

Zur Tierversuchsgenehmigung und deren gerichtlichen Überprüfbarkeit im Lichte des Art. 20a GG

Am Beispiel des Urteils des Oberverwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen – OVG 1 A 180/10; 1 A 367/10 (Vorinstanz VG Bremen 5 K 1274/09), Urteil aufgrund mündlicher Verhandlung vom 11.12.2012

Carolin Raspé*

A. Einführung

Noch immer werden rund 2,8 Millionen Wirbeltiere und Kopffüßler in Deutschland jährlich in Tierversuchen verwendet und für wissenschaftliche Zwecke getötet.¹ Dieser Trend ist seit Jahren relativ unverändert, weder nimmt er zu, noch deutlich ab.² Tierversuche finden weitestgehend abseits von der öffentlichen Wahrnehmung statt, nur ab und zu dringen Schockbilder aus Tierversuchslaboren an die Öffentlichkeit. Besonders heftige Reaktionen werden dabei hervorgerufen, wenn Tiere für solche Versuche verwendet werden, die uns emotional oder stammesbiologisch besonders nahestehen. Dies trifft insbesondere auf Versuche mit Heimtieren wie Hunden, Katzen und Kaninchen, sowie auf Versuche mit Affen, unsere nächsten Verwandten, zu. Im Jahr 2014 wurden in Deutschland rund 2.500 Affen, davon 128 Rhesusaffen, fünf grüne Meerkatzen und zwei Paviane, in und für Tierversuche "verbraucht".³ Diese vergleichsweise geringe Anzahl entspricht dem Grundsatz, dass nach Möglichkeit Versuchstiere einer geringeren Entwicklungsstufe denen auf einer höheren Entwicklungsstufe vorzuziehen sind (vgl. § 7a Abs. 2 Nr. 5 TierSchG).

Affenversuche stehen, wie grundsätzlich alle Tierversuche an Wirbeltieren, unter einem Genehmigungsvorbehalt (vgl. § 8 Abs. 1; § 8a TierSchG), d.h. Behörden und im Streitfall die Gerichte müssen sich mit der Zulässigkeit der Versuchsvorhaben auseinandersetzen, die widerstreitenden Rechtspositionen bewerten und schließlich die Genehmigungen erteilen oder versagen. Gerade seit Aufnahme des Tierschutzes ins Grundgesetz im Jahr 2002, stellt sich die Frage, welche Auswirkung Art. 20a GG im Zusammenspiel mit der Wissenschaftsfreiheit auf die Genehmigungsverfahren hat. Für die Analyse dieser Frage bietet sich der jahrelang in Bremen durch alle Instanzen geführte Rechtsstreit über die Zulässigkeit der dortigen an der Uni Bremen durchgeführten Affenversuchen an.

* Dr. Carolin Raspé, LL.B, Rechtsanwältin für öffentliches Wirtschaftsrecht in Berlin.

1 Tierversuchszahlen 2014, abrufbar unter: http://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/Tier/Tierschutz/z/2014-TierversuchszahlenGesamt.pdf?__blob=publicationFile.

2 Zu den Tierversuchszahlen 2009 bis 2014: http://www.bmel.de/DE/Tier/Tierschutz/_texte/Tierschutz/Tierforschung.html?nn=310198¬First=true&docId=7027766.

3 Tierversuchszahlen 2014 (Fn. 1).

B. Rechtsstreit und Urteil

Ausgangspunkt des Rechtsstreites war nach intensiver öffentlicher Diskussion im Jahr 2007 ein Beschluss der Bremischen Bürgerschaft, den Ausstieg aus den invasiven Tierversuchen an Makaken an der Universität Bremen mit Ablauf der laufenden Genehmigungsperiode im Jahr 2008 ins Auge zu fassen. Dies wurde auch in der Koalitionsvereinbarung 2007 festgehalten.⁴ Daraufhin wurde die für die Jahre 2008 bis 2011 beantragte Versuchsgenehmigung im Oktober 2008 von der zuständigen Behörde abgelehnt.

Der verweigerten Tierversuchsgenehmigung lag der folgende Versuchsaufbau zu Grunde: Bereits seit 1998 werden an der Universität Bremen Hirnversuche an Makaken (Rhesusaffen) durchgeführt, die dazu dienen, die neuronalen Mechanismen komplexer Hirnfunktionen wie visueller Wahrnehmung, Aufmerksamkeit, Lernen und Gedächtnis zu erforschen. Die Tiere sitzen hierfür in Plexiglaskästen – sog. Primatenstühlen – vor einem Bildschirm und drücken beim Erscheinen bestimmter Zeichen eine Taste. Im Primatenstuhl ist der Kopf der Tiere fixiert; die Gehirnaktivität und Augenbewegungen werden durch in das Gehirn und ein Auge eingeführte Elektroden gemessen. Um den Kopf fixieren zu können, wird auf den Schädel der Affen operativ eine Haltevorrichtung angebracht. Außerdem werden operativ Öffnungen für das Einführen der Elektroden angelegt. Hierzu wird ihnen die Schädeldecke geöffnet und ein Haltebolzen in den Schädelknochen zementiert. Daran wird der Kopf festgeschraubt, damit die Affen ihn nicht bewegen können.

In der Versuchswoche können die Versuchstiere allein durch ihre Mitwirkung am Versuch als Belohnung Wasser erlangen. Am Wochenende erhalten sie eine zusätzliche Wassermenge. Zwischen den Versuchswochen, in denen sie nicht eingesetzt werden, haben sie freien Zugang zu Wasser. Am Ende ihres Versuchslebens werden die Affen getötet und ihre Gehirne weiter untersucht.⁵

Die bisherigen Erkenntnisse dieser Versuche für den Menschen werden von Tierrechtschützern sehr kritisch bewertet.⁶

Der forschende Wissenschaftler ging gegen die Ablehnung der Versuchsgenehmigung gerichtlich vor. Das VG Bremen verpflichtete die Behörde in erster Instanz,

4 Vereinbarung zur Zusammenarbeit in einer Regierungskoalition für die 17. Wahlperiode der Bremischen Bürgerschaft 2007 – 2011, S. 84, abrufbar unter http://www.bremen.de/fastmedia/36/Koalitionsvereinbarung_Endfassung.pdf.

