

Güterabwägung bei Tierversuchen – Intentionen des Gesetzgebers und erste Anwendungen

Andreas Kley und Martin Sigrist¹

Abwägung und Gerechtigkeit

Die Rechtsnormen der Verfassung bergen Werte, sichern Interessen und umschreiben Regeln. Dabei besteht die Schwierigkeit, dass sich Werte, Interessen und Ziele gegenseitig ausschliessen, wenn eines davon vollumfänglich verfolgt wird. Die gegenseitige Abwägung will sicherstellen, dass nicht ein Wert, Interesse oder Ziel die andern einfach verdrängt, sondern dass im Sinne praktischer Konkordanz² diese nebeneinander optimal zum Ausdruck kommen. Dieser Abwägungsvorgang spielt auch auf der Stufe der Gesetze und der Verordnungen; er ist für die juristische Alltags- und Denkarbeit bei der Rechtsanwendung von grösster Bedeutung. Der Vorgang der Abwägung stützt sich auf die tatsächlichen Gegebenheiten nach Massgabe des betreffenden Sachverhalts. Freilich gibt es keine sichere Methode der Abwägung im Sinne einer Waage. Vielmehr teilt der Rechtsanwender sein Ergebnis mit, dass ein Interesse überwiege. Wie bei der Auslegung der Gesetzestexte ist auch hier der schöpferische Anteil des Rechtsanwenders (Behörden, Kommissionen, Gerichte) entscheidend.

Die Abwägung ist für die Eigenrechtfertigung der Rechtswissenschaft von grosser Bedeutung, sie stellt in der Alltagswelt bildhaft die Waage zur Abwägung von Massen dar. Damit ist das Sinnbild der Gerechtigkeit angesprochen³ auf die das Recht nach der Vielzahl der jeweiligen Naturrechts- und Gerechtigkeitsauffassungen auszurichten ist. Die Metapher vermag freilich kein gerechtes Handeln durch Recht zu garantieren, da in der Rechtsanwendung und in der Rechtswissenschaft – im Unterschied zur Alltagswelt beim Wägen – ein einfaches und nachvollziehbares Gerechtigkeitskriterium fehlt. Diese Tatsache vermag aber die semantische Nähe von Recht und Gerechtigkeit nicht zu beseitigen. Vielmehr erwartet die Öffentlichkeit von den Gerichten gerechte Urteile. Im Gegenzug vermag diese Erwartung die Rechtsdurchsetzung

zu unterstützen: Die Behörden nehmen sie also gerne entgegen. Bislang hatte das gesetzte Recht den Begriff der Gerechtigkeit vermieden, die neue Bundesverfassung spricht nun an einigen Stellen von Gerechtigkeit⁴. Dazu ist die Abwägung durch die Behörden und Gerichte unvermeidlich. Ihnen wird im Rahmen der Abwägungsbefugnisse eine Anspielung auf die Gerechtigkeit gestattet, die durchaus Teil des Systems ist.

Interessenabwägung im allgemeinen Verwaltungsrecht

Abgewogen werden soll, soweit keine anderen Hilfsgrössen durch pflichtgemässes Ermessen einen Entschied ermöglichen. Dabei handelt es sich um eine Technik zur Konkretisierung eines Handlungsspielraums. Dazu muss der Rechtsanwender die unterschiedlichen Interessen ermitteln und schliesslich soweit optimieren, dass sie im Entscheid möglichst umfassend zur Geltung gelangen.⁵ Hierzu müssen die Interessen richtig beurteilt werden.⁶

Die Umsetzung von Interessen kann anderen Interessen entgegenstehen. Soweit diese Interessen kollidieren, d.h. die Durchsetzung eines Interesses die Einschränkung eines anderen bedeutet, ist einerseits eine wertende Gegenüberstellung, andererseits eine Interessenabwägung vorzunehmen.⁷ Zum einen kann ein öffentliches Interesse einem privaten Interesse gegenüberstehen, es können sich aber auch zwei öffentliche Interessen konkurrieren. Die Abwägung erfolgt in beiden Fällen nach dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz,⁸ d.h. es muss ein vernünftiges Verhältnis zwischen Ziel und Eingriff bestehen.⁹ Das öffentliche Interesse ist ein unbestimmter Rechtsbegriff.¹⁰ Es umfasst alles, was der Staat zum Gemeinwohl vorkehren muss, um seine Aufgaben zu erfüllen.¹¹ Im Fall von kollidierenden öffentlichen Interessen kann es unter Umständen

um die Durchsetzung von Grundrechten gehen, die auf den ersten Blick als private Interessen gelten. Der Schutz von Grundrechten steht jedoch auch im öffentlichen Interesse. In die Abwägung sind u. a. die gegenüberliegenden Interessen sowie Gehalt und Funktion der Grundrechte einzubeziehen.¹² Dabei sind die Interessen der Allgemeinheit an der Durchsetzung der Grundrechte gegenüber den individuellen Interessen an der Grundrechtsausübung abzuwägen.¹³ Daneben sind als weitere Kriterien unterschiedliche staatliche Zielsetzungen, z. B. Denkmalpflege oder Gewässerschutz, denkbar.¹⁴ Soweit ein Interesse überwiegt, erhält es Vorrang gegenüber dem entgegenstehenden.

Die Interessenabwägung kommt in Art. 5 Abs. 2 Bundesverfassung (BV)¹⁵ in Form eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes für staatliches Handeln zum Ausdruck. Nach ständiger Praxis prüfen Behörden und Gerichte bei der Verhältnismässigkeit, ob eine Massnahme geeignet, erforderlich und zumutbar ist.¹⁶ Das bedeutet, sie muss geeignet sein, das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel zu erreichen. Zudem muss die Massnahme bezüglich des Ziels auch erforderlich sein; es darf kein milderes Mittel geben, das ebenfalls gleichermassen geeignet wäre. Zuletzt muss sie verhältnismässig im engeren Sinne sein, d. h. es muss eine zumutbare Zweck-Mittel-Relation zwischen dem öffentlichen und privaten Interesse vorliegen. Der Fokus ist auf ein vernünftiges Verhältnis zwischen den divergierenden Zielen und Eingriffen gerichtet.

Nüchtern betrachtet sieht das geschriebene Recht die Interessenabwägung als solche vor; wie diese aber ausfällt ist alleinige Angelegenheit der entscheidenden Behörde. Das Gesetz verschafft der Behörde eine selbständige Entscheidungskompetenz. Diese wägt die Güter im Einzelfall effektiv ab.

Interessenabwägung im Tierschutzrecht

Einleitung

Der Tierschutz stellt ein öffentliches Interesse dar und ist zudem in der Bundesverfassung als Staatsaufgabe ausgewiesen.¹⁷ Wenn Tierschutz ermöglicht werden soll, gleichzeitig aber ein maximaler Nutzen der Tierhaltung für den Menschen erwartet wird, führt dies zu einem Spannungsverhältnis.¹⁸ Die Gesellschaft möchte gerade nicht auf diesen Nutzen für sich und damit auf Tier-

versuche verzichten: Ein absolutes Verbot von Tierversuchen ist beim Volk genauso gescheitert,¹⁹ wie im Parlament ein zumindest absolutes Verbot von mittel- und schwerbelastenden Tierversuchen an Primaten. Bereits dort wurde vorgebracht, die Güterabwägung reiche aus, um einen guten Tierschutz zu ermöglichen.²⁰ Damit können die beiden Güter individuell abgewogen werden.

Damit diese Abwägung vorgenommen werden kann, sind Tierversuche zunächst generell verboten und dürfen nur auf eine staatliche Erlaubnis hin vorgenommen werden. Diese Erlaubnis trägt die Rechtsform einer (Polizei-)Bewilligung, d. h. (nur) bei Vorliegen der Voraussetzungen besteht ein Anspruch auf Erteilung. Gemäss Art. 18 Tierschutzgesetz (TSchG)²¹ betrifft die Bewilligungspflicht heute alle Tierversuche. Nach einer Minderheitsmeinung bestehe kein Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung, soweit bei einer Ablehnung der Ermessensspielraum der Behörden nicht missbraucht werde.²² Diese Meinung ist allerdings unzutreffend, vermitteln doch die unbestimmten Rechtsbegriffe einen Beurteilungsspielraum, den die Behörden in ihrer Praxis rechtsgleich auszufüllen haben. Je nach Sachlage des vorliegenden Falles kann sich durchaus ein Rechtsanspruch auf eine Bewilligung ergeben. Voraussetzung ist, dass die Praxis die unbestimmten Rechtsbegriffe definiert und ein entsprechender Sachverhalt vorliegt.

