

# Rechtsanwälte Günther

Partnerschaft

Rechtsanwälte Günther • Postfach 130473 • 20104 Hamburg

---

Michael Günther \*  
Hans-Gerd Heidel \* (bis 30.06.2020)  
Dr. Ulrich Wollenteit \*<sup>1</sup>  
Martin Hack LL.M. (Stockholm) \*<sup>1</sup>  
Clara Goldmann LL.M. (Sydney) \*  
Dr. Michéle John \*  
Dr. Dirk Legler LL.M. (Cape Town) \*  
Dr. Roda Verheyen LL.M. (London) \*  
Dr. Davina Bruhn \*  
André Horenburg

<sup>1</sup> Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
\* Partner der Partnerschaft  
AG Hamburg PR 582

Mittelweg 150  
20148 Hamburg  
Tel.: 040-278494-0  
Fax: 040-278494-99  
www.rae-guenther.de

**17.05.2021**  
00095/19 /R /DB/st  
Mitarbeiterin: Sabine Stefanato  
Durchwahl: 040-278494-16  
Email: stefanato@rae-guenther.de

## RECHTSGUTACHTEN

### **zum umfassenden Verbot des Einsatzes von Reserveantibiotika in der nahrungswirtschaftlichen Tierhaltung**

erstellt im Auftrag von Ärzte gegen Massentierhaltung n. e. V., Stader Straße 14,  
28205 Bremen

von Rechtsanwältin Dr. Davina Bruhn

Rechtsanwälte Günther Partnerschaft, Mittelweg 150, 20148 Hamburg

Buslinie 19, Haltestelle Böttgerstraße • Fern- und S-Bahnhof Dammtor • Parkhaus Brodersweg

---

Hamburger Sparkasse  
IBAN DE84 2005 0550 1022 2503 83  
BIC HASPDEHHXXX

Commerzbank AG  
IBAN DE22 2008 0000 0400 0262 00  
BIC DRESDEFF200

GLS Bank  
IBAN DE61 4306 0967 2033 2109 00  
BIC GENODEM1GLS

<b>I.</b>	<b>SACHLICHER UND RECHTLICHER AUSGANGSPUNKT</b>	<b>3</b>
1.	ANTIBIOTIKARESISTENTE KEIME DURCH DIE VERWENDUNG VON ANTIBIOTIKA IN DER (MASSEN)-TIERHALTUNG.	3
2.	DAS SPEZIFISCHE PROBLEM DER RESERVEANTIBIOTIKA	7
3.	NOTWENDIGKEIT EINES VERBOTS VON RESERVEANTIBIOTIKA IN DER TIERMAST IN DEUTSCHLAND	11
<b>II.</b>	<b>GUTACHTENFRAGEN</b>	<b>17</b>
<b>III.</b>	<b>RECHTMÄßIGKEIT EINES UMFASSENDEN VERBOTS DES EINSATZES VON RESERVEANTIBIOTIKA IN DER TIERHALTUNG</b>	<b>18</b>
1.	ZULÄSSIGKEIT EINES TÄTIGWERDENS DURCH DEN DEUTSCHEN GESETZGEBER	18
a)	<i>Grundsatz: Anwendungsvorrang der EU-Verordnungen</i>	18
b)	<i>Öffnungsklausel: Artikel 107 Abs. 7 VO-EU 2019/6</i>	19
c)	<i>Kein Anwendungsvorrang von delegierten Rechtsakten der EU-Kommission</i>	25
2.	MATERIELLE RECHTMÄßIGKEIT: VEREINBARKEIT MIT GRUNDRECHTEN	28
a)	<i>Prüfungsmaßstab</i>	28
b)	<i>Vereinbarkeit mit Artikel 12 GG und Artikel 14 GG</i>	31
3.	ERGEBNIS	33
<b>IV.</b>	<b>VERPFLICHTUNG ZU EINEM GESETZLICHEN VERBOT DES EINSATZES VON RESERVEANTIBIOTIKA IN DER TIERHALTUNG</b>	<b>34</b>
1.	SCHUTZPFLICHT: AUFRECHTERHALTUNG EINES FUNKTIONSFÄHIGEN GESUNDHEITSSYSTEMS (ARTIKEL 2 ABS. 2 S. 1 GG I.V.M. ARTIKEL 20 ABS. 1 GG)	34
a)	<i>Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Artikel 2 Abs. 2 S. 1 GG)</i>	35
b)	<i>Sozialstaatsprinzip (Artikel 20 Abs. 1 GG)</i>	37
c)	<i>Berührung der Schutzpflicht durch den Einsatz von Reserveantibiotika bei Tieren</i>	39
2.	SCHUTZVERSAGUNG DES GESETZGEBERS	40
3.	KEINE VERFASSUNGSRECHTLICHE RECHTFERTIGUNG	41
a)	<i>Gesetzesvorbehalt: Bedarf an gesetzlichem Schutz</i>	41
b)	<i>Kein ausreichendes Schutzniveau: Verstoß gegen das Untermaßverbot</i>	41
c)	<i>Vereinbarkeit mit sonstigem Verfassungsrecht</i>	48
4.	ERGEBNIS	48
<b>V.</b>	<b>FAZIT</b>	<b>49</b>

## I. Sachlicher und rechtlicher Ausgangspunkt

### 1. Antibiotikaresistente Keime durch die Verwendung von Antibiotika in der (Massen)-Tierhaltung.

Jeder Antibiotikaeinsatz zieht die Bildung resistenter Erreger nach sich. Zwar werden bei jedem Einsatz empfindliche Bakterien abgetötet, die resistenten Erreger hingegen überleben und vermehren sich weiter. Solche antibiotikaresistenten Keime (im Folgenden „ABR-Keime“) treten deshalb überall dort auf, wo viele Antibiotika eingesetzt werden. Antibiotikaresistenzen (im Folgenden „ABR“) nehmen stark zu und können getrost als

*eine der größten Herausforderungen für die globale Gesundheit<sup>1</sup>*

unserer Zeit bezeichnet werden. Denn je mehr Erreger antibiotikaresistent sind, desto schwieriger gestaltet sich die Gesundheits- und Krankenversorgung. Es besteht Einigkeit, dass insbesondere auch der Einsatz von Antibiotika in der Tiermast zur Bildung von ABR-Keimen beiträgt. Diese ABR-Keime werden auch auf Menschen übertragen, sodass sich der Einsatz von Antibiotika in der Tierhaltung auch unmittelbar auf die ABR von solchen Keimen auswirkt, die Krankheiten beim Menschen hervorrufen können (sog. „Zoonose-Erreger“). Die Wirksamkeit von Antibiotika in der Humanmedizin hängt also unmittelbar mit dem Einsatz von Antibiotika bei Tieren zusammen.<sup>2</sup> Diese Erkenntnis entspricht dem sog. „One-Health-Approach“, der betont, dass die Gesundheit von Tieren und Menschen nicht isoliert betrachtet werden kann. Wo ABR-Keime bei Tieren entstehen, können sich diese auch auf den Menschen übertragen.<sup>3</sup>

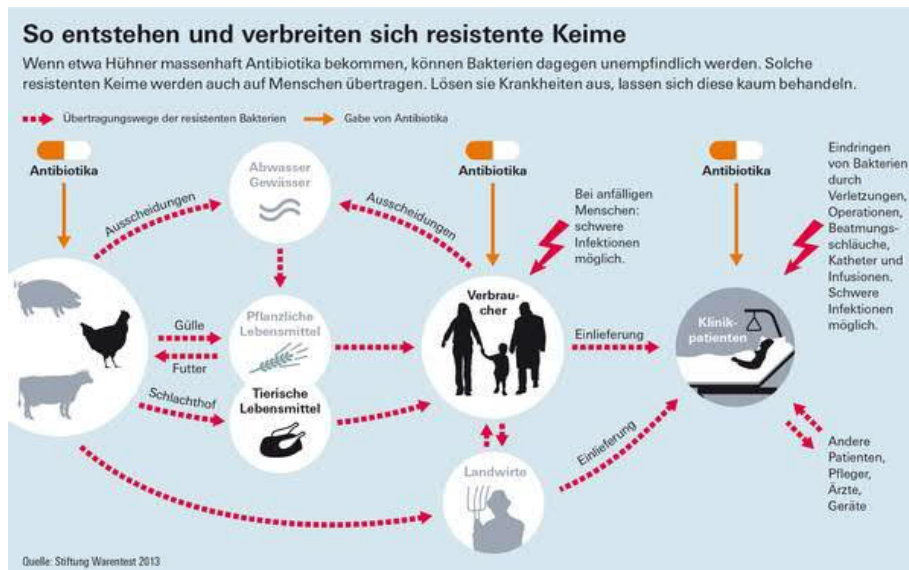
*Graphik 1: „One-Health-Approach“*

---

1 Robert Koch Institut, Grundwissen Antibiotikaresistenz, rki.de, 09.05.2019, abrufbar unter: [https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/Antibiotikaresistenz/Grundwissen/Grundwissen\\_inhalt.html](https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/Antibiotikaresistenz/Grundwissen/Grundwissen_inhalt.html).

2 So auch der EuGH: „Man vermutet, dass die bei den Tieren entwickelte Resistenz gegen diese Antibiotika auf den Menschen übertragbar ist.“ EuGH, Urteil vom 11. 9. 2002 - T-13/99, Rn. 35.

3 Robert Koch Institut (Fn. 1).



Zum Teil übersteigt die Verwendung von Antibiotika bei Tieren die Verwendung in der Humanärmedizin.<sup>4</sup> Die weite Verbreitung von ABR-Keimen in der deutschen Umwelt verdeutlicht ein Sondermessprogramm des Niedersächsischen Landesbetriebs für Wasserwirtschaft, Küsten- und Naturschutz (im Folgenden „NLWKN“): Der NLWKN hat „in 66 der 97 untersuchten wässrigen Proben (68%) Antibiotikarückstände oberhalb der Bestimmungsgrenze festgestellt.“ Überdies wurden (mit Ausnahme des Zulaufs einer Industrie-Kläranlage) in allen Kläranlagen Antibiotikarückstände gefunden.<sup>5</sup> In einer aktuellen Untersuchung hat Greenpeace Schlachthof-Abwässer analysiert. 30 der 33 Proben wiesen resistente Bakterien auf. Alle Schlachthofabwässer der Betriebe, die direkt einleiten, waren positiv für Antibiotikaresistenzen:

*„Besonders häufig wurden resistente Escherichia coli-Bakterien nachgewiesen (insgesamt 39 Nachweise, davon 30 im Abwasser von Schlachthöfen, die direkt einleiten). Weiterhin wurden resistente Bakterien vom Typ Klebsiella (12 Funde), Enterobacter (2) und Citrobacter gefunden. Bei den meisten nachgewiesenen Resistenzen handelte es sich um Mehrfach-Resistenzen vom Typ ESBL oder 3MRGN (insgesamt 50 Nachweise, davon 38 in Schlachthof-Abwässern/ Direkteinleiter). Es wurden auch Resistenzen gegen das Reserve-Antibiotikum Colistin gefunden, alle 11 Nachweise stammen aus direkt in die Umwelt eingeleiteten Schlachthof-Abwässern,*

4 WHO Regionalkomitee für Europa, Strategischer Aktionsplan zur Bekämpfung von Antibiotikaresistenzen (10. Juni 2011) EUR/RC61/14, Rn. 1.