5 Zum ausführlichen Sachverhalt vgl. den Tatbestand des Urteils: OVG Bremen, Urteil vom 11. Dezember 2012 – 1 A 180/10 –, juris.

6 "Bis heute hat Kreiters Forschung keine Ergebnisse hervorgebracht, die in naher Zukunft zur Heilung oder Therapie menschlicher Krankheiten oder dem besseren Verständnis von deren Entstehung beitragen." (<http://www.tierschutzbund.de/information/hintergrund/tierversuche/affenversuche/affenversuche-in-bremen.html>).

den Genehmigungsantrag unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden. Im Übrigen wies es die Klage ab.⁷

Das OVG Bremen entschied im Berufungsverfahren, dass die Genehmigung zu Unrecht versagt worden ist.⁸ Das Gericht kam zwar zu dem Ergebnis, dass seit Aufnahme des Tierschutzes in Art. 20a GG die in § 7 Abs. 3 TierSchG a.F. (§ 7a Abs. 2 Nr. 3 TierSchG n.F.)⁹ vorgesehene Abwägung der ethischen Vertretbarkeit eine unmittelbare verfassungsrechtliche Dimension bekommen habe und von den Gerichten – ebenso wie die Belastung der Versuchstiere – voll überprüfbar sei.

Andererseits unterliege die mit der Belastung der Versuchstiere im Rahmen der ethischen Vertretbarkeit abzuwägende Bedeutung des Forschungsvorhabens, welches der Forscher wissenschaftlich begründet darlegen muss, lediglich einer qualifizierten Plausibilitätskontrolle. Gleiches gelte für die Merkmale des legitimen Versuchszwecks und der Unerlässlichkeit des Versuchsvorhabens.

Das OVG Bremen stellte weiter fest, dass der entscheidenden Behörde weder ein administrativer Entscheidungsspielraum noch ein Ermessen bei der Erteilung einer Tierversuchsgenehmigung zukommt.

Bezüglich der Belastung der Versuchstiere konnte das Gericht keine erhebliche bzw. schwere Beeinträchtigung feststellen und bejahte daher – unter knapper Feststellung der überragenden Bedeutung des Forschungsvorhabens – den Anspruch des Klägers auf Erteilung der Tierversuchsgenehmigung.

Das BVerwG ließ im Januar 2014 die Revision gegen das Urteil des OVG Bremen nicht zu und das Urteil des OVG Bremen wurde damit rechtskräftig.¹⁰ Im Herbst 2014 wurde die Versuchsgenehmigung für die Bremer Affenversuche um weitere drei Jahre verlängert.

Das Urteil des OVG Bremen ist aufgrund der darin entwickelten Maßstäbe und getroffenen Feststellungen für die tierschutzrechtliche Praxis von besonderer Relevanz und auch gut drei Jahre nach seiner Veröffentlichung – auch aufgrund des Seltenheitswertes obergerichtlicher Entscheidungen zum Tierschutzrecht unter Bezugnahme auf Art. 20a GG – eine nähere Analyse wert.

7 VG Bremen NordÖR 2011, S. 135 ff.

8 OVG Bremen, Urteil vom 11. Dezember 2012 – 1 A 180/10 –, Rn. 162, juris. Die Randziffern sind im Folgenden zitiert nach der Abbildung des Urteils in juris.

9 Im Folgenden werden die entsprechenden Normen des geltenden TierSchG zitiert. Die Entscheidung des OVG Bremen ist noch auf Grundlage des alten TierSchG (neugefasst durch Bekanntmachung vom 18.5.2006, BGBl. I S. 1206, zuletzt geändert am 19.12.2010, BGBl. I S. 1934) ergangen. Von einer Übertragbarkeit der Argumente scheint das OVG Bremen aufgrund des vergleichbaren Wortlauts der relevanten Regelungen auszugehen (Rz. 121); a.A. *L. Hildermann*, Anmerkung zu BVerwG Beschluss v. 20.1.2014 – 3 B 29/13, NVwZ 2014, S. 450 (453 ff.).

10 BVerwG NVwZ 2014, S. 450 ff.

D. Analyse

Im Folgenden sollen drei Punkte des Urteils herausgegriffen und näher betrachtet werden, welche die rechtlichen Herausforderungen der Staatsgewalten im Umgang mit Art. 20a GG besonders drastisch verdeutlichen: Die Reichweite der behördlichen und gerichtlichen Überprüfung (I.), die Beweislastfrage (II.) sowie die rechtliche und hier ethisch geprägte Abwägungsentscheidung (III.).

I. Reichweite der behördlichen und gerichtlichen Überprüfung

Das Tatbestandsmerkmal des heutigen § 8 Abs. 1 Nr. 1 TierSchG wonach wissenschaftlich begründet darzulegen ist, dass die Voraussetzungen des § 7a Abs. 1 und 2 Nr. 1-3 TierSchG vorliegen, sollte bei Einführung dieser Formulierung ins Gesetz 1986 der Wissenschaftsfreiheit als vorbehaltlosem Grundrecht Rechnung tragen und die Kontrolle der Genehmigungsbehörde auf eine qualifizierte Plausibilitätskontrolle beschränken.¹¹ Hat also der Antragsteller wissenschaftlich plausibel die Genehmigungsvoraussetzungen begründet, insbesondere dass der Tierversuch einem legitimen Zweck dient, unerlässlich und ethisch vertretbar ist, konnte ihm die Genehmigung nicht verwehrt werden. Jedenfalls seit der Erweiterung des Art. 20a GG ist das Tatbestandsmerkmal des § 8 Abs. 1 Nr. 1 TierSchG jedoch, wie auch vom OVG Bremen festgestellt, verfassungskonform einzuschränken.

Gleich zu Beginn seiner rechtlichen Ausführungen hat das OVG Bremen eine klare Entscheidung zu der angesichts des Verfassungsrangs des Tierschutzes diskutierten Frage¹² der Reichweite der behördlichen und gerichtlichen Überprüfung im Tierversuchsrecht getroffen (Rz. 141 ff.). Keine Notwendigkeit einer verfassungskonformen Einschränkung sieht das OVG Bremen wie oben beschrieben bezüglich der Entscheidungselemente der Genehmigungsentscheidung, die einen Wissenschaftsbezug aufweisen, nämlich der Zuordnung zu einem der in § 7a Abs. 1 TierSchG genannten Versuchszwecke, der Frage der Unerlässlichkeit gem. § 7a Abs. 1 S. 1 TierSchG und der Frage der wissenschaftlichen Bedeutung des Forschungsvorhabens, welche für die Abwägungsentscheidung i.S.v. § 7a Abs. 2 Nr. 3 TierSchG relevant ist (Rz. 145).

