

Gutachterliche Stellungnahme
zur
Verfassungsmäßigkeit der geplanten
Gefahrtiergesetzgebung in Nordrhein-Westfalen

erstellt im Auftrag des
Veranstaltungsservice Joswig, Recklinghausen

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

August 2015

Inhaltsverzeichnis

I. Untersuchungsgegenstand	5
II. Verfassungsrechtliche Bewertung	5
1. Eingriff in die Berufsfreiheit von Tierbörsenveranstaltern	6
a. Regulierungsansatz des Gesetzgebers für den gewerblichen Kontext	6
aa. Objektive Unmöglichkeit der Erlaubnispflicht für Wirbellose	8
bb. Auswirkungen auf Tierbörsen	10
b. Durch Art. 12 Abs. 1 GG gezogene Grenzen	13
aa. Unmittelbare Beeinträchtigung der Berufsfreiheit	13
bb. Mittelbare Beeinträchtigung der Berufsfreiheit	14
cc. GefTierG als Berufsverbot	16
aaa. Qualität als objektive Zulassungsbe- schränkung	16
bbb. Hochrangigkeit des geschützten Gemeinschaftsgutes	19

ccc. Vorliegen nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher Gefahren	20
(1) Zur empirischen Ausgangslage: ein Entwichenes Tier pro Jahr	21
(2) Zu den Informationsquellen: Medien	24
(3) Zwischenergebnis	26
(4) Pflicht des Gesetzgebers zu konsequenter Regelung	26
2. Eingriff in die Berufsfreiheit von Händlern	32
a. Schutzbereichsaspekte	33
b. Eingriffsqualität	34
c. Konsequenz der fehlenden RVO nach § 11 Abs. 2 TierSchG	36
d. Bewertung nach Ablauf der Übergangsphase	39
e. Insbesondere: Gebot der Normenklarheit	40
3. Strafrechtliche Sanktionen	41
a. Fehlende Gesetzgebungskompetenz	42
b. Strafrecht als ultima ratio	44

aa. Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	45
bb. Insbesondere: Systemwidrige Verwerfung zum HundeG	48
c. Zwischenergebnis	50
4. Eingriff in Art. 13 GG	51
a. Eingriffskategorisierung	52
b. Grenzen behördlicher Nachschau bei Betriebs- und Geschäftsräumen	53
c. Grenzen behördlicher Nachschau bei Privaträumen: Art. 13 Abs. 7 GG	55
d. Insbesondere: Abgleich zum TierSchG	59
5. Eingriff in Halterrechte	60
6. Frage der Übergangsfristen	63
III. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	67

I. Untersuchungsgegenstand

Die nordrhein-westfälische Landesregierung hat den Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung vor gefährlichen Tieren wildlebender Arten (Gefahrtiergesetz - GefTierG NRW) vorgelegt, der durch den Entwurf einer ordnungsbehördlichen Verordnung zur Durchführung des Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung vor gefährlichen Tieren wildlebender Arten (Gefahrtiergesetzdurchführungsverordnung - DVO GefTierG NRW) flankiert wird. Nordrhein-Westfalen schließt sich so einer Mehrzahl der Bundesländer an, die die entsprechende Thematik in den vergangenen Jahren auf Gesetzesebene behandelt haben. Dabei zeigen sich teils eklatante Unterschiede nicht nur in der jeweiligen Konkretisierung der als gefährlich erachteten Arten, sondern auch und vor allem bei der Festlegung der ordnungspolitischen Instrumentarien.

Die vorliegende gutachterliche Stellungnahme wird diese Abweichungen zwischen verschiedenen landesrechtlichen Regelungen ganz überwiegend außer Betracht lassen. Im Fokus der Untersuchung steht vielmehr eine exklusive Betrachtung der für Nordrhein-Westfalen vorgesehenen Regulierungen. Angesichts der ungewöhnlich detailfreudigen Entwürfe wird insoweit zudem eine gewisse Schwerpunktsetzung auf bestimmte verfassungsrechtliche Spannungsfelder erfolgen.

II. Verfassungsrechtliche Bewertung

Der vorliegende Entwurf des GefTierG und die korrespondierende DVO bieten schon aufgrund der

Eigenart der zu regelnden Materie mannigfache Anknüpfungspunkte für verfassungsrechtliche Erwägungen. Dies gilt auch und insbesondere für die Frage, ob sich der Gesetzgeber im Regulierungskontext auf zutreffende naturwissenschaftliche Erkenntnisse bezieht. Diesbezüglich bedarf es der Hinzuziehung naturwissenschaftlicher Expertise, die in anderem Zusammenhang geleistet werden wird.

Die folgenden Ausführungen nehmen vor diesem Hintergrund keine umfassende oder gar abschließende Bewertung vor, sondern fokussieren sich auf einige besonders drastische Eingriffe in verfassungsrechtlich geschützte Freiheitsrechte. Dies gilt namentlich für die Berufsausübungsfreiheit von Tierbörsenveranstaltern und anderen Gewerbetreibenden, den Schutz der Wohnung, das Gleichbehandlungsgebot, die Halterrechte, die Frage der Übergangsbestimmungen, sowie ausgesuchte Aspekte der Gesetzgebungskompetenz.

1. Eingriff in die Berufsfreiheit von Tierbörsenveranstaltern

a. Regulierungsansatz des Gesetzgebers für den gewerblichen Kontext

Es liegt auf der Hand, dass sich die geplanten Regelungen nicht nur auf den Kreis der privaten Tierhalter, sondern auch und insbesondere auf den gewerbsmäßigen Umgang mit Tieren auswirken werden. Der Gesetzgeber antizipiert diesen Effekt sogar

ausdrücklich.¹ § 1 Abs. 3 Nr. 2 GefTierG sieht vor diesem Hintergrund vor, dass die Vorschriften des Gesetzes nicht für die Haltung von Tieren in „Einrichtungen oder Betrieben mit gewerblichem Charakter [gelten], die über eine Erlaubnis gemäß § 11 Absatz 1 Satz 1 Nummer 8 des Tierschutzgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 18. Mai 2006 (BGBl. I S. 1206, 1313), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 28. Juli 2014 (BGBl. I S. 1308) geändert worden ist, verfügen [...]“

Die in Bezug genommene Bestimmung des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 TierSchG führt sodann aus:

„Wer gewerbsmäßig, außer in den Fällen der Nummer 1,
a) Wirbeltiere, außer landwirtschaftliche Nutztiere und Gehegewild, züchten oder halten,
b) mit Wirbeltieren handeln,
c) einen Reit- oder Fahrbetrieb unterhalten,
d) Tiere zur Schau stellen oder für solche Zwecke zur Verfügung stellen,
e) Wirbeltiere als Schädlinge bekämpfen oder
f) für Dritte Hunde ausbilden oder die Ausbildung der Hunde durch den Tierhalter anleiten
will, bedarf der Erlaubnis der zuständigen Behörde. Für das Zurschaustellen von Tieren an wechselnden Orten darf die Erlaubnis nach Satz 1 Nummer 4 oder nach Satz 1 Nummer 8 Buchstabe d nur insoweit erteilt werden, als die Tiere nicht einer Art angehören, deren Zurschaustellen an wechselnden Orten auf Grund einer Rechtsverordnung nach Absatz 4 verboten ist.“

¹ Siehe hierzu S. 3 des Gesetzesentwurfs der Landesregierung.

Damit zeitigt § 1 Abs. 3 Nr. 2 GefTierG iVm § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 TierSchG verschiedene Effekte:

aa. Objektive Unmöglichkeit der Erlaubnispflicht für Wirbellose

Zunächst kann die erforderliche Genehmigung für Zucht, Haltung und Handel im gewerblichen Kontext nur dann erlangt werden, wenn es sich bei den betreffenden Tieren um Wirbeltiere handelt. Somit werden zwar beispielsweise Amphibien und Reptilien erfasst, umgekehrt aber alle Wirbellosen ausgeklammert.

Dass das § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 TierSchG in Bezug auf Wirbellose nicht von einer fehlenden Erlaubnisfähigkeit, sondern gerade von einer fehlenden Erlaubnispflicht ausgeht, schlägt nach dem Willen des nordrhein-westfälischen Gesetzgebers offenbar nicht auf die Ebene des GefTierG durch. Denn § 1 Abs. 3 Nr. 2 GefTierG verlangt die Erlaubnis nach TierSchG nicht „soweit nach den Maßstäben des TierSchG erforderlich“, sondern ausnahmslos für alle Einrichtungen und Betriebe mit gewerblichem Charakter. Mit anderen Worten: Betriebe und Einrichtungen, die die Erlaubnis nach § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 TierSchG nicht vorbringen können, weil das TierSchG aufgrund systemimmanenter Erwägungen keine Erlaubnispflichtigkeit annimmt, verfügen gleichwohl im Anwendungsbereich des GefTierG nicht über die entsprechende Erlaubnis.

Selbst wenn man der Landesregierung insoweit eine redaktionelle Unbedachtheit unterstellen wollte, würde sich hieraus für die Erlaubnis nach § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 TierSchG keine abweichende Bewertung ergeben: Denn auch nach der Vorstellung des GefTierG ist die tierschutzrechtliche Erlaubnis bei den nach TierSchG zuständigen Stellen zu erlangen. Die für die Erteilung der Erlaubnis nach § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 TierSchG zuständige Behörde wird aber bei Wirbellosen definitiv nicht tätig werden: es fehlt insoweit an einer gesetzlichen Grundlage, aber ebenso auch an der sachlichen Zuständigkeit - und nicht zuletzt auch schon ganz lapidar an den erforderlichen Vordrucken.

Damit wird für Wirbellose, die dem GefTierG bzw. der DVO GefTierG unterfallen, ein faktisches Haltungsverbot ausgesprochen, das nicht nur der nach außen kommunizierten Wertung der Landesregierung diametral widerspricht, sondern zugleich auch unter tierschutzrechtlichen Gesichtspunkten einen Schutzstandard etabliert, der selbst nach TierSchG nicht für erforderlich gehalten wird.

Unter vorliegend interessierenden verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten führt § 1 Abs. 3 Nr. 2 GefTierG zu einem Fall der objektiven Unmöglichkeit. Die objektive Unmöglichkeit findet sich einfachrechtlich etwa in § 44 Abs. 2 Nr. 4 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) und besagt, dass ein Verwaltungsakt, den aus tatsächlichen Gründen niemand ausführen kann, nicht nur rechtswidrig, sondern aufgrund der Schwere des rechtlichen Mangels sogar nichtig ist.

Diese Sichtweise wird verfassungsrechtlich durch das Rechtsstaatsprinzip gestützt, das nach allgemeiner Anschauung dazu führt, dass niemand zu objektiv unmöglichen Leistungen verpflichtet ist oder verpflichtet werden kann.² Als geradezu klassische Ausprägung gilt hier die sogenannte objektive tatsächliche Unmöglichkeit³, bei der tatsächlichen rechtlichen Rahmenbedingungen dazu führen, dass einem (aufsichts-) behördlichen Verlangen nicht entsprochen werden kann.⁴ Der für Wirbellose erzielte Effekt bewirkt daher, dass das Regelungsregime des GefTierG insoweit verfassungswidrig ist.

bb. Auswirkungen auf Tierbörsen

Zum anderen bewirkt der genannte Verweis des GefTierG auf § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 TierSchG, dass gewerbliche Tierbörsen nicht mehr durchgeführt werden könnten. Auf den ersten Blick bietet zwar § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 lit. d) TierSchG mit der Option des „Zurschaustellens“ eine mögliche Erlaubnisalternative für Börsen; bei näherer Betrachtung erweist sich dieser Ansatz jedoch als Trugschluss. Das Zurschaustellen umfasst lediglich die reine Präsentation der Tiere, wie sie etwa auf einer Vogelschau praktiziert wird. Kommt es zum Tausch oder Verkauf der Tiere, liegt folglich kein bloßes

² Kopp/Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 12. Aufl. 2011, § 44 Rn. 39.

³ VGH München, NVwZ 2008, 445 (446).

⁴ Siehe allgemein auch Hessischer VGH, Beschluss vom 24.11.1999, Az.: 8 ZU 993/99; Schäfer, in: Obermayer/Fritz, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 3. Aufl. 1999, § 44 Rn. 56; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 7. Aufl. 2008, § 44 Rn. 145.

Zurschaustellen mehr vor.⁵ Dass auch der Gesetzgeber des TierSchG von dieser Differenzierung ausgeht, verdeutlicht in denkbar eindeutiger Weise die gesonderte Erlaubnispflichtigkeit nach § 11 Abs. 1 Nr. 7 TierSchG, die für denjenigen gilt, der „Tierbörsen zum Zwecke des Tausches oder Verkaufes von Tieren durch Dritte durchführen will“. Indem nun § 1 Abs. 3 Nr. 2 GefTierG ausschließlich auf die Erlaubnis nach § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 TierSchG, nicht aber auf die Erlaubnis nach § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 TierSchG verweist, werden Tierbörsen künftig de facto verboten.