Im vorliegenden Falle stehen sich der Tierschutz (Art. 80 Abs. 2 lit. b BV) und die Forschungsfreiheit (Art. 20 BV) gegenüber, wobei beide Verfassungsrang geniessen.²³ Keines der beiden geht daher automatisch vor,²⁴ sie müssen also in jeder konkreten Situation einzeln abgewogen werden,²⁵ um praktische Konkordanz herzustellen. Der Tierschutz ist nicht als Grundfreiheit, sondern vielmehr als Staatsaufgabe bzw. Bundeskompetenz zu verstehen. Die erste grundlegende Entscheidung zur Güterabwägung zwischen Tierschutz und Forschungsfreiheit ist bereits in der grundsätzlichen Ausgestaltung des Tierschutzgesetzes enthalten.²⁶ Dabei soll ein Ausgleich zwischen der Forschungsfreiheit und dem Tierschutz gefunden werden.

Forschungsinteresse

Das Forschungsinteresse findet seine Verfassungsgrundlage einerseits in Art. 20 BV, der Wis-

senschaftsfreiheit sowie in der entsprechenden Bundeskompetenz gemäss Art. 64 BV. Neben der Lehre ist auch die Forschung durch Art. 20 BV geschützt.²⁷ Das Bundesgericht befasst sich mit der Stellung der Forschungsfreiheit gegenüber anderen öffentlichen Interessen und stellt fest, dass die Forschungsfreiheit nicht grenzenlos gelte.²⁸ Tierversuche sind grundsätzlich durch die Forschungsfreiheit geschützt, und an diesem Schutz nehmen auch die Forschungstätigkeit²⁹ und -methode³⁰ teil. Deshalb kann eine Regelung von Tierversuchen die Forschungsfreiheit zumindest tangieren, und sie muss sich durch die Anforderung zulässiger Grundrechtsschranken gemäss Art. 36 BV legitimieren lassen.

Art. 3 lit. c TSchG definiert Tierversuche. Das Anwendungsfeld der Güterabwägung ist damit auf diese Festlegung begrenzt: «[...] jede Massnahme, bei der lebende Tiere verwendet werden mit dem Ziel», Informationen, Stoffe oder Feststellungen zu gewinnen.³¹ Das Forschungsinteresse besteht konkret im Erkenntnisgewinn, den sich der Mensch durch die Tierversuche verspricht. Die zu erwartenden Erkenntnisgewinne für den Menschen werden also als Interesse dem Interesse am Tierschutz gegenübergestellt.

Der Wissensgewinn für den Menschen muss umso notwendiger und bedeutsamer sein, je schwerer und länger das voraussichtliche Leiden der Tiere voraussichtlich ist. Bei der Grundlagenforschung sind die Erkenntnisgewinne nur schwierig abzuschätzen, da in der Forschung immer eine gewisse Ungewissheit besteht.³² Aus ethischer Sicht wird jedoch für die Zulassung verlangt, dass sie in jenen Fällen zumindest vorhersehbar seien. Die Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich formuliert diese Abwägung mit der Frage, ob die erhofften Resultate des Versuchs geeignet sind, später in angewandter Form und allenfalls in Kombination mit anderen Erkenntnissen dem Leben oder der Gesundheit von Mensch und Tier zu dienen. «Je weniger sie dies tun, desto weniger würden sich Tierversuche zur Erlangung dieser Kenntnis rechtfertigen und desto weniger belastend dürften diese für die Tiere sein.»³³ Der Entscheid soll sich an der Forschung orientieren. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich verlangt schlicht eine «konkrete, umfassende, nicht schematische Bestimmung des Forschungsnutzens».³⁴

Diese verschiedenen Darlegungen des Forschungsinteresses zeigen, dass eine für jeden Fall sichere und voraussehbare Festlegung dieses Interesses kaum möglich ist.³⁵ Zu Recht verzichtet das Bundesgericht auf eine Differenzierung nach Grundlagen- und angewandter Forschung. Gerade die Grundlagenforschung kann ein grosses Nutzenpotential aufweisen, was oft im Zeitpunkt der Gesuchsbeurteilung nicht oder nicht im ganzen Ausmasse vorausgesehen werden kann.

Tierinteressen

Art. 19 Abs. 4 TSchG sind die Gründe für eine Nichterteilung der Bewilligung zu entnehmen: So ist von einer Erteilung der Bewilligung abzusehen, «[...] wenn er gemessen am erwarteten Kenntnisgewinn dem Tier unverhältnismässige Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügt oder es in unverhältnismässige Angst versetzt». Ein Eingriff ist umso strenger zu bewerten, je gravierender er ist bzw. je unwichtiger oder verzichtbarer der Nutzen daraus für den Menschen ist.³⁶

Im Rahmen der Tierinteressen gilt es zusätzlich die Würde der Kreatur zu wahren, da dieser Grundsatz nunmehr durch Art. 120 Abs. 2 BV Eingang in die Verfassung gefunden hat. Im Zentrum der Würde steht der Schutz des einzelnen Tiers, nicht einer ganzen Tierart. Dieser Schutz umfasst etwa das Verhindern von Belastungen, die das Tierschutzgesetz umschreibt wie Leiden oder Schmerzen und Eingriffe in das Erscheinungsbild.³⁷ Auf Gesetzesstufe wurde die Würde erstmalig im so genannten Genteilgesetz³⁸ erwähnt, wobei Art. 1 Abs. 2 lit. c und Art. 8 zusätzlich eine Güterabwägung aufzeigen.³⁹ Das Gesetz nimmt die Würde der Kreatur vielfach⁴⁰ auf; ein Definitionsversuch findet sich in Art. 3 TSchG. Daraus folgt, gemäss parlamentarischer Debatte, die Pflicht zu deren Mitberücksichtigung,⁴¹ sie ist damit Teil der Güterabwägung geworden.⁴² Eine weitergehende Konkretisierung des Begriffs lehnte der Gesetzgeber ab.⁴³ Bei der Frage, wie der unbestimmte Rechtsbegriff «Würde der Kreaturen» zu umreissen sei, wurde auf die sich noch zu bildende Praxis verwiesen, mit Hinweis auf die Eidgenössische Ethikkommission für Biotechnologie im ausserhumanen Bereich.⁴⁴ Weitere Hinweise sind auch in der entsprechenden Botschaft nicht zu finden.⁴⁵ In anderen Erlassen lassen sich hingegen Hinweise entdecken. Art. 138 Abs. 2 Tierschutzverordnung (TSchV)⁴⁶

nennt als Konkretisierung des Tierschutzgesetzes Bereiche der Gentechnik, wo die Tierwürde als verletzt gilt. Diese können – soweit dies Sinn macht – analog auf Tierversuche angewendet werden.⁴⁷ Weitere Hinweise auf die Würde der Kreatur finden sich in Art. 28 Abs. 2 lit. f. und Art. 44 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 Freisetzungsverordnung (FrSV).⁴⁸ Das Tier soll gemäss diesen Bestimmungen auf keinen Fall nur Mittel zum Zweck sein. Dem Tier soll ein vom menschlichen Zweck losgelöstes Dasein zugebilligt werden.⁴⁹ Allgemein kommt die Würde dem Tier aufgrund seines Eigenwertes zu. D.h. es ist in seinen artenspezifischen Eigenschaften – namentlich seinen Bedürfnissen und Verhaltenweisen – respektvoll zu behandeln. Der weitere Gehalt hingegen ist umstritten,⁵⁰ nach der Eidgenössischen Kommission für Tierversuche (EKTIV) sind etwa auch die individuellen Fähigkeiten des Tieres erfasst.⁵¹

Die Würdedefinition des Gesetzgebers lehnt sich ganz an die Definition der Menschenwürde an. Die Intention des Gesetzgebers bleibt diesbezüglich unklar. Aufgrund der weitgehenden Übereinstimmung der beiden Würdedefinitionen könnte der nahe liegende Schluss gezogen werden, dass die Tierwürde die entsprechende Schutzfunktion für die Tiere übernimmt wie die Menschenwürde für die Menschen. Konsequenterweise ist zu fragen, ob die Tierwürde überhaupt eingeschränkt werden darf, falls die Würde wirklich den Eigenwert der Tiere schützen soll. Diese Überlegung wäre bei den Nutztieren einschneidend: Ihre Zucht und Haltung einzig zum Zweck des Schlachtens ist eine völlige Instrumentalisierung und müsste, nimmt man den Tierwürdebegriff ernst, auf jeden Fall verboten werden. Selbstverständlich wollte der Gesetzgeber nicht soweit gehen. Er muss sich aber die Frage gefallen lassen, weshalb er den Tieren einen so hohen Eigenwert zuspricht, ihn dann aber nicht effektiv einhält,⁵² sondern ihn von Fall zu Fall einer Güterabwägung unterwirft.⁵³ Im Sinne des Tierschutzgesetzes wird folglich angenommen, die Würde sei ein einschränkbarer und verhandelbarer Wert.