Dort wo kein Wissenschaftsbezug besteht, soll es hingegen – so das OVG – zu einer vollständigen Überprüfung kommen. Dies betrifft die Belastung der Versuchstiere und die eigentliche Abwägungsentscheidung, d.h. die Entscheidung über die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, als Rechtsentscheidung (Rz. 146).

11 BT-Drs. 10/3158, S. 23; BVerfG NVwZ 1994, S. 894 (895), VG Berlin NVwZ-RR 1994, S. 506; H. Kluge, Grundrechtlicher Freiraum des Forschers und ethischer Tierschutz, NVwZ 1994, S. 869 ff.

12 Ausführlich zum Streitstand: A. Hirt/C. Maisack/J. Moritz (Hrsg.), Tierschutzgesetz, 3. Aufl., München 2016, § 8 Rn. 5 ff.

1. Materielles Prüfungsrecht

Ein materielles Prüfungsrecht hinsichtlich der Belastung der Versuchstiere ist mit dem OVG Bremen zu bejahen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die veterinärkundliche Einschätzung, welche Behörden und Gerichte mittels Sachverständigen nachvollziehen können, einer umfassenden Kontrolle zum Schutze der Wissenschaftsfreiheit entzogen und auf eine Plausibilitätskontrolle beschränkt sein sollte. Gerade beim Kriterium der Belastung der Versuchstiere entfaltet der Art. 20a GG seine stärkste Wirkung, da es um den Eingriff in ein tierliches Schutzgut selber, nämlich in die körperliche Integrität oder das Leben der betroffenen Versuchstiere geht.¹³ Diesbezüglich den Überprüfungsrahmen von Behörde und Gericht einzuschränken, liefe dem Art. 20a GG diametral entgegen. Die wissenschaftlichen Antragsteller können die Belastung der Tiere auch nicht besser einschätzen als ein vom Gericht berufener sachverständiger Veterinär. Insbesondere sind die Wissenschaftler, welche Tierversuche durchführen, häufig selbst keine Veterinäre, sondern Humanmediziner oder Biologen. Nicht auszuschließen ist bei der gerichtlichen Vollüberprüfung dieses Kriteriums sicherlich das Risiko, sich den ihrerseits unvermeidbar mit subjektiven Wertungen behafteten fachwissenschaftlichen Beurteilungen des jeweiligen Sachverständigen auszuliefern.¹⁴ Dies kann jedoch kein Grund sein, eine solche Überprüfung durch Behörden oder Gerichte zu verneinen, hängt dieses Risiko doch jeder juristischen Beurteilung an, welche auf sachverständiges Spezialwissen angewiesen ist.

Auch der vollen gerichtlichen Überprüfbarkeit der administrativen Abwägungsentscheidung ist im Ergebnis zuzustimmen. Allerdings setzt sich das OVG Bremen an dieser Stelle nicht mit der Frage auseinander, ob die Genehmigungsentscheidung durch Einbeziehung der Tierschutzkommissionen (vgl. § 15 TierSchG) nicht zu einem administrativen Beurteilungsspielraum führen könnte. Die wenigen Fälle, in denen behördliche Beurteilungsspielräume gerichtlich anerkannt werden, schließen gerade die Fallgruppe der interessenpluralistischen und weisungsfreien Gremienentscheidung mit ein.¹⁵ Vor diesem Hintergrund könnte bei den in die Genehmigungsentscheidungen einbezogenen Tierschutzkommissionen, die auch mit Veterinären besetzt sind, ebenfalls ein Beurteilungsspielraum mit Blick auf das Abwägungsmerkmal der ethischen Vertretbarkeit und gerade der Belastung der Versuchstiere angenommen werden. Dass dies im Ergebnis abzulehnen ist, liegt zum einen daran, dass die Entscheidung nicht durch die Kommission getroffen wird,

13 Zu den tierlichen Schutzgütern im geltenden Recht: C. Raspé, Die Tierliche Person, Berlin 2013, S. 175 ff.

14 K. Gärditz, Anmerkung zu OVG Bremen Urteil 11.12.2012 – 1 A 180/10; 1 A 367/10, ZUR 2013, S. 425 (436).

15 M. Aschke, in: J. Bader/M. Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, 30. Edition (Stand: 1.1.2016), § 40 Rn. 118 ff.

sondern diese die behördliche Entscheidung lediglich unterstützt.¹⁶ Zum anderen ist der Beurteilungsspielraum zu verneinen, da die Tierschutzkommission aufgrund ihrer Zusammensetzung gerade keine ausgewogene oder sachnähere Entscheidung bezüglich der Belastung der Tiere treffen kann. Die Tierschutzkommissionen sind weiterhin mehrheitlich mit Wissenschaftlern besetzt, welche selbst Tierversuche durchführen bzw. diesbezüglich berufliche Erfahrungen haben.¹⁷ Die wissenschaftlichen Interessen sind daher in diesen Kommissionen regelmäßig stärker vertreten als die tierlichen, so dass man von einer "Waffenungleichheit" zulasten des Tierschutzes sprechen kann.

Für die volle gerichtliche Kontrolle spricht zudem die Tatsache, dass sich im Falle der Tierversuchsgenehmigung zwei abwägungsfähige Verfassungsgüter gegenüber stehen, zwischen denen praktische Konkordanz herzustellen ist. Es ist gerade Kernaufgabe der Gerichte diese Abwägung als Rechtsentscheidung umfassend zu prüfen (Rz. 147). Wie im Folgenden noch darzulegen sein wird, liefe die vom OVG Bremen propagierte umfassende gerichtliche Überprüfung jedoch aufgrund der beschränkten Überprüfung des Abwägungsgutes, der wissenschaftlichen Bedeutung des Tierversuches, im Ergebnis regelmäßig leer.