5 NLWKN, Abschlussbericht Niedersächsisches Sondermessprogramm zum Vorkommen antibiotikaresistenter Bakterien und von Antibiotikarückständen in niedersächsischen Kläranlagen und Oberflächengewässern (März 2019) S. 30.

*in sieben Fällen wiesen die gegen Colistin resistenten E.coli zusätzlich ESBL- oder 3MRGN-Resistenzen auf.“<sup>6</sup>*

Experten schätzen, dass die derzeit verfügbaren Antibiotika lediglich noch wenige Jahre zur erfolgreichen Therapie einsetzbar sein werden, gesprochen wird von einem „post-antibiotischen Zeitalter“.<sup>7</sup> Danach werden sie aufgrund der so rapide zunehmenden Resistenzen kaum noch eingesetzt werden können.<sup>8</sup> Bereits jetzt sterben in der EU jährlich etwa 33.000 Menschen an den Folgen einer Infektion mit Antibiotika-resistenten Erregern<sup>9</sup>

Diese Problematik hat längst Niederschlag in rechtlichen Instrumenten gefunden. Zuvorderst nennenswert ist insofern der globale Aktionsplan der „World Health Organisation“ (im Folgenden „WHO“) von 2015. Darin erkennt die WHO die erhebliche Gefahr, die von ABR ausgeht:

*Antimicrobial resistance threatens the very core of modern medicine and the sustainability of an effective, global public health response to the enduring threat from infectious diseases.<sup>10</sup>*

Einer der Grundpfeiler des Aktionsplans der WHO ist, die Verwendung von antimikrobiellen Wirkstoffen in Human- und Veterinärmedizin – im Einklang mit dem soeben benannten „One-Health-Approach“ – zu optimieren.<sup>11</sup> Der Plan sieht eine Reihe von Maßnahmen der Mitgliedsstaaten vor, um dieses Ziel zu verfolgen („Framework for action on antimicrobial resistance“). Unter anderem wird darin gefordert, dass Mitgliedsstaaten Regeln erlassen, die den Gebrauch von Antibiotika in der Tierhaltung verantwortungsvoller gestalten sollen (siehe konkret zur Verwendung von Reserveantibiotika sogleich unter 2).<sup>12</sup>

---

6 Greenpeace, Gefährliche Keime aus Tierfabriken Antibiotikaresistente Bakterien in Schlachthof-Abwässern - Testergebnisse von Proben von sieben Standorten aus drei Bundesländern, 05/2021, abrufbar unter <https://www.greenpeace.de/gefaehrliche-keime>.

7 Greenpeace, Gefährliche Keime aus Tierfabriken Antibiotikaresistente Bakterien in Schlachthof-Abwässern - Testergebnisse von Proben von sieben Standorten aus drei Bundesländern, 05/2021, abrufbar unter <https://www.greenpeace.de/gefaehrliche-keime>, S. 2.

8 Siehe hierzu etwa Antimicrobial resistance: global report on surveillance 2014, WHO abrufbar unter <https://www.who.int/drugresistance/documents/surveillancereport/en/>.

9 Vgl. hierzu EU Action on Antimicrobial Resistance, abrufbar unter [https://ec.europa.eu/health/antimicrobial-resistance/eu-action-on-antimicrobial-resistance\\_en](https://ec.europa.eu/health/antimicrobial-resistance/eu-action-on-antimicrobial-resistance_en).

10 World Health Organization, Global action plan on antimicrobial resistance (WHO Press 2015) S. VII.

11 Ebda. S. 10; die Bedeutsamkeit des One Health Approach ist auch auf europäischer Ebene anerkannt, vgl. nur Erwägungsgrund 30 der VO-EU 2019/4.

12 Global action plan (Fn. 10) S. 18.

Die deutsche Bundesregierung hat sich den Globalen Aktionsplan der WHO mit ihrer „Deutschen Antibiotika-Resistenzstrategie“ (im Folgenden „DART 2020“) von 2015<sup>13</sup> zu eigen gemacht. So heißt es in Ziel 1 der Strategie:

*Die Gesundheit von Mensch und Tier muss ganzheitlich betrachtet werden. (...) Die Umsetzung des Globalen Aktionsplans der WHO, der den One-Health-Ansatz betont, ist dafür Voraussetzung.*

Auch das deutsche Arzneimittelgesetz (im Folgenden „AMG“) sieht etwa in §§ 58 ff. eine Reihe von Regelungen im Umgang mit Antibiotika in der Tierhaltung vor, die zum Teil den Vorgaben des Globalen Aktionsplans entsprechen<sup>14</sup>

Deutlich strikere Vorgaben machen jedoch zwei jüngst erlassene EU-Verordnungen, die Verordnungen 2019/4 über die Herstellung, das Inverkehrbringen und die Verwendung von Arzneifuttermittel (im Folgenden „Futtermittel-VO“) sowie die Verordnung 2019/6 über Tierarzneimittel (im Folgenden „Tierarzneimittel-VO“). Sie werden durch die Verordnung 2019/5 flankiert, die die Errichtung einer europäischen Arzneimittel-Agentur betrifft. Die Erwägungen dieser Verordnungen lassen erkennen, dass die Bedeutsamkeit des behutsamen Umgangs mit Antibiotika in der Tierhaltung auch rechtliche Resonanz gefunden hat. So bestimmt die Futtermittel-VO in Erwägungsgrund 27:

*Angesichts des aufgrund antimikrobieller Resistenzen bestehenden schwerwiegenden Risikos für die öffentliche Gesundheit sollte die Verwendung antimikrobielle Wirkstoffe enthaltender Arzneifuttermittel bei Tieren begrenzt werden.*

Komplementär dazu bestimmt die Tierarzneimittel-VO in Bezug auf Tierarzneimittel in Erwägungsgrund 41:

---

13 Bundesministerium für Gesundheit, DART 2020 – Deutsche Antibiotika-Resistenzstrategie, [bundesgesundheitsministerium.de](https://www.bundesgesundheitsministerium.de), abrufbar unter <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/themen/praevention/antibiotika-resistenzen/antibiotika-resistenzstrategie.html>

14 Für die Durchführung der Verordnung (EU) 2019/6 soll nun ein Tierarzneimittelgesetz als eigenständiges neues Stammgesetz erlassen werden. Im Arzneimittelgesetz sollen in der Folge die auf Tierarzneimittel bezogenen Bestimmungen aufgehoben und weitere formelle Gesetze an die neue Rechtslage angepasst werden, vgl. hierzu Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zum Erlass eines Tierarzneimittelgesetzes und zur Anpassung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften, Stand 24.03.2021.

*Antimikrobielle Resistenzen gegen Human- und Tierarzneimittel sind in der Union und weltweit ein wachsendes Gesundheitsproblem. (...) [Sie] sind zu einem globalen Anliegen der öffentlichen Gesundheit geworden, das die gesamte Gesellschaft betrifft und dringend ein koordiniertes bereichsübergreifendes Handeln gemäß dem Konzept „Eine Gesundheit“ erfordert. Diese Maßnahmen umfassen die Stärkung des umsichtigen Einsatzes antimikrobieller Wirkstoffe, die Vermeidung ihrer routinemäßigen prophylaktischen und metaphylaktischen Verwendung, Maßnahmen zur Einschränkung der Verwendung antimikrobieller Wirkstoffe bei Tieren, **die für die Verhütung oder Behandlung lebensbedrohlicher Infektionen beim Menschen von entscheidender Bedeutung sind**, sowie die Förderung von und Anreize für die Entwicklung neuer antimikrobieller Wirkstoffe.*

Einige der in Erwägungsgrund 41 aufgelisteten Maßnahmen werden durch die Verordnung auch tatsächlich unmittelbar umgesetzt. So trifft etwa Artikel 107 konkrete Bedingungen für die Anwendung antimikrobieller Wirkstoffe bei Tieren, etwa bezüglich ihrer prophylaktischen oder metaphylaktischen Verwendung (Absätze 3 und 4). Der routinemäßige Einsatz antimikrobieller Wirkstoffe ist gänzlich verboten (Absatz 1), genauso wie der Einsatz zur Wachstumsförderung (Absatz 2).

Erwägungsgrund 41 weist auch auf die „Verwendung antimikrobieller Wirkstoffe bei Tieren, die für die Verhütung oder Behandlung lebensbedrohlicher Infektionen beim Menschen von entscheidender Bedeutung sind“, hin. Damit wird die Problematik betont, dass einige Antibiotika für die Humanmedizin von ganz besonderer Bedeutung sind. Dabei handelt es sich um sogenannte „Reserveantibiotika“.

## 2. Das spezifische Problem der Reserveantibiotika

Im Grundsatz beschreibt der Ausdruck „Reserveantibiotikum“ ein solches Antibiotikum, das die einzige oder eine der begrenzt verfügbaren Therapien zur Behandlung schwerer bakterieller Infektionen beim Menschen bildet. So beschreibt die WHO in Bezug auf den umsichtigen Einsatz von Antibiotika in der Humanmedizin die „Reserve Group Antibiotics“ wie folgt:

*This group includes antibiotics and antibiotic classes that should be reserved for treatment of confirmed or suspected infections due to multi-resistant organisms. Reserve group antibiotics should be treated as “last resort” options.<sup>15</sup>*

Im Bereich der Humanmedizin werden Reserveantibiotika also generell als solche bezeichnet, die nur ausnahmsweise eingesetzt werden sollen, da nur sie gegen weitgehend multiresistente Keime wirksam sind.