Der unbestimmte Rechtsbegriff des unerlässlichen Masses

Der Gesetzgeber verwendet im Art. 17 TSchG den unbestimmten Rechtsbegriff des «unerlässlichen Masses». Dessen massgeblicher Sinn muss durch Auslegung ermittelt werden, dabei

steckt der klare Wortlaut oder der Sinn der Gesetzesbestimmung die Grenzen der Auslegung ab.⁵⁴ Im vorliegenden Falle – dem «unerlässlichen Mass» – ist der Ausdruck derart offen und unbestimmt, dass der Auslegung kaum Grenzen gesetzt werden. Unzulässig wäre einzig eine Auslegung, die auf ein totales Forschungsverbot oder auf eine totale Freigabe der Versuche hinauslaufen würde.

Zur Unerlässlichkeit äussert sich Art. 4 lit. c der Ausbildungsverordnung des Bundesamts für Veterinärwesen (BVEI).⁵⁵ Dabei werden zwei Formen der Unerlässlichkeit unterschieden:⁵⁶ Die *finale* Unerlässlichkeit verlangt eine Reduktion auf die Versuche, die unerlässlichen *Zwecken* dienen. Hier stellt sich also die Frage, wozu ein Versuch stattfinden soll. Es könnten etwa Versuche vorgenommen werden, die das Versuchstier so sehr schädigen, dass sie ausgeschlossen werden müssen.⁵⁷ Art. 16 ff. TSchV, als allgemeiner Katalog verbotener Handlungen mit Tieren, kann hier ebenfalls beigezogen werden. Bei der *instrumentalen* Unerlässlichkeit stellt sich die Frage nach dem *Mittel* des Tierversuches, d.h. welches Mittel ist unerlässlich zum Erreichen des oben definierten Zwecks. Dabei sollen, soweit möglich, Tierversuche als Mittel vermieden werden.⁵⁸ Versuche sollen also nur soweit notwendig und sinnvoll durchgeführt werden.⁵⁹ Art. 137 Abs. 2 TSchV regelt erstmalig gesetzlich diese Voraussetzung.⁶⁰ Unter fehlender Erforderlichkeit kann mitunter ein Versuch subsumiert werden, der bereits einmal durchgeführt wurde und bei dem im Weiteren keine neuen Erkenntnisse zu erwarten sind.⁶¹

Die Botschaft zum neuen Tierschutzgesetz schweigt sich über die Güterabwägung und die Kriterien weitgehend aus.⁶² Auch in der parlamentarischen Debatte konnten keine operationalisierbare Kriterien herausgearbeitet werden.⁶³ Art. 19 Abs. 2 TSchG delegiert die Festlegung der Kriterien zur Beurteilung des unerlässlichen Masses an den Bundesrat. Dieser hat in Art. 137 TSchV folgendes bestimmt:

Art. 137 Kriterien für die Beurteilung des unerlässlichen Masses von belastenden Tierversuchen

¹ Die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller muss belegen, dass das Versuchsziel:

- a. in Zusammenhang mit der Erhaltung oder dem Schutz des Lebens und der Gesundheit von Mensch und Tier steht;
- b. neue Kenntnisse über grundlegende Lebensvorgänge erwarten lässt; oder
- c. dem Schutz der natürlichen Umwelt dient.

² Sie oder er muss ausserdem belegen, dass das Versuchsziel mit Verfahren ohne Tierversuche, die nach dem Stand der Kenntnisse tauglich sind, nicht erreicht werden kann.

³ Die Methode muss unter Berücksichtigung des neusten Standes der Kenntnisse geeignet sein, das Versuchsziel zu erreichen.

⁴ Ein Tierversuch und dessen einzelne Teile müssen so geplant werden, dass:

- a. die kleinste notwendige Anzahl Tiere eingesetzt und die geringstmögliche Belastung der Tiere angestrebt wird;
- b. die zweckmässigsten Verfahren zur Auswertung der Versuchsergebnisse sowie dem aktuellen Stand des Wissens entsprechende statistische Verfahren angewendet werden; und
- c. die einzelnen Teile zeitlich gezielt gestaffelt werden.

Art. 137 TSchV präzisiert das Kriterium des unerlässlichen Masses und bestimmt weitere Anhaltspunkte zur Güterabwägung. Alternativen sollen gewählt werden, soweit sie zumindest im selben Masse versprechend Resultate liefern bzw. erwarten lassen.⁶⁴ Hierbei sind Alternativmethoden Einflussfaktoren für die Gewichtung der im Raum stehenden Interessen.⁶⁵ Unerlässlich ist der Versuch, wenn er weder durch ein anderes Verfahren noch durch eine geringere Anzahl von Tieren durchgeführt werden kann. Die Unerlässlichkeit besteht somit aus einer qualitativen und einer quantitativen Komponente.⁶⁶ Die gleiche Bestimmung setzt die Kriterien der Verhältnismässigkeitsprüfung für Tierversuche um. Dabei ist hervorzuheben, dass eine private Handlung, nämlich der Tierversuch selbst, dem Verhältnismässigkeitsprinzip unter-

worfen wird. Abs. 1 des obigen Artikels normiert gewissermassen das öffentliche Interesse, konkret das zulässige Versuchsziel. Dieses muss mit einem oder mehreren der aufgelisteten öffentlichen Interessen korrespondieren. Abs. 2 erwähnt die Erforderlichkeit und Abs. 3 die Geeignetheit, Abs. 4 lit. a wiederholt die Erforderlichkeit. Dabei wird explizit verlangt, die mildest mögliche Versuchsanordnung zu wählen. Dies kann sich etwa nach der Stärke der Belastung, deren Dauer und Folgen oder Anzahl der Tiere bemessen.⁶⁷

Soweit das Leiden der Tiere reduziert werden soll, geht die individuelle Reduktion des Leidens der Reduktion der Anzahl verbrauchter Tiere vor.⁶⁸ Dabei wird auch auf das Prinzip von «Replacement, Reduction, Refinement» von Russell⁶⁹ verwiesen. Das Ziel ist die Vermeidung von Tierversuchen, Verminderung der Zahl der Tiere und Verfeinerung der Methoden, um die Belastung der Tiere zu verringern.

Im Sinne einer Vorab-Verhältnismässigkeitsprüfung delegiert Art. 19 Abs. 3 TschG ein mögliches Verbot von bestimmten Versuchszwecken ebenfalls an den Bundesrat, was durch Art. 138 TSchV geschehen ist, der deshalb eine Liste von absolut unzulässigen Zwecken enthält:

Art. 138 Unzulässige Versuchszwecke für belastende Tierversuche

¹ Unzulässig sind belastende Tierversuche:

- a. für die Zulassung von Stoffen und Erzeugnissen in einem anderen Staat, wenn die Zulassungsanforderungen nicht internationalen Regelungen entsprechen oder, gemessen an jenen der Schweiz, wesentlich mehr Tierversuche oder Tiere für einen Versuch bedingen oder wenn sie Tierversuche bedingen, welche die Versuchstiere wesentlich mehr belasten;
- b. für das Prüfen von Erzeugnissen, wenn die angestrebte Kenntnis durch Auswertung der Daten über deren Bestandteile gewonnen werden kann oder das Gefährdungspotenzial ausreichend bekannt ist;
- c. für die Lehre an der Hochschule und die Ausbildung von Fachkräften, wenn eine

andere Möglichkeit besteht, Lebensphänomene in verständlicher Weise zu erklären oder Fertigkeiten zu vermitteln, die für die Berufsausübung oder die Durchführung von Tierversuchen notwendig sind;

- d. zu militärischen Zwecken.

² Die Erzeugung von gentechnisch veränderten Tieren ist unzulässig, auch zu Forschungszwecken, wenn die Tiere in folgenden Bereichen genutzt werden sollen:

- a. als Heim-, Hobby- oder Sporttiere;
- b. als Arbeitstiere, wenn die Leistungssteigerung allein ökonomischen Zwecken dient;
- c. als Nutztiere zur Lebensmittel- oder Güterproduktion, wenn dies allein der Luxusgüterproduktion dient.

Güterabwägung

Die Güterabwägung orientiert sich an folgendem Prozedere: Zuerst müssen die involvierten Interessen, Güter bzw. Zielsetzungen der Beteiligten festgestellt bzw. bezeichnet, bewertet und dann gegeneinander abgewogen werden.⁷⁰ Das Bundesgericht weist darauf hin, dass ein solcher Entscheid nicht präventiv gefällt werden kann und bestätigt damit die «Delegation» der Entscheidkompetenz im Einzelfall an die zuständige Behörde, welche die Güterabwägung vorzunehmen habe.⁷¹ Je gravierender etwa ein Eingriff in die Würde des Tieres und demgegenüber geringer der Nutzen für den Menschen ist, desto weniger wird die Güterabwägung für den Tierversuch sprechen.⁷² Es stellt sich die Frage der Verhältnismässigkeit des Eingriffes im Vergleich zum angestrebten Forschungsziel. Die menschlichen Interessen sind gegen jene der Tiere abzuwägen. Je schwerer die Belastung für die Tiere, desto höhere Anforderungen werden an die Rechtfertigungsgründe gestellt.⁷³ Höhere Erkenntnisse für die menschliche Gesundheit haben in dieser Abwägung mehr Gewicht als etwa rudimentäre.⁷⁴ Es sind daher im Einzelfall die jeweiligen Interessen von Mensch und Tier zu bestimmen.⁷⁵ Die Tierschutzinteressen sind jenen der Tierversuche gegenüberzustellen und abzuwägen.⁷⁶

Das Wohl der Tiere darf dabei nicht ohne überzeugende Gründe eingeschränkt werden.⁷⁷

Eine konkretere gesetzliche Regelung zu dieser Frage ist jedoch unterblieben. In den einzelnen Gesetzen allgemeine Voraussetzungen zu formulieren, erschien dem Parlament nicht möglich. Damit ist die Abwägung der Verwaltung und letztendlich den Gerichten übertragen.⁷⁸ Den zuständigen Behörden ist ein Ermessensspielraum eingeräumt, welcher pflichtgemäss und verhältnismässig auszuschöpfen ist. Als Richtlinien dazu sollen Expertisen des Bundesamtes für Veterinärwesen und der EKTIV dienen.⁷⁹ Das neue Tierschutzgesetz sollte ab 2005 insbesondere den Vollzug verbessern, jedoch allgemein gehalten sein, ohne detaillierte Handlungsanweisungen zu erteilen oder den Tierschutz zu verschärfen. Dies soll namentlich durch bessere Überwachung und Ausbildung erreicht werden.⁸⁰ In den gesetzlichen Grundlagen zum Tierschutz – und insbesondere zum Tierversuch – ist die Güterabwägung nur rudimentär geregelt.

Abs. 4 von Art. 19 TSchG normiert die eigentliche Verhältnismässigkeitprüfung. Am Normtext fällt die durchwegs negative Formulierung auf: «Ein Tierversuch ist insbesondere *un*zulässig, wenn er gemessen am erwarteten Kenntnisgewinn dem Tier *un*verhältnismässige Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügt oder es in *un*verhältnismässige Angst versetzt.» Dieser negative Gehalt fällt sofort auf, wenn der Text positiv formuliert wird: In diesem Fall erscheint der Text merkwürdig und schwer zu akzeptieren, obwohl diese Formulierungsweise nach den Gesetzen der Logik zum gleichen Resultat führen müsste: «Ein Tierversuch ist insbesondere zulässig, wenn er gemessen am erwarteten Kenntnisgewinn dem Tier verhältnismässige Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügt oder es in verhältnismässige Angst versetzt.» Der Grund liegt darin, dass das Tierschutzgesetz als Verbotsgesetz konzipiert ist und dazu Schranken aufrichtet, die unzulässige Verhaltensweisen abstecken. Dafür ist die negative Formulierung geeignet. Was positiv möglich und zulässig ist, wird damit nicht ausdrücklich gesagt, sondern bleibt vielmehr offen und unbestimmt. Der Vorteil, keine positive Formulierung zu verwenden, ist mitunter darin zu sehen, dass der Gesetzgeber in dieser politisch umstrittenen Materie selber keine Stellung bezieht, was zulässig sein soll.

Die Verneinung ist eines der sprachlichen Hauptmerkmale juristischer Texte, und sie steigert sich etwa in Gerichtsurteilen nicht selten zur doppelten Verneinung.⁸¹ Dabei handelt es sich nicht etwa um einen schlechten Sprachstil, sondern um eine in der Sache notwendige Bedingtheit juristischer Texte. Diese Technik der negativen Formulierung dient dem Recht und Rechtsanwender dazu, sich selber von der zu ordnenden Sache fernzuhalten. Das geschieht, indem die Rechtsnorm oder der Rechtsanwendungsakt nur vorgibt, was nicht zulässig ist. Was zulässig ist, ist von den Menschen und der Gesellschaft zu definieren. Auf diese Weise werden die hoheitlichen Entscheide des Staates leichter akzeptierbar.

Freilich bleibt das Problem der unbestimmten Rechtsbegriffe. Diese werden erst durch die behördliche Rechtsanwendung konkretisiert und inhaltlich ausgefüllt. Im Zusammenhang mit den Tierversuchen und dem Schlüsselbegriff des «unerlässlichen Masses» bleibt für die Gesuchsteller ein Raum von Unsicherheit. Denn es bleibt oft unklar, ob die zuständigen Behörden einem Gesuch nachkommen werden. Bei aufwendigen Forschungsprojekten kann sich allein die Unsicherheit über die Gutheissung des Gesuchs als eigentliches Hindernis für die Forschung erweisen. Das Gesetz hält jedoch ein paar Leitlinien bereit, Art. 140 Abs. 1 lit. a bis i der TSchV nennt die Bewilligungsvoraussetzungen:

Art. 140 Bewilligungsvoraussetzungen für Tierversuche

¹ Ein belastender Tierversuch wird bewilligt, wenn:

- a. mit dem Versuch das unerlässliche Mass nicht überschritten wird;
- b. sich aus der Güterabwägung nach Artikel 19 Absatz 4 TSchG die Zulässigkeit des Versuchs ergibt;
- c. kein unzulässiger Versuchszweck angestrebt wird;
- d. geeignete Abbruchkriterien festgelegt sind;
- e. bei der Verwendung von belasteten Mutanten die Anforderungen an die Zucht und das Erzeugen eingehalten werden;

- f. die Anforderungen an die Haltung, den Umgang, die Räumlichkeiten und Gehege, die Herkunft und die Markierung erfüllt sind;
- g. die Anforderungen an die Institute und Laboratorien für das Durchführen der Versuche eingehalten werden;
- h. die personellen Anforderungen eingehalten werden;
- i. die Verantwortlichkeiten für die Tierhaltung vor, während und nach dem Versuch geregelt sind.

² Bei den nicht belastenden Tierversuchen bilden die Buchstaben e–i die Bewilligungsvoraussetzungen.

Vergleich mit den Voraussetzungen zur Humanforschung

Die vergleichsweise strikte Regelung der Forschung an Tieren führt über die Subsidiaritätsregel⁸² dazu, dass mangels rechtlicher und tatsächlicher Alternativen auf die Forschung am Menschen zurückzugreifen ist, die in dieser Lage dann aber ebenfalls unzulässig sein dürfte (Art. 12 Abs. 1 E-HFG). Es stellt sich die interessante Frage, welche Unterschiede zwischen der Human- und der Tierforschung bestehen, wobei hier für die Humanforschung auf das geplante Bundesgesetz zurückzugreifen ist. Bei der Regelung der Versuche besteht selbstverständlich der grundsätzliche Unterschied, dass die Forschung am Menschen nur mit dessen Einwilligung unternommen werden darf (Art. 7 E-HFG). Bei den Tieren fällt diese Voraussetzung weg. Sieht man von diesem grundlegenden Unterschied ab, so fällt auf, dass das Schutzniveau bei den Tierversuchen in gewisser Weise höher angesetzt ist.⁸³ Art. 137 Abs. 1 TSchV⁸⁴ macht nämlich Vorgaben zu den zulässigen Forschungszielen von belastenden Tierversuchen und Art. 138 TSchV erklärt bestimmte Versuchszwecke für generell unzulässig. Das geplante Humanforschungsgesetz kennt keine derart weitgehenden Festlegungen von Forschungszielen und Versuchszwecken. Selbstverständlich vermag die Einwilligung das zu kompensieren, freilich bei Forschung an Urteilsunfähigen dagegen nicht. Gleichwohl wäre eine Koordination des Schutzniveaus bei Tierversuchen und der Forschung am Menschen wünschbar, da sonst die Forschung zu sehr behindert wird.