2. Qualifizierte Plausibilitätskontrolle

Zu hinterfragen ist, ob die Beschränkung auf eine qualifizierte Plausibilitätskontrolle für die übrigen Tatbestandsmerkmale der Genehmigungsentscheidung im Lichte des Art. 20a GG überzeugend ist oder nicht auch hier eine verfassungskonforme Erweiterung des behördlichen und gerichtlichen Kontrollmaßstabes angenommen werden muss.

Sicherlich handelt es sich bei diesen Punkten ebenfalls um Fragen, die ein Gericht nicht ohne sachverständige Hilfe beurteilen kann, ebenso wie dies für die Tierschutzbelange der Fall ist. Es stellt sich bei zwei Verfassungsgütern die Frage, weshalb nur die Wissenschaftsfreiheit besonders geschützt wird, indem bei wissenschaftlicher Darlegung ihre Grundlagen nicht voll überprüfbar sein sollen. Mit Blick auf die angesprochene pluralistisch besetzten Tierschutzkommissionen ist nicht nachzuvollziehen, weshalb aufgrund der überwiegenden Besetzung durch tierversuchserfahrene Wissenschaftler die Behörde unter Einbeziehung der Kommission keine umfassende Überprüfung der Bedeutung des Versuchsvorhabens, der

16 M. Sachs, in: P. Stelkens/H. Bonk/M. Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 8. Aufl., München 2014, § 40 Rn. 208a: "Allerdings soll in solchen Fällen in den Erkenntnissen des fachkundigen Kollegialorgans ein antizipiertes Sachverständigengutachten [...] gesehen werden können, die von den Gerichten im Regelfall zugrunde zu legen sind."

17 Vgl. Nr. 14.1.4.1 der allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Durchführung des Tierschutzgesetzes.

Unerlässlichkeit und des Versuchszweckes vornehmen können soll bzw. im Lichte des Art. 20a GG vornehmen muss.¹⁸

Aufgrund der grundsätzlichen Gleichrangigkeit der beiden Verfassungsgüter des Tierschutzes und der Wissenschaftsfreiheit, welche das OVG Bremen in seiner Entscheidung auch andeutet,¹⁹ ist das Aufrechterhalten dieses Ungleichgewichts nicht nachvollziehbar. Dies widerspricht auch dem behördlichen Untersuchungsgrundsatz gem. § 24 VwVfG der prüfenden Behörde. Nicht zuletzt ist diese Gesetzesauslegung jedenfalls mit Blick auf die Tierversuchsrichtlinie RL2010/63/EU, welche im Erwägungsgrund 38 eine umfassende Projektbewertung fordert und im Erwägungsgrund 39 explizit vorsieht, dass unabhängig von den an der Studie Beteiligten – also ohne sich auf die Darlegung des beantragenden Forscher zu verlassen – eine unparteiische Projektbewertung²⁰ durchgeführt wird, im neuen Recht, welches die Richtlinie umsetzen sollte, nicht mehr vertretbar.²¹

II. Die Beweislastfrage

Neben der Frage des Kontrollumfangs beschäftigt sich das Urteil indirekt mit einer weiteren tierschutzrelevanten Fragestellung in der sich diese Rangfrage widerspiegelt, nämlich der Beweis- und Darlegungslast für die konfligierenden Schutzgüter. Es wird deutlich, dass die Beweislast hinsichtlich der Belastung der Tiere klar auf Seiten des Tierschutzes bzw. der Tiere liegt. Alle vom Gericht herangezogenen wissenschaftlichen Gutachten zur Belastung der Tiere konnten nicht nachweisen, dass die Tiere *nicht* erheblich unter dem Versuch leiden, umgekehrt haben jedenfalls die Gutachten auch nicht zur Überzeugung des Gerichts darlegen können, dass die Tiere leiden.²² Damit lag eine *non-liquet*-Situation vor, die das Gericht zu Lasten

18 In diesem Sinne auch: M. Klopfer/M. Rossi, Tierschutz in das Grundgesetz?, JZ 1998, S. 369 (377); C. Hillmer, Auswirkungen einer Staatszielbestimmung "Tierschutz" im Grundgesetz, Frankfurt 2000, S. 203; T. Cirsovius, Der lange Weg von der qualifizierten Plausibilitätskontrolle zur materiellen Prüfung tierexperimenteller Forschungsvorhaben, NuR 2009, S. 543 (545 ff.) m.w.N.; Raspé, Tierliche Person (Fn. 13), S. 264 ff.; A. Peters/S. Stucki, Tierversuchsrichtlinie 2010/63/EU: Rechtsgutachten zu ihrer Umsetzung in Deutschland, Zürich 2014, S. 38; Hirt/Maisack/Moritz, Tierschutzgesetz (Fn. 12), § 8 Rn. 5 ff.; VG Gießen NuR 2004, S. 64 (65); a.A. J. Lindner, Wissenschaftsfreiheit und Tierversuch, NordÖR 2009, S. 329 (334 f.).

19 "Als Belang von Verfassungsrang [kann] der Tierschutz [...] geeignet sein, ein Zurücksetzen anderer Belange von verfassungsrechtlichem Gewicht – wie etwa der Einschränkung von Grundrechten – zu rechtfertigen" (Rz. 140; BVerfGE 127, 293 (329); BVerfG NVwZ 2011, S. 289 (292); a.A. Lindner, Tierversuch (Fn. 18), S. 333).

20 Vgl. auch die hohen und zahlreichen Anforderungen an die Projektbeurteilung in Art. 38 der RL2010/63/EU, die bei einer Plausibilitätskontrolle nicht sicherzustellen sind.

21 Hildermann, Anmerkung (Fn. 9), S. 450 (453); Peters/Stucki, Tierversuchsrichtlinie (Fn. 18), S. 47 ff.; Hirt/Maisack/Moritz, Tierschutzgesetz (Fn. 12), § 7a Rn. 15, § 8 Rn. 8 ff.

22 "keine Anzeichen für eine erhebliche/schwere Belastung der Tiere feststellen können [...] kein Hinweis darauf entnehmen lasse, dass die Tiere versuchsbedingt unter erheblichen/schweren Belastungen litten. [...] Anzeichen dafür, dass die Versuche in dieser Hinsicht bei den Tieren zu nachteiligen Abweichungen geführt hätten, seien nicht gegeben." (Rz. 170 f.).

des Tierschutzes und zugunsten der Wissenschaftsfreiheit aufgelöst hat, ohne z.B. ein eigenes Gutachten einzuholen.