Dies wird im Bereich der „Food Safety“ durch die „WHO Advisory Group on Integrated Surveillance of Antimicrobial Resistance“ in der „WHO list of critically important antimicrobials for human medicine“ (im Folgenden „WHO CIA Liste“) etwas ergänzt und abgeändert. Die WHO CIA Liste stellt nämlich zwei maßgebliche Kriterien auf:

*Criterion 1: The antimicrobial class is the sole, or one of limited available therapies, to treat serious bacterial infections in people.*

*Criterion 2: The antimicrobial class is used to treat infections in people caused by either: (1) bacteria that may be transmitted to humans from nonhuman sources, or (2) bacteria that may acquire resistance genes from nonhuman sources.*

Neben dem Kriterium, dass der Wirkstoff der einzige verfügbare Wirkstoff zur Behandlung von bakteriellen Infektionen sein muss, wird hier zusätzlich darauf abgestellt, dass es sich auch um Bakterien handeln muss, die von nichtmenschlichen Quellen übertragen werden können oder dessen Resistenzen von dem Befall nichtmenschlicher Quellen rühren können.

Da es hier konkret um das Verbot des Einsatzes von Reserveantibiotika in der Tiermast geht, sind diese zwei zuletzt (in der WHO CIA Liste) genannten Kriterien hier anzuwenden. Gemäß der WHO sind alle Antibiotika, die diesen Kriterien entsprechen, als „critically important“ einzustufen. Die WHO CIA Liste differenziert jedoch noch weiter: Als „highest priority critically important“ sind solche Antibiotika einzustufen, die den „prioritization factors 1-3“ entsprechen:

---

<sup>15</sup> World Health Organization, World Health Organization Model List of Essential Medicines 21<sup>st</sup> List (2019) S. 8.



*P1: Large number of people in the community or in certain high-risk populations (e.g. patients with serious infections in health care settings), who are affected by diseases for which there are very limited antimicrobial choices.*

*P2: High frequency of use of the antimicrobial class for any indication in human medicine or in certain high-risk groups (e.g. patients with serious infections in health care settings), since use may favour selection of resistance.*

*P3: The antimicrobial class is used to treat infections in people for which there is already extensive evidence of transmission of resistant bacteria (e.g. nontyphoidal Salmonella spp. and Campylobacter spp.) or resistance genes (high for E. coli and Enterococcus spp.) from non-human sources.*

Gemäß der WHO ist bei denjenigen Antibiotika, die zusätzlich zu den soeben genannten Kriterien auch diesen drei Faktoren entsprechen, der Bekämpfung von Resistenzen höchste Priorität einzuräumen. Dies verdeutlicht die folgende, von der WHO veröffentlichte Graphik:

Graphik 2: WHO CIA Liste

Antimicrobial class		Criterion / Prioritization factor (Yes=●)					
		C1	C2	P1	P2	P3	
<b>CRITICALLY IMPORTANT ANTIMICROBIALS</b>							
<i>HIGHEST PRIORITY</i>							
<b>Critically Important</b>	Highest Priority	Cephalosporins (3 <sup>rd</sup> , 4 <sup>th</sup> and 5 <sup>th</sup> generation)	●	●	●	●	●
		Glycopeptides	●	●	●	●	●
		Macrolides and ketolides	●	●	●	●	●
		Polymyxins	●	●	●	●	●
		Quinolones	●	●	●	●	●
	<i>HIGH PRIORITY</i>						
		Aminoglycosides	●	●		●	●
		Ansamycins	●	●	●	●	
		Carbapenems and other penems	●	●	●	●	
		Glycylcyclines	●	●	●		
	Lipopeptides	●	●	●			
	Monobactams	●	●	●			
	Oxazolidinones	●	●	●			
	Penicillins (antipseudomonal)	●	●		●		
	Penicillins (aminopenicillins)	●	●		●	●	
	Penicillins (aminopenicillins with $\beta$ -lactamase inhibitors)	●	●		●	●	
	Phosphonic acid derivatives	●	●	●	●		
	Drugs used solely to treat tuberculosis / mycobacterial diseases	●	●	●	●		

Die CIA Liste wird regelmäßig aktualisiert und soll Gesundheitsexperten, Medizinern und anderen „stakeholders“ explizit als Richtlinie für den Kampf gegen

ABR dienen.<sup>16</sup> Es bietet sich deshalb an, den Begriff des „Reserveantibiotikums“ an der CIA Liste auszurichten und damit genau solche Antibiotika als Reserveantibiotika zu qualifizieren, die von der WHO als „highest priority critically important“ bezeichnet werden, die also die Kriterien C1 und C2 erfüllen sowie auch die Faktoren P1, P2 und P3.

Eine solche Qualifizierung berücksichtigt, dass einige wenige Antibiotika von so überragender Bedeutung sind, dass Resistenzen gegen diese Wirkstoffe unter allen Umständen mit größter Anstrengung verhindert werden müssen. Dementsprechend empfiehlt auch die WHO, den Einsatz dieser Reserveantibiotika zu verbieten. Der Globale Aktionsplan der WHO formuliert in „Objective 4: Optimize the use of antimicrobial medicines in human and animal health“ als Auftrag an die WHO Mitgliedsstaaten:

*Develop and implement comprehensive action plans on antimicrobial resistance that incorporate the following elements: policies on use of antimicrobial agents in terrestrial and aquatic animals and agriculture, including: (...) **implementation of (...) WHO/OIE guidance on the use of critically important antibiotics (...).***<sup>17</sup>

Damit verweist der Globale Aktionsplan auf weitere Richtlinien der WHO und der als „OiE“ abgekürzten „World Organisation for Animal Health“ (im Folgenden „OiE“) in Bezug auf die Anwendung von „critically important antibiotics“. Entsprechend hat die WHO im November 2017 in Zusammenarbeit mit der OiE und der „Food Agriculture Organization“ die „WHO Guidelines on the Use of Medically Important Antimicrobials in Food-Producing Animals“ (im Folgenden „WHO Guidelines“) veröffentlicht. Darin heißt es in „Recommendation 4b“:

*We suggest that antimicrobials classified as **highest priority critically important** for human medicine **should not be used for treatment of food-producing animals** with a clinically diagnosed infectious disease.*<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> World Health Organization, Highest Priority Critically Important Antimicrobials, who.int, Mai 2019, abrufbar unter <https://www.who.int/foodsafety/cia/en/>; siehe auch World Health Organization, Critically Important Antimicrobials for Human Medicine 6th Revision 2018 (2019), S. 6 f.

<sup>17</sup> Global action plan (Fn. 10) S. 17 f.

<sup>18</sup> World Health Organization, WHO Guidelines on Use of Medically Important Antimicrobials in Food-Producing Animals (2017) S. 20.

Die WHO empfiehlt den Mitgliedsstaaten im Globalen Aktionsplan i.V.m. den WHO Guidelines also explizit, den Einsatz von Reserveantibiotika („highest priority critically important antimicrobials“) in der Tiermast, auch im Falle diagnostizierter Krankheiten, zu verbieten.

### 3. Notwendigkeit eines Verbots von Reserveantibiotika in der Tiermast in Deutschland

In Deutschland und Europa wurde ein solches Verbot bisher noch nicht umgesetzt. Während die Tierarzneimittel-VO in Erwägungsgrund 41 restriktive Regeln für Reserveantibiotika vorsieht, wird dies materiell-rechtlich durch die Verordnung noch nicht umgesetzt. Allerdings eröffnet die Verordnung in Artikel 37 Abs. 4 und 5 der EU-Kommission, ein solches Verbot als Durchführungsrechtsakt zu erlassen. Bisher hat die EU-Kommission indes keinen Durchführungsrechtsakt dieser Art erlassen (siehe dazu noch unten, III. 1. c)). In Deutschland ist der Einsatz von Reserveantibiotika in der Tiermast ebenfalls noch nicht verboten.

Es ist dringend geboten, ein solches Verbot zu erlassen, um der Bildung von Resistenzen gegen Reserveantibiotika vorzubeugen. Dies gilt insbesondere für Deutschland, da hier weiterhin massenhaft Reserveantibiotika in der Tiermast zum Einsatz kommen. So stellt Germanwatch fest:

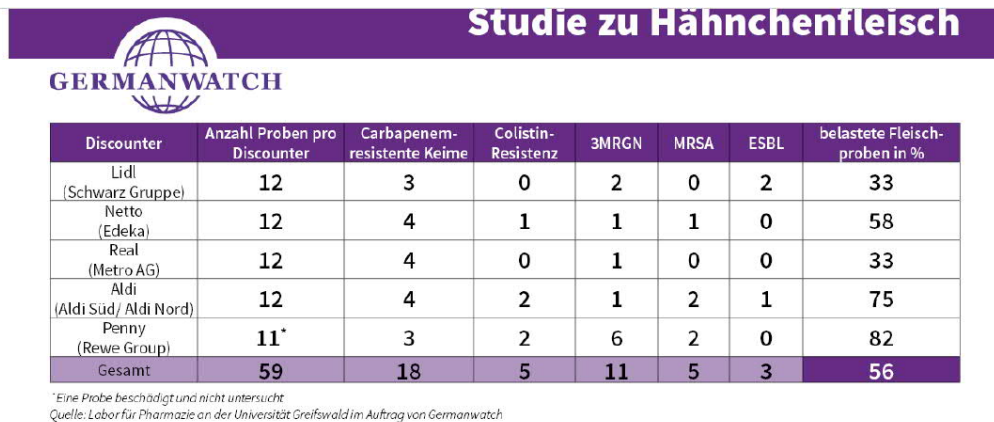
*Colistin ist mit 74 Tonnen mittlerweile eines der meistgenutzten Antibiotika in der Massentierhaltung, Makrolide sind mit 59 Tonnen im Vergleich zum Vorjahr sogar in steigenden Mengen verabreicht worden. Dies geht aus dem neuen Bericht des Bundesamtes für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (BVL) hervor. Bei Puten und Hühnern werden **zu über 40 Prozent Reserveantibiotika** eingesetzt. Insgesamt ist der Antibiotikaverbrauch bei Nutztieren im Jahr 2018 gerade einmal um den Anteil zurückgegangen, um den auch die Fleischproduktion sank, nämlich um 1,5 Prozent.<sup>19</sup>*

Es spricht viel dafür, dass die Wirkung von Reserveantibiotika bereits nachlässt. So kommt eine von Germanwatch in Auftrag gegebene Studie zu dem Ergebnis, dass 5 von 59 entnommen Proben bei Hähnchenfleisch gegen Colistin resistente Keime aufweisen und sogar 56 % aller Proben allgemein ABR-Keime aufweisen:

---

<sup>19</sup> Germanwatch, Massenhafter Einsatz von Reserveantibiotika in Massentierhaltung, Pressemitteilung vom 31.07.2019, abrufbar unter <https://germanwatch.org/de/16760>.

Graphik 3: Germanwatch-Studie zu Antibiotikaresistenten Keimen in Hähnchenfleisch



Das Bundesministerium für Landwirtschaft und Ernährung wirbt hingegen mit einem gewichtsmäßigen Rückgang von Antibiotika in der Tierhaltung. Ein Teil der Reduktion der Antibiotikatonnage ist darauf zurückzuführen, dass statt einer zielgerichteten Behandlung mit älteren Antibiotikagruppen häufiger wertvolle Reserveantibiotika eingesetzt wurden. Von eben diesen Reserveantibiotika werden nämlich deutlich geringere Mengen benötigt für die gleiche Anzahl an Tieren.<sup>20</sup> Dies gilt besonders für die Reserveantibiotika der Wirkstoffgruppe „Fluorchinolone“, die bis einschließlich 2017 in größerem Umfang verbraucht wurden als 2011.<sup>21</sup> Dabei bringen diese Reserveantibiotika allerdings weniger Gewicht auf die Waage als die herkömmlichen Wirkstoffe.<sup>22</sup> In medizinischen Fachkreisen wird gewöhnlich die Wirkstoff-Dosis je Kilogramm Körpergewicht als medizinisch relevante Größe erfasst. In der Veterinärmedizin bzw. Tierhaltung in Deutschland werden abweichend davon die Abgabemengen der Pharmaunternehmen an Tierärzte in Tonnen zentral erfasst und behördlich ausgewertet, während die Dosis nicht erfasst bzw. nicht behördlich ausgewertet wird.

Entsprechend gibt auch der Umweltminister von Niedersachsen, Olaf Lies, zu verstehen:

20 Vgl. hierzu BVL, Bericht über den Antibiotikaverbrauch und die Verbreitung von Antibiotikaresistenzen in der Human- und Veterinärmedizin in Deutschland, S: 25, abrufbar unter [https://www.bvl.bund.de/SharedDocs/Downloads/05\\_Tierarzneimittel/germap2015.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bvl.bund.de/SharedDocs/Downloads/05_Tierarzneimittel/germap2015.pdf?__blob=publicationFile&v=3)

21 Wallmann, Bode, Heberer, Abgabenerfassung von Antibiotika in Deutschland 2018, DTBL 8/2019, S. 1082.

22 <http://www.f-ostendorff.de/aus-der-presse-spiegel-online-gefahr-bei-resistenzen/>

*Der Einsatz von Reserveantibiotika wie Colistin in der Veterinärmedizin muss massiv reduziert werden.*<sup>23</sup>

Oftmals wird von der nahrungsindustriellen Agrarwirtschaft entgegengehalten, dass ein Verbot von Reserveantibiotika nicht praktikabel sei, da sie benötigt würden, um Tierschutz im Stall zu ermöglichen. Dies entspricht jedoch nicht der Realität. Denn der übermäßige Einsatz von Antibiotika und damit auch von Reserveantibiotika hängt stark mit den Haltungsbedingungen in der konventionellen Tiermast zusammen.

Eine EU-Expertengruppe hat die entscheidenden Faktoren beschrieben:

- **Identify innovative hygienic and treatment practices** (housing systems, feeding, heating, etc.) in order to reduce or even stop the use of antimicrobials.
- **Make an inventory of specific alternatives to antimicrobials** including vaccination, feeding approaches and breeding.<sup>24</sup>

Das Umweltinstitut München stellt fest:

*In der industriellen Tierhaltung werden die Tiere an die Haltungsform angepasst. Auf möglichst wenig Platz, in möglichst kurzer Zeit und mit möglichst wenig menschlicher Arbeitskraft sollen sie wachsen, Milch geben oder Eier legen. Schnelle und hohe Leistung ist das wichtigste Kriterium für die Zucht und darauf ist die Fütterung ausgelegt. Dazu kommen die enge Haltung vieler Tiere in einem Stall und die hygienischen Zustände. **Diese Haltung macht die Tiere krank.***

*Diese Form der Tierhaltung funktioniert nicht ohne Medikamente. **Antibiotika**, Mittel gegen Parasiten, Hormone, Psychopharmaka und Schmerzmittel sind Alltag in den Ställen. **Ohne sie würden die Tiere in dem System nicht "funktionieren".***

---

23 Niedersächsisches Ministerium für Umwelt, Energie, Bauen und Klimaschutz, Abschlussbericht zu Multiresistenten Bakterien liegt vor, [umwelt.niedersachsen.de](https://www.umwelt.niedersachsen.de), 14.05.2018, abrufbar unter: [https://www.umwelt.niedersachsen.de/startseite/themen\\_im\\_fokus/multiresistente-bakterien-164411.html](https://www.umwelt.niedersachsen.de/startseite/themen_im_fokus/multiresistente-bakterien-164411.html)

24 Quelle: <https://ec.europa.eu/eip/agriculture/en/focus-groups/reducing-antimicrobial-use-poultry-farming>. EIP-AGRI Focus Group Reducing antimicrobial use in poultry farming; FINAL REPORT FEBRUARY 2021.

***Wer dagegen Tiere gesund und tiergerecht hält, kommt mit  
sehr viel weniger Medikamenten aus.<sup>25</sup>***

Es ist also kein grundsätzliches Wesensmerkmal der Tiermast und –zucht, auf Antibiotika angewiesen zu sein. Vielmehr ist diese Abhängigkeit der konventionellen Tierhaltung auf die Haltungsbedingungen, aber auch auf die Fütterung und seit Jahrzehnten erfolgte Zucht einzelner Tierarten auf „Leistung“ zurückzuführen. *Masthühner* etwa erleiden infolge der Zucht auf hohe tägliche Gewichtszunahmen und auf die Ausbildung großer Muskelpartien an Brust und Schenkeln sowohl hohe Verlustraten als auch organische und Skeletterkrankungen. Auch die Immunabwehr ist durch die Selektion auf rasches, hohes Fleischwachstum herabgesetzt. Bei den schnell wachsenden Linien ist eine geringere Zahl an Antikörpern festgestellt worden, woraus auf eine höhere Anfälligkeit für Infektionskrankheiten geschlossen werden kann. Die Folge davon ist ein erhöhter Medikamenten- und Antibiotikaeinsatz.<sup>26</sup> Erzeugerorganisationen wie etwa DEMETER zeigen, dass die landwirtschaftliche Tierhaltung auch unter weitgehendem Verzicht auf Antibiotika-Einsatz funktionieren kann. Dies gilt erst recht für den Verzicht auf Reserveantibiotika, die etwa bei Demeter ausnahmslos verboten sind.<sup>27</sup> Andere Länder haben entsprechend auch längst den Einsatz bestimmter Antibiotika bzw. Reserveantibiotika verboten, so etwa die USA.<sup>28</sup> Andere europäische Länder wie Dänemark reglementieren generell den Antibiotikaeinsatz und speziell den von Reservewirkstoffen.<sup>29</sup> Auch dort werden weiterhin Tiere gemästet. Das Bundesministerium für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (im Folgenden „BVL“) stellt ebenfalls fest,

---

25 Umweltinstitut München, Antibiotika im Stall, [umweltinstitut.org](http://www.umweltinstitut.org), abrufbar unter <http://www.umweltinstitut.org/themen/landwirtschaft/massentierhaltung/antibiotika-im-stall.html>

26 Hirt/Maisack/Moritz, 3. Aufl. 2016, TierSchG § 11b Rn. 27.

27 Vgl. hierzu Demeter-Richtlinien 2021, S. 61: „Einsatz von Antibiotika – Einzelne Tiere (für Rinder, Schafe, Ziegen und Zuchtschweine, bei Mastschweinen und Geflügel darf die gesamte erkrankte Gruppe behandelt werden) dürfen maximal drei Behandlungen pro Jahr erhalten. Tiere mit einer Lebensdauer von weniger als einem Jahr dürfen nur eine Behandlung erhalten. Der Einsatz von Antibiotika darf nicht prophylaktisch, nur in Notfällen und nur unter Aufsicht eines Tierarztes erfolgen, Reserveantibiotika für die Humanmedizin dürfen nicht verwendet werden.“; auch Neuland hat strenge Richtlinien in Bezug auf den Einsatz von Antibiotika: Antibiotika dürfen nur ausnahmsweise und nach Indikation durch den Tierarzt, nach Nachweis einer bakteriellen Infektion und Anfertigung eines Resistenztests eingesetzt werden.“, vgl. NEULAND-Richtlinien für die artgerechte Masthühnerhaltung, Stand August 2019.

28 In den USA sind Reserveantibiotika aus der Gruppe der Fluorchinolone nicht für Tiere zugelassen, Innes 2020(2), zitiert von Germanwatch in der „Stellungnahme 2. Entwurf „Commission Delegated Regulation (EU) 2019/6““, S. 3.

29 Industrielle Tierhaltung bedroht die Wirksamkeit von Antibiotika weltweit, Germanwatch 2017, abrufbar unter <https://germanwatch.org/de/14400>

*„dass bestimmte antibiotikaresistente Bakterien in ökologischen Haltungsbetrieben von Masthähnchen seltener nachgewiesen werden als in konventionellen Haltungen. Eine Ursache hierfür könnten Unterschiede in der Häufigkeit der Behandlung von konventionell und ökologisch gehaltenen Masthähnchen mit Antibiotika sein“.*<sup>30</sup>

Ein weiterer Faktor innerhalb der konventionellen Tierhaltung ist die Bestandsgröße.

Aus der Evaluierung der 16. Arzneimittelgesetznovelle von Seiten des BMEL im Jahr 2019 geht hervor, dass bei allen Tierarten und Nutzungsrichtungen in großen Tierbeständen mehr Antibiotika eingesetzt werden als in kleinen und mittleren. Bei kleineren Tierbestände kann häufiger auf Antibiotika verzichtet werden.

*Ein Einfluss der Betriebsgröße auf die Höhe der Therapiehäufigkeit war bei allen Nutzungsarten deutlich erkennbar. Die im Vergleich zu kleinen und mittleren Betrieben in großen Betrieben höheren Werte für die Therapiehäufigkeit weisen darauf hin, dass Tiere aller Nutzungsarten in großen Betrieben häufiger antibiotisch behandelt wurden als in kleineren Betrieben.*<sup>31</sup>

Das Argument, dass die Tierhaltung zu Lebensmittelzwecken ohne den Einsatz von Antibiotika unmöglich sei oder Tierschutzgesichtspunkten zuwider laufe, greift also nicht und erst recht nicht für den Einsatz von Reserveantibiotika. Denn der Bedarf, Antibiotika massenhaft einzusetzen, resultiert aus den Haltungsbedingungen der konventionellen Tierhaltung. Eben dies soll gerade im Anschluss an die EU-VO 2019/4 nicht erlaubt sein, dort heißt es in Erwägungsgrund 4:

*Medizinische Behandlungen, gerade mit antimikrobiellen Wirkstoffen, dürfen **niemals gute Haltungsbedingungen (...) ersetzen.***

---

30 Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit, Weniger Antibiotikaresistenzen in ökologischen Geflügelhaltungen; BVL veröffentlicht Bericht zum Zoonosen-Monitoring 2016, [bvl.bund.de](https://www.bvl.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/01_lebensmittel/2017/2017_11_28_HI_Zoonosen_Jahrespressekonferenz_2017.html?nn=11019972) (28.11.2017) unter:  
[https://www.bvl.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/01\\_lebensmittel/2017/2017\\_11\\_28\\_HI\\_Zoonosen\\_Jahrespressekonferenz\\_2017.html?nn=11019972](https://www.bvl.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/01_lebensmittel/2017/2017_11_28_HI_Zoonosen_Jahrespressekonferenz_2017.html?nn=11019972).

31 [https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/\\_Tiere/Tiergesundheit/Tierarzneimittel/16-AMG-Novelle-Bericht.pdf](https://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/DE/_Tiere/Tiergesundheit/Tierarzneimittel/16-AMG-Novelle-Bericht.pdf)

Die Sach- und Rechtslage spricht damit in jeder Hinsicht für ein umfassendes Verbot des Einsatzes von Reserveantibiotika bei lebensmittelliefernden Tieren.



## II. Gutachtenfragen

Anlässlich dieser Sach- und Rechtslage geht das vorliegende Gutachten den Fragen nach,

- **ob ein umfassendes Verbot des Einsatzes von Reserveantibiotika in der Tierhaltung unionsrechtlich zulässig wäre,**
- **ob ein Verbot des Einsatzes von Reserveantibiotika in der Tierhaltung verfassungsrechtlich zulässig wäre**
- **und ob ein Verbot des Einsatzes von Reserveantibiotika in der Tierhaltung in Deutschland gar verfassungsrechtlich geboten ist.**

Die unionsrechtliche Ebene lässt sich in Bezug auf die Zulässigkeit eines Verbots von Reserveantibiotika nicht klinisch von der verfassungsrechtlichen Ebene trennen, weshalb in einem ersten Schritt zunächst umfassend geprüft werden soll, ob ein Verbot unions- und verfassungsrechtlich zulässig wäre. Erst in einem zweiten Schritt wird dann die verfassungsrechtliche Gebotenheit eines solchen Verbots geprüft.

### **III. Rechtmäßigkeit eines umfassenden Verbots des Einsatzes von Reserveantibiotika in der Tierhaltung**

Die unions- und verfassungsrechtliche Rechtmäßigkeit eines umfassenden Verbots des Einsatzes von Reserveantibiotika bei lebensmittelliefernden Tieren wird zweistufig geprüft. In einem ersten Schritt ist die Rechtmäßigkeit eines grundsätzlichen Tätigwerdens durch den deutschen Gesetzgeber in formeller Hinsicht zu prüfen, die aufgrund des Anwendungsvorrangs von EU-Recht nicht gegeben sein könnte. In einem zweiten Schritt wird die materielle Rechtmäßigkeit eines Verbots geprüft.

#### 1. Zulässigkeit eines Tätigwerdens durch den deutschen Gesetzgeber

##### *a) Grundsatz: Anwendungsvorrang der EU-Verordnungen*

Mit den Verordnungen (EU) 2019/4 (Futtermittel-VO), (EU) 2019/5 und (EU) 2019/6 (Tierarzneimittel-VO) hat die EU speziell das Tierarzneimittelrecht in weiten Teilen harmonisiert.

Verordnungen gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV sind abstrakt-generelle Rechtssätze, die allgemeine Geltung haben, in allen ihren Teilen verbindlich sind und unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat gelten. Sie haben also den Rechtscharakter eines europäischen Gesetzes, das keine Umsetzung in nationales Recht mehr erfordert (sog. „Durchgriffswirkung“ der Verordnung) und keine Modifikationen durch einzelne Mitgliedsstaaten erlaubt (sog. „Umsetzungsverbot“). Ihnen kommt daher Anwendungsvorrang vor nationalen Regelungen zu.<sup>32</sup>

Die hier in Rede stehenden Verordnungen sind bereits in Kraft getreten und entfalten ab dem 28. Januar 2022 Gültigkeit. Somit ist Deutschland zum 28. Januar 2022 verpflichtet, sein Arzneimittelrecht, das maßgeblich im AMG geregelt ist, den europäischen Regelungen anzupassen. Speziell den 9. Abschnitt des AMG, „Sondervorschriften für Arzneimittel, die bei Tieren angewendet werden“ wird der Gesetzgeber erheblich umgestalten müssen.<sup>33</sup>

Diese Verpflichtung ist auch im vorliegenden Kontext zu berücksichtigen: Wenn dem deutschen Gesetzgeber ab dem 28. Januar 2022 aufgrund der Sperrwirkung

---

<sup>32</sup> Siehe insgesamt nur Ruffert, Art. 288, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV (5. Aufl., Beck 2016) Rn. 16 ff.

<sup>33</sup> Es ist bereits ein Gesetzesentwurf im Umlauf, der ein deutsches, den europäischen Regeln angepasstes, Arzneimittelgesetz vorsieht: Bundesministerium für Gesundheit und Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft, Entwurf eines Gesetzes zum Erlass eines Tierarzneimittelgesetzes und zur Anpassung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften (14. Januar 2021).

des Europarechts ohnehin kein Regelungsspielraum im Bereich des Tierarzneimittelrechts mehr zukommt, kann er auch nicht eigenständig ein Verbot des Einsatzes von Reserveantibiotika erlassen. Denn der Einsatz von Reserveantibiotika in der Tierhaltung ist in Artikel 107 VO-EU 2019/6 geregelt, die Absätze 1-3 lauten:

*(1) Antimikrobiell wirksame Arzneimittel dürfen nicht routinemäßig eingesetzt oder angewendet werden, um mangelhafte Hygiene, unzulängliche Haltungsbedingungen oder Pflege oder unzureichende Betriebsführung auszugleichen.*

*(2) Antimikrobiell wirksame Arzneimittel werden Tieren nicht verabreicht, um ihr Wachstum zu fördern oder den Ertrag zu erhöhen.*

*(3) Antimikrobiell wirksame Arzneimittel werden nur in Ausnahmefällen zur Prophylaxe angewendet (...).*

Artikel 107 Abs. 4 und 5 enthalten weitere konkretere Vorgaben für die Anwendung von antimikrobiellen Wirkstoffen bei Tieren.<sup>34</sup> Gemäß Artikel 4 Nr. 12 Tierarzneimittel-VO sind Antibiotika auch als antimikrobielle Wirkstoffe definiert, sodass die Anwendung von Reserveantibiotika von der Regelungsmaterie des Artikel 107 Tierarzneimittel-VO erfasst ist. Entsprechend dürfte Deutschland kein eigenständiges Verbot des Einsatzes von Reserveantibiotika in der Tierhaltung erlassen.

b) *Öffnungsklausel: Artikel 107 Abs. 7 VO-EU 2019/6*

Etwas anderes könnte sich jedoch daraus ergeben, dass Artikel 107 VO-EU 2019/6 in Absatz 7 eine Öffnungsklausel enthält.

So heißt es dort:

***„Ein Mitgliedstaat kann die Anwendung bestimmter antimikrobieller Wirkstoffe bei Tieren auf seinem Hoheitsgebiet weiter einschränken oder verbieten, wenn die Verabreichung derartiger antimikrobieller Wirkstoffe einer einzelstaatlichen***

---

<sup>34</sup> Absatz 5 verweist darauf, dass solche Antibiotika, die von der Kommission selbst durch delegierten Rechtsakt verboten werden, auch nicht gemäß Artikel 112 ff. Tierarzneimittel-VO angewendet werden dürfen. Ein solches Verbot hat es jedoch bisher nicht gegeben, vgl. unten c).

***Strategie zur umsichtigen Verwendung von antimikrobiellen Wirkstoffen zuwiderläuft.“***

Artikel 107 Abs. 7 ist fakultativer Art.<sup>35</sup> Die Klausel schreibt den Mitgliedsstaaten keine zwingende, weitergehende Regelung vor, sondern eröffnet nur die Möglichkeit von restriktiveren Regelungen durch die Mitgliedsstaaten. Es bestehen keine Zweifel daran, dass diese fakultative Öffnungsklausel eine stärker einschränkende Regelung oder ein Verbot der Verabreichung bestimmter antimikrobieller Wirkstoffe ermöglicht, da der Wortlaut der Vorschrift insofern eindeutig ist.

Auch eine Auslegung nach Sinn und Zweck der Verordnung legt dies nahe: Besondere Beachtung bei der Ermittlung von Sinn und Zweck einer Vorschrift des Sekundärrechts verdienen stets die Erwägungsgründe, die Bestandteil des Rechtsaktes sind und in geraffter Form Aufschluss über die Zielorientierung und die Hintergründe des Rechtssetzungsvorhabens geben.<sup>36</sup> In Erwägungsgrund 45 Tierarzneimittel-VO heißt es:

*Zur Stärkung der jeweiligen **nationalen Politik der Mitgliedstaaten** in Bezug auf die umsichtige Verwendung von **antimikrobiellen Wirkstoffen** (...) kann es notwendig sein, die Verwendung dieser Wirkstoffe einzuschränken oder zu verbieten. **Den Mitgliedstaaten sollte es daher gestattet sein, auf der Grundlage wissenschaftlicher Empfehlungen restriktive Bedingungen für ihre Verwendung festzulegen (...)***

Artikel 107 Abs. 7 löst diesen Erwägungsgrund ein, indem er den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit eröffnet, die Anwendung antimikrobieller Wirkstoffe weiter einzuschränken oder zu verbieten. Auch das Bundesministerium für Gesundheit und sowie das Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft gehen davon aus, dass Artikel 107 Abs. 7 Tierarzneimittel-VO eine Öffnungsklausel darstellt, die es Deutschland erlauben würde, strengere Maßnahmen einzuführen. So heißt es nämlich in einem Gesetzesentwurf „zum Erlass eines Tierarzneimittelgesetzes und zur Anpassung arzneimittelrechtlicher (...) Vorschriften“ in § 55:

*Das Bundesministerium wird ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Gesundheit durch Rechtsverord-*

---

<sup>35</sup> Fakultative Öffnungsklauseln unterscheiden sich von obligatorischen, vgl. Haase, Spielräume der EU-Datenschutzgrundverordnung und weitere Regelungsbedarfe, tlfdi.de (25. August 2016) abrufbar unter [https://www.tlfdi.de/mam/tlfdi/datenschutz/safeharbor/vortrag\\_zur\\_2.\\_digitalisierungskonferenz.pdf](https://www.tlfdi.de/mam/tlfdi/datenschutz/safeharbor/vortrag_zur_2._digitalisierungskonferenz.pdf).

<sup>36</sup> Calliess/Ruffert/Wegener, 5. Aufl. 2016, EU-Vertrag (Lissabon) Art. 19 Rn. 16.

*nung mit Zustimmung des Bundesrates gemäß Artikel 107 Absatz 7 der Verordnung (EU) 2019/6 die Anwendung bestimmter antimikrobieller Wirkstoffe bei Tieren weiter einzuschränken oder zu verbieten, wenn die Verabreichung derartiger antimikrobieller Wirkstoffe einer nationalen Strategie zur umsichtigen Verwendung von antimikrobiellen Wirkstoffen zuwiderläuft.<sup>37</sup>*

Zu prüfen ist folglich, ob ein mögliches Verbot des Einsatzes von Reserveantibiotika in der Tierhaltung durch Deutschland unter diese fakultative Öffnungsklausel fallen würde. Die Prüfung lässt sich anhand der einzelnen Voraussetzungen des Artikel 107 Abs. 7 VO-EU 2019/6 strukturieren. Sollten diese erfüllt sein, wäre ein umfassendes Verbot des Einsatzes von Reserveantibiotika bei Tieren durch Deutschland aus unionsrechtlicher Perspektive zulässig.

*aa) Verbot von Reserveantibiotika als Verbot der Anwendung bestimmter antimikrobieller Wirkstoffe*

Die erste Voraussetzung der Öffnungsklausel in Artikel 107 Abs. 7 Tierarzneimittel-VO lautet, dass es sich um eine weitere Einschränkung oder ein Verbot der Anwendung von bestimmten antimikrobiellen Wirkstoffen handeln muss. Demnach erlaubt die Vorschrift zwar ein *Verbot*, allerdings darf sich dieses lediglich auf *bestimmte* antimikrobielle Wirkstoffe beziehen. Nicht erlaubt ist also ein Verbot der Anwendung *aller* antimikrobiellen Wirkstoffe.

Die Öffnungsklausel räumt die Möglichkeit der strengeren Regelung des Einsatzes *bestimmter* antimikrobieller Wirkstoffe ein, um der Tatsache Rechnung zu tragen, dass einige Wirkstoffe von besonderer Bedeutung für den Einsatz in der Humanmedizin sind. Es besteht demnach ein besonderes Interesse daran, gerade bei *diesen* Wirkstoffen das Risiko von antimikrobiellen Resistenzen zu minimieren, indem sie nicht bei lebensmittelliefernden Tieren angewandt werden (siehe dazu bereits oben, I. 2.). Dieser Gedanke findet auch in den bereits angesprochenen Erwägungsgründen der Verordnung Niederschlag:

*(41) Antimikrobielle Resistenzen gegen Human- und Tierarzneimittel sind in der Union und weltweit ein wachsendes Gesundheitsproblem. (...) Maßnahmen umfassen (...) [die] Ein-*

---

<sup>37</sup> Bundesministerium für Gesundheit und Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft, Entwurf eines Gesetzes zum Erlass eines Tierarzneimittelgesetzes und zur Anpassung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften (14. Januar 2021).

*schränkung der Verwendung antimikrobieller Wirkstoffe bei Tieren, **die für die Verhütung oder Behandlung lebensbedrohlicher Infektionen beim Menschen von entscheidender Bedeutung sind** (...).*

*(45) Zur Stärkung der jeweiligen nationalen Politik der Mitgliedstaaten in Bezug auf die umsichtige Verwendung von antimikrobiellen Wirkstoffen, **insbesondere von solchen, die für die Behandlung von Infektionen bei Menschen wichtig sind**, aber auch für die Verwendung in der Veterinärmedizin erforderlich sind, kann es notwendig sein, die Verwendung dieser Wirkstoffe einzuschränken oder zu verbieten. (...)*

Ein Verbot, dass sich konkret auf den Einsatz von Reserveantibiotika bezieht, erfüllt die Voraussetzung des Artikel 107 Abs. 7 Tierarzneimittel-VO, dass nur *bestimmte* Reserveantibiotika verboten werden. Entsprechend dem Sinn und Zweck der Vorschrift, handelt es sich dabei auch gerade um solche Wirkstoffe, denen besondere Bedeutung in der Humanmedizin zukommen.

*bb) Anwendung von Reserveantibiotika widerspricht Deutschlands Strategie zur umsichtigen Verwendung von Antibiotika*

Die zweite Voraussetzung von Artikel 107 Abs. 7 VO-EU 2019/6 lautet, dass die Anwendung der bestimmten zu verbietenden oder einzuschränkenden antimikrobiellen Wirkstoffe der einzelstaatlichen Strategie des Mitgliedsstaats „zur umsichtigen Verwendung von Antibiotika zuwiderläuft.“ Diese Einschränkung der Öffnungsklausel beruht wiederum auf dem grundsätzlichen Gedanken der Verordnung, auch der nationalen Vorgehensweise von Mitgliedsstaaten in Bezug auf den umsichtigen Umgang mit antimikrobiellen Wirkstoffen in der Tierhaltung Rechnung zu tragen. Auch dieser Gedanke ergibt sich aus Erwägungsgrund 45 der Verordnung:

*Zur **Stärkung der jeweiligen nationalen Politik** der Mitgliedstaaten in Bezug auf die umsichtige Verwendung von antimikrobiellen Wirkstoffen (...) kann es notwendig sein, die Verwendung dieser Wirkstoffe einzuschränken oder zu verbieten.*

Konkret bedeutet dies, dass Artikel 107 Abs. 7 Tierarzneimittel-VO es den Mitgliedsstaaten überlassen will, strengere Regelungen zu erlassen oder nicht. Damit räumt die Vorschrift den Mitgliedsstaaten insofern ein relativ weites Ermessen ein: die Anwendung bestimmter antimikrobieller Wirkstoffe darf der Zielrichtung Deutschlands im Umgang mit antimikrobiellen Wirkstoffen nicht zuwiderlaufen.

Ein umfassendes Verbot des Einsatzes von Reserveantibiotika bei lebensmittelliefernden Tieren in Deutschland würde diese Voraussetzung erfüllen, da es der Zielrichtung der Deutschen-Antibiotikaresistenz-Strategie „DART 2020“ entspricht. Die DART 2020 wurde im Mai 2015 von der Bundesregierung verabschiedet und bündelt Maßnahmen, die zur Reduzierung von Antibiotika-Resistenzen erforderlich sind.<sup>38</sup> Im vorliegenden Kontext konkret relevant ist insofern Ziel 3 der DART 2020:

*Ziel 3: Therapie-Optionen erhalten und verbessern*

*Um die Wirksamkeit von Antibiotika langfristig erhalten zu können, ist ein sachgerechter Einsatz von Antibiotika erforderlich. (...) <sup>39</sup>*

Was genau mit dem sachgerechten Einsatz von Antibiotika gemeint ist, erläutert die DART 2020 nicht unmittelbar. Allerdings nimmt sie in Ziel 1 Bezug auf den Globalen Aktionsplan der Weltgesundheitsorganisation („WHO“):

*(...) Die Eindämmung der Entstehung und Ausbreitung von Antibiotika-Resistenzen kann nur sektorübergreifend erfolgen. Dies macht eine enge Kooperation aller Beteiligten (...) nicht nur in der EU, sondern weltweit notwendig. Die Umsetzung des **Globalen Aktionsplans der WHO**, der den One-Health-Ansatz betont, ist dafür Voraussetzung.*

Wie bereits beschrieben (siehe oben, I. 2.), sieht der globale Aktionsplan in Verbindung mit den WHO Guidelines der WHO und der OiE ein Verbot von Reserveantibiotika („highest priority critically important antimicrobials“) vor. Deutschland macht sich diese Empfehlung durch Verweis auf den Globalen Aktionsplan in der DART 2020 explizit zu eigen. Der Einsatz von Reserveantibiotika

---

<sup>38</sup> Derzeit liegt die DART 2030-Strategie noch nicht vor, vgl. hierzu <https://fragdenstaat.de/anfrage/anfrage-auf-der-basis-des-ifg-und-uir-zur-dart-2030/>.

<sup>39</sup> DART 2020 (Fn. 13).

widerspricht damit der Strategie Deutschlands zur umsichtigen Verwendung von antimikrobiellen Wirkstoffen.

Dem steht nicht entgegen, dass die DART 2020 schon durch den Namen auf das Jahr 2020 ausgerichtet war und wir uns jetzt bereits im Jahr 2021 befinden. Denn mit der DART 2020 hat sich Deutschland langfristig zur „Umsetzung des Globalen Aktionsplans der WHO“ bekannt. So heißt es etwa im 4. Zwischenbericht der Bundesregierung zur DART 2020 von 2019:

*Die Laufzeit der DART 2020 endet 2020. Sowohl die besondere gesundheitspolitische Bedeutung des Themas „Antibiotika-Resistenz“, das für die Bundesregierung hohe Priorität hat, als auch **internationale Selbstverpflichtungen zur Umsetzung des Globalen Aktionsplans** (...) sprechen dafür, dass eine Weiterführung dieser erfolgreichen Strategie geboten ist.*

Damit macht die Bundesregierung selbst deutlich, die im Globalen Aktionsplan (i.V.m. den WHO Guidelines) verfassten Ziele und Empfehlungen weiterhin implementieren zu wollen. Eine Anwendung von Reserveantibiotika bei Tieren widerspricht damit auch weiterhin der Strategie Deutschlands zur umsichtigen Verwendung von antimikrobiellen Wirkstoffen.

Schließlich ist zu beachten, dass Artikel 107 Abs. 7 Tierarzneimittel-VO den Mitgliedsstaaten grundsätzlich ein weites Ermessen für strengere Regelungen im Vergleich zur Verordnung einräumt (siehe oben). Es ist im Ergebnis deshalb davon auszugehen, dass Mitgliedsstaaten, die den Willen zeigen, strengere Regelungen erlassen zu wollen, die in ihrer grundsätzlichen Zielrichtung der nationalen Strategie im Umgang mit der Verwendung von antimikrobiellen Wirkstoffen entsprechen, dazu auch das Recht haben sollen. Die DART 2020 i.V.m. den dazu verfassten Zwischenberichten veranschaulichen, dass Deutschland grundsätzlich gewillt ist, die Anwendung von Reserveantibiotika deutlich einzuschränken. Damit entspricht auch ein umfassendes Verbot von Reserveantibiotika in der Nutztierhaltung der grundsätzlichen Zielrichtung Deutschlands im Umgang mit der Anwendung mikrobieller Wirkstoffe.

#### *cc) Zwischenergebnis*

Ein umfassendes Verbot des Einsatzes von Reserveantibiotika bei lebensmittelliefernden Tieren würde unter die Öffnungsklausel von Artikel 107 Abs. 7 VO-EU 2019/6 fallen. Es wäre damit unionsrechtlich grundsätzlich zulässig.



*c) Kein Anwendungsvorrang von delegierten Rechtsakten der EU-Kommission*

Etwas anderes könnte jedoch dann der Fall sein, wenn die EU-Kommission selbst bereits die Kriterien für den Einsatz von Reserveantibiotika durch delegierte Rechtsakte geregelt hätte. Dann könnten diese delegierten Rechtsakte möglicherweise Anwendungsvorrang vor einer mitgliedstaatlichen Regelung beanspruchen (siehe dazu sogleich). Delegierte Rechtsakte sind Rechtsakte, welche einen Basisrechtsakt nachträglich unwesentlich modifizieren oder ergänzen. Sie unterscheiden sich von Durchführungsrechtsakten, welche die Umsetzung des Basisrechtsakts betreffen. Wenn für die Umsetzung dieser bestehenden Rechtsakte einheitliche Bedingungen erforderlich sind, kann die Kommission dazu Durchführungsrechtsakte erlassen.<sup>40</sup>

Artikel 37 Abs. 4 und Abs. 5 VO-EU 2019/6 ermächtigen die EU-Kommission jeweils zu delegierten Rechtsakten sowie zu Durchführungsrechtsakten in Bezug auf den Umgang mit antimikrobiellen Wirkstoffen:

*Absatz 4: Die Kommission erlässt delegierte Rechtsakte gemäß Artikel 147, um diese Verordnung durch die **Festlegung von Kriterien** für die Bestimmung der antimikrobiellen Wirkstoffe zu ergänzen, die für die Behandlung bestimmter **Infektionen beim Menschen vorbehalten bleiben müssen**, damit die Wirksamkeit dieser antimikrobiellen Wirkstoffe erhalten bleibt.*

*Absatz 5: Die Kommission **bestimmt** mittels Durchführungsrechtsakten antimikrobielle Wirkstoffe oder Gruppen derselben, die für die **Behandlung bestimmter Infektionen beim Menschen vorbehalten bleiben**.*

Die EU-Kommission hätte also selber die Möglichkeit, den Einsatz von Reserveantibiotika bei Tieren zu verbieten. Dabei würde sie gemäß Artikel 37 Abs. 4 VO-EU 2019/6 zunächst die Kriterien festlegen, um die zu verbietenden Antibiotika zu bestimmen. So könnte sie die Kriterien der WHO verwenden, die es er-

---

40 Europäisches Parlament, Es liegt im Detail..., europaparl.europa.eu (11.02.2016) abrufbar unter: <https://www.europarl.europa.eu/news/de/headlines/eu-affairs/20160205STO13235/es-liegt-im-de-tail#:~:text=Delegierte%20Rechtsakte%20und%20Durchf%C3%BChrungsrechtsakte%20wurden,allgemeine%20Regeln%20und%20Bestimmungen%20fest.>

lauben, bestimmte Antibiotika als „highest priority critically important“ einzustufen. Auf Grundlage dessen könnte die Kommission mittels Durchführungsrechtsakt gemäß Artikel 37 Abs. 5 Tierarzneimittel-VO dann bestimmen, dass konkret die als „highest priority critically important“ eingestuften Antibiotika für den Einsatz in der Tierhaltung verboten werden sollen. Das käme einem Verbot von Reserveantibiotika in der EU-Tierhaltung zum Zweck der Lebensmittelgewinnung gleich. In einem solchen Fall wäre eine identische mitgliedstaatliche Regelung hinfällig. Es gäbe dann keinen Anlass mehr für die hier durchgeführte Untersuchung der rechtlichen Zulässigkeit eines Verbots von Reserveantibiotika bei Tieren.

Indes könnte die Kommission auch andere Kriterien als die von der WHO verwendeten aufstellen. So befindet sich derzeit ein Entwurf für einen delegierten Rechtsakt nach Artikel 37 Abs. 4 VO-EU 2019/6 im Umlauf, der als Kriterium für das Verbot eines bestimmten Wirkstoffes statuiert, dass der Wirkstoff nicht essentiell sein dürfe, um Tiergesundheit zu bewahren. Damit weicht der Entwurf von den Kriterien der WHO ab, der ein bedingungsloses Verbot von Reserveantibiotika empfiehlt (siehe dazu bereits oben, I. 2.).

Ein entsprechender Durchführungsakt würde vor dem Hintergrund eines solchen delegierten Rechtsakts deutliche Schwierigkeiten haben, alle die von der WHO als „highest priority critically important“ eingestuften Antibiotika für den Einsatz bei Tieren zu verbieten. Denn als Reserveantibiotika könnten diese Antibiotika in bestimmten Fällen auch für die Veterinärmedizin die einzige Möglichkeit darstellen, Tiere noch zu behandeln. Sie könnten damit möglicherweise als für die Tiergesundheit essentiell einzustufen sein.

Ohnehin ist jedoch sehr fraglich, ob ein solcher delegierter Rechtsakt überhaupt rechtmäßig wäre. Es handelt sich bei dem Kriterium der Tiergesundheit um ein äußerst schwammiges Merkmal, das möglicherweise gar nicht den Voraussetzungen des Artikel 37 Abs. 4 Tierarzneimittel-VO entspricht. Denn darin wird die Kommission lediglich dazu ermächtigt, durch die Festlegung bestimmter Kriterien solche antimikrobiellen Wirkstoffe zu bestimmen,

*die für die Behandlung bestimmter Infektionen beim Menschen vorbehalten bleiben müssen, damit **die Wirksamkeit dieser antimikrobiellen Wirkstoffe erhalten bleibt.***

Ein so schwammiges Merkmal wie die „Tiergesundheit“ würde diesem Regelungsziel widersprechen, da darunter ein so weitgehender Einsatz von Reserveantibiotika gefasst werden könnte, dass der „Wirksamkeit dieser antimikrobiellen

Wirkstoffe“ in keiner Weise gedient wäre.<sup>41</sup> Darüber hinaus macht auch Artikel 107 Abs. 5 Tierarzneimittel-VO deutlich, dass für gemäß Artikel 37 Abs. 4 Tierarzneimittel-VO bestimmte Wirkstoffe die Ausnahmen der Artikel 112 ff. Tierarzneimittel-VO nicht greifen sollten, also ein absolutes Verbot gelten sollte. Diesem Sinn und Zweck würde ein schwammiges und damit unbestimmtes Ausnahmekriterium im delegierten Rechtsakt widersprechen. Schließlich beruhen Artikel 37 Abs. 4 und 5 Tierarzneimittel-VO im Wesentlichen auf dem Erwägungsgrund 46 der Verordnung. Dort heißt es aber:

*Es sollte daher die Möglichkeit geschaffen werden, im Anschluss an wissenschaftliche Empfehlungen der Agentur die Entscheidung zu treffen, dass bestimmte antimikrobielle Wirkstoffe **nicht** auf dem Markt im Veterinärsektor bereitgestellt werden.*

Erwägungsgrund 46 sieht also ebenfalls nur die Möglichkeit eines absoluten Verbots, nicht eines durch das Kriterium der „Tiergesundheit“ abgeschwächten Verbots, dieser Wirkstoffe vor.

Fraglich wäre außerdem, wie sich der Erlass eines solchen delegierten Rechtsakts durch die Kommission zu einer deutschen Regelung verhalten würde. Grundsätzlich hat das EU-Recht Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht, vgl. nur Artikel 23 GG. Indes eröffnet Artikel 107 Abs. 7 Tierarzneimittel-VO den Mitgliedsstaaten gerade die Möglichkeit, strengere Regeln zu erlassen. Ein delegierter Rechtsakt im Sinne des momentan zirkulierten Entwurfs würde lediglich eine Ergänzung dieser selben Verordnung darstellen. Damit spricht sehr viel dafür, dass ein solcher delegierter Rechtsakt strengeren Regelungen der Mitgliedsstaaten ebenso wenig entgegenstehen sollte, wie es die Verordnung selbst tut. Soweit der delegierte Rechtsakt darüber hinausgehen sollte, würde er eine wesentliche Modifikation der Verordnung darstellen und wäre damit ohnehin rechtswidrig (vgl. soeben).<sup>42</sup>

---

41 So auch eine Stellungnahme zu dem Entwurf von Germanwatch, Greenpeace, Ärzte gegen Massentierhaltung und Tierärzte für verantwortbare Landwirtschaft vom 15.10.2020: „Die Formulierung zum Tierwohl ist zudem derart ungenau, dass hier geradezu ein Einfallstor für die Umgehung des eigentlich angestrebten Ziels liegt, Reserveantibiotika der Humanmedizin vorzubehalten.“

42 Ähnliche Fragen stellen sich im Zusammenhang mit der DSGVO, die zahlreiche Öffnungsklauseln enthält: „Insofern muss kritisch hinterfragt werden, inwieweit überhaupt durch delegierte Rechtsakte diese Öffnungsklausel wieder konterkariert werden kann“, Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e.V., GDD-Stellungnahme zu den Grundsätzen des Vorschlages der Europäischen Kommission einer Datenschutzgrundverordnung, abrufbar unter: <https://www.gdd.de/aktuelles/startseite/news/gdd-stellungnahme-zu-den-grundsätzen-des-vorschlages-der-europäischen-kommission-einer-datenschutz-grundverordnung>

Deshalb ist davon auszugehen, dass auch ein möglicher zukünftiger delegierter Rechtsakt der Kommission im Sinne des momentan zirkulierten Entwurfs gemäß Artikel 37 Abs. 4 Tierarzneimittel-VO entweder selbst rechtswidrig wäre oder einer mitgliedstaatlichen Regelung nicht entgegenstehen würde. Ein umfassendes Verbot von Reserveantibiotika in der Tierhaltung lebensmittelliefernder Tiere in Deutschland wäre demnach nur dann durch den Anwendungsvorrang der Tierarzneimittel-VO ausgeschlossen, wenn die EU-Kommission selbst ein solch umfassendes Verbot erlässt. Dafür gibt es momentan keine Anzeichen.

## 2. Materielle Rechtmäßigkeit: Vereinbarkeit mit Grundrechten

Ein umfassendes Verbot des Einsatzes von Reserveantibiotika bei lebensmittelliefernden Tieren durch den deutschen Gesetzgeber müsste auch in materieller Hinsicht zulässig sein. Da solch ein Verbot durchaus Konsequenzen für landwirtschaftliche und gewerbliche Tierhaltungsbetriebe, die Praxis von Veterinärmedizinern sowie die Verkaufszahlen von Pharmaunternehmen hätte, ist es auf Vereinbarkeit mit Grundrechten zu prüfen.

### *a) Prüfungsmaßstab*

Dabei stellt sich die grundsätzliche Frage nach dem Prüfungsmaßstab, also ob sich ein solches Verbot an den europäischen oder nationalen Grundrechten messen lassen muss. Die Frage nach dem Prüfungsmaßstab hängt im Wesentlichen davon ab, ob *aa)* die europäischen Grundrechte überhaupt anwendbar sind und *bb)* ob darüber hinaus auch die deutschen Grundrechte Anwendung finden.

### *aa) Anwendbarkeit europäischer Grundrechte*

Grundsätzlich gilt Artikel 51 GRCh, wonach die europäische Grundrechtecharta

*für die Mitgliedsstaaten ausschließlich bei der Durchführung  
des Rechts der Union*

gilt. Entscheidend ist damit die Frage, ob ein Verbot von Reserveantibiotika bei Tieren in Deutschland als Durchführung des Unionsrechts anzusehen ist. Grundsätzlich gilt alles Sekundärrecht, und damit auch die Tierarzneimittel-VO, als

„Recht der Union“.<sup>43</sup> Eine Durchführung des Rechts der Union liegt nach Ansicht des EuGH nur dann vor, wenn ein „hinreichender Zusammenhang von einem gewissen Grad“ besteht.<sup>44</sup> Indes fehlt dieser hinreichende Zusammenhang, „wenn die unionsrechtlichen Vorschriften in dem betreffenden Sachbereich keine bestimmten Verpflichtungen der Mitgliedsstaaten (...) schaffen.“<sup>45</sup> Daraus könnte zu schließen sein, dass eine nationale Regelung, die von der Öffnungsklausel in Artikel 107 Abs. 7 Tierarzneimittel-VO Gebrauch macht, keine Durchführung von Unionsrecht darstellt. Andererseits wird Unionsrecht auch dort durchgeführt, „wo das Unionsrecht den Mitgliedsstaaten Ermessensspielräume bzw. Gestaltungsspielräume einräumt,“<sup>46</sup> wobei dies vorwiegend für Richtlinien gilt.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang Artikel 107 Abs. 8 VO-EU 2019/6, wonach Folgendes gelten soll:

*Von Mitgliedstaaten gemäß Absatz 7 durchgeführte Maßnahmen sind verhältnismäßig und gerechtfertigt.*

Damit dürfte die Verordnung selbst davon ausgehen, dass die Nutzung der Öffnungsklausel aus Abs. 7 durch die Mitgliedsstaaten eine Durchführung von Unionsrecht darstellt, indem sie sie als „gemäß Absatz 7 **durchgeführte** Maßnahmen“ bezeichnet. Darüber hinaus hat Absatz 8 außerdem zur Folge, dass solche durchgeführten Maßnahmen zwar grundsätzlich am Maßstab der europäischen Grundrechte zu messen sind, eine konkrete Prüfung allerdings nicht erforderlich sein soll, da *alle* gemäß Absatz 7 durchgeführten Maßnahmen „verhältnismäßig und gerechtfertigt“ sind. Die Verordnung setzt damit bereits die Vereinbarkeit aller nach Absatz 7 getroffenen Maßnahmen mit den europäischen Grundrechten voraus.

Im Ergebnis ist deshalb auch nicht zu entscheiden, ob der Gebrauch der Öffnungsklausel aus Absatz 7 durch Mitgliedsstaaten „Durchführung des Rechts der Union“ darstellt und damit an den europäischen Grundrechten zu messen ist. Sollte dies der Fall sein, gibt Absatz 8 vor, dass sie als verhältnismäßige und gerechtfertigte Regelungen auch mit europäischen Grundrechten vereinbar sind.

---

<sup>43</sup> Jarass, Art. 51 Anwendungsbereich, in Jarass, *Charta der Grundrechte der EU* (4. Aufl., Beck 2021) Rn. 20.

<sup>44</sup> EuGH v. 6.3.2014 – C-206/13 (*Siragusa*) Rn. 24; EuGH v. 10.7.2014 – C-198/13 (*Hernandez*) Rn.34; EuGH v. 7.9.2017 – C-177/17 (*Sas*) Rn.19; EuGH v. 22.1.2020 – C-177/18 (*Almudena*) Rn.58.

<sup>45</sup> EuGH v. 24.9.2019 – C-467/19 (*QR*) Rn.41; EuGH v. 7.9.2017 – C-177/17 (*Sas*) Rn.21; EuGH v. 19.4.2018 – C-152/17 (*Catania Multi Servizi*) Rn.34; EuGH v. 19.11.2019 – C-609/17 (TSN) Rn.53.

<sup>46</sup> Jarass (Fn. 43) Rn. 26 m.w.N.

*bb) Anwendbarkeit deutscher Grundrechte*

Die Frage, ob die Unionsgrundrechte Anwendung finden, muss auch nicht im Hinblick auf die mögliche Anwendbarkeit von deutschen Grundrechten entschieden werden. Denn im Grundsatz gilt, dass der Schutz der Unionsgrundrechte zu den nationalen Grundrechten kumulativ hinzutritt („Grundsatz der Parallelität der Grundrechtsordnungen“).<sup>47</sup> Die beiden Ebenen ergänzen sich wie ein „übereinandergespanntes Netz“.<sup>48</sup> Vorliegend hat die Parallelität der Grundrechtsordnungen zur Folge, dass unabhängig davon, ob Unionsgrundrechte Anwendung finden oder nicht, deutsche Grundrechte Anwendung finden müssten. Ein mögliches Verbot des Einsatzes von Reserveantibiotika bei Tieren muss sich deshalb grundsätzlich an deutschen Grundrechten messen lassen.

Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn ein solches Verbot aufgrund von „zwingenden Vorgaben“ des Unionsrechts erlassen wird, also ohne „Gestaltungsspielraum“<sup>49</sup> oder „Umsetzungsspielraum“.<sup>50</sup> Dies ist insbesondere im Rahmen der gebundenen Umsetzung von Richtlinien. Vorliegend würde das Verbot von Reserveantibiotika jedoch auf Grundlage der Öffnungsklausel in Artikel 107 Abs. 7 Tierarzneimittel-VO erlassen werden und damit keine gebundene Umsetzung von Unionsrecht darstellen, sondern auf der Gestaltung des deutschen Gesetzgebers beruhen.

Fraglich bleibt jedoch, ob Artikel 107 Abs. 8 Tierarzneimittel-VO auch für deutsche Grundrechte Wirkung entfaltet, mit der Maßgabe, dass Eingriffe in deutsche Grundrechte durch ein Verbot von Reserveantibiotika stets gerechtfertigt wären. Aufgrund des Anwendungsvorrangs des Europarechts würde dies nicht gegen die Normenhierarchie verstoßen. Allerdings wird aus der Regelung in Absatz 8 nicht klar deutlich, ob sie sich auch auf den mitgliedstaatlichen Grundrechtsschutz bezieht. Der Wortlaut steht einem solchen Verständnis jedoch nicht entgegen. Nach Sinn und Zweck der Verordnung ist zu beachten, dass sie den Mitgliedsstaaten zum einen die Freiheit ermöglichen will, strengere Regelungen zu erlassen (oder dies zu unterlassen), zum anderen aber grundsätzlich verankert, dass solche strengeren Regelungen grundrechtlich unproblematischen Charakter haben. Dies folgt nicht nur aus Absatz 8 selbst, sondern auch aus der in Artikel 37 Abs. 4 und 5 Tierarzneimittel-VO kodifizierten Möglichkeit der Kommission,

---

<sup>47</sup> Ladenburger, Art. 51, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), *Europäische Grundrechte-Charta: Kölner Gemeinschaftskommentar* (Beck 2006) Rn. 30; dies gilt im Übrigen auch für die Mindestgarantien der EMRK, die maßgeblich für die Ermittlung der Bedeutung und Tragweite sowohl der Unionsgrundrechte als auch der nationalen Grundrechte sind, indem sie als Auslegungshilfen herangezogen werden.

<sup>48</sup> Ebd.

<sup>49</sup> BVerfG v. 13.3.2007 – 1 BvF 1/05, Rn. 70.

<sup>50</sup> BVerfG v. 14.10.2008 – 1 BvF 4/05, Rn. 85.

delegierte Rechtsakte und darauf beruhende Durchführungsrechtsakte zu erlassen, die gerade solch strengere Regelungen beinhalten. Außerdem verdeutlicht Erwägungsgrund Nr. 46:

*Um die Wirksamkeit bestimmter antimikrobieller Wirkstoffe bei der Behandlung von Infektionen beim Menschen möