2014 gelten. Abweichungen zu Gunsten eines weitergehenden Tierschutzes können aber geboten sein, wenn Anhaltspunkte vorliegen, dass einzelne Vorgaben des Gutachtens nicht die "stets hohen Anforderungen" erfüllen, denen die Tierhaltung nach der EU-Zoorichtlinie und nach dem jeweiligen Landesrecht genügen muss²⁶.

Der Beweiswert antizipierter Gutachten lässt sich beispielsweise durch Differenzprotokolle mindern. Dies gilt insbesondere dann, wenn dem Expertengremium nicht alle notwendigen Informationen zur Verfügung standen. Vorliegend hätte beispielsweise das europäische Zuchtbuch, das Auskunft über Herkunft, Verbleib und Todesraten der Meeressäuger in den verschiedenen Delphinarien in Europa bereitstellt, wichtige Erkenntnisse liefern können²⁷. Voraussetzung ist jedoch, dass solche Differenzgutachten sachlich begründet sind und nicht auf falscher Gesetzesauslegung beruhen. Die Aussage im Differenzprotokoll des Verbands Deutscher Zoodirektoren e.V. (VDZ) lässt vermuten, dass eine verhaltensgerechte Unterbringung ihrer Ansicht nach bereits vorliegt, wenn sich bei den Tieren keine Verhaltens- oder Funktionsstörungen als Anzeichen für anhaltende, erhebliche Leiden im Sinne von § 17 Nr. 2b TierSchG zeigen. Diese Auffassung verkennt, dass ein Verstoß gegen § 2 Nr. 1 TierSchG bereits dann vorliegt, wenn wesentliche Grundbedürfnisse von Tieren in einem erheblichen Mass zurückgedrängt sind. Bewegungseinschränkungen sind bereits dann rechtswidrig, wenn sie zu "einfachen" Leiden oder Schäden führen²⁸.

- c. § 12 Abs. 2 Nr. 4 TierSchG ermöglicht das Halten, das Ausstellen und das Verbringen von Wirbeltieren ins Inland auf Verordnungsebene zu verbieten, wenn an dem Tier tierschutzwidrige Amputationen vorgenommen wurden, das Tier eine Qualzucht nach § 11b Abs. 1 Nr. 1 TierSchG darstellt oder eine erblich bedingte Verhaltensstörungen nach § 11b Abs. 1

²⁶ Hirt/Maisack/Moritz, Anh. § 2 TierSchG RN 143.

²⁷ Hirt/Maisack/Moritz, Anh. § 2 TierSchG RN 144.

²⁸ Hirt/Maisack/Moritz, Anh. § 2 TierSchG RN 145; Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft, Gutachten über Mindestanforderungen an die Haltung von Säugetieren, Mai 2014, 297 <https://www.bmel.de/Shared-Docs/Downloads/Tier/Tierschutz/GutachtenLeitlinien/HaltungSaeugetiere.pdf?__blob=publicationFile> (besucht am 9.2.2018).

Nr. 2 TierSchG aufweist oder an dem Tier einer der Tatbestände nach § 11b Abs. 1 Nr. 2 lit. b oder c TierSchG erfüllt ist. Keine der Alternativen des § 12 Abs. 2 Nr. 4 TierSchG ist nach Auffassung der TIR vorliegend einschlägig. Art. 11 b Abs. 1 TierSchG schützt Wirbeltiere vor negativen Auswirkungen extremer Zuchtformen und ähnlichen Massnahmen.

- d. Nach § 12 Abs. 2 Nr. 5 TierSchG soll das Halten von Wirbeltieren, bei denen anzunehmen ist, dass sie durch tierschutzwidrige Handlungen vorgeschädigt sind, auf Verordnungsstufe verboten werden können, wenn das Weiterleben der Tiere nur unter Leiden möglich ist. Eine Tierschutzwidrige Handlung liegt vor, wenn gegen eine Spezialvorschrift des Tierschutzgesetzes, wie z.B. §§ 2 oder 3 TierSchG verstossen wurde²⁹. Mit dieser Bestimmung soll der gewerblichen Nutzung tierschutzwidriger Praktiken über ein Halteverbot entgegengewirkt werden³⁰. Das Tatbestandsmerkmal "Leiden" sollte im Lichte von Art. 20a GG und § 1 S. 2 TierSchG dahingehend ausgelegt werden, dass nur nicht behebbare Leiden ein Haltungsverbot rechtfertigen können³¹. Das Haltungsverbot würde ansonsten jeden Halter treffen und es liefe nach Auffassung von *von Loeper* auf eine Tötung des Tieres hinaus³².

4. Verordnungsermächtigungsnorm § 13 Abs. 3 TierSchG

Besonders interessant in Bezug auf ein Halteverbot von Cetaceen in Deutschland erscheint die Verordnungskompetenznorm § 13 Abs. 3 TierSchG. Sie ermächtigt das Bundesministerium (BMEL), soweit es zum Schutz der Tiere erforderlich ist, das Halten von Tieren wildlebender Arten, den Handel mit solchen Tieren sowie ihre Einfuhr aus einem Nicht-EU-Staat oder ihre Ausfuhr aus dem Inland in einen solchen, zu verbieten, zu beschränken oder von einer Genehmigung abhängig zu machen. Hierzu bedarf es des Einvernehmens mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie und des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit sowie der Zustimmung des Bundesrates.

Wildlebende Tiere sind Tiere, die in Europa oder anderswo, auch auf begrenztem Raum, in Freiheit vorkommen. Dabei ist allein entscheidend, dass das Tier einer solchen Art angehört. Es kann auch vom Menschen gezüchtet oder aufgezogen worden sein³³.

§ 13 Abs. 3 TierSchG hat nicht den Artenschutz im Sinn, sondern den Schutz des einzelnen Tieres³⁴. Dem Gesetzgeber schien die Ermächtigungskompetenz geboten, um erforderlichenfalls zum Schutz wildlebender Tiere Regelungen hinsichtlich der Haltung, des Handels sowie der Einfuhr treffen zu können. Dabei dachte er insbesondere an exotische Tiere, die

²⁹ Hirt/Maisack/Moritz, § 12 TierSchG RN 2.

³⁰ Von Loeper, § 12 RN 19.

³¹ Hirt/Maisack/Moritz, § 12 TierSchG RN 9.

³² Von Loeper, § 12 RN 19.

³³ Hirt/Maisack/Moritz, § 13 TierSchG RN 20; Lorz/Metzger, § 13 TierSchG RN 24.

³⁴ Lorz/Metzger, § 13 TierSchG RN 24.

unter den hiesigen Klimaverhältnissen nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten gehalten werden können³⁵. Die Aufzählung ist folglich nicht abschliessend.

Die Ermächtigungsnorm erlaubt Regelungen, die zum Schutz der Tiere erforderlich sind, d.h. Zweck der Regelung muss es sein, den Schutz dieser Tiere bei Haltung, Handel, Ein- und Ausfuhr zu verbessern und ein Tierschutzniveau zu verwirklichen, das deutlich über ein blosses Minimalprogramm hinausgeht³⁶. Die Regelungen müssen die Unterdrückungen oder die erhebliche Zurückdrängung von Verhaltensweisen, die von § 2 Nr. 1 TierSchG erfasst werden, verhindern und in Bezug auf § 2 Nr. 2 TierSchG dem zumindest starken Bewegungsbedürfnis dieser Tiere Rechnung tragen³⁷. Bezüglich bestehender Tierschutzprobleme in der Gefangenenhaltung von Delfinen wird auf die in der Fussnote aufgeführten Stellungnahmen verwiesen³⁸. Das vom Gesetz vorgesehene Schutzniveau darf durch die Verordnung auch erhöht, aber nicht eingeschränkt werden³⁹. Bisher wurde von der Verordnungsermächtigung noch nie Gebrauch gemacht. Sie ist anwendbar, wenn gleichartige Regelungen im Rahmen artenschutz-, jagdschutz- oder naturschutzrechtlicher Vorschriften nicht bestehen oder von entsprechenden Ermächtigungen in diesen Rechtsbereichen nicht Gebrauch gemacht wurde⁴⁰.

III. Fazit

Sowohl Art. 34 AEUV und das GATT lassen Ausnahmen für Massnahmen zu, die zum Schutz der öffentlichen Sittlichkeit oder aus Gründen des Tierschutzes erforderlich sind. Auch das internationale Abkommen CITES und die EU-Verordnungen sehen einen gewissen Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten/Vertragsstaaten für strengere Massnahmen vor. Eine pauschale Ablehnung eines Halte- oder Importverbots von Cetaceen mit Verweis auf internationales Recht ohne weitergehende Prüfung greift daher zu kurz.

Sowohl das BNatSchG, als auch das TierSchG sehen zudem die Möglichkeit vor, die Haltung bestimmter Wildtiere aus Gründen des Tier- und Artenschutzes durch eine Rechtsverordnung zu verbieten. § 54 BNatSchG und § 13 Abs. 3 TierSchG sind solche Verordnungskompetenznormen. Über § 13 Abs. 3 TierSchG kann ausserdem die Einfuhr aus Nicht-EU-Staa-

³⁵ BT-Drs. 10/3158, 28.

³⁶ Hirt/Maisack/Moritz, § 13 TierSchG RN 22.

³⁷ Hirt/Maisack/Moritz, § 13 TierSchG RN 22.

³⁸ Im Rahmen der Ersteinschätzung wird verwiesen auf: Sandra Altherr, "Haltung von Delfinen beenden" <https://www.prowildlife.de/wp-content/uploads/2016/02/PW_Stellungnahme_Agrarausschuss.pdf>; Gieri Bolliger/Andreas Rüttimann, Zur Rechtmässigkeit eines Halte- bzw. Einfuhrverbots für Cetaceen, 4-9 <https://www.tierimrecht.org/documents/876/Zulaessigkeit_Importverbot_Cetacea_TIR_def.pdf> (besucht am 9.2.2018); Antoine F. Geotschel, Delfinarien aus tierschutzrechtlicher Sicht, Juni 2002 <https://www.tierimrecht.org/documents/882/Delfinariengutachten_Europa.pdf> (besucht am 9.2.2018).

³⁹ Hirt/Maisack/Moritz, § 13 TierSchG RN 22.

⁴⁰ BT-Drs. 10/3158, 28.

ten verboten werden, nicht aber aus anderen Mitgliedstaaten. Die Gründe für diese Einschränkung müssten in einem Gutachten untersucht werden. Ein Halteverbot würde jedoch auch zu einem faktischen Importverbot von Cetaceen für deutsche Zoos führen. Eine Änderung des TierSchG oder des BNatSchG aufgrund geänderter Einstellung des Gesetzgebers ist zudem ebenfalls möglich. Grundsätzlich könnte er auch ein Importverbot in Deutschland erlassen. Voraussetzung ist auch hier, dass diese Regelung mit höherrangigem Recht, insbesondere mit dem EU-Recht vereinbar ist. Neben der Vereinbarkeit eines Import- bzw. Halteverbots von Cetaceen mit internationalem Recht müsste in einem Gutachten auch dessen Vereinbarkeit mit den Grundrechten aufgezeigt werden. Darüber hinaus sollten auch Überlegungen zur Umsetzung, wie z.B. die Festlegung einer Übergangsfrist, vorgenommen werden.