Solange eine Belastung der Tiere nicht bewiesen bzw. unzweifelhaft festgestellt ist, hat die Wissenschaftsfreiheit nach dieser Entscheidung des OVG Bremen Vorrang vor dem Tierschutz. Auch Stimmen in der Literatur teilen dieses Vorrangverhältnis wonach dem "Individualfreiheitsrecht nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG [...] ein relativer Vorrang gegenüber der abstrakten und objektiven Aufgabenbestimmung des Art. 20 a GG zu[kommt]." ²³ In dieser Auffassung eines generellen, wenn auch nur relativen Vorranges, zeigt sich das ganze Dilemma der derzeitigen behördlichen Anwendung und gerichtlichen Ausgestaltung des verfassungsrechtlichen Tierschutzes. Stimmt man diesem relativen Vorrang nämlich zu, liefe die Bedeutung des verfassungsrechtlichen Tierschutzes de facto leer. Dies folgt aus zwei Gründen:

Sinn und Zweck der verfassungsrechtlichen Aufwertung des Tierschutzes war gerade die Abwägbarkeit von Tierschutzbelangen mit Individualgrundrechten ²⁴ und somit deren bezweckte formelle Gleichrangigkeit, die im konkreten Entscheidungsfall einer entsprechenden Güterabwägung bedarf. ²⁵

Dies war vorrangig zur Einschränkung der vorbehaltlosen Grundrechte wie Religions-, Wissenschafts- und Kunstfreiheit rechtstechnisch notwendig, jedoch auch bei sonstigen menschlichen Eingriffshandlungen an Tieren relevant, die jedenfalls durch die allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG geschützt sind. Kommt man aber zu dem Ergebnis, dass weiterhin keine Gleichrangigkeit zwischen den Grundrechten und dem verfassungsrechtlichen Tierschutz besteht, bleibt die verfassungsrechtliche Aufwertung des Tierschutzes gerade in den schwierigen Abwägungsentscheidungen, für die sein Verfassungsrang geschaffen wurde, ohne Folge.

Dazu kommt die naturgegebene Schwierigkeit, dass der menschlichen Bewertung tierlicher Belastungen Grenzen gesetzt sind, auch da keine zweifelsfreie Kommunikation zwischen Mensch und Tier möglich ist. Eine Orientierung bzw. einen Vergleich zu menschlichem Verhalten und Schmerzempfinden schließt das OVG Bre-

23 *Gärditz*, Anmerkung (Fn. 14), S. 425 (435).

24 Die Gesetzesinitiative zur Aufnahme des Tierschutzes in die Verfassung war auch wegen des sog. Schächturteils (BVerfGE 104, 337) erstmalig erfolgreich, in welchem die Abwägbarkeit mit der Religionsfreiheit mangels Verfassungsrang verneint wurde. Vgl. den stenographischen Bericht des deutschen Bundestages vom 17.5.2002: Plenarprotokoll 14/237.

25 BVerfG NVwZ 2011, S. 289 (292), Plenarprotokoll 14/237, S. 23657 ff.; *R. Scholz*, in: T. Maunz/G. Dürig (Begr.), Grundgesetz, München 2015, Art. 20a Rn. 80-84; *Hirt/Maisack/Moritz*, Tierschutzgesetz (Fn. 12), § 7a Rn. 91; § 8 Rn. 5; *Kloepfer/Rossi*, Tierschutz (Fn. 18), S. 369 (373); *Cirsovius*, Plausibilitätskontrolle zur materiellen Prüfung (Fn. 18), S. 545 (546).

men nicht aus, weist aber auf die zu machenden Unterschiede hin.²⁶ Dem ist insoweit zuzustimmen, als dass eine umfassende Vergleichbarkeit von menschlichem und tierlichem Verhalten und Empfinden nicht angenommen werden kann. Dies gilt jedoch auch für die Vergleichbarkeit der Wahrnehmungen und des Schmerzempfindens verschiedener Menschen. Auch bei Menschen, denen eine Kommunikation über ihre Empfindungen aufgrund körperlicher oder geistiger Einschränkungen nicht möglich ist, gehen wir davon aus, dass es für diese Menschen schmerzhaft ist, was wir selber als schmerzhaft oder leidverursachend empfinden würden. Gerade in dem zugrundeliegenden Sachverhalt (Flüssigkeitsentzug und Beschränkung der Bewegungsfreiheit durch Kopffixierung in einem Primaten-Stuhl) ist nicht ersichtlich, weshalb wir bei diesen Tieren, die dem Menschen stammesgeschichtlich nahestehen, nicht ebenso von uns auf sie schließen, so wie wir dies bei anderen Menschen tun würden.²⁷

Das Zusammenspiel dieser beiden Punkte zeigt das *non-liquet*-Problem ganz deutlich: Ein wesentlicher Teil der tierschutzrelevanten Handlungen, wie Tierversuche und Schächtung, sind Ausprägung vorbehaltloser Grundrechte, können also nur durch verfassungsunmittelbare Schranken eingeschränkt werden. Sieht man den verfassungsrechtlichen Tierschutz aber als „Verfassungsgut zweiter Klasse“, welches besonders stark bzw. eindeutig beeinträchtigt sein muss, um ein „Verfassungsgut erster Klasse“ zu überwiegen, wird dieses Ziel gerade in den Fällen verfehlt, in denen man nicht zweifelsfrei eine erhebliche Belastung nachweisen kann, da die wissenschaftlichen Methoden dies (noch) nicht zulassen. Verstärkt wird dies noch, wenn Eingriffshandlungen, die bei Menschen als zweifelsfrei leidverursachend qualifizieren würde, bei Tieren mit dem Argument des Gattungsunterschiedes oder des fehlenden Beweises verneint werden.

Um dem zu entgegenzuwirken, wird in der Literatur daher zunehmend die Zweifelsregel "*in dubio pro animale*" bzw. "*in dubio pro persona*" vertreten.²⁸ Kann wie vorliegend nicht positiv festgestellt werden, dass ein Tier *nicht* erheblich leidet, muss zugunsten des Tierschutzes auf die Handlung verzichtet werden, wenn man

26 "Bei Tieren, die den Menschen stammesgeschichtlich nahestehen, kann weiter die Frage einer entsprechenden menschlichen Schmerz- oder Leidensreaktion Bedeutung erlangen, wobei es allerdings – auch im Sinne eines ethischen Tierschutzes – nicht gerechtfertigt wäre, tierische Bedürfnisse zu vermenschlichen. Die Verhaltensbeobachtungen müssen vielmehr auf die Artspezifik des jeweiligen Tieres, d. h. ihre ethologische Prägung Rücksicht nehmen." (Rz. 163).

27 Ähnlich: Hirt/Maisack/Moritz, Tierschutzgesetz (Fn. 12), § 7a Rn. 101, 108.

28 M. Gruber, Rechtsschutz für nichtmenschliches Leben, Baden-Baden 2006, S. 117; S. Stucki, Rechtstheoretische Reflexionen zur Begründung eines tierlichen Rechtssubjekts, in: M. Michel/D. Kühne/J. Hänni (Hrsg.), Animal Law – Tier und Recht. Entwicklungen und Perspektiven im 21. Jahrhundert, Zürich/St. Gallen 2012, S. 143 (157); Peters/Stucki, Tierversuchsrichtlinie (Fn. 18), S. 128; a.A. Hillmer, Staatszielbestimmung "Tierschutz" (Fn. 18), S. 203; Raspé, Tierliche Person (Fn. 13), S. 152.

bei einem Menschen ebenfalls zu diesem Ergebnis käme.²⁹ Diese Zweifelsregel wird gerade durch das Abwägungsmerkmal der "ethischen Vertretbarkeit" im Tierversuchsrecht gestützt, nimmt dieses doch gerade auf den ethischen Tierschutz Bezug, der die moralische Einbeziehung der Tiere in unser Bewertungssystem und den Schutz der Tiere um ihrer selbst willen vorsieht.³⁰

Vorausgehen sollte somit eine ergebnisoffene Abwägung, die nur bei offenem Ergebnis nach Ausschöpfung aller Erkenntnismöglichkeiten dann für das Tier ausfällt, wenn sie bei einem Menschen anstelle des Tiers ebenfalls für diesen ausfiele.

III. Die Abwägung

Die eigentliche Abwägungsentscheidung der Behörde ist laut OVG Bremen gerichtlich voll überprüfbar. Dies bezieht sich jedoch lediglich auf die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, also die Angemessenheit, da die übrigen Schritte der Abwägung nach der Argumentation des OVG Bremens bereits wegen ihres Wissenschaftsbezuges nur einer Plausibilitätskontrolle unterliegen sollen. Dies betrifft sowohl den legitimen Zweck, der durch die Versuchszwecke konkretisiert wird, indirekt die Geeignetheit, die gerade eine Förderung dieser Versuchszwecke sicherstellen soll sowie das Erforderlichkeitskriterium der Unerlässlichkeit. Doch auch die wissenschaftliche Bedeutung des Forschungsvorhabens, welche mit den Tierschutzbelangen abzuwägen und somit wesentlicher Teil der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist, soll der Vollüberprüfung entzogen sein. Im Ergebnis bleibt von der gerichtlichen Überprüfung der Abwägungsentscheidung somit kaum etwas übrig.

1. Legitimer Zweck und Geeignetheit

Die legitimen Zwecke für den Eingriff in tierliche Schutzgüter sind in § 7a Abs. 1 TierSchG abschließend genannt.³¹ Das OVG Berlin macht verschiedentlich klar, dass es kein Rangverhältnis zwischen den verschiedenen Versuchszwecken gibt und dass insbesondere die Grundlagenforschung gleichrangig neben den anderen steht. Der Gesetzeswortlaut des § 7a Abs. 1 TierSchG stützt diese Argumentation.

Im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung erscheint diese jedoch zweifelhaft. Die Grundlagenforschung ist der weiteste von den genannten Zwecken

29 Bei der Annahme diese Beweislastumkehr müsste beim Vorliegen zweier gleichrangiger Verfassungsgüter in der vorliegenden Konfliktsituation in der Folge auch hinterfragt werden, ob die Annahme der gebundenen Entscheidung aufrechterhalten werden kann (Rz. 152) oder ob nicht ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt vorliegt; so zum alten Recht: *Hillmer*, Staatszielbestimmung "Tierschutz" (Fn. 18), S. 205. Eine gebundene Entscheidung ist jedoch im geltenden § 8 TierSchG wieder klar vorgesehen („ist zu erteilen“); vgl. BVerwG NVwZ 2014, S. 450.

30 BT-Drs. 14/8860, S. 3.

31 Hirt/Maisack/Moritz, Tierschutzgesetz (Fn. 12), § 7a Rn. 1.

und verursacht mit Abstand den größten Tierverbrauch.³² Mangels Bestimmtheit bezeichnet die Grundlagenforschung gerade keinen konkreten Forschungszweck. Daher ist nicht ersichtlich, weshalb aufgrund dieser Weitläufigkeit nicht eine Behörde oder ein Gericht aus tierschutzrechtlichen Gesichtspunkten die Legitimität einer Grundlagenforschung mithilfe von wissenschaftlichen Sachverständigen überprüfen können soll. Teilweise wird in der Literatur ein Abwägungssystem vorgeschlagen, welches sich an Erheblichkeitsschwellen und Notstandserwägungen orientiert.³³ Der Rückzug auf eine Plausibilitätskontrolle sorgt an dieser Stelle dafür, dass im Ergebnis eine Anlassüberprüfung für den Antragsteller nicht besteht, wenn der Versuchszweck nur wissenschaftlich begründet ist.

2. Erforderlichkeit

Die Wahl des mildesten gleich geeignetsten Mittels wird im Tierversuchsrecht mit der Unerlässlichkeit umschrieben. Dies meint zwingend, notwendig, unumgänglich notwendig, alternativlos.³⁴ Auch hier besteht laut dem OVG Bremen nur eine beschränkte Überprüfbarkeit. Wie schon beim legitimen Zweck beantwortet das OVG Bremen nicht die Frage, weshalb eine sachverständige und objektive Überprüfung der Unerlässlichkeit durch Behörde und Gerichte nicht möglich sein soll. Die Frage der Unerlässlichkeit ist auch eng mit der Frage nach Alternativmethoden verbunden. Angesichts der zunehmenden Möglichkeiten der tierversuchsfreien Forschung ist die Frage sehr komplex, bei Grundlagenversuchen kaum überzeugend darstellbar, da ein konkretes Forschungsziel regelmäßig fehlt, und kann umfassend allenfalls mit sachverständiger Hilfe beurteilt werden.³⁵ Vermeidbare Doppelversuche (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 1b TierSchG) sind damit kaum auszuschließen. Hinweise auf solch parallellaufende Versuche im konkreten Fall, lassen sich sogar der Urteilsbegründung entnehmen.³⁶ Einem in diesem Bereich forschenden Wissenschaftler ist es ein Leichtes, auch ohne Einbeziehung aller Alternativmethoden oder Darstellung der bereits erfolglos durchgeführten Parallelversuche eine wissenschaftlich überzeugende Begründung zur Unerlässlichkeit zu schreiben, ohne dass eine Behörde oder ein Gericht bei einer qualifizierten Plausibilitätskontrolle die Chance hätte, dies zu erkennen und die Unerlässlichkeit zu verneinen.

32 Im Jahr 2014 wurden 870.358 Wirbeltiere und Kopffüßer für Grundlagenforschung "verbraucht" (vgl. Tierversuchszahlen 2014 (Fn. 1)).

33 Hierzu: J. Caspar, Tierschutz im Recht der modernen Industriegesellschaft, Baden-Baden 1999, S. 481 ff.; Hirt/Maisack/Moritz, Tierschutzgesetz (Fn. 12), § 7a Rn. 109.

34 Hirt/Maisack/Moritz, Tierschutzgesetz (Fn. 12), § 7 Rn. 2.

35 Hirt/Maisack/Moritz, Tierschutzgesetz (Fn. 12), § 7a Rn. 78, 106.

36 "dass die Forschung in den Neurowissenschaften [...] international vernetzt ist und arbeitsteilig vorgeht." (Rz. 195).

3. Angemessenheit

Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne wird durch die ethische Vertretbarkeit in § 7a Abs. 2 Nr. 3 TierSchG umschrieben. Sie erfordert, wie das OVG Bremen überzeugend darstellt, die Herstellung einer praktischen Konkordanz zwischen zwei Verfassungsgütern: der Wissenschaftsfreiheit und des Tierschutzes. Dabei hat die Abwägung konkret und einzelfallbezogen stattzufinden (Rz. 136).

Abzuwägen sind nach dem OVG Bremen für die Beurteilung der ethischen Vertretbarkeit die Belastung der Tiere als im vollen Umfang vom Gericht überprüfbares Kriterium und die Bedeutung des Forschungsvorhabens, die das Gericht jedoch nur einer Plausibilitätskontrolle unterstellen will. Anerkannt ist, dass in diesem Schritt eine "Schaden-Nutzen-Analyse" des Projekts durchzuführen ist.³⁷

a) Bedeutung des Forschungsvorhaben

Unabhängig des bereits thematisierten beschränkten Kontrollumfangs stellt sich mit Blick auf die Urteilsbegründung des OVG Bremen die Frage, was das Gericht unter der wissenschaftlichen Bedeutung der Forschung versteht. Das OVG Bremen beginnt direkt mit der Subsumtion unter einen für es offensichtlich eindeutigen Begriff (Rz. 190). Der Begriff findet sich nicht im Gesetz, hier wird vielmehr auf den "Versuchszweck" abgestellt.³⁸

Nach Überzeugung des Gerichts ergibt sich die herausragende Bedeutung für den konkreten Versuch aus dem internationalen Profil, zahlreichen Veröffentlichungen in internationalen Spitzenjournalen, grundlegenden Einsichten in kognitive Leistungen, vielversprechenden neuen Ansätzen und sehr beachtlicher internationaler wissenschaftlicher Leistungsfähigkeit des Forscherteams.³⁹ Die rein leistungsbezogenen Kriterien lassen sich noch hören, weniger überzeugend erscheint aber die wiederholte Bezugnahme auf das Renommee, die erworbenen Drittmittel und die Menge der veröffentlichten Aufsätze. Diese Kriterien können allenfalls ein Reflex von bedeutsamer Forschung oder erfolgreicher Vorprojekte sein, begründen die Bedeutung des konkreten Versuchs jedoch keineswegs. So ist die wissenschaftliche Forschung stark von Forschungsgeldern, also wirtschaftlich lohnenswerten Versuchen, und häufig nicht (allein) vom wissenschaftlichen Fortschritt getrieben. Auch bei einer Plausibilitätskontrolle dürfen Behörde und Gerichte insofern nicht dem Trugschluss unterliegen, dass hohe Forschungsgelder unreflektiert für die Bedeutung des Versuchs oder gar die zu erwarteten Ergebnisse stehen. Zudem ist es angesichts der zu Recht betonten Konkretheit und Einzel-

37 Hirt/Maisack/Moritz, Tierschutzgesetz (Fn. 12), § 7a Rn. 90ff. m.w.N.

38 BT-Drs. 10/3158, S. 22: "dem Versuchszweck und seiner Bedeutung für die Allgemeinheit".

39 Weitere Zitate: „zwischen 2000 und 2007 seien rund 60 Arbeiten zu verzeichnen“; „Die Drittmittel-einwerbungen des Instituts seien ebenfalls beachtlich“, „weltweite Spitzenstellung“, „gehörten zu den besten 10 % der Forschungsgruppen auf dem Gebiet der Neurowissenschaften“ (Rz. 191 ff.).

fallbezogenheit der Abwägung fraglich (Rz. 136), ob diese vorliegend befolgt wird, wenn offenbar umfassend auf die Forschungstätigkeit der Gruppe und weniger auf die Bedeutung des konkreten Versuchs abgestellt wird.

b) Zulässigkeit weiterer ethischer Erwägungen

Das OVG Bremen erklärt, dass in dieser Abwägung nur die beiden Pole der Belastung der Tiere und der Bedeutung des Versuchs Einfluss auf die Abwägungsentscheidung nehmen dürfen.⁴⁰ Dem OVG Bremen ist insofern zuzustimmen, als dass bei der Herstellung praktischer Konkordanz, wie auch bei jeder einfachgesetzlichen Abwägung, kein Raum für die Heranziehung von Drittinteressen oder sachfremde Erwägungen ist.⁴¹ Ob jedoch moralische Erwägungen nicht gerade eine Ausprägung des Schutzgutes „ethischer Tierschutz“ und des Merkmals "ethischer Vertretbarkeit" sind, wird vom OVG Bremen nicht weiter diskutiert. Unstreitig wurde der Tierschutz als ethischer Tierschutz im Grundgesetz verankert. Unter Ethik werden gerade die Regeln des moralischen Zusammenlebens verstanden, die ständig im Wandel sind.⁴² Die Sozialmoral der Bevölkerung hat auf die Ausgestaltung des ethischen Tierschutzes durchaus Einfluss, hat doch nur diese Fortentwicklung der Sozialmoral zur Aufnahme des Tierschutzes als Verfassungsgut geführt. Die scheinbare Sachfremdheit der Heranziehung ethischer Auffassungen ist im konkreten Fall des ethischen Tierschutzes damit gerade nicht gegeben und kann als Bestandteil des Pols gesehen werden, der den Tierschutz ausmacht.⁴³

c) Gefahr der Totalrevision der Wissenschaftsfreiheit

Unabhängig von der Frage, ob der Tierschutz auch ethische Belange umfasst, ist verschiedentlich die – wohl auch historisch bedingte – Sorge vor einer staatlichen Beschränkung der Wissenschaftsfreiheit zu vernehmen, die unter dem Deckmantel des Tierschutzes erfolgt.⁴⁴ Berechtigt ist hier die Sorge, die freie Wissenschaft aus sachfremden Gründen einzuschränken. Die teilweise geäußerte Sorge, einer "tierschutzverfassungsrechtlichen Totalrevision"⁴⁵ ist im Ergebnis aber unberechtigt.

40 "Wenn im Widerspruchsbescheid vom 11.8.2009 im Rahmen der Prüfung der ethischen Vertretbarkeit darüber hinaus auch auf die "Sozialmoral der Bevölkerung" oder einen "deutlichen Wertewandel in der Gesellschaft" abgestellt wird, ist dies rechtlich zu beanstanden. Für die Bezugnahme auf solche außerrechtlichen Maßstäbe ist bei der Abwägung nach § 7 Abs. 3 S. 1 TierSchG, die strikt rechtlich gebunden ist, kein Raum." (Rz 179).

41 E. Schmidt-Aßmann, in: T. Maunz/G. Dürig (Begr.), (Fn. 24), Art. 19 Rn. 189-190; K. Schwarz, in: M. Fehling/B. Kastner/R. Störmer, Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2016, § 114 VwGO Rn. 49.

42 Raspé, Tierliche Person (Fn. 13), S. 66 f., 234 f. m.w.N.

43 Hirt/Maisack/Moritz, Tierschutzgesetz (Fn. 12), 7a Rn. 115.

44 Kloepfer/Rossi, Tierschutz (Fn. 18), S. 369 (377); Lindner, Tierversuch (Fn. 18), S. 333; Gärditz, Anmerkung (Fn. 14), S. 425 (434).

45 Gärditz, Anmerkung (Fn. 14), S. 425 (434).

Hier geht es nicht um eine generelle, staatliche und zweckunabhängige Beschränkung von Lehre und Forschung, sondern um eine Beschränkung nur insoweit, als sie mit Tierschutzbelangen nicht mehr vereinbar ist. Die Angst vor einer „Totalrevision“ scheint jedoch eine staatliche Schutzbehauptung zu befürchten, die sich hinter Tierschutzargumenten versteckt. Argumente, die aber im Ergebnis nicht dem Schutz der Tiere dienen, sondern Versuche aus anderen sachwidrigen, staatsinteressengetriebenen Gründen ablehnen, wären schlicht als zweckfremd abzulehnen und nicht in der Lage, die Einschränkung der Wissenschaftsfreiheit zu ermöglichen. Die Angst vor einem zweckentfremdenden und unzulässigen Missbrauch des Verfassungsgutes Tierschutz kann jedoch nicht Anlass sein, sich einer umfassenden Abwägung von Anfang an zu versperren.

Interessant ist, dass in dieser Kritik die Ansicht mitschwingt, der Staat sei "Inhaber" dieses Rechtsguts und könne es gebrauchen wie er wolle, dabei soll der Tierschutz gerade – parallel zu Freiheitsgrundrechten – staatliches Handeln kontrollieren, lenken und beschränken sowie die Tiere „um ihrer selbst willen“ schützen und gerade nicht als Scheinargument für staatliche Beschränkungen von Freiheitsrechten dienen. Dass aber die Aufnahme des Tierschutzes in die Verfassung Änderungen in der Verwaltungspraxis und insbesondere in der Gesetzgebung bedingt bzw. bedingen soll, darf nicht verwundern, ist sein Verfassungsrang doch gerade deswegen geschaffen worden.

E. Fazit

Der dargestellte Rechtsstreit zeigt deutlich das derzeitige Dilemma des verfassungsrechtlichen Tierschutzes, der sich als zahnloser Tiger entpuppt, muss er doch im Zweifelsfall gegenüber den menschlichen Grundrechten bei Zugrundelegung der Maßstäbe des OVG Bremens regelmäßig unterliegen. Trotz scheinbarer Stärkung des Tierschutzes auf Verfassungsebene bleibt der Tierschutz als "Verfassungsgut zweiter Klasse" bei dieser Behandlung ohne nennenswerte Auswirkung. Wie dargelegt bleibt danach allein die Belastung der Versuchstiere für Behörden und Gerichte überprüfbar und gerade bei diesem einen Merkmal, das vielen tatsächlichen Feststellungsschwierigkeiten unterliegt, soll die Beweislast bei den Tieren liegen.

Die Orientierung der Verwaltungs- und Gerichtspraxis an diesem Urteil ist jedoch nicht nur aufgrund der Fehlinterpretationen des Art. 20a GG problematisch, sondern sollte auch wie dargelegt im Lichte der Tierversuchsrichtlinie RL2010/63/EU für das geltende TierSchG zukünftig vermieden werden.⁴⁶

46 Vgl. dazu oben unter D.I.2. Hirt/Maisack/Moritz, Tierschutzgesetz (Fn. 12), § 7a Rn. 123, § 8 Rn. 14.