Ausschlaggebend für diese Bewertung ist zusätzlich auch der Umstand, dass der Gesetzgeber außerhalb der Ausnahmen des § 1 Abs. 3 Nr. 2 GefTierG von einer uneingeschränkten Anwendung aller Vorschriften des GefTierG ausgeht. Im Gesetzesentwurf heißt es hierzu: „Der Anwendungsbereich des Gesetzesentwurfs umfasst grundsätzlich auch Tierhaltungen durch Gewerbetreibende. Ausgenommen hiervon sind allerdings sämtliche Gewerbetreibende, bei denen die Tierhaltung einen wesentlichen Bestandteil des Geschäftsbetriebes darstellt und die insoweit über eine Erlaubnis nach § 11 Absatz 1 Satz 1 Nummer 8 des Tierschutzgesetzes verfügen. Abgesehen von diesen Ausnahmen erscheint es jedoch gerechtfertigt, Personen, die sich als Gewerbetreibende gefährliche Tiere anschaffen, ohne dass ein unmittelbarer Zusammenhang mit der ausgeübten

⁵ Lorz/Metzger, Tierschutzgesetz, 5. Aufl. 1999, § 11 Rn. 14; Goetschel, in: Kluge (Hrsg.), Tierschutzgesetz, 2002, § 11 Rn. 10 und 13; Metzger, in: Erbs/Kohlhass (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, 201. EL Januar 2015, § 11 TierschG, Rn. 3.

gewerblichen Tätigkeit besteht, nicht anders zu behandeln als Privatpersonen.“⁶

Unabhängig davon, dass ein Tierbörsenveranstalter üblicherweise selbst keine Tiere anschafft, sondern lediglich Dritten die räumlich-sachliche Plattform für Handelsaktivitäten zur Verfügung stellt⁷, machen die genannten Ausführungen im Gesetzesentwurf deutlich, dass außerhalb des Anwendungsbereiches von § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 TierSchG - der, wie bereits dargestellt, Tierbörsen gerade nicht umfasst - alle für Privatpersonen geltenden Bestimmungen uneingeschränkt Anwendung finden sollen. Die hierdurch in Bezug genommenen Vorgaben des GefTierG gehen aber gerade von der besonderen Konstellation des einzelnen Halters aus. Der Veranstalter einer Börse, auf der von einer Vielzahl von Personen eine Vielzahl von Tieren angeboten werden, kann die entsprechenden Vorgaben nicht erfüllen: weder besteht für einen Börsenveranstalter die Möglichkeit, gleichsam in Vertretung der an der Börse teilnehmenden Halter, Genehmigungs- und Anzeigerfordernissen zu entsprechen, noch kann er für alle auf einer Börse üblicherweise angebotenen Tiere persönlich die geforderte Sachkunde erwerben. Zwar würde praktisch die Möglichkeit bestehen, dass ein Börsenveranstalter verschiedene Mitarbeiter einsetzt, die für verschiedene Gruppen von Tieren über die erforderliche Sachkunde verfügen; diese Form der Vertretung ist jedoch im GefTierG de lege lata gerade nicht vorgesehen, so dass bezweifelt werden muss, dass die beschriebene Vorgehensweise von den

⁶ S. 3 des Gesetzesentwurfs der Landesregierung.

⁷ Vgl. auch Goetschel, in: Kluge (Hrsg.), Tierschutzgesetz, 2002, § 11 Rn. 10.

zuständigen Behörden akzeptiert werden würde. In der Gesamtschau zeigt sich damit, dass das GefTierG gezielt zu einem Verbot von Tierbörsen führt.

b. Durch Art. 12 Abs. 1 GG gezogene Grenzen

Nach bislang unbestrittener Überzeugung statuiert Art. 12 Abs. 1 GG „ein für das Arbeits- und Wirtschaftsleben zentrales Freiheitsrecht, das dem Einzelnen die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit zur materiellen Sicherung seiner individuellen Lebensgestaltung ermöglicht“.⁸ Sinn und Zweck der Bestimmung aktivieren somit vor allem die subjektivrechtliche Dimension. In den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG fallen damit zunächst alle gegen die berufliche Freiheit gerichteten Ingerenzen.⁹ Da staatliche Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit zunehmend aber ebenso mediatisiert – etwa über Planungsmaßnahmen, Subventionierungen etc. – erreicht werden können, besteht darüber hinaus auch die Möglichkeit, dass sogenannte faktische oder mittelbare Beeinträchtigungen zu einer Verletzung des Art. 12 Abs. 1 GG führen.¹⁰

aa. Unmittelbare Beeinträchtigung der Berufsfreiheit

Es wurde bereits dargelegt, dass und in welcher Weise die nordrhein-westfälische Landesregierung den gewerblichen Umgang mit den betreffenden Tieren bewertet: Der Gesetzentwurf geht dezidiert und

⁸ Tettinger/Mann, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 12 Rn. 9 mwN.

⁹ Tettinger/Mann, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 12 Rn. 9.

¹⁰ Tettinger/Mann, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 12 Rn. 10.

ausführlich auf „Tierhaltungen durch Gewerbetreibende“ ein und differenziert dabei zwischen „Gewerbetreibende[n], bei denen die Tierhaltung einen wesentlichen Bestandteil des Geschäftsbetriebes darstellt“ einerseits und allen verbleibenden Gewerbetreibenden andererseits. Außerdem identifiziert der Gesetzentwurf - wie bereits dargestellt - die Erlaubnis nach § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 TierSchG als relevante Zulässigkeitsvoraussetzung für die gewerbliche Haltung. Schließlich benennt § 15 Nr. 2 GefTierG die freie Berufsausübung nach Art. 12 Abs. 1 GG als durch das GefTierG eingeschränktes Grundrecht. Zumindest in Bezug auf die Stellung von Tierbörsen bzw. Tierbörsenveranstaltern entfaltet das GefTierG damit unmittelbare Wirkungen zu Lasten der Berufsfreiheit.

bb. Mittelbare Beeinträchtigung der Berufsfreiheit

Doch selbst dann, wenn man dem GefTierG lediglich einen spezifischen Fokus auf klassische Haltungsformen durch Gewerbetreibende („Tierhändler“) und damit im Umkehrschluss einen nur reflexhaften Effekt auf Tierbörsen bzw. deren Veranstalter attestieren möchte, liegt in diesem Effekt unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten eine hinreichend schwerwiegende Beeinträchtigung der Berufsfreiheit vor.

Das Bundesverfassungsgericht führt in ständiger Rechtsprechung aus, dass faktische oder mittelbare Beeinträchtigungen unter näher definierten Voraussetzungen einen Eingriff in die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG zu begründen vermögen: „Die Vorschrift gewährleistet die Freiheit der beruflichen

Betätigung. Der Schutz des Grundrechts ist einerseits umfassend angelegt, schützt aber andererseits nur vor solchen Beeinträchtigungen, die gerade auf die berufliche Betätigung bezogen sind. Der Schutzbereich ist daher nicht schon dann eröffnet, wenn eine Rechtsnorm, ihre Anwendung oder andere hoheitliche Maßnahmen unter bestimmten Umständen Rückwirkungen auf die Berufstätigkeit entfalten (vgl. BVerfGE 105, 252 <265 ff.>; 106, 275 <298 f.>). Die Berufsfreiheit ist aber dann berührt, wenn sich die Maßnahmen zwar nicht auf die Berufstätigkeit selbst beziehen, aber die Rahmenbedingungen der Berufsausübung verändern und infolge ihrer Gestaltung in einem so engen Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs stehen, dass sie objektiv eine berufsregelnde Tendenz haben.“¹¹

Staatliche Regelungen, die verhindern, dass erstrebte Tätigkeiten ausgeübt werden können, erfüllen zweifelsohne die Voraussetzung der objektiv berufsregelnden Tendenz.¹² Aufgrund der bereits genannten Wertung der Landesregierung kann auch nicht ernsthaft bezweifelt werden, dass durch das GefTierG die Rahmenbedingungen der Berufsausübung in denkbar nachhaltiger Weise berührt werden sollen. Die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG ist damit unter jedem denkbaren Gesichtspunkt einschlägiger Prüfungsmaßstab für die weitere Bewertung des GefTierG.

¹¹ BVerfGE 111, 191 (213).

¹² BVerwGE 75, 109 (114 f.).

cc. GefTierG als Berufsverbot

Bekanntlich wird seit dem Apotheken-Urteil des Bundesverfassungsgerichts¹³ in Anwendung der sogenannten Drei-Stufen-Theorie davon ausgegangen, dass bei steigender Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung umso schwerer wiegende Gemeinwohlbelange erforderlich sind, um die staatliche Maßnahme zu rechtfertigen. Als Eingriffskategorien kommen vor diesem Hintergrund Berufsausübungsregelungen, subjektive Zulassungsvoraussetzungen, sowie objektive Zulassungsschranken in Betracht.

aaa. Qualität als objektive Zulassungsbeschränkung

Wie bereits dargelegt, führen die Vorgaben des GefTierG für die Betreiber von Börsen dazu, dass die betreffenden Veranstaltungen ausnahmslos nicht mehr angeboten werden können. Damit handelt es sich bei den in Frage stehenden Regelungen definitiv nicht um Berufsausübungsregelungen. Da bei Börsenveranstaltern nach dem Willen des Gesetzgebers auch nicht wie bei anderen Gewerbetreibenden die Möglichkeit des § 1 Abs. 3 Nr. 2 GefTierG gegeben sein soll, entfalten die Vorgaben des GefTierG unabhängig von Fragen der individuellen Qualifikation eine die Berufsausübung vollständig unterbindende Wirkung. Somit liegt in Bezug auf Tierbörsenveranstalter ein faktisches Berufsverbot und damit eine objektive Zulassungsschranke vor.

¹³ BVerfGE 7, 377 ff.

Die Qualität des beschriebenen Berufsverbotes als objektive Zulassungsschranke kann auch nicht durch den Hinweis entkräftet oder relativiert werden, dass betroffene Tierbörsenveranstalter künftig als Händler tätig werden und so - bei Erfüllung der Voraussetzungen nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 GefTierG iVm § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 TierSchG - gegebenenfalls ihren Lebensunterhalt verdienen könnten. Da die Tätigkeitsfelder von Tierbörsenveranstaltern und von mit Tieren handelnden Gewerbetreibenden grundverschieden sind, kommt eine solche „Umschulung“ schon aus praktischen Erwägungen nicht in Betracht: Ein Veranstalter von Tierbörsen stellt lediglich den räumlichen und sachlichen Rahmen zur Verfügung, der von Privatpersonen und Gewerbetreibenden genutzt werden kann, um Tiere zu tauschen oder zu veräußern. Unter regulatorischen Gesichtspunkten werden die Rahmenbedingungen für Tausch und Handel vor allem durch die jeweils geltende Börsenordnung statuiert.

Der Tierbörsenveranstalter ist somit weder Eigentümer noch Halter der betreffenden Tiere. Vor allem aber besteht für den Börsenveranstalter keine Notwendigkeit zur Vermehrung, Aufzucht oder Pflege von Tieren, so dass die gesamte bei einem entsprechenden Gewerbetreibenden üblicherweise vorzuhaltende Infrastruktur (bis hin zu einer hinreichenden Futtertierzucht) nicht erforderlich ist. Auch benötigt der Börsenveranstalter die für die Durchführung der Börse erforderlichen Räumlichkeiten nur sporadisch und nicht dauerhaft. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass der Kundenkreis eines Börsenveranstalters und eines mit Tieren handelnden Gewerbetreibenden grundverschieden

ist: Während der Börsenveranstalter einen übersichtlichen Kreis von Züchtern und Händlern anspricht, zielt der Händler auf den Kontakt mit dem ungleich größeren Kreis der Endkunden. Dass im Übrigen zwischen der Tätigkeit des Verkaufes und der Bereitstellung einer Verkaufsplattform administrative, buchhalterische, steuerliche, organisatorische und diverse rechtliche Unterschiede bestehen, muss hier nicht weiter vertieft werden.

In der Gesamtschau zeigt sich damit, dass ein Börsenveranstalter seine berufliche Tätigkeit sogar mit gehörigem zeitlichem Vorlauf und unter Inanspruchnahme erheblicher finanzieller Ressourcen nicht auf das Berufsbild eines mit Tieren handelnden Gewerbetreibenden umstellen kann. Das Bundesverfassungsgericht erkennt in seiner Rechtsprechung ausdrücklich an, dass in derartigen Konstellationen - sogar ohne Wertung des für eine „Umschulung“ gegebenenfalls zu treibenden Aufwandes - von einer objektiven Zulassungsschranke auszugehen ist:

„Dem Beschwerdeführer wird aufgrund der Verurteilung zur Wettbewerbsunterlassung seine berufliche Tätigkeit in einem Ausmaß verschlossen, das seine Existenzgrundlage berührt. Die Unterlassungspflicht ist räumlich und gegenständlich so weit gefasst, dass der Beschwerdeführer in seiner Branche zwei Jahre lang nicht mehr arbeiten konnte. Da er als Handelsvertreter ausschließlich im Weinhandel tätig gewesen war und sich entsprechend spezialisiert hatte, konnte er eine gleichwertige Vertretertätigkeit kaum erwarten. Der Zwang zu einem Berufswechsel lag nach dem Umfang des

Wettbewerbsverbotes zumindest im Bereich der Möglichkeit.“¹⁴

Liegt somit ein faktisches Berufsverbot bzw. eine objektive Zulassungsschranke vor, so müssen die Regelungen des GefTierG den Anforderungen genügen, die das Bundesverfassungsgericht für diese Eingriffskategorie in ständiger Rechtsprechung entwickelt hat: Wird die Freiheit der Berufswahl durch Aufstellung objektiver Zulassungsvoraussetzungen eingeschränkt, so kann nur die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut diese Maßnahme rechtfertigen.¹⁵

bbb. Hochrangigkeit des geschützten Gemeinschaftsgutes

Die Landesregierung weist in ihrem Gesetzesentwurf auf potentielle Gefahren für Leben und Gesundheit von Menschen sowie von anderen Tieren hin und qualifiziert diese als Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung.¹⁶ Unabhängig davon, ob eine von Tieren ausgehende Gefahr für andere Tiere bzw. der hieraus abgeleitete Schutzauftrag tatsächlich als überragend wichtiges Gemeinschaftsgut qualifiziert werden kann, dürfte unstreitig sein, dass Leib und Leben der Bevölkerungsmitglieder überragend wichtige Schutzgüter darstellen, die der Staat auch in Konkretisierung

¹⁴ BVerfGE 81, 242 (Rn. 43 bei juris).

¹⁵ BVerfGE 7, 377 (405, 408); BVerfGE 9, 39 (51); BVerfGE 11, 168 (183); BVerfGE 21, 245 (251); BVerwGE 40, 17 ff. (Rn. 26 bei juris); BVerfG, NVwZ-RR 2011, 385 ff.

¹⁶ S. 3 und S. 14 f. des Gesetzesentwurfs der Landesregierung.

seiner aus Art. 2 Abs. 2 GG resultierenden Schutzpflicht vor bestimmten Beeinträchtigungen zu bewahren hat.¹⁷

ccc. Vorliegen nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher Gefahren

Die Hochrangigkeit der angeführten Schutzgüter kann damit nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden. Näherer Begründung bedarf jedoch die Annahme des Gesetzgebers, dass im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nachweisbare oder höchstwahrscheinliche schwere Gefahren für diese benannten Schutzgüter zu attestieren sind.

Das Bundesverfassungsgericht hat schon frühzeitig darauf aufmerksam gemacht, dass dem Gesetzgeber bei der Eruierung von Gefahrenlagen ein Beurteilungsspielraum zugesprochen werden muss, dass aber gleichwohl dafür Sorge zu tragen ist, dass keine allgemein gehaltenen oder nicht näher untermauerten Gefahrenbehauptungen zur Legitimation staatlicher Restriktionen vorgeschoben werden dürfen. So finden sich etwa für die Materie der Personenbeförderung folgende Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts:

„Der berechtigten Sorge des Gesetzgebers um die Aufrechterhaltung eines geordneten und reibungslos ablaufenden Verkehrs, dessen außerordentliche Bedeutung für das moderne Leben keiner näheren Darlegung bedarf, kann bei solcher Prüfung ausreichend Rechnung getragen

¹⁷ So zu Recht S. 14 des Gesetzesentwurfs der Landesregierung.

werden; im Zweifelsfall wird seiner Auffassung über drohende oder höchstwahrscheinliche Gefahren sowie über das zur Abwehr Gebotene entscheidendes Gewicht zukommen. Es genügt aber nicht, in allgemein gehaltenen Ausführungen bei jeder Lockerung der objektiven Zulassungsvoraussetzungen "Unordnung" und "ruinöse Auswirkungen" auf dem Gesamtgebiet des Verkehrs vorauszusagen, ohne dass die kausalen Zusammenhänge im Einzelnen ersichtlich wären. Es muss stets dargetan werden, welche konkreten Störungen [...] mit Sicherheit oder hoher Wahrscheinlichkeit eintreten werden und ob ihnen nicht durch Ausübungsregelungen oder subjektive Zulassungsvoraussetzungen mit Erfolg begegnet werden kann."¹⁸

Dem Gesetzgeber ist es damit verwehrt, aufgrund allgemein gehaltener Ausführungen Gefährdungsszenarien zu entwerfen; es bedarf vielmehr einer ausführlichen Darlegung der höchstwahrscheinlichen Gefährdungen.

(1) Zur empirischen Ausgangslage: ein entwichenes Tier pro Jahr

Die Landesregierung stützt ihre Gesetzesinitiative ausdrücklich auf verschiedene Fälle entwichener Tiere, die nicht zuletzt auch mediale Aufmerksamkeit erregt haben. Benannt werden explizit – und ausschließlich – eine entwichene Kobra im Jahre 2010, ein entlaufener Gepard „wenige Jahre zuvor“, ein entwichener Python in 2013, ein gebissener Halter in 2013, ein gebissener Halter in 2014, sowie das Auffinden von Reptilien in einer Wohnung in 2014. Schließlich wird auf die Bergung

¹⁸ BVerfGE 11, 168 ff (Rn. 64 bei juris).

„exotischer Tiere“ durch die Kölner Feuerwehr im Jahre 2013 hingewiesen.¹⁹

Der Gesetzgeber stützt sein Gesetzgebungsvorhaben damit im Wesentlichen auf die Benennung fünf entwichener Tiere in einem Berichtszeitraum von etwa sieben bis acht Jahren. Bedenkt man in diesem Zusammenhang, dass die Landesregierung selbst von etwa 80.000 gefährlichen Tieren ausgeht, die derzeit in Nordrhein-Westfalen gehalten werden²⁰, so repräsentieren die im Gesetzesentwurf zur Begründung des Gesetzesvorhabens konkret bemühten Fälle eine - über sieben bis acht Jahre gestreckte - Entweichensquote von 0,00625 %. Selbst wenn ohne Weiteres zuzugestehen ist, dass weitere Entweichensfälle dokumentiert sind oder dokumentiert werden könnten, so ist es doch bezeichnend, auf welcher defizitären Datenlage das Gesetzesvorhaben gestützt wird. In der Begründung zum Gesetzesentwurf heißt es dann auch in aller Deutlichkeit, dass es sich um eine „überschaubare Zahl“²¹ von Fällen, um „spektakuläre „Ausbruchsfälle““²², oder auch schlicht nur um „Einzelfälle“²³ handelt. In diesem Zusammenhang bleibt auch offen, warum ein nennenswerter Anstieg dieser Entweichensfälle konkret zu befürchten sein sollte.

In der Begründung zum Gesetzesvorhaben heißt es sodann: „Unabhängig davon, ob es bei solchen Einzelfällen um tatsächlich gefährliche oder „nur“ exotische Tiere

¹⁹ S. 14 f. des Gesetzesentwurfs der Landesregierung.

²⁰ S. 14 des Gesetzesentwurfs der Landesregierung.

²¹ S. 14 des Gesetzesentwurfs der Landesregierung.

²² S. 14 des Gesetzesentwurfs der Landesregierung.

²³ S. 15 des Gesetzesentwurfs der Landesregierung.

geht, zeigt sich, dass es einen nicht zu vernachlässigenden Anteil von Haltungspersonen gibt, die sich unverantwortlich gegenüber ihren Tieren und letztlich auch gegenüber der Allgemeinheit verhalten.“²⁴ Ob der Hinweis auf 5 entwichene Tiere bei vermutlich 80.000 gehaltenen Tieren und einer Gesamtbevölkerung von 17.614.000 Personen den Schluss auf einen nicht zu vernachlässigenden Anteil von unverantwortlichen Haltungspersonen trägt, muss mit Nachdruck bezweifelt werden. In der Gesetzesbegründung wird vielmehr in aller Deutlichkeit hervorgehoben, dass spektakuläre Einzelfälle zum Anlass genommen werden sollen, um eine höchstwahrscheinliche schwere Gefahr für das aus Art. 2 Abs. 2 GG resultierende Schutzgut zu konstruieren. Es liegt in der Natur der Sache, dass derartige spektakuläre Einzelfälle nicht geeignet sind, eine hinreichende Gefahrenwahrscheinlichkeit zu begründen. Schon vor dem Hintergrund der vollkommen fehlenden Empirie liegt damit nach aktuellem Wissensstand keine höchstwahrscheinliche schwere - und noch nicht einmal eine „normale“ - Gefahr für Leib oder Leben vor.

In diesem Zusammenhang ist zusätzlich darauf hinzuweisen, dass die kommunalen Spitzenverbände die Gesetzesinitiative ablehnen. Das Gesetzesvorhaben stößt also gerade bei Vertretern der Ortsebene - die bei einer nennenswerten Zahl entwichener Gefahrtiere das größte Interesse an einer strikten Regulierung haben sollten - auf Widerstand. Wenngleich auch dieser Befund keine Empirie ersetzen kann, lassen sich aus den genannten Vorbehalten doch gewisse Indizien in Bezug

²⁴ S. 15 des Gesetzesentwurfs der Landesregierung.

auf eine vor Ort tatsächlich nicht bestehende Gefährdungssituation herleiten.

In diesem Zusammenhang sei schließlich ein allgemeiner Hinweis erlaubt: Auch unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Beurteilungsspielraums verwundert es, mit welcher Akribie die Landesregierung aufgrund attestierter Einzelfälle „gefährliche Tiere“ regulieren will, es dabei aber versäumt, die anerkanntermaßen gefährlichsten Tiere in privater Haltung – nämlich Pferde – zu regulieren. Die bei der Pferdehaltung und des Ausübung des Pferdesports alljährlich auftretenden Verletzungszahlen spotten jeder Beschreibung; Jahr für Jahr kommt es darüber hinaus zu zahlreichen Todesfällen und massivsten Sachschäden.²⁵

(2) Zu den Informationsquellen: Medien

Darüber hinaus bietet die Art und Weise, mittels derer die Landesregierung ihre Erkenntnisse in Bezug auf die „Gefahrtierproblematik“ erlangt, Anlass zu Kritik. Die Begründung zum Gesetzesentwurf macht keinen Hehl daraus, dass lediglich Medienberichte – die sodann nicht zum Gegenstand einer wie auch immer gearteten Validierung oder Verifizierung gemacht worden sind – aufgegriffen wurden: die Rede ist von einem „in der Öffentlichkeit viel diskutierte[m] Beispiel“²⁶ bzw. von

²⁵ Instrukтив hierzu sind nicht nur die Statistiken der Versicherer, sondern etwa auch folgende Arbeiten aus dem medizinischen Kontext: Schilling, Der tödliche Reitunfall, Diss. 2009; Schicho/Einwag/Gebhard, Schwerverletzte durch Unfälle im Reitsport, in: Deutsche Zeitschrift für Sportmedizin 2014, DOI: 10.5960/dzsm.2014.142.

²⁶ S. 14 des Gesetzesentwurfs der Landesregierung.

einem Bericht durch „die Presse“²⁷ sowie einem Hinweis „in den Medien“.²⁸ Ohne die Güte der zunehmend durch Freelancer befüllten Print- und Onlinemedien in Zweifel ziehen zu wollen, können derartige Einzelberichte nicht unreflektiert zum Anlass für eine flächendeckende und denkbar restriktive Gesetzgebung gemacht, bzw. als Eingriffsrechtfertigung für ein faktisches Berufsverbot genutzt werden.

Der Landesregierung stehen vielmehr zahlreiche Instrumentarien zur Verfügung, mittels derer auf Verbandsebene, bei Einrichtungen der kommunalen Selbstverwaltung, über Ortsbehörden, oder auch über die Ärzteschaft belastbare Informationen über Gefährdungen der menschlichen Gesundheit ermittelt werden können. Auch besteht die Möglichkeit, über Fachgesellschaften oder universitäre und außeruniversitäre Forschungseinrichtungen belastbare Informationen in Bezug auf die tatsächliche Gefährlichkeit von Tieren zu erlangen. Auf all diese Möglichkeiten hat die Landesregierung offenkundig verzichtet; jedenfalls lassen sich der Begründung zum Gesetzesentwurf keine entsprechenden Angaben entnehmen. Zwar wurde etwa der Kontakt zur Deutschen Gesellschaft für Herpetologie und Terrarienkunde gesucht – dies aber nur zur Ermittlung der Zahl gehaltener Tiere und nicht zur Ermittlung der Gefährlichkeit dieser Tiere.²⁹

Selbstverständlich steht es dem Gesetzgeber vollkommen frei, singuläre Medienberichte zum Anlass zu nehmen, eine Materie als gegebenenfalls regulierungsbedürftig

²⁷ S. 14 des Gesetzesentwurfs der Landesregierung.

²⁸ S. 15 des Gesetzesentwurfs der Landesregierung.

²⁹ S. 14 des Gesetzesentwurfs der Landesregierung.

zu identifizieren. Derartige singuläre Medienberichte - die in den Redaktionen teils explizit als „Sommerlochfüller“ fungieren³⁰ - können jedoch nicht als Ersatz für eine verfassungsrechtlichen Maßstäben genügende Gefahrenprognose dienen. In den Worten des Bundesverfassungsgerichts: „Es muss stets dargetan werden, welche konkreten Störungen [...] mit Sicherheit oder hoher Wahrscheinlichkeit eintreten werden [...].“³¹

(3) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis lässt sich somit festhalten, dass die nordrhein-westfälische Landesregierung in keiner Weise dargelegt hat, warum und in welcher Weise schwere Gefährdungen für Leib und Leben der in Nordrhein-Westfalen lebenden Menschen höchstwahrscheinlich sind. Den vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung zu Art. 12 Abs. 1 GG statuierten Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer objektiven Zulassungsschranke kann durch den bloßen Hinweis auf vereinzelte und nicht validierte Medienberichte nicht genügt werden. Mit Blick auf die Position von Tierbörsenbetreibern erweisen sich die Regelungen des GefTierG daher als Verletzung der Berufsfreiheit.

(4) Pflicht des Gesetzgebers zu konsequenter Regelung

Doch selbst dann, wenn man einige wenige, nicht auf ihre tatsächliche wie fachliche Korrektheit überprüfte Medienberichte als hinreichende Wissensgrundlage eines

³⁰ Siehe nur <http://www.tagesspiegel.de/weltspiegel/20-jahre-sammy-die-mutter-aller-krokodilmeldungen-im-sommerloch/10182952.html> [19.08.2015].

³¹ BVerfGE 11, 168 ff (Rn. 64 bei juris).

Gesetzgebers erachtet, sieht sich der durch das GefTierG verfolgte Regulierungsansatz weiteren Bedenken ausgesetzt. Ausschlaggebend hierfür ist die von der Landesregierung vorgenommene und bereits hinreichend deutlich angesprochene³² Differenzierung zwischen Tierbörsenveranstaltern und anderen Gewerbetreibenden, die im Rahmen ihrer beruflichen Betätigung mit den entsprechenden Tieren umgehen.

Die Regelung des § 1 Abs. 3 Nr. 2 GefTierG führt durch den Verweis auf § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 TierSchG dazu, dass allen Gewerbetreibenden sogar dann, wenn sie selbst Tiere halten, eine Erlaubnismöglichkeit nach TierSchG eingeräumt und diese im Rahmen des GefTierG anerkannt wird. Hingegen besteht eine solche Möglichkeit für Tierbörsenveranstalter aufgrund des fehlenden Hinweises auf § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 TierSchG offenkundig nicht. Diese gesetzgeberische Entscheidung sprengt die Grenzen dessen, was der Gesetzgeber bei der Vorlage eines verfassungsrechtlich tragfähigen Regelungskonzeptes zu beachten hat. Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu dankenswerterweise in denkbar klaren Worten wie folgt Stellung bezogen.

Konkret ging es dem Bundesverfassungsgericht um die Frage, in welcher Weise Landesgesetzgeber den Schutz von Nichtrauchern vor den Gefahren des Passivrauchens verwirklichen dürfen. Ausgangspunkt der entsprechenden gesetzgeberischen Initiativen war also - ebenso wie beim GefTierG - der Schutz der in Art. 2 Abs. 2 GG garantierten Freiheitsrechte. Hier wie dort hatte sich der Landesgesetzgeber dafür ausgesprochen, einige

³² Siehe oben unter II 1.

Gewerbetreibende³³ privilegiert zu behandeln. Das Bundesverfassungsgericht sieht für eine derartige Differenzierung aber keinen allzu weiten Spielraum:

„Die Wahl eines solchen Schutzkonzepts, das den Freiheitsrechten [einiger Gewerbetreibender] mehr Raum gewährt, bleibt allerdings nicht ohne Folgen für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der gleichwohl noch verbleibenden Grundrechtseingriffe. Denn mit ihrer Entscheidung für ein bestimmtes Konzept bewerten die Landesgesetzgeber die Vor- und Nachteile für die jeweils betroffenen Rechtsgüter und wägen diese hinsichtlich der Folgen für die verschiedenen betroffenen Rechtsgüter gegeneinander ab. In dieser Hinsicht ist es der Gesetzgeber, der im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben darüber bestimmt, mit welcher Wertigkeit die von ihm verfolgten Interessen der Allgemeinheit in die Verhältnismäßigkeitsprüfung eingehen (vgl. BVerfGE 115, 205 <234>).“³⁴

Ausgangspunkt der Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts ist somit die Überlegung, dass ein von einem Gesetzgeber gewähltes Schutzkonzept konsequent und vor allem widerspruchsfrei sein muss. In diesem Zusammenhang kommt den Ausnahmemöglichkeiten eine zentrale Bedeutung für die weitere verfassungsrechtliche Bewertung zu:

„[Der Landesgesetzgeber hat Ausnahmen] aufgrund eigener Wertungs- und Gestaltungsentscheidungen zugelassen und sich damit für Konzeptionen [...]

³³ Konkret: Gaststättenbetreiber.

³⁴ BVerfGE 121, 317 (Rn. 130 bei juris).

entschieden, die das Schutzziel nicht unbedingt verfolgen, sondern mit Rücksicht auf kollidierende Interessen einen eingeschränkten, von verschiedenen Ausnahmetatbeständen durchzogenen Schutz als hinreichend ansehen. Die Gefahren [...] werden danach zwar als erheblich eingeschätzt, aber - verfassungsrechtlich vertretbar - nicht als derart schwerwiegend bewertet, dass der Gesundheitsschutz in jeder Hinsicht Vorrang vor einer Berücksichtigung der beruflichen Interessen der [Gewerbetreibenden] und der Verhaltensfreiheit der [Halter] genießen müsste.

Die Landesgesetzgeber bleiben an ihre Entscheidung, mit welcher Intensität sie den [Gesundheits]schutz im Konflikt mit den Belangen der [Gewerbetreibenden] verfolgen wollen, auch dann gebunden, wenn - wie in den vorliegenden Fällen - die Zumutbarkeit [der Regelung] für die Betreiber [anderer Einrichtungen] zu beurteilen ist. Hat sich der Gesetzgeber aufgrund des ihm zukommenden Spielraums zu einer bestimmten Einschätzung des Gefahrenpotenzials entschlossen, auf dieser Grundlage die betroffenen Interessen bewertet und ein Regelungskonzept gewählt, so muss er diese Entscheidung auch folgerichtig weiterverfolgen. Gefahreinschätzungen sind nicht schlüssig, wenn identischen Gefährdungen in demselben Gesetz unterschiedliches Gewicht beigemessen wird (vgl. BVerfGE 107, 186 <197>).

Haben hiernach die Landesgesetzgeber durch [...] Ausnahmenvorschriften die aktuelle Bedeutung des von ihnen verfolgten legitimen Ziels des Gesundheitsschutzes relativiert, indem sie insbesondere die Berücksichtigung der Interessen [einiger

Gewerbetreibender] zulassen, so erlangen folgerichtig die spezifischen Auswirkungen [des Verbotes für andere Gewerbetreibende] im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtabwägung ein stärkeres Gewicht.“³⁵

Den Gesetzgeber trifft damit ungeachtet des ihm zustehenden Einschätzungsspielraums eine ganz erheblich gestiegene Begründungslast, wenn er aus Gründen des Gesundheitsschutzes berufsregelnde Vorschriften erlässt, die einzelne Gruppen von Gewerbetreibenden unterschiedlich stark belasten. Dies gilt namentlich dann, wenn für einzelne Gruppen von Gewerbetreibenden Ausnahmemöglichkeiten vorgesehen sind, die anderen Gewerbetreibenden vorenthalten werden. Vorliegend zeigt sich, dass sachliche Gründe für die unterschiedliche Behandlung von Tierhändlern und Tierbörsenveranstaltern weder vorgetragen, noch erkennbar sind.

Die Landesregierung geht zunächst davon aus, dass Gewerbetreibende, die gefährliche Tiere halten wollen, dann anders zu behandeln sind als Privatpersonen, wenn „ein unmittelbarer Zusammenhang der Tierhaltung mit der ausgeübten gewerblichen Tätigkeit besteht“.³⁶ An anderer Stelle im Gesetzesentwurf wird diese Aussage sodann dahingehend weiter konkretisiert, dass eine Ausnahme für Gewerbetreibende jedenfalls dann geschaffen werden soll, wenn die Tierhaltung bei den Betroffenen „einen wesentlichen Bestandteil des Geschäftsbetriebes darstellt“.³⁷ Der Wortlaut des Gesetzesentwurfs spiegelt diese Differenzierung freilich nicht wider: Hier ist in § 1 Abs. 3 Nr. 2

³⁵ BVerfGE 121, 317 ff. [Rn. 134 ff. bei juris].

³⁶ S. 17 des Gesetzesentwurfs der Landesregierung.

³⁷ S. 3 des Gesetzesentwurfs der Landesregierung.

GefTierG schlicht die Rede von „Einrichtungen oder Betrieben mit gewerblichem Charakter“. Weder die Gesetzesbegründung, noch der Gesetzeswortlaut lassen damit unmittelbar erkennen, aus welchen Gründen gerade Tierbörsenveranstalter von der Ausnahmemöglichkeit des § 1 Abs. 3 Nr. 2 GefTierG ausgeschlossen werden sollen. Vielmehr ergibt sich diese Restriktion nur indirekt durch den mangelnden Verweis auf § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 TierSchG.

Sachliche Gründe für eine derartige Differenzierung sind nicht ersichtlich. Zunächst einmal betont der Gesetzgeber selbst, dass er die Berufsfreiheit zumindest dann zu achten gewillt ist, wenn der Umgang mit Tieren „einen wesentlichen Bestandteil des Geschäftsbetriebes darstellt“. Bei Tierbörsenveranstaltern handelt es sich jedoch nicht nur um einen wesentlichen, sondern sogar um den einzigen Bestandteil des Geschäftsbetriebs. Wenn der Gesetzgeber aber schon bei diversifizierten Gewerbetreibenden Anlass für bestimmte Ausnahmen sieht, so muss dies a maiore ad minus erst recht für Gewerbetreibende gelten, deren gesamte Einnahmen aus dem Umgang mit Tieren erzielt werden.

Auch liegt bei Tierbörsen kein wie auch immer geartetes erhöhtes Gefahrenpotential vor, das eine gesonderte gesetzgeberische Sichtweise rechtfertigen könnte. Da eine Börse lediglich eine physische Verkaufs- bzw. Tauschplattform für Gewerbetreibende und Private darstellt, müssten nach dem Willen des Gesetzgebers künftig ohnehin alle aktiv (also als private oder gewerbliche Aussteller) an einer Börse teilnehmenden

Personen den umfassenden Anforderungen des GefTierG genügen; bereits hierdurch würde aber der Gesetzeszweck vollumfänglich verwirklicht. Es ist daher unter keinem denkbaren Gesichtspunkt angezeigt, Börsen aufgrund eines angenommenen Akkumulationseffektes strenger zu behandeln, als einzelne Gewerbetreibende. Für diese Bewertung spricht im Übrigen auch der Umstand, dass der Tierbestand eines einzelnen größeren Händlers den bei einer kleineren Börse repräsentierten Gesamttierbestand leicht übertreffen kann. Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass Tierbörsen ohnehin einem engmaschigen Netz regulativer Anforderungen unterfallen und zudem durch (ordnungs-) behördliche Kontrollen laufend überwacht werden.

Vor diesem faktischen Hintergrund genügt die gesetzgeberische Entscheidung, das durch das GefTierG implementierte Schutzkonzept für Gewerbetreibende in unterschiedlicher Weise auszugestalten, nicht den durch das Bundesverfassungsgericht statuierten Kriterien. Singuläre Beschränkungen, die sich zu Lasten der Veranstalter von Tierbörsen auswirken, sind auch vor diesem Hintergrund als verfassungswidrig zu qualifizieren.

2. Eingriff in die Berufsfreiheit von Händlern

Die bisherigen Ausführungen haben sich auf das faktische Berufsverbot für Tierbörsenveranstalter und auf das verfassungswidrige Regelungsgefälle innerhalb des Normadressatenkreises der Gewerbetreibenden fokussiert. Damit wurde aber die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die für „normale“

Gewerbetreibende geltende Regelung des § 1 Abs. 3 Nr. 2 GefTierG mit ihrem Querverweis auf das Regime des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 TierSchG ihrerseits als solche verfassungskonform ist, in keiner Weise beantwortet.

a. Schutzbereichsaspekte

Das vorliegend interessierende Themenfeld wirft zunächst einige Fragen in Bezug auf den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG auf, da gerade im Bereich der Terraristik oftmals ein evolutiver Prozess zu attestieren ist: Private Halter veräußern nach einem ersten Zuchterfolg zwecks Refinanzierung des Hobbies einige Nachzuchten, bevor der Verkaufsaspekt mehr und mehr in den Vordergrund tritt und mitunter sogar in eine entsprechende selbständige bzw. freiberufliche Tätigkeit mündet. Viele professionelle Händler haben so als private Züchter begonnen. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, welche Personenkreise sich auf den Schutz durch Art. 12 Abs. 1 GG berufen können.

Als Beruf gilt üblicherweise jede auf Dauer angelegte Tätigkeit, die der Schaffung oder Erhaltung der Lebensgrundlage dient.³⁸ Vollkommen unstrittig ist dabei, dass der Schutzbereich der Berufsfreiheit nicht nur Tätigkeiten umfasst, die exklusiv oder ganz überwiegend die wirtschaftliche Basis der Individualexistenz generieren; vielmehr werden auch Zweit- oder Nebenberufe vollkommen unstrittig

³⁸ BVerfGE 110, 304 ff. (Rn. 63 bei juris).

erfasst.³⁹ Private Hobbies sollen hingegen nicht dem Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG zuzuordnen sein.⁴⁰

Eine genaue Grenzziehung wird sich insoweit nur im jeweiligen Einzelfall leisten lassen. Klar ist umgekehrt jedoch auch, dass bereits Personen, die im Wege einer nebenberuflichen Betätigung einen Teil ihres Lebensunterhaltes durch den Handel mit Tieren bestreiten, einen Beruf im verfassungsrechtlichen Sinne ausüben und damit in den sachlichen Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG fallen. Tierhaltungen ohne jeden gewerblichen Aspekt stellen sich in der Regel als Hobby dar und unterfallen nicht dem Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG; einschlägig ist insoweit aber die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG, die im Folgenden gesondert behandelt wird.⁴¹

b. Eingriffsqualität

Es versteht sich von selbst und bedarf keiner weiteren Begründung, dass die Einführung einer wie auch immer gearteten Erlaubnispflicht einen Eingriff in die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG darstellt. Klärungsbedürftig ist hingegen die Frage, welche Eingriffsvariante im Sinne der Drei-Stufen-Theorie des Bundesverfassungsgerichts vorliegt. Von zentraler Bedeutung für die Beantwortung dieser Frage ist eine Auseinandersetzung mit den Erlaubnisvoraussetzungen des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 TierSchG. Hier nun zeigt sich, dass die Erlaubnisvoraussetzungen in diesem Sinne nicht

³⁹ BVerfGE 110, 304 ff. (Rn. 63 bei juris).

⁴⁰ Tettinger/Mann, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 12 Rn. 32 mwN.

⁴¹ Siehe hierzu unter 5.

durch das TierSchG selbst definiert sind, sondern vielmehr auf Verordnungsebene konkretisiert werden sollen. Hierzu führt § 11 Abs. 2 Satz 1 TierSchG aus:

„(2) Das Bundesministerium wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates in den Fällen des Absatzes 1 Satz 1

1. das Nähere zu der Form und dem Inhalt des Antrags auf Erteilung einer Erlaubnis nach Absatz 1 Satz 1,

2. die Voraussetzungen und das Verfahren für die Erteilung der Erlaubnis,

3. den Inhalt der Erlaubnis, im Falle des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 1 nur, soweit dies zur Durchführung von Rechtsakten der Europäischen Union erforderlich ist, sowie

4. das Verfahren im Falle nachträglicher Änderungen der für die Erlaubniserteilung wesentlichen Sachverhalte, einschließlich der Pflicht zur Anzeige solcher Änderungen, zu regeln.“

Die Erlaubnispflicht nach § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 TierSchG ist somit ohne die korrespondierende Rechtsverordnung nicht exekutionsfähig: ohne die Benennung der Erteilungsvoraussetzungen oder auch nur der zu wahrenen Form kann ein entsprechender Antrag nicht gestellt werden. Tatsächlich harrt die durch § 11 Abs. 2 geforderte Rechtsverordnung aber immer noch der Ausarbeitung.⁴² Damit verweist § 1 Abs. 3 Satz 2 GefTierG aktuell auf eine Erlaubnismöglichkeit, die tatsächlich nicht gegeben ist, weil es an der für die

⁴² Hierzu auch sogleich.

Nutzung der Erlaubnisoption erforderlichen Rechtsverordnung fehlt.⁴³

c. Konsequenz der fehlenden RVO nach § 11 Abs. 2 TierSchG

Bis zum Erlass der (eigentlich unverzichtbaren) Rechtsverordnung ist gemäß § 21 TierSchG übergangsweise das alte Tierschutzgesetz in selektiver Weise anzuwenden. Für die vorliegend interessierende Thematik führt § 21 Abs. 5 TierSchG aus:

„Bis zum Erlass einer Rechtsverordnung nach § 11 Absatz 2 oder 6 Satz 2 ist § 11 Absatz 1 Satz 2 und 3, Absatz 2, 2a, 5 und 6 in der bis zum 13. Juli 2013 geltenden Fassung weiter anzuwenden mit der Maßgabe, dass

1. auch derjenige, der Tierbörsen durchführt, ab dem 1. August 2014 die Anforderungen des § 11 Absatz 2 Nummer 1 in der vorstehend bezeichneten Fassung erfüllen muss und
2. derjenige, der gewerbsmäßig mit Wirbeltieren, außer landwirtschaftlichen Nutztieren, handelt, ab dem 1. August 2014 sicherzustellen hat, dass bei der erstmaligen Abgabe eines Wirbeltieres einer bestimmten Art an den jeweiligen künftigen Tierhalter mit dem Tier schriftliche Informationen über die wesentlichen Bedürfnisse des Tieres, insbesondere im Hinblick auf seine angemessene Ernährung und Pflege sowie verhaltensgerechte Unterbringung und artgemäße Bewegung, übergeben werden; dies gilt nicht bei der

⁴³ Dieser Umstand wirkt sich nicht nur im vorliegend interessierenden Kontext des GefTierG, sondern beispielsweise auch bei den Betreibern von Hundeschulen aus; vgl. hierzu etwa

Abgabe an den Inhaber einer Erlaubnis nach § 11 Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 Buchstabe b in der vorstehend bezeichneten Fassung.

Bis zum Erlass einer Rechtsverordnung nach § 11 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 ist im Rahmen des § 11 Absatz 5 Satz 5 darauf abzustellen, ob der Antragsteller den Anforderungen des § 11 Absatz 1 Satz 2 und 3 in der bis zum 13. Juli 2013 geltenden Fassung nachgekommen ist.“

Insoweit stellt sich bereits die Frage, ob die nordrhein-westfälische Landesregierung durch die singuläre Benennung von § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 TierSchG inzidenter auch auf die Übergangsvorschrift des § 21 TierSchG verweisen wollte, oder ob die Landesregierung vielmehr ausschließlich auf das „neue“ Tierschutzrecht Bezug nehmen wollte.

Gegen die letztgenannte Variante spricht, dass der Verweis der Landesregierung in diesem Fall mangels Exekutierbarkeit der durch den Verweis erfassten Norm rechtswidrig sein dürfte. Darüber hinaus zeigt sich, dass es § 1 Abs. 3 Nr. 2 GefTierG beispielsweise auch versäumt, zusätzlich auf § 11 Abs. 5 TierSchG zu verweisen, der nicht nur die Rechtswirkungen der Erlaubnis umreißt, sondern zusätzlich etwa auch zentrale Fragen der Fristberechnung betrifft.

Somit liegt die Vermutung nahe, dass der Verweis des § 1 Abs. 3 Nr. 2 GefTierG in geltungserhaltender Weise dergestalt zu interpretieren ist, dass nicht isoliert auf § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 TierSchG, sondern zusätzlich auch auf alle anderen Bestimmungen des TierSchG verwiesen werden soll, ohne die § 11 Abs. 1

Satz 1 Nr. 8 TierSchG schlichtweg keinen Sinn ergeben würde. Neben § 11 Abs. 5 TierSchG zählt hierzu notwendigerweise auch die Übergangsvorschrift des § 21 Abs. 5 TierSchG.

Wendet man nun § 21 Abs. 5 TierSchG in der beschriebenen Weise an, so muss zunächst klargestellt werden, dass die Nennung von Tierbörsen in § 21 Abs. 5 Nr. 1 TierSchG nicht etwa dazu führt, dass § 1 Abs. 3 Nr. 2 GefTierG verfassungskonform in der Weise interpretiert werden könnte, dass der nordrhein-westfälische Gesetzgeber Tierbörsen doch weiter ermöglichen möchte. Ausschlaggebend ist insoweit der Umstand, dass § 21 Abs. 5 TierSchG natürlich nur insoweit Anwendung auf die vorliegend interessierende Thematik findet, als es um die auf § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 TierSchG bezogene Lückenfüllung geht.

Damit führt § 1 Abs. 3 Nr. 2 GefTierG iVm § 21 Abs. 5 TierSchG und § 11 Abs. 1 Satz 2 und 3, Abs. 2, 2a, 5 und 6 TierSchG alte Fassung unter anderem dazu, dass neben klassischen berufsregelnden Vorgaben etwa zu Befristungen, Bedingungen und Auflagen auch Vorschriften aktiviert werden, die auf die erforderlichen fachlichen Kenntnisse und Fähigkeiten sowie auf die individuelle Zuverlässigkeit abstellen.⁴⁴ Bei derartigen Anforderungen handelt es sich um typische Ausgestaltungen subjektiver Zulassungsvoraussetzungen.⁴⁵

⁴⁴ Siehe etwa § 11 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 TierschG aF.

⁴⁵ BVerfGE 126, 112 ff (Rn. 90 bei juris).

Für subjektive Zulassungsvoraussetzungen gilt, dass sie zum Schutze besonders wichtiger, den individuellen Freiheitsrechten vorgehender Gemeinschaftsgüter erforderlich sein müssen.⁴⁶ Ferner gilt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in dem Sinne, dass die einschränkenden Maßnahmen zu dem erstrebten Zweck der ordnungsgemäßen Erfüllung der Berufstätigkeit nicht außer Verhältnis stehen dürfen.⁴⁷ Vorliegend ist dem Grunde nach nicht erkennbar, dass die durch die übergangsweise geltenden Bestimmungen der alten Fassung des TierSchG statuierten Voraussetzungen verfassungsrechtlich problematisch sein könnten.

d. Bewertung nach Ablauf der Übergangsphase

Völlig anders kann sich die Situation freilich nach dem Auslaufen der Übergangsphase zeigen. Derzeit ist jedoch nicht absehbar, in welcher Weise die Rechtsverordnung welche Anforderungen an Gewerbetreibende stellen wird. Eine abschließende Bewertung der Verfassungskonformität des GefTierG-Regelungsregimes für „einfache“ Gewerbetreibende ist daher erst nach Verabschiedung der Rechtsverordnung zu § 11 TierSchG möglich.

Hier zeigt sich aktuell, dass nach Auskunft des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft⁴⁸ derzeit nicht nur nicht an einer entsprechenden Verordnung gearbeitet wird, sondern der Erlass einer solchen Verordnung noch nicht einmal vorgesehen ist.

⁴⁶ Tettinger/Mann, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 12 Rn. 104.

⁴⁷ BVerfGE 7, 377 (405, 407); BVerfGE 28, 364 (374); BVerwGE 40, 17 ff. (Rn. 26 bei juris).

⁴⁸ Telefonische Rückfrage am 21.08.2015 bei Referat 321.

Damit stellen die vorstehend dargestellten Übergangsvorschriften letztlich auf unbestimmte Zeit die geltende Rechtslage dar.

e. Insbesondere: Gebot der Normenklarheit

Zwar ist es dem Gesetzgeber grundsätzlich unbenommen, im Wege einer dynamischen Verweisung auf Regelungskomplexe in ihrer jeweils geltenden und damit auch in einer künftigen Fassung Bezug zu nehmen. Jedoch trifft ihn auch im Falle einer solchen „offenen Verweisung“ uneingeschränkt die Pflicht, die rechtsstaatlichen Grundsätze der Normenklarheit bzw. Bestimmtheit und Widerspruchsfreiheit zu beachten.⁴⁹ Insoweit sind deutliche Zweifel angebracht, ob das von der Landesregierung im vorliegenden Entwurf diesen Anforderungen genügt:

Es wurde bereits dargelegt, dass die Verweisung des § 1 Abs. 3 Nr. 2 GefTierG ohne eine ergänzende Interpretation nicht sinnvoll genutzt werden kann, da nur § 21 Abs. 5 TierSchG den Weg zur Anwendung ausgewählter Bestimmungen des „alten“ TierSchG ebnet. Schon diese Interpretationsleistung ist dem üblichen Normunterworfenen nicht ohne weiteres möglich. Bedenkt man nun die zusätzlichen Unsicherheiten, die sich aus der Nicht-Umsetzung der Verordnungsermächtigung ergeben, so nimmt es nicht Wunder, dass der Regelungskomplex des § 11 TierSchG bzw. die Thematik der hier statuierten Erlaubnispflichtigkeit dem Vernehmen nach auch auf behördlicher Seite für

⁴⁹ Hierzu etwa: BVerfG, Urt. vom 02.06.2015, Az.: 2 BvE 7/11, Rn. 109 bei juris.

erhebliche Verunsicherung sorgt. So wird etwa schon bei isolierter Betrachtung des § 11 TierSchG durch Verwaltungseinheiten bestritten, dass bis zum Erlass der Rechtsverordnung überhaupt eine Erlaubnis ausgesprochen werden kann - eine Einschätzung, die im Lichte des § 21 Abs. 5 TierSchG eindeutig falsch ist.

Diese massiven Verwerfungen können als deutliches Indiz dafür gesehen werden, dass bereits die Neufassung des § 11 TierSchG in Bezug auf Normklarheit und Bestimmtheit suboptimal ausgefallen ist. Die Inbezugnahme des § 1 Abs. 3 Nr. 2 GefTierG vernetzt diese Problematik mit einem ebenfalls hochkomplexen Regelungsfeld und potenziert die Verwerfung somit. In der Gesamtschau spricht somit vieles dafür, dass dem Gebot der Normenklarheit nicht mehr genügt wird. Angesichts der gravierenderen Verletzungen individualrechtlicher Positionen soll dieser Aspekt vorliegend aber nicht vertieft behandelt werden.

3. Strafrechtliche Sanktionen

Der vorliegende Entwurf der Landesregierung enthält in § 17 nicht nur einen umfänglichen Ordnungswidrigkeitenkatalog, sondern darüber hinaus in § 16 auch eine Strafvorschrift, die wie folgt lautet:

„(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. ein gefährliches Tier entgegen dem Verbot des § 2 hält, ohne im Besitz einer Haltungserlaubnis gemäß § 3 zu sein,

2. ein gefährliches Tier einer nicht in Deutschland heimischen Art in die Natur aussetzt oder

3. ein gefährliches Tier auf Menschen oder Tiere hetzt oder einen Menschen unter Verweis auf die oder unter Ausnutzung der Gefährlichkeit eines solchen Tieres bedroht.

(2) In der Entscheidung kann angeordnet werden, dass das Tier, auf das sich die Straftat bezieht, eingezogen wird. § 74a des Strafgesetzbuches ist anzuwenden.“

Die genannte Bestimmung wirft verschiedene verfassungsrechtliche Fragen auf, die von der Gesetzgebungskompetenz bis hin zur Verhältnismäßigkeit der Strafbarkeit als solcher reichen.

a. Fehlende Gesetzgebungskompetenz

Die Landesregierung führt zur Frage der Gesetzgebungszuständigkeit folgendes aus: „Für strafrechtliche Regelungen steht dem Bund nach Art. 74 Absatz 1 Nummer 1 GG die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit zu. Es existieren im Strafrecht des Bundes keine Regelungen, die einen strafwürdigen Umgang mit gefährlichen Tieren wildlebender Arten sanktionieren, Insofern steht es dem Landesgesetzgeber frei, auf diesem Gebiet selbst Strafvorschriften zu schaffen.“⁵⁰

⁵⁰ S. 34 des Gesetzesentwurfs der Landesregierung.

Angesichts des Umstandes, dass nach allgemeiner Überzeugung kaum kompetenzieller Raum für ein Kriminalstrafrecht der Länder bleibt⁵¹, fällt der blankettartige Verweis auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG recht karg aus. Bei näherer Betrachtung zeigt sich tatsächlich auch ein anderes Bild:

Zunächst einmal gilt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass die Kompetenz des Bundes jedenfalls alle „im Strafgesetzbuch herkömmlich geregelten Materien umfasst“.⁵² Der Landesgesetzgeber ist damit am Erlass von Strafvorschriften gehindert, die dem Kernstrafrecht zuzuordnen sind.⁵³ Bedenken ergeben sich insoweit vor allem in Bezug auf § 16 Abs. 1 Nr. 3 GefTierG.

Der Einsatz von Tieren zum Zweck des Bedrohens und aus ähnlichen Motivationslagen heraus wird in unterschiedlichsten Kontexten des Kernstrafrechts thematisiert. So gehen etwa Rechtsprechung und herrschende Lehre davon aus, dass Hunde als gefährliche Werkzeuge oder als Bedrohungsmittel beispielsweise im Sinne der §§ 224, 244, 250 Abs. 2 StGB, aber ebenso auch um einen geeigneten Gegenstand im Sinne des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG handelt.⁵⁴ Gleiches gilt sogar für eine auf das Opfer geschleuderte Katze.⁵⁵

⁵¹ Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 74 Rn. 17; Niedobitek, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar, Stand: 173. EL. Juni 2015, Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, Rn. 59.

⁵² BVerfGE 23, 113 ff. (Rn. 57 bei juris).

⁵³ Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 74 Rn. 15.

⁵⁴ Siehe nur BGH, NJW 1960, 1022 ff.; BGH, NStZ-RR 1999, 174; BGH, NStZ 2000, 431 ff.; Paeffgen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), StGB, Band 2, 4.

Ebenso ist allgemein anerkannt, dass ein Tier zum Zwecke der „Drohung mit einem empfindlichen Übel“ eingesetzt werden kann, wodurch der Tatbestand der Nötigung nach § 240 Abs. 1 StGB verwirklicht wird.⁵⁶ Gleichermaßen verwirklicht die Androhung eines die Gesundheit gefährdenden Tiereinsatzes den Tatbestand der Bedrohung nach § 241 StGB.⁵⁷

§ 16 Abs. 1 Nr. 3 GefTierG umfasst damit ausnahmslos Konstellationen, die bereits durch spezielle Straftatbestände des geltenden Bundesrechts, namentlich solche des Strafgesetzbuches, erfasst sind. Schon vor diesem Hintergrund fehlt es dem nordrhein-westfälischen Landesgesetzgeber im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG an der relevanten Gesetzgebungskompetenz. Die Vorschrift des § 16 Abs. 1 Nr. 3 GefTierG ist vor diesem Hintergrund eindeutig verfassungswidrig.

b. Strafrecht als ultima ratio

Ganz allgemein ist gegen das Vorgehen des nordrhein-westfälischen Gesetzgebers aber auch vorzubringen, dass das legislative Mittel des Strafrechts nicht innerhalb der hierfür vorgesehenen Bahnen gewählt wird. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung des Umstandes, dass

Aufl. 2013, § 244 Rn. 18; Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 244 Rn. 5b;

⁵⁵ Lilie, in: Leipziger Kommentar, Sechster Band, 11. Aufl. 2005, § 224 Rn. 26; Paeffgen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), StGB, Band 2, 4. Aufl. 2013, § 244 Rn. 18.

⁵⁶ Siehe nur VG München, BeckRS 2007, 37184; Altvater, in: Leipziger Kommentar, Siebter Band, Teilband 2, 12. Aufl. 2015, § 240 Rn. 73.

⁵⁷ OLG Köln, NJW 2007, 1150 ff.

das Strafrecht nach allgemeinem Verständnis als „schärfstes Schwert“ des Staates gilt, das nur als ultima ratio zum Einsatz kommen soll.⁵⁸

aa. Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht betont zwar in ständiger Rechtsprechung vollkommen zu Recht der insoweit zu achtenden Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers, macht aber zugleich klar, dass dieser Spielraum keinesfalls grenzenlos ist:

„Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet - bei Androhung von Freiheitsstrafe auch im Hinblick auf die Gewährleistung der Freiheit der Person durch Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG (vgl. BVerfGE 90, 145 <172>) -, dass eine Strafnorm dem Schutz anderer oder der Allgemeinheit dient (vgl. BVerfGE 90, 145 <172, 184>; s. auch BVerfGE 27, 18 <29 f.>; 39, 1 <46>; 88, 203 <257>). Das Strafrecht wird als "ultima ratio" des Rechtsgüterschutzes eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist. Wegen des in der Androhung, Verhängung und Vollziehung von Strafe zum Ausdruck kommenden sozialetischen Unwerturteils kommt dem Übermaßverbot als Maßstab für die Überprüfung einer Strafnorm besondere Bedeutung zu (vgl. BVerfGE 90, 145 <172>; 92, 277 <326>; 96, 10 <25>). Es ist aber grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, den Bereich

⁵⁸ Ausführlich: Hefendehl, Der fragmentarische Charakter des Strafrechts, in: JA 2011, 401 ff.

strafbaren Handelns verbindlich festzulegen. Er ist bei der Entscheidung, ob er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen und wie er dies gegebenenfalls tun will, grundsätzlich frei (vgl. BVerfGE 50, 142 <162>; zur Grenzziehung zwischen kriminellem Unrecht und Ordnungsunrecht BVerfGE 27, 18 <30>; 80, 182 <186> m.w.N.; 96, 10 <26>).

Eine Strafnorm muss geeignet und erforderlich sein, um den erstrebten Zweck zu erreichen. Ein Mittel ist bereits dann geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann. Es ist nicht erforderlich, dass der Erfolg in jedem Einzelfall auch tatsächlich erreicht wird oder jedenfalls erreichbar ist; die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt (vgl. BVerfGE 96, 10 <23>). Ein Gesetz ist erforderlich, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder weniger stark einschränkendes Mittel hätte wählen können. Bei der Beurteilung der Eignung und Erforderlichkeit des gewählten Mittels zur Erreichung der erstrebten Ziele sowie bei der in diesem Zusammenhang vorzunehmenden Einschätzung und Prognose der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahren steht dem Gesetzgeber ein Beurteilungsspielraum zu, welcher vom Bundesverfassungsgericht je nach Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter und den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, nur in begrenztem Umfang überprüft werden kann (vgl. BVerfGE 90, 145 <172 f.> m.w.N.).

Schließlich muss bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit für die Adressaten des Verbots gewahrt sein (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn). Die Maßnahme darf sie nicht übermäßig belasten. Im Bereich staatlichen Strafens folgt aus dem Schuldprinzip und aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass die Schwere einer Straftat und das Verschulden des Täters zu der Strafe in einem gerechten Verhältnis stehen müssen. Eine Strafandrohung darf nach Art und Maß dem unter Strafe gestellten Verhalten nicht schlechthin unangemessen sein. Tatbestand und Rechtsfolge müssen vielmehr sachgerecht aufeinander abgestimmt sein (vgl. BVerfGE 90, 145 <173> m.w.N.).⁵⁹

Unstreitig steht damit dem Gesetzgeber ein weiter Beurteilungsspielraum bei der Identifizierung der als relevant erachteten Gefahren, aber auch der zur Bekämpfung eingesetzten Mittel zu. Nichtsdestotrotz zeigt sich, dass das Mittel der Ordnungswidrigkeit zu wählen ist, „wenn nicht] ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist“.

Vorliegend zeigt sich bei Anwendung dieses Maßstabs, dass bei der Haltung sogenannter Gefahrtiere in keiner Weise erkennbar ist, dass eine besonders schwerwiegende Form der Sozialschädlichkeit vorliegt, oder dass die entsprechende Tierhaltung für das geordnete

⁵⁹ BVerfGE 120, 224 ff (Rn. 35 ff. bei juris).

Zusammenleben der Menschen in Nordrhein-Westfalen unerträglich wäre. Vielmehr zeigt ganz im Gegenteil die bereits angesprochene Wertung der Landesregierung - die selbst von „Einzelfällen“ entwichener Tiere ausgeht - , dass Qualität und Quantität der beschriebenen Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung aller medialen Hyperventilierung zum Trotz bei weitem nicht ausreichen, um das Strafrecht als ultima ratio zu aktivieren.

Auch im Sinne der vom Bundesverfassungsgericht explizit eingeforderten Erforderlichkeit wäre allenfalls eine entsprechende Erweiterung des Ordnungswidrigkeitenkataloges des § 17 GefTierG das richtige Mittel, um den von der Landesregierung behaupteten Gefahren zu begegnen. Ein solches Vorgehen würde übrigens auch auf der Linie aller anderen Bundesländer liegen, die sich der Gefahrtierthematik angenommen haben. Hier zeigt sich, dass das Mittel der Ordnungswidrigkeit gewählt wird, um entsprechende Sanktionen zu implementieren. Von der Option der Strafbarkeit wird hingegen - wie sich gezeigt hat: aus guten Gründen - Abstand genommen.

bb. Insbesondere: Systemwidrige Verwerfung zum HundeG

Gegen die Zulässigkeit der Schaffung eines entsprechenden Straftatbestandes spricht im Übrigen auch die Systemwidrigkeit der vorgeschlagenen Regelung. Die Landesregierung spricht in der Begründung zum Entwurf des GefTierG selbst davon, dass das GefTierG deutliche Parallelen zur positivrechtlichen Ausformung

der Gefahrhundethematik in Nordrhein-Westfalen aufweist:

„Die Problematik der Haltung gefährlicher Tiere wildlebender Arten ist aus Sicht der Gefahrenabwehr in einigen Aspekten vergleichbar mit der Haltung von gefährlichen Hunden. Vor allem seit dem Jahr 2000 haben sich die meisten Länder aufgrund immer wieder auftretender schwerwiegender Vorfälle, bei denen Personen, insbesondere Kinder und ältere Menschen, von Hunden angegriffen, schwer verletzt oder getötet wurden, veranlasst gesehen, zum Schutze der Bevölkerung Gesetze und Verordnungen erlassen, in Nordrhein-Westfalen namentlich die Landeshundeverordnung [...], die [...] durch das Landeshundegesetz [...] ersetzt wurde.“⁶⁰

Ohne dass vorliegend beurteilt werden müsste, in welcher Weise bzw. in welchem Umfang eine unterschiedliche gesetzliche Regelung für verschiedene, als gefährlich erachtete Tiere als solche (sic!) dem Gleichheitsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG zu genügen vermag, spielt die Parallelität der Regelungen des GefTierG und des HundeG auch mit Blick auf die vorliegend interessierende Frage der Zulässigkeit strafrechtlicher Sanktionierung eine zentrale Rolle. Denn wenn die Haltung gefährlicher Tiere trotz eklatanter Schädigungszahlen aus der Sicht des Sicherheits- und Ordnungsrechts bzw. des staatlichen Schutzauftrags aus Art. 2 Abs. 2 GG den Gesetzgeber im Falle gefährlicher Hunde nicht zur Schaffung einer vergleichbar umfassenden Strafvorschrift veranlassen konnte, sich derselbe Gesetzgeber aber im Falle

⁶⁰ S. 15 des Gesetzesentwurfs der Landesregierung.

„gefährlicher Exoten“ trotz verschwindend geringer Störungszahlen bzw. Gefährdungslagen für die Einführung einer weiterreichenden Strafvorschrift entscheidet, so entzieht diese Divergenz dem staatlichen Beurteilungsspielraum den Boden.

Tatsächlich verhält es sich so, dass es in Nordrhein-Westfalen bei Verabschiedung des relevanten Hunderechts – wie die Landesregierung selbst angibt – alljährlich dutzende massiver Beißvorfälle mit teils tödlichem Ausgang gab.⁶¹

Dass sich einige wenige Einzelfälle entwichener „Exoten“, bei denen es in der Regel auch nicht zu einer wie auch immer gearteten Schädigung relevanter Rechtsgüter gekommen ist, auf demselben Gefährdungsniveau bewegen sollen, lässt sich mittels sachlicher Erwägungen kaum begründen. Auch zeigt sich, dass der nordrhein-westfälische Gesetzgeber im Falle der Hundehaltung trotz eklatanter Fallzahlen eine im Vergleich zum GefTierG deutlich abgemilderte, durch reduzierte Tatbestandsvarianten geprägte Strafvorschrift für erforderlich gehalten hat.

c. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass die im GefTierG vorgenommene Pönalisierung durch § 16 verfassungswidrig ist. Teilweise werden Handlungen

⁶¹ Insgesamt zu den Entwicklungen in diesem Bereich: Ministerium für Umwelt und Naturschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen, Bericht zur Evaluation des Landeshundegesetzes NRW und der Durchführungsverordnung zum Landeshundegesetz NRW, Az.: VI-6 – 78.01.50.

unter Strafe gestellt, die bereits nach diversen Bestimmungen des bundesrechtlichen Strafgesetzbuches unter Strafe stehen. Dem Land Nordrhein-Westfalen steht insoweit nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG schon keine Gesetzgebungskompetenz zu.

Im Übrigen genügt § 16 GefTierG nicht den vom Bundesverfassungsgericht statuierten Anforderungen an den ultima ratio-Charakter des Strafrechts. Die Bestimmung ist weder erforderlich, noch genügt sie unter dem Gesichtspunkt der Systemkonformität den entsprechenden Anforderungen.

4. Eingriff in Art. 13 GG

§ 9 Abs. 2 GefTierG adressiert nicht nur die Anforderungen, die an die für die Haltung vorgesehenen Räumlichkeiten zu stellen sind, sondern führt in diesem Zusammenhang auch ein behördliches Betretungsrecht ein:

„Die Haltungsperson hat sicherzustellen, dass die der Tierhaltung dienenden Räumlichkeiten, Einrichtungen oder Freianlagen eine ausbruchssichere sowie art- und verhaltensgerechte Unterbringung ermöglichen und sich keine unbefugten Personen Zugang zu dem Tier verschaffen können. Soweit es im Falle einer Prüfung dieser Voraussetzungen erforderlich ist, hat die Haltungsperson den Bediensteten der zuständigen Behörde den Zutritt zu dem befriedeten Besitztum, in dem das gefährliche Tier gehalten wird, zu ermöglichen und die erforderlichen Feststellungen zu dulden.“

Die Begründung zum Gesetzesentwurf spricht insoweit ohne nähere Begründung davon, dass es sich bei § 9 Abs. 2 Satz 2 GefTierG um „eine formalgesetzliche Einschränkung des Grundrechts auf Unverletzlichkeit der Wohnung“ handelt.⁶²

a. Eingriffskategorisierung

Zur Ermittlung der zutreffenden verfassungsrechtlichen Parameter bedarf es zunächst einer korrekten Verortung der Eingriffskategorie. In Betracht kommt auf den ersten Blick zunächst die „Durchsuchung“ im Sinne von Art. 13 Abs. 2 GG. Unter „Durchsuchung“ wird jedoch nach allgemeinem Verständnis das ziel- und zweckgerichtete Suchen staatlicher Organe nach Personen oder Sachen oder zur Ermittlung eines Sachverhalts verstanden, das dazu dient, etwas aufzuspüren, was der Inhaber der Wohnung von sich aus nicht offenlegen oder herausgeben will.⁶³

Vorliegend dient § 9 Abs. 2 Satz 2 GefTierG dezidiert nicht dem Auffinden etwa genehmigungspflichtiger Tiere, sondern lediglich der Prüfung der Haltungsvoraussetzungen. Somit liegt keine Durchsuchung im Sinne von Art. 13 Abs. 2 GG, sondern vielmehr ein klassischer Fall ordnungsbehördlicher Betretungsrechte vor, die in Rechtsprechung und Schrifttum fast

⁶² S. 29 des Gesetzesentwurfs der Landesregierung.

⁶³ Siehe im Einzelnen etwa: BVerfGE 32, 54 ff.; Kühne, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 13 Rn. 27 ff.

ausschließlich mit Blick auf Betriebs- und Geschäftsräumlichkeiten diskutiert werden.⁶⁴

b. Grenzen behördlicher Nachschau bei Betriebs- und Geschäftsräumen

Für die behördliche Nachschau ergeben sich verschiedene Beschränkungen, die in § 9 Abs. 2 Satz 2 GefTierG nicht in verfassungskonformer Weise abgebildet werden.

Zunächst ist allgemein anzumerken, dass die soeben bereits angesprochene Differenzierung zwischen Durchsuchungen und Maßnahmen der Nachschau dazu führt, dass eine Nachschau behördlicherseits nicht zur Umgehung des Richtervorbehalts „vorgeschoben“ werden darf, um tatsächlich eine Durchsuchung durchzuführen.⁶⁵

Sodann fordert das Bundesverfassungsgericht bei der behördlichen Nachschau schon dann, wenn „nur“ Geschäfts- und Betriebsräume betroffen sind, dass eine Reihe detaillierter Voraussetzungen eingehalten wird:

„Grenzt man den Kreis der hiernach nicht mehr als "Eingriffe und Beschränkungen" zu qualifizierenden Betretungs- und Besichtigungsrechte für Geschäfts- und Betriebsräume sachgemäß - d. h. unter Beachtung namentlich des Art. 2 Abs. 1 GG im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit -

⁶⁴ Statt vieler: Herdegen, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar, Stand: 173. EL. Juni 2015, Art. 13 Rn. 71 f.; Kühne, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 13 Rn. 51 f.

⁶⁵ Siehe nur VGH Baden-Württemberg, NVwZ-RR 2011, 815 ff. (Rn. 8 bei juris).

ab, so ergibt sich, dass insbesondere folgende Voraussetzungen zu fordern sind:

a) eine besondere gesetzliche Vorschrift muss zum Betreten der Räume ermächtigen;

b) das Betreten der Räume, die Vornahme der Besichtigungen und Prüfungen müssen einem erlaubten Zweck dienen und für dessen Erreichung erforderlich sein;

c) das Gesetz muss den Zweck des Betretens, den Gegenstand und den Umfang der zugelassenen Besichtigung und Prüfung deutlich erkennen lassen;

d) das Betreten der Räume und die Vornahme der Besichtigung und Prüfung ist nur in den Zeiten statthaft, zu denen die Räume normalerweise für die jeweilige geschäftliche oder betriebliche Nutzung zur Verfügung stehen.

Ist unter diesen Voraussetzungen das Betreten der Geschäfts- und Betriebsräume durch Beauftragte von Behörden im Rahmen ihrer Zuständigkeit nicht als eine Beeinträchtigung des Rechts der Unverletzlichkeit der Wohnung anzusehen, so wird dadurch naturgemäß nicht ausgeschlossen, dass das Verwaltungshandeln, dessen Durchführung es dient, als solches unter anderen verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten beanstandet werden kann.“⁶⁶

⁶⁶ BVerfGE 32, 54 ff. (Rn. 53 ff. bei juris); BVerfG, NVwZ 2007, 1049 ff. (Rn. 27 bei juris).

Diesen Anforderungen genügt § 9 Abs. 2 Satz 2 GefTierG unter verschiedenen Gesichtspunkten nicht. So fehlt es insbesondere an der vom Bundesverfassungsgericht geforderten Eingrenzung des für eine Nachschau in Betracht kommenden Zeitfensters. Eine solche Eingrenzung, die einer Nachschau zur „Unzeit“ entgegenwirken soll, wird beispielsweise im Waffenrecht, aber auch im nachfolgend näher zu beleuchtenden Tierschutzrecht genutzt. Die Ermächtigung des § 9 Abs. 2 Satz 2 GefTierG sprengt diesen durch das Bundesverfassungsgericht gezogenen Rahmen ohne erkennbaren Grund.

Darüber hinaus fehlt es auch an der Erforderlichkeit der behördlichen Nachschau, da die gewünschten Erkenntnisse beispielsweise auch durch die Beibringung detaillierter Bild- oder Videoaufnahmen oder durch die Übermittlung selektiver Informationen erlangt werden könnten. Schon mit Blick auf bloße Geschäfts- und Betriebsräumlichkeiten zeigt sich so die Verfassungswidrigkeit der durch das GefTierG ermöglichten behördlichen Nachschau.

**c. Grenzen behördlicher Nachschau bei Privaträumen:
Art. 13 Abs. 7 GG**

Zeigen sich schon bei der durch § 9 Abs. 2 Satz 2 GefTierG für Betriebs- und Geschäftsräume eröffneten Option der behördlichen Nachschau massive verfassungsrechtliche Bedenken, so gilt dies erst recht für eine Nachschau in Privaträumlichkeiten, auf die § 9 Abs. 2 Satz 2 GefTierG in ganz besonderem Maße abzielt.

Eine oberflächliche Betrachtung könnte insoweit zu der Einschätzung führen, dass die vom Bundesverfassungsgericht statuierten Anforderungen an die behördliche Nachschau nicht nur für Betriebs- und Geschäftsräume, sondern ebenso auch für Privaträumlichkeiten gelten. Eine solche Sichtweise entspricht aber zweifellos weder der geltenden Rechtsprechung, noch der herrschenden Lehre im Schrifttum. Die Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Themenkomplex der behördlichen Nachschau macht unmissverständlich deutlich, dass die bereits genannten Prüfparameter nur für Betriebs- und Geschäftsräume als „Wohnung zweiten Ranges“ gelten - und dass es im Übrigen auch der Sichtweise der Bundesregierung entsprach, dass private Räumlichkeiten nur dann im Wege der Nachschau betreten werden dürfen, wenn die Voraussetzungen des heutigen Art. 13 Abs. 7 GG (also des damaligen Art. 13 Abs. 3 GG) vorliegen:

„Die prinzipielle Unverletzlichkeit der Wohnung wird in Art. 13 Abs. 3 GG dadurch gesichert, dass "Eingriffe und Beschränkungen", die nicht "Durchsuchungen" sind, nur unter ganz bestimmten, genau umschriebenen Voraussetzungen vorgenommen werden dürfen. Bei Wohnräumen im engeren Sinn entspricht diese strenge Begrenzung der zulässigen Eingriffe dem grundsätzlichen Gebot unbedingter Achtung der Privatsphäre des Bürgers. Zwar geht es zu weit, wenn der Bundesminister der Justiz annimmt, die Vorbehaltsschranken des Abs. 3 seien "der Sache nach (nur) auf Wohnräume zugeschnitten"; denn sowohl "zur Bekämpfung von Seuchengefahr" als auch "zum Schutze gefährdeter

Jugendlicher" (namentlich unter dem Gesichtspunkt des Jugendarbeitsschutzes) kann auch das Betreten von Betriebs- und Arbeitsräumen durch die zuständigen Behörden sachdienlich und erforderlich sein. Doch kann es in der Tat als fraglich erscheinen, ob bei Einbeziehung der Geschäftsräume in den Geltungsbereich des Art. 13 Abs. 3 GG das in einer Reihe von Gesetzen den Verwaltungsbehörden eingeräumte Recht, zu Kontrollzwecken Betriebsräume zu betreten und darin Besichtigungen und Prüfungen verschiedener Art vorzunehmen, eine zureichende verfassungsrechtliche Grundlage hat. Zwar wird in manchen Fällen der Zweck der "Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung" den Eingriff rechtfertigen, zumal bei der weiten, die mittelbare Gefahrenverhütung einschließenden Auslegung dieser Klausel, wie sie der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Februar 1964 (BVerfGE 17, 232 (251 f.)) zugrunde liegt. Soweit aber den mit der Wirtschafts-, Arbeits- und Steueraufsicht betrauten Behörden das Recht eingeräumt wird, Betriebs- und Geschäftsräume zu betreten, um dort im Zusammenhang mit der Verpflichtung des Betriebsinhabers zur Auskunftserteilung Geschäftsbücher und Akten zu prüfen oder Waren und Einrichtungen zu besichtigen, wäre eine verfassungsrechtliche Grundlage für diese Maßnahmen nach herkömmlicher Auslegung nur durch eine nicht mehr vertretbare Überdehnung des Anwendungsbereichs des Abs. 3 zu gewinnen. Auf der anderen Seite ist dem Minister darin zuzustimmen, dass solche Betretungs- und Besichtigungsrechte vielfach ein unentbehrliches Kontrollinstrument der modernen Wirtschaftsaufsicht darstellen; ihre Bedeutung für einen wirksamen und gleichmäßigen Gesetzesvollzug

wächst sogar noch mit dem Eindringen öffentlich-rechtlicher Steuerungselemente in die Wirtschaftsführung privater Unternehmen und der ihr korrespondierenden Verfeinerung und Intensivierung der Wirtschaftsaufsicht im weitesten Sinne.“⁶⁷

Auch im Schrifttum ist allgemein anerkannt, dass die Nicht-Anwendung von Art. 13 Abs. 7 auf Fälle der behördlichen Nachschau nur dann vertretbar ist, wenn es um die „geminderte[...] Schutzwürdigkeit von Betriebs- und Geschäftsräumen“⁶⁸ geht. „Betriebs- und Geschäftsräume sind der engeren privaten Lebenssphäre entrückt und durch einen stärkeren Außenkontakt gekennzeichnet als Privaträume. Dies rechtfertigt eine Abstufung des Schutzes von Privatwohnungen einerseits und Geschäftsräumen andererseits.“⁶⁹

Die verfassungsrechtliche Bewertung der behördlichen Nachschau bei Privatwohnungen bemisst sich damit nicht anhand der durch das Bundesverfassungsgericht für Betriebs- und Geschäftsräumlichkeiten entwickelten Standards, sondern eindeutig nach Art. 13 Abs. 7 GG. § 9 Abs. 2 Satz 2 GefTierG wäre damit nur dann verfassungskonform, wenn die Nachschau in Privatwohnungen der Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr, oder aber der Verhütung einer dringenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung dient.

⁶⁷ BVerfGE 32, 54 ff. (Rn. 49 bei juris).

⁶⁸ Siehe nur: Herdegen, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar, Stand: 173. EL. Juni 2015, Art. 13 Rn. 71.

⁶⁹ Herdegen, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar, Stand: 173. EL. Juni 2015, Art. 13 Rn. 72.

Ohne dass es vorliegend weiterführender Darlegungen zu den Gefahrenkategorien des Art. 13 Abs. 7 GG bedürfen würde, kann als gesichert gelten, dass § 9 Abs. 2 Satz 2 GefTierG die durch Art. 13 Abs. 7 GG statuierten Eingriffsvoraussetzungen nicht zu erfüllen vermag. Nach dem insoweit völlig eindeutigen Wortlaut der Bestimmung zielt die Nachschau lediglich auf die allgemeine und verdachtslose Überprüfung von Haltungsanforderungen; eine wie auch immer geartete, polizeirechtlich relevante Gefahr wird nicht gefordert. Mit Blick auf die durch § 9 Abs. 2 Satz 2 GefTierG ermöglichte Nachschau in Privatwohnungen liegt daher ein eindeutiger Verstoß gegen Art. 13 Abs. 7 GG vor.

d. Insbesondere: Abgleich zum TierSchG

Der vorstehend ermittelte Befund wird zusätzlich gestützt durch einen Abgleich von § 9 Abs. 2 Satz 2 GefTierG mit den Bestimmungen des Tierschutzrechts, namentlich § 16 Abs. 3 Nr. 1 und 2 TierSchG, der wie folgt lautet:

„Personen, die von der zuständigen Behörde beauftragt sind, sowie in ihrer Begleitung befindliche Sachverständige der Europäischen Kommission und anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Mitgliedstaaten) dürfen zum Zwecke der Aufsicht über die in Absatz 1 bezeichneten Personen und Einrichtungen und im Rahmen des Absatzes 2

1. Grundstücke, Geschäftsräume, Wirtschaftsgebäude und Transportmittel des Auskunftspflichtigen während der Geschäfts- oder Betriebszeit betreten, besichtigen und

dort zur Dokumentation Bildaufzeichnungen, mit Ausnahme von Bildaufzeichnungen von Personen, anfertigen,

2. zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung

a) die in Nummer 1 bezeichneten Grundstücke, Räume, Gebäude und Transportmittel außerhalb der dort genannten Zeiten,

b) Wohnräume des Auskunftspflichtigen

betreten, besichtigen sowie zur Dokumentation Bildaufzeichnungen, mit Ausnahme von Bildaufzeichnungen von Personen, anfertigen; das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 des Grundgesetzes) wird insoweit eingeschränkt, [...].“

Im Tierschutzrecht wird somit die in § 9 Abs. 2 Satz 2 GefTierG fehlende Differenzierung zwischen Privat- und Geschäftsräumen geleistet, mit der Folge, dass das TierSchG Eingriffe in Privaträumlichkeiten gerade nur „zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung“ gestattet.

5. Eingriff in Halterrechte

Es war bereits Gegenstand der Ausführungen, dass der ausschließlich hobbyartige Umgang mit Tieren nicht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG unterfällt. Ebenso bedarf es aber keiner weiteren Begründung dazu, dass Tierhalter im Rahmen der Ausübung ihres Hobbies den Schutz der Allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG genießen.

Bekanntlich korrespondiert dem weiten Schutzbereich der Allgemeinen Handlungsfreiheit eine ebenso weitreichende Schrankenregelung in Gestalt der sogenannten Schrankentrias, deren Kern sich auf alle der verfassungsmäßigen Ordnung zuzurechnenden materiellen und formellen Gesetze reduzieren lässt. Der Regelungskomplex des GefTierG und der DVO GefTierG ist nach Verabschiedung zweifelsohne (formelles) Gesetzesrecht, so dass dem Grunde nach eine taugliche Grundrechtsschranke gegeben wäre.

Jedoch gilt auch bei der Bewertung von Schranken im Sinne der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG, dass die die Grundrechtsausübung einschränkenden Bestimmungen ihrerseits zusätzlichen Anforderungen genügen müssen.⁷⁰ Im Sinne dieser „Schranken-Schranken“ ist es insbesondere erforderlich, dass dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügt wird. Danach muss jede die Allgemeine Handlungsfreiheit beschränkende Norm einen legitimen Zweck verfolgen, sowie geeignet, erforderlich und angemessen sein.

Die Legitimität des von der Landesregierung als Gesetzeszweck benannten Gesundheitsschutzes bzw. der Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung kann nicht ernsthaft bezweifelt werden. Auch ist das private Halter treffende Regelungsregime – das neben Sachkundenachweis und einer Haftpflichtversicherung unter anderem auch Anforderungen an die Art und Weise bzw. die Örtlichkeit der Haltung, oder etwa auch umfassende Dokumentationspflichten sowie die Pflicht

⁷⁰ Murswiek, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 2 Rn. 57.

zur Bereithaltung bestimmter Arbeitsmaterialien umfasst
- dem Grunde nach geeignet, die Zielsetzung des Gesetzgebers zu verwirklichen.

Bereits in Bezug auf den Aspekt der Erforderlichkeit - also auf die Wahl des mildestmöglichen Eingriffsinstrumentariums - ergeben sich jedoch massive Bedenken. Die Landesregierung nutzt bekanntlich in dem vorgelegten Regelungsentwurf nicht eines der üblicherweise zur Gefahrenabwehr genutzten Instrumente, sondern lässt diese kumulativ zusammenwirken: GefTierG und DVO führen so schon bei der Haltung eines einzelnen Tiers unter anderem dazu,

- dass ein zeit- und kostenintensiver Sachkundelehrgang absolviert und zudem regelmäßig wiederholt werden muss,

- dass eine kostenintensive Haftpflichtversicherung abgeschlossen werden muss,

- dass Behördenvertretern jederzeit der Zutritt auch zu Privaträumlichkeiten gewährt werden muss,

- dass Räumlichkeiten kostenintensiv umgebaut werden müssen,

- dass umfassende Spezialausrüstung angeschafft werden muss,

- dass umfassenden Dokumentationspflichten genügt werden muss,

- dass ein Notfallplan erstellt werden muss.

In der Gesamtschau zeigt sich, dass diese Anforderungen massive wirtschaftliche Effekte zeitigen, aber auch mit Blick auf den zu treibenden Zeitaufwand derart unverhältnismäßig sind, dass sie für den „normalen“ Halter auf ein faktisches Haltungsverbot hinauslaufen.

Derartige Vorgaben, die nicht nur eine gewisse legitime Lenkungswirkung, sondern für den einzelnen Halter eine erdrosselnde Wirkung entfalten, sind per se unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig. Aus der äußerst umfangreichen Rechtsprechung mag insoweit aufgrund der Sachnähe zum vorliegend interessierenden Regulierungsbereich ein Hinweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur erdrosselnden Kampfhundesteuer⁷¹ genügen.

Die Kumulation vielschichtigster und facettenreicher Haltungsanforderungen führt folglich im Ergebnis dazu, dass die Vorgaben des GefTierG und der korrespondierenden DVO keine taugliche Schranke für die aus Art. 2 Abs. 1 GG fließenden Halterrechte darstellen. Der Regelungskomplex ist auch unter diesem Gesichtspunkt verfassungswidrig.

6. Frage der Übergangsfristen

Die Bestimmungen des GefTierG bedürfen ferner einer kritischen Wertung mit Blick auf die vorgesehenen Übergangsbestimmungen. Der nordrhein-westfälische Gesetzgeber beschreitet mit dem Regelungskomplex des GefTierG Neuland und führt dabei, wie die vorstehenden

⁷¹ BVerwGE 150, 225 ff.

Ausführungen hinreichend deutlich gemacht haben sollten, ein ganzes Bündel von Halteranforderungen ein, die in der Gesamtschau regelmäßig einem faktischen Haltungsverbot gleichkommen. Dieser massive Einschnitt in grundrechtlich geschützte Positionen der Halter und Händler wird durch vergleichsweise schwache Übergangsbestimmungen vorbereitet, aber keineswegs hinreichend abgedeckt. § 18 GefTierG führt aus:

„(1) Wer im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes ein gefährliches Tier der in § 2 aufgeführten Arten oder derjenigen Arten hält, deren Haltung gemäß § 4 Absatz 1 anzuzeigen ist, hat die Haltung innerhalb von vier Monaten nach Inkrafttreten des Gesetzes der zuständigen Behörde anzuzeigen. § 4 Absatz 1 Satz 2 und 3 gilt entsprechend.

(2) Ein gefährliches Tier der in § 2 Nummer 1 bis 10 aufgeführten Arten darf nach Maßgabe des Absatzes 1 nur gehalten, wer die in § 5 Absatz 1 Nummer 1 bis 7 aufgeführten Voraussetzungen erfüllt. Die Anschaffung weiterer Tiere der in § 2 Nummer 1 bis 10 aufgeführten Arten sowie die beabsichtigte oder unbeabsichtigte Vermehrung solcher Tiere sind untersagt.

(3) Wer im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes ein gefährliches Tier der in § 2 Nummer 11 bis 15 aufgeführten Arten hält, hat innerhalb von acht Monaten nach Inkrafttreten des Gesetzes bei der zuständigen Behörde entsprechend § 3 Absatz 1 einen Antrag auf Erteilung einer Haltungserlaubnis zu stellen und nach Ablauf von zwölf Monaten nach Inkrafttreten des Gesetzes die Haltungsveroraussetzungen des § 5 Absatz 1

Nummer 1 bis 8 sowie die übrigen Bestimmungen dieses Gesetzes einzuhalten.“

Das Bundesverfassungsgericht hebt bekanntlich auch mit Blick auf etwaig erforderliche Übergangsregelungen den Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers hervor. Aber auch insoweit gilt, dass gesetzgeberische Spielräume nicht als Blankovollmacht zur Grundrechtverletzung fehlinterpretiert werden dürfen. Vielmehr geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass Eingriffsschwere und Eingriffsrechtfertigung in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen müssen:

„Die nähere Ausgestaltung einer Übergangsregelung ist dem Gesetzgeber überlassen (vgl. BVerfGE 21, 173 <183>; 68, 272 <287>; 98, 265 <309 f.>). Für die Überleitung bestehender Rechtslagen, Berechtigungen und Rechtsverhältnisse bleibt dem Gesetzgeber ein breiter Gestaltungsspielraum. Zwischen der sofortigen übergangslosen Inkraftsetzung des neuen Rechts und dem ungeschmälernten Fortbestand begründeter subjektiver Rechtspositionen sind vielfache Abstufungen denkbar. Der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht unterliegt nur, ob der Gesetzgeber bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe unter Berücksichtigung aller Umstände die Grenze der Zumutbarkeit überschritten hat (vgl. BVerfGE 43, 242 <288 f.>). Erforderlich ist eine Abwägung der Einzelinteressen der Betroffenen mit der Bedeutung des gesetzgeberischen Anliegens (vgl. BVerfGE 64, 72 <84>).“⁷²

⁷² BVerfG, NVwZ-RR 2011, 385 ff. (Rn. 18 bei juris).

Übertragen auf die dargestellten Übergangsvorschriften des GefTierG zeigt sich, dass die Landesregierung keine hinreichende Abwägung vorgenommen hat. Stattdessen wird die Thematik der Altbestände, die bei Regelungen der vorliegenden Art zwangsläufig eine bedeutende Rolle spielt, in der Begründung zum Gesetzesentwurf nur angerissen.⁷³ Hier ist namentlich auf die Einschätzung der Landesregierung hinzuweisen, dass es „durch diese Übergangsregelung ermöglicht werden [soll], entgegen dem grundsätzlichen Haltungsverbot dieses Tier bis zu dessen Tod weiterhin zu halten.“⁷⁴ Dessen ungeachtet wird jedoch insoweit gerade gefordert, dass der Halter „die Haltungsvoraussetzungen gemäß § 5 Absatz 1 Nummer 1 bis 7“ erfüllt.⁷⁵

Das führt im Ergebnis dazu, dass beispielsweise der Halter einer Spezies, der seit Jahrzehnten Erfahrungen mit dieser Spezies gesammelt hat, der – was im Bereich der Terraristik keineswegs selten ist – über hochdifferenziertes auch durch das universitäre Umfeld abgefragtes Expertenwissen verfügt, und der aufgrund der von ihm gewährleisteten Haltungsbedingungen niemals Anlass für sicherheitsrelevante Bedenken geliefert hat, alle der genannten umfänglichen gesetzlichen Anforderungen umsetzen muss – was im Ergebnis dazu führen kann und regelmäßig führen wird, dass die Haltung vollkommen anlasslos aufgegeben werden muss.

Gerade mit Blick auf solche Halter – die im Bereich der Terraristik eher die Regel als die Ausnahme darstellen

⁷³ S. 35 des Gesetzesentwurfs der Landesregierung.

⁷⁴ S. 35 des Gesetzesentwurfs der Landesregierung.

⁷⁵ S. 35 des Gesetzesentwurfs der Landesregierung.

- gilt, dass der Gesetzgeber als milderes Mittel insbesondere die genehmigungsfreie „Weiterhaltung“ im Falle erwiesener Sachkunde und tiergerechter Haltung hätte wählen können und müssen. Eine solche Vorgehensweise hätte zudem den Effekt gehabt, dass Vertrauensschutzerwägungen berücksichtigt worden wären, die bei der vorliegenden Entwurfsfassung des GefTierG vollkommen ausgeblendet bleiben: Zwar besteht anerkanntermaßen kein Anspruch des Bürgers darauf, dass eine bestimmte Rechtslage stets und unverändert beibehalten wird. Wer sich jedoch vollkommen legal ein Tier anschafft und ohne Anlass für Beschwerden hält, hat die berechtigte Erwartung, dass die Haltung dieses Tieres nicht durch ein Konglomerat fachlicher, räumlicher, haftungsspezifischer und kontrollbezogener Anforderungen mehr oder minder stante pede unmöglich gemacht wird.

III. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Der von der Landesregierung vorgelegte Entwurf eines GefTierG nebst DVO offenbart schon bei cursorischer Prüfung schwerwiegende verfassungsrechtliche Mängel.

Das faktische Berufsverbot für Tierbörsenveranstalter kann verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden. Dies gilt insbesondere, weil es an nachweisbaren oder höchstwahrscheinlichen konkreten Gefahrenlagen für die menschliche Gesundheit fehlt. Die von der Landesregierung ausschließlich über die Medien erlangten Informationen ersetzen keinen empirisch gesicherten und fachlich validen Befund und repräsentieren zudem explizit nur Einzelfälle.

Darüber hinaus führt die vom Bundesverfassungsgericht statuierte Pflicht zu konsequenter Regulierung dazu, dass die von der Landesregierung selbst als unverzichtbar erachteten Privilegierungen für andere Gewerbetreibende auch Tierbörsenveranstaltern zugutekommen müssen.

Die im GefTierG vorgesehene Erlaubnispflicht nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 GefTierG iVm § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 TierSchG krankt maßgeblich daran, dass von der Verordnungsermächtigung nach § 11 Abs. 2 Satz 1 TierSchG bislang nicht Gebrauch gemacht worden ist. Auch die allenfalls im Wege geltungserhaltender Interpretation zu aktivierende Bestimmung des § 21 Abs. 5 TierSchG vermag bei näherer Betrachtung nicht, die erforderlichen Parameter für eine dem Gebot der Normenklarheit genügende Identifizierung der Erlaubnisvoraussetzungen zu produzieren. Von Gewerbetreibenden wird so eine Erlaubnis eingefordert, die faktisch aufgrund regulativer Mängel nicht beigebracht werden kann.

Die Erlaubnispflicht nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 GefTierG iVm § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 TierSchG ist zudem in Bezug auf Wirbellose auf eine sogenannte objektiv unmögliche Handlung gerichtet, da die tierschutzrechtliche Erlaubnis insoweit aus rechtlichen Gründen nicht beigebracht werden kann. Hierin liegt ein Verstoß gegen basale Kriterien des Rechtsstaatsprinzips.

Für § 16 Abs. 1 Nr. 3 des GefTierG fehlt es dem Land Nordrhein-Westfalen an der erforderlichen

Gesetzgebungskompetenz. Die hier geregelten Konstellationen werden namentlich bereits über die bundesrechtlichen §§ 224, 240, 241, 244 und 250 StGB erfasst. Dem Land Nordrhein-Westfalen ist es daher verwehrt, sich auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zu berufen.

Darüber hinaus genügt § 16 GefTierG nicht der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den allgemein an eine Strafnorm zu stellenden verfassungsrechtlichen Anforderungen.

Die in § 9 Abs. 2 GefTierG vorgesehene Betretensbefugnis führt unter verschiedenen Gesichtspunkten zu einer Verletzung von Art. 13 GG. Sofern und soweit Betriebs- und Geschäftsräume betroffen sind, werden die vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung vertretenen Rechtfertigungskriterien definitiv nicht erfüllt.

Sofern und soweit die Betretensbefugnis darüber hinaus auch Privaträumlichkeiten erfasst, muss den Anforderungen des Art. 13 Abs. 7 Genüge getan werden – was vorliegend ebenfalls nicht der Fall ist.

Die kumulative Einführung unterschiedlichster Halterpflichten führt zu einem faktischen Haltungsverbot, das auch unter Berücksichtigung der allgemein weit gefassten Schrankentrias in eine Verletzung der Allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG mündet.

Die Übergangsregelung des § 18 GefTierG stellt angesichts der Qualität der Änderung der Rechtslage

keine hinreichende Abfederung der massiven Halterbelastungen dar.