Bundesgerichtsurteile vom 7. Oktober 2009⁸⁵

Das Bundesgericht hat sich in einem aktuellen Fall erstmalig ausführlich mit der Güterabwägung im Rahmen von Tierversuchen befasst. Die Güterabwägung im Rahmen von Art. 19 Abs. 4 TSchG bedeutet eine Abwägung zwischen den Nachteilen für das Tier und dem Erkenntnisgewinn aus dem Versuch für den Menschen. Die Belastung für das Tier soll «nicht über das zur Verfolgung des konkreten Versuchszwecks erforderliche Mass hinausgehen».⁸⁶ So darf der Versuch im Vergleich zum Erkenntnisgewinn für den Menschen beim Tier keine unverhältnismässige Schmerzen, Leiden oder Schäden verursachen. Die Belastung für die Tiere wird in vier Schweregrade⁸⁷ von 0–3 unterteilt. Die Grade sind – wenn auch nur knapp – im Art. 136 Abs. 2 TSchV erwähnt. Die Kompetenz zur präzisen Festlegung wird an das BVET delegiert. Dieses veröffentlichte in der Folge zwei Dokumente hierzu.⁸⁸ Die Einteilung soll der einheitlichen Interessenabwägung dienen.⁸⁹ Dabei reichen die Grade von 0 (*keine* Belastung) über 1 und 2 (*leichte* und *mittlere* Belastung) bis 3 (*schwere* Belastung). Die Einteilung enthält keine weitergehenden abstrakten Definitionen der verschiedenen Belastungsgrade. Vielmehr erschliessen sich die Grade über verschiedene modellartige Versuche mit jeweils passenden Beispielen. Vom BVET als Leitsätze bezeichnet, bilden sie keine klare gesetzliche Grundlage. Entschieden wird gemäss Art. 20 ff. Tierversuchsverordnung.⁹⁰ Je nach kantonaler Regelung geschieht dies durch eine Kommission, so beispielsweise in den Kantonen Bern und Zürich.⁹¹

Im vorliegenden Falle sollten am Institut für Neuroinformatik der Universität Zürich und der Eidgenössischen Technischen Hochschule Zürich (ETHZ) Versuche an nicht-menschlichen Primaten vorgenommen werden. Das Bewilligungsgesuch wurde vom Veterinäramt, entgegen dem Antrag der Tierversuchskommission auf Ablehnung, unter Auflagen bewilligt. Die Tierversuchskommission erhob dagegen bei der Gesundheitsdirektion erfolgreich Rekurs, auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich bestätigte diesen Entscheid.⁹² Die Beschwerdeführer gelangten hiernach ans Bundesgericht.⁹³ Dieses stützte das Urteil des Verwaltungsgerichts.

Die Mehrheit der Mitglieder der Zürcher Tierversuchskommission steht hinter dem Urteil und der richterlichen Begründung, da da-

rin eine Aufforderung zu entnehmen ist, die Güterabwägung in Zukunft ernsthaft durchzuführen. Hingegen wollen ETHZ und die Universität Zürich betonen, dass mit dem Urteil kein absolutes Verbot von Primatenversuchen statuiert wurde. Jedoch seien gewisse Versuche wohl nicht mehr möglich, soweit nicht ein möglicher Nutzen für den Menschen genauer herausgestrichen werden könne.⁹⁴ Von einem ursprünglich faktischen Verbot solcher Versuche⁹⁵ ist damit nicht mehr die Rede.

Bei der materiellen Prüfung stellte sich das Bundesgericht insbesondere die Frage der Güterabwägung. Der Erkenntnisgewinn soll verhältnismässig zum am Tier verursachten Leid sein.⁹⁶ Das Gericht nimmt dabei eine umfassende Güterabwägung vor. Die unterschiedlichen Interessen werden zunächst gewichtet und dann gegeneinander abgewogen.⁹⁷ Das Gericht befasst sich mit den Art. 140 TSchG und Art. 19 Abs. 4 TSchV und weist darauf hin, dass «weder die Forschungsfreiheit noch der Tierschutz Vorrang» habe, so dass das Forschungsinteresse und der Tierschutz im Einzelfall jeweils gewichtet und dann gegeneinander abgewogen werden sollen.⁹⁸ Das Forschungsinteresse und damit der Nutzen für den Menschen werden einer differenzierten Betrachtung unterzogen. Die Grundlagenforschung erhält weniger Gewicht als etwa Forschung zum konkreten Schutz für Leben oder Gesundheit des Menschen. Weiterhin darf der Tierversuch nicht über das «zur Verfolgung des konkreten Versuchszwecks erforderliche Mass hinausgehen».⁹⁹ Beim vorliegenden Versuch wird vom Bundesgericht moniert, dass der klinische Nutzen «äusserst ungewiss» sei. Diesem Nutzen und dessen Ungewissheit für den Menschen muss nun das zu erwartende Leiden der Tiere gegenüber gestellt werden.¹⁰⁰ Die offene Frage des klinischen Nutzens führt dazu, dass der Forschungsnutzen nicht besonders schwer wiegt, so dass auch die Beeinträchtigung für das Tier entsprechend nicht schwer sein darf. Das bedeutet jedoch nicht per se, dass der Versuch bereits unverhältnismässig sei. Das Gericht gewichtet denn zusätzlich besonderes, dass die für den Versuch zu verwendenden nicht-menschlichen Primaten eine sehr starke genetische und sinnesphysiologische Nähe zum Menschen aufweisen.¹⁰¹ Dies ist etwa in Art. 112 und 119 Abs. 2 TSchV angedeutet.

Die Abstufung der Tiere in eine Kategorie von «gewöhnlichen» Lebewesen und solchen von nichtmenschlichen Primaten mit ihrer Nähe zum Menschen widerspricht nun aber der Subsidiaritätsregel der Biomedizinkonvention und des geplanten Humanforschungsgesetzes.¹⁰² Danach darf «ein Forschungsprojekt mit Personen [...] nur durchgeführt werden, wenn gleichwertige Erkenntnisse anders nicht gewonnen werden können». Ergreift nun die Sphäre des Menschlichen auch gewisse Tierarten, wie das in beiden Bundesgerichtsurteilen geschieht, so verliert die Subsidiaritätsregel an Terrain. Gleichwertige Erkenntnisse können somit aus rechtlichen Gründen «anders» nicht gewonnen werden.¹⁰³ Im Ergebnis kann diese unkoordinierte Rechtsetzung dazu führen, dass bei bestimmten Forschungszielen sich das Tierschutzrecht und das (geplante) Humanforschungsgesetz gegenseitig blockieren.¹⁰⁴

Den Schutz der Würde der Kreatur gemäss Art. 120 Abs. 2 BV bringt das Bundesgericht als weiteres Gewicht ein, währenddessen die Würde der Kreatur von der Vorinstanz nicht als entscheidend erachtet wird.¹⁰⁵ Diese vermag einer besonderen Art von Tieren, den Primaten, einen weitergehenden Schutz zu gewähren. Die besondere Stellung der Primaten innerhalb der Hierarchie der Tierarten, die evolutionäre Nähe der Tiere zum Menschen kann also mitentscheidend sein.¹⁰⁶ Damit überwiegt im vorliegenden Fall das Interesse des Tierschutzes dem Forschungsinteresse umso mehr. Tiere sind um ihrer selbst willen zu schützen. Würde kommt den Tieren damit nicht nur im Bereich der Gentechnologie zu, sondern wird im Generellen als «etwas Existierendes» vorausgesetzt.¹⁰⁷ Das Gericht statuiert damit jedoch kein absolutes Verbot von Tierversuchen an nichtmenschlichen Primaten. Vielmehr wird mit diesem Urteil die Notwendigkeit einer ausführlichen Güterabwägung bestätigt.¹⁰⁸

Intentionen des Gesetzgebers: Delegation des Problems

Welches war nun die Intention des Gesetzgebers, als er die Abwägung zwischen Forschungsinteressen und Tierschutzinteressen festschrieb? Man könnte meinen, dass diese Abwägung mit einem genauen Instrument, etwa einer Waage erfolge und

im Ergebnis dann ein unbestreitbares Resultat herauschaue. Die Abwägung wird gemäss Art. 139 Abs. 4 TSchV durch die kantonalen Tierschutzkommissionen und die kantonalen Veterinärämter vorgenommen. Dabei lässt sich das Bild der Waage vorerst noch aufrechterhalten, weil kompetente Behörden als Expertenkommissionen zu entscheiden haben. In der Sache zeigt sich dann aber, dass die Mitglieder der Kommission zwar Experten, aber in aller Regel auch Interessenvertreter sind, die vorab in dieser Sache einem bestimmten Interesse folgen. In diesem Sinne sieht etwa das zürcherische Recht¹⁰⁹ für die Mitglieder der Expertenkommission ein Rechtsmittel vor. Das einschlägige Gesetz macht den Status der Experten unglaubwürdig, da Experten mit ihrem Fachwissen arbeiten und nicht Parteien eines Verfahrens sein sollten.

Damit besteht in der Expertenkommission die gleiche Situation wie bei der gesetzgebenden Körperschaft, die das Tierschutzgesetz erlassen hat: Es gibt keinen Konsens über den einzuschlagenden Weg, vielmehr wurde eine mittlere Lösung getroffen, die abstrakt offene Kriterien dafür bereithält, was zulässig sein soll und was nicht. Auf diese Art und Weise stellt die Abwägung im Rahmen der Kommission ein öffentliches Diskussionsforum dar. Das Thema, für das der Staat keine eindeutige rechtliche Lösung niederlegen wollte und konnte, wird wohl permanent Stoff für Diskussionen liefern. Fall für Fall bewegt sich die Rechtsanwendung auf einem Grat vorwärts; die steil abfallenden Flanken stellen die absoluten Lösungen des völligen Verbots oder der völligen Zulassung der Tierversuche dar.

Der Gesetzgeber kann in dieser nicht endgültig zu entscheidenden Angelegenheit selber nicht objektiv die eine oder andere Lösung bevorzugen. Deshalb hält er die Diskussion über ein gesellschaftliches Problem anlässlich konkreter Fälle in Gang. Der gesetzgeberische Nicht-Entscheid macht es allerdings möglich, dass sich die Rechtslage ohne Gesetzesänderung den jeweils vorherrschenden gesellschaftlichen Wertvorstellungen anpasst. Dabei ist eine Bewegung im Gang, die den Tieren einen besseren Schutz verschaffen will, ohne dass die Menschen eine Einbusse aus der Nutzung der Tiere tragen müssen. Das scheint kaum möglich, denn ein besserer Tierschutz in Form einer Einschränkung von Tierversuchen wird sich in der Forschungsbilanz wohl negativ niederschlagen.

Es besteht die grosse Gefahr, dass die Würde der Kreatur und der Tiere nur plakativ verstanden wird. Der plakative Sprachgebrauch will den Eindruck vermitteln, dass es um den Schutz der Tiere besser bestellt sei, ohne bei der Tiernutzung Einbussen hinnehmen zu müssen. Ob die sprachliche Vermenschlichung der tierischen Lebewesen auch zu einer tatsächlich besseren Behandlung führt, wird sich erst noch weisen müssen.

Anmerkungen

¹ Andreas Kley ist ordentlicher Professor für öffentliches Recht, Verfassungsgeschichte sowie Staats- und Rechtsphilosophie am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich. Lic. iur. Martin Sigrist ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl. Die Autoren danken Herrn lic. iur. Ivo von Arx für die sorgfältige Durchsicht des Manuskripts.

² Der Begriff ist geprägt worden von: Bäumlín, Richard, Staatslehre und Kirchenrechtslehre. Über gemeinsame Fragen ihrer Grundproblematik, in: *Staatsverfassung und Kirchenordnung*, Festschrift für Rudolf Smend, Tübingen 1962, S. 15; Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1. Aufl., Karlsruhe 1967, S. 28 f.; BGE 120 II 76; 123 I 151; 125 I 21; 126 III 129; 127 I 164; 129 I 173.

³ Ott, Walter, «Gerechtigkeit als Ausgewogenheit», in: *Gleichgewichts- und Ungleichgewichtskonzepte in der Wissenschaft, Interdisziplinäre Vortragsreihe der ETH Zürich und der Universität Zürich*, Hg. Stolz, Fritz, Zürich 1986, S. 149 ff.

⁴ Vgl. Art. 2 Abs. 4 («gerechte internationale Ordnung»), Art. 29 Abs. 1 («gerechte Behandlung»), Art. 119a Abs. 2 («gerechte Zuteilung von Organen») BV.

⁵ Tschannen, Pierre, Zimmerli, Ulrich, Müller, Markus, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3. Auflage, Bern 2009, § 26 Rz. 35 ff.

⁶ Ebd., § 26 Rz. 40 ff.

⁷ Häfelin, Ulrich, Müller, Georg, Uhlmann, Felix, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. Auflage, Zürich 2006, Rz. 564 mit Verweis auf BGE 111 Ia, 105; 104 Ia 88, 97.

⁸ Ebd., Rz. 565 ff.

⁹ Ebd., Rz. 613 f.; Tschannen/Zimmerli *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 20 Rz. 13.

¹⁰ Ebd., Rz. 535 ff.

¹¹ Häfelin, Ulrich, Haller, Walter, Keller, Helen, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 7. Auflage, Zürich 2008, Rz. 315.

¹² Häfelin/Müller/Uhlmann *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Rz. 567 ff. mit Verweis auf BGE 124 I 267, 268 ff., 107 Ia 64, 66.

¹³ Ebd., Rz. 2413.

¹⁴ Ebd., Rz. 571 f.

¹⁵ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Systematische Sammlung des Bundesrechts (im folgenden SR) 101.

¹⁶ Häfelin, Müller, Uhlmann *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Rz. 586ff.; BGE 1C_122/2009, E 7; 130 I 16, E. 5; 128 I 3 E. 3e/cc.

¹⁷ Botschaft zur Revision des Tierschutzgesetzes vom 9.12.2002, BBl 2003 657 ff. (661).

¹⁸ Krepper, Peter, «Tierwürde im Recht – am Beispiel von Tierversuchen», in: AJP 3, 2010, S. 304.

¹⁹ Eidgenössische Volksinitiative zur Abschaffung der Tierversuche, BBl 1993 I 1591.

²⁰ Parlamentarische Initiative Graf, Maya. Verbot von mittel- und schwerbelastenden Tierversuchen an Primaten, Amtl. Bull. N 2007 2054.

- ²¹ Tierschutzgesetz vom 16.12.2005, SR 455.
- ²² Krepper, «Tierwürde im Recht – am Beispiel von Tierversuchen», S. 306.
- ²³ BGE 135 II 405, E. 4.3; 135 II 384, E. 4.3; 105 Ia 330, E. 3c, Tschannen, Pierre, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2. Auflage, Bern 2007, § 4, Rz. 13 ff.; Zenger, Christoph, *Das «unerlässliche Mass» an Tierversuchen : Ergebnisse und Grenzen der juristischen Interpretation eines «unbestimmten Rechtsbegriffs»*, Basel 1989, S. 43.
- ²⁴ Schweizer, Rainer J., Hafner, Felix, «Wissenschaftsfreiheit, Art. 20 BV», in: *Die schweizerische Bundesverfassung*, Kommentar, Hg. Ehrenzeller, Bernhard et al., 2. Auflage, Zürich/Lachen 2008, S. 443.
- ²⁵ Zenger, *Das «unerlässliche Mass» an Tierversuchen : Ergebnisse und Grenzen der juristischen Interpretation eines «unbestimmten Rechtsbegriffs»*, S. 42, 116 ff.
- ²⁶ Schwander, Verena, *Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit*, Diss., Bern 2002, S. 221.
- ²⁷ Müller, Jörg Paul, Schefer, Markus, *Grundrechte in der Schweiz*, 4. Auflage, Bern 2008, S. 546.
- ²⁸ BGE 127 I 145 E. 4b, 119 Ia 460 E 12e.
- ²⁹ Schwander, Verena, «Von der akademischen Lehrfreiheit zum Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit. Entwicklung der Wissenschaftsfreiheit in der Schweiz aus verfassungsrechtlicher Sicht», *ZB*, 2006, S. 285 ff. (305).
- ³⁰ Müller, Schefer, *Grundrechte in der Schweiz*, S. 546.
- ³¹ BGE 135 II 405, E. 3.2.1; 135 II 384, E. 3.2.1.
- ³² EKTU, EKAH, Forschung an Primaten – eine ethische Bewertung, 2006, S. 16 f.
- ³³ BGE 135 II 405, E. 4.1.1; 135 II 384, E. 4.1.1.
- ³⁴ VB.2007.00157, E.6.5.5.
- ³⁵ BGE 135 II 405, E. 4.3.1; 135 II 384, E. 4.3.
- ³⁶ EKAH, EKTU, Würde des Tieres, Eine gemeinsame Stellungnahme der Eidgenössischen Ethikkommission für die Biotechnologie im Ausserhumanbereich (EKAH) und der Eidgenössischen Kommission für Tierversuche (EKTU) zur Konkretisierung der Würde der Kreatur beim Tier, 2001, «Güterabwägung».
- ³⁷ EKAH, Stellungnahme zur Konkretisierung der Würde der Kreatur im Rahmen der geplanten Revision des Tierschutzgesetzes, 1999, S. 2, vgl. den Grundsatz des Eigenwertes des Tieres gemäss Art. 3 lit. a TschG.
- ³⁸ Bundesgesetz vom 21.3.2003 über die Gentechnik im Ausserhumanbereich, SR 814.91.
- ³⁹ Botschaft TSchG (Fn. 17), BBl 2003 657 ff. (675).
- ⁴⁰ Art. 1; 3 lit. c; 4 Abs. 2 f.; 10 Abs. 2; 11; Abs. 4; 17; 26 Abs. 1 lit. a TSchG.
- ⁴¹ Für einen zeitgemässen Tierschutz (Tierschutz – Ja!). Volkssinitiative, Amtl. Bull. S 2004 597, Votum Langenberger.
- ⁴² Botschaft TSchG (Fn. 17), BBl 2003 657 ff. (675).
- ⁴³ Botschaft zu einer Änderung des Bundesgesetzes über den Umweltschutz vom 1.3.2000 (USG), BBl 2000 I 2398.
- ⁴⁴ Botschaft USG (Fn. 43), BBl 2000 I 2391 ff. (2405 f.).
- ⁴⁵ Botschaft USG (Fn. 43), BBl 2000 I 2391 ff. (2419).
- ⁴⁶ Tierschutzverordnung vom 23.4.2008, SR 455.1.
- ⁴⁷ Krepper, «Tierwürde im Recht – am Beispiel von Tierversuchen», S. 307.
- ⁴⁸ Verordnung vom 10.9.2008 über den Umgang mit Organismen in der Umwelt, SR 814.911.
- ⁴⁹ Ethik-Kommission für Tierversuche der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften und der Schweizerischen Akademie der Naturwissenschaften, «Stellungnahme zum Begriff (Würde des Tieres)», in: *Schweizerische Ärztezeitung* 78, 1997, Heft 36, 1299 f.
- ⁵⁰ EKAH/EKTU, Die Würde des Tieres, 2001, «Konkretisierung der Würde der Kreatur bei (Wirbel-)Tieren».
- ⁵¹ EKAH/EKTU, Die Würde des Tieres, 2001, «Gentechnische Veränderung».
- ⁵² Vgl. zum Problem der Tierwürde das Referat von Peter Schaber in diesem Band.
- ⁵³ Botschaft TSchG (Fn. 17), BBl 2003 657 ff. (675).
- ⁵⁴ BGE 135 II 405 E. 3.1; 135 II 384, E. 3.1; 134 II 249 E. 2.3; 131 II 697 E. 4.1.
- ⁵⁵ Verordnung über die Aus- und Weiterbildung des Fachpersonals für Tierversuche, SR 455.171.2.
- ⁵⁶ BGE 135 II 405 E. 3.2.2; 135 II 384 E. 3.2.2.; Krepper, «Tierwürde im Recht – am Beispiel von Tierversuchen», S. 305.
- ⁵⁷ Wirth Peter E., *Gesetzgebung und Vollzug im Bereiche der Tierversuche*, Bern 1991, 35 f.; Zenger Christoph Andreas, *Das «unerlässliche Mass» an Tierversuchen*, Basel 1989, S. 23 ff.
- ⁵⁸ Wirth, Peter E. *Gesetzgebung und Vollzug im Bereiche der Tierversuche*, S. 39 f.; Zenger, *Das «unerlässliche Mass» an Tierversuchen : Ergebnisse und Grenzen der juristischen Interpretation eines «unbestimmten Rechtsbegriffs»*, S. 21 ff.
- ⁵⁹ Rebsamen-Albisser, Birgitta, *Der Vollzug des Tierschutzrechts durch Bund und Kantone*, Basel 1994, S. 206 f.
- ⁶⁰ Zenger, *Das «unerlässliche Mass» an Tierversuchen: Ergebnisse und Grenzen der juristischen Interpretation eines «unbestimmten Rechtsbegriffs»*, S. 114.
- ⁶¹ Zenger, *Das «unerlässliche Mass» an Tierversuchen: Ergebnisse und Grenzen der juristischen Interpretation eines «unbestimmten Rechtsbegriffs»*, S. 124.
- ⁶² Botschaft TSchG (Fn. 17), BBl 2003 657 ff.
- ⁶³ Für einen zeitgemässen Tierschutz (Tierschutz – Ja!). Volkssinitiative, Amtl. Bull. S 2004 597; Amtl. Bull. N 2005 702 ff.
- ⁶⁴ EKTU/EKAH, Forschung an Primaten (Fn. 32), S. 18.
- ⁶⁵ EKAH, Stellungnahme zur Konkretisierung der Würde der Kreatur (Fn. 37), S. 3.
- ⁶⁶ Zenger, *Das «unerlässliche Mass» an Tierversuchen: Ergebnisse und Grenzen der juristischen Interpretation eines «unbestimmten Rechtsbegriffs»*, S. 39.
- ⁶⁷ Ebd., S. 119.
- ⁶⁸ Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften und Schweizerischen Akademie der Naturwissen-

schaften, Ethische Grundsätze und Richtlinien für Tierversuche, 3. Auflage, 2005, Basel, Bern, S. 2 f.; http://www.samw.ch/dms/de/Ethik/Tierethik/Tierethik_D_2006.pdf. 2010

⁶⁹ Russell, William Moy Stratton, *The principles of humane experimental technique*, London 1959.

⁷⁰ EKAH/EKTV, Die Würde des Tieres, 2001, «Güterabwägung».

⁷¹ BGE 135 II 405, E. 4.3.1; 135 II 384, E. 4.3.

⁷² EKAH/EKTV, Die Würde des Tieres, 2001, «Güterabwägung».

⁷³ EKTV/EKAH, Forschung an Primaten – eine ethische Bewertung, 2006, S. 10.

⁷⁴ BGE 135 II 405 E. 4.3.2; 135 II 384, E. 4.4.2.

⁷⁵ BGE 135 II 405, E. 4.3.1; 135 II 384, E. 4.3.

⁷⁶ Zenger, *Das «unerlässliche Mass» an Tierversuchen : Ergebnisse und Grenzen der juristischen Interpretation eines «unbestimmten Rechtsbegriffs»*, S. 54, 87.

⁷⁷ Ethik-Kommission für Tierversuche der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften und der Schweizerischen Akademie der Naturwissenschaften, «Beitrag zur ethischen Beurteilung der Xenotransplantation im Hinblick auf den Schutz der Würde der Tiere», in: *Schweizerische Ärztezeitung* 81, 2008, Heft 1, S. 36 f.

⁷⁸ BGE 135 II 405, E. 4.3.1; 135 II 384, E. 4.3.

⁷⁹ Botschaft über die Volksinitiative «zur drastischen und schrittweisen Einschränkung der Tierversuche (Weg vom Tierversuch!)», BBl 1989 I 1021.

⁸⁰ Botschaft TSchG (Fn. 17), BBl 2003 657 ff. (665 f.).

⁸¹ Vgl. z. B. BGE 134 I 255. Es lassen sich beliebig viele weitere Beispiele aus der Rechtsprechung anführen, etwa nicht unabhängig, z. B. BGE 125 V 402, nicht unhaltbar, z. B. BGE 104 Ia 23, nicht ungesetzlich, z. B. BGE 101 Ia 98, nicht uneingeschränkt, z. B. BGE 114 V 140 usw.

⁸² Vgl. Anm. 102.

⁸³ Siehe dazu: Rüttsche, Bernhard, Human Enhancement: rechtliche Aspekte, Studie für die TA-Swiss, 2010 (im Druck), Abschnitt «Tierversuche».

⁸⁴ Vgl. oben Abschnitt 3 d.

⁸⁵ BGE 135 II 405, 135 II 384.

⁸⁶ BGE 135 II 405 E. 3.2.3; 135 II 384, E 3.2.3.

⁸⁷ EKTV, EKAH, Forschung an Primaten – eine ethische Bewertung, 2006, S. 11 f.

⁸⁸ BVET, Einteilung von Tierversuchen nach Schweregraden vor Versuchsbeginn (Belastungskategorien), Information Tierschutz 1.04, Bern 1995; Retrospektive Einteilung von Tierversuchen nach Schweregraden (Belastungskategorien), BVET, Information Tierschutz 1.05, Bern 1994.

⁸⁹ Ebd., A. 1 ff.

⁹⁰ Verordnung des BVET vom 12.4.2010 über die Versuchstierhaltungen und die Erzeugung gentechnisch veränderter Tiere sowie über die Verfahren bei Tierversuchen, SR 455.163.

⁹¹ KTschV BE, Art. 8, SR 916.812; KTschV ZH §2 Abs. 2, SR 554.11. Vgl. z. B. Merkblatt Tierversuche Bewilligungsverfahren im Kanton Bern: <http://www.vol.be.ch/site/tiere->

3.6.5.1-merkblatt_tierversuche_d.pdf, 3.8.2010.

⁹² VB 2007.00156; 2007.00157.

⁹³ BGE 135 II 405, A; 135 II 384, A.

⁹⁴ NZZ, 4.11.2009, Nr. 256, S. 18.

⁹⁵ NZZ, 14.10.2009, Nr. 238, S. 17.

⁹⁶ BGE 135 II 405, E. 3.2.3; 135 II 384, E. 3.2.3.

⁹⁷ BGE 135 II 405, E. 4; 135 II 384, E. 4.

⁹⁸ BGE 135 II 405, E. 4.3; 135 II 384, E. 4.3.

⁹⁹ BGE 135 II 405, E. 4.3.3; 135 II 384, E. 4.4.2.

¹⁰⁰ BGE 135 II 405, E. 4.3.3 f.; 135 II 384, E. 4.5 f.

¹⁰¹ BGE 135 II 405, E. 4.3.2; 135 II 384, E. 4.4.2.

¹⁰² Vgl. Art. 16 Ziff. i) des Übereinkommens zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin vom 4.4.1997, SR 0.810.2 sowie den hier zitierten Art. 11 Abs. 1 des Entwurfs zum Humanforschungsgesetz gemäss Botschaft vom 21.10.2009 (E-HFG), BBl 2009 8163 ff.

¹⁰³ Die Botschaft zum Bundesgesetz über die Forschung am Menschen vom 21.10.2009, BBl 2009 8045 (8103) blendet diesen engen Zusammenhang mit den Tierversuchen völlig aus, wenn sie zur Subsidiaritätsregel feststellt: «Diese Erfordernisse sind nicht erfüllt, wenn gleichwertige Ergebnisse z. B. mittels Tierversuchen oder Computersimulation gewonnen werden können, zumal die Person in diesem Fall ein Risiko auf sich nähme, das gänzlich vermieden werden könnte.»

¹⁰⁴ Vgl. dazu auch Abschnitt 3 f.

¹⁰⁵ VB.2007.00157, E. 9.5 f.

¹⁰⁶ EKAH, Stellungnahme zum Vernehmlassungsentwurf des Bundesgesetzes über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz, TxG), S. 7.

¹⁰⁷ BGE 135 II 405, E. 3.1; 135 II 384, E. 3.1; BBl 2003 663.

¹⁰⁸ BGE 135 II 405, E. 4.3.5; 135 II 384, E. 4.6.2.

¹⁰⁹ § 12 Abs. 2, Kantonales Tierschutzgesetz ZH, SR 554.1.

Literatur und amtliche Berichte

Bäumlin, Richard, «Staatslehre und Kirchenrechtslehre. Über gemeinsame Fragen ihrer Grundproblematik», in: *Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festschrift für Rudolf Smend*, Tübingen 1962, S. 15.

BVET, Einteilung von Tierversuchen nach Schweregraden vor Versuchsbeginn (Belastungskategorien), Information Tierschutz 1.04, Bern 1995.

EKAH, Stellungnahme zum Vernehmlassungsentwurf des Bundesgesetzes über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz, TxG).

EKAH, Stellungnahme zur Konkretisierung der Würde der Kreatur im Rahmen der geplanten Revision des Tierschutzgesetzes, 1999.

EKAH/EKTV, Würde des Tieres, Eine gemeinsame Stellungnahme der Eidgenössischen Ethikkommission für die Biotechnologie im Ausserhumanbereich (EKAH) und der Eidgenössischen Kommission für Tierversuche (EKTV) zur Konkretisierung der Würde der Kreatur beim Tier, 2001.

EKAH/EKTV, Die Würde des Tieres, Bern 2001.

EKTV/EKAH, Forschung an Primaten – eine ethische Bewertung, 2006.

Ethik-Kommission für Tierversuche der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften und der Schweizerischen Akademie der Naturwissenschaften, «Beitrag zur ethischen Beurteilung der Xenotransplantation im Hinblick auf den Schutz der Würde der Tiere», in: *Schweizerische Ärztezeitung* 81, 2008, Heft 1, S. 36 f.

Ethik-Kommission für Tierversuche der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften und der Schweizerischen Akademie der Naturwissenschaften, «Stellungnahme zum Begriff «Würde des Tieres»», in: *Schweizerische Ärztezeitung* 78, 1997, Heft 36, S. 1299 f.

Häfelin, Ulrich, Müller, Georg, Uhlmann, Felix, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. Auflage, Zürich 2006.

Häfelin, Ulrich, Haller, Walter, Keller, Helen, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 7. Auflage, Zürich 2008.

Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1. Auflage., Karlsruhe 1967.

Krepper, Peter, «Tierwürde im Recht – am Beispiel von Tierversuchen», *AJP* 3, 2010, S. 304.

Ott Walter, «Gerechtigkeit als Ausgewogenheit», in: *Gleichgewichts- und Ungleichgewichtskonzepte in der Wissenschaft, Interdisziplinäre Vortragsreihe der ETH Zürich und der Universität Zürich*, Hg. Stolz, Fritz, Zürich 1986, S. 149 ff.

Rebsamen-Albisser, Birgitta, *Der Vollzug des Tierschutzrechts durch Bund und Kantone*, Basel 1994.

Russell, William Moy Stratton, *The principles of humane experimental technique*, London 1959.

Müller, Jörg Paul, Schefer, Markus, *Grundrechte in der Schweiz*, 4. Auflage, Bern 2008.

Schwander, Verena, *Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit*, Diss., Bern 2002.

Schwander, Verena, *Von der akademischen Lebrfreiheit zum Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit Entwicklung der Wissenschaftsfreiheit in der Schweiz aus verfassungsrechtlicher Sicht*, ZBL 2006, S. 305.

Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften und Schweizerischen Akademie der Naturwissenschaften, *Ethische Grundsätze und Richtlinien für Tierversuche*, 3. Auflage, Basel, Bern 2005 S. 2 f., http://www.samw.ch/dms/de/Ethik/Tierethik/Tierethik_D_2006.pdf, 3. 8. 2010.

Tschannen, Pierre, Zimmerli, Ulrich, Müller, Markus, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3. Auflage, Bern 2009.

Wirth, Peter E., *Gesetzgebung und Vollzug im Bereiche der Tierversuche*, Bern 1991.

Zenger, Christoph, *Das «unerlässliche Mass» an Tierversuchen : Ergebnisse und Grenzen der juristischen Interpretation eines «unbestimmten Rechtsbegriffs»*, Basel 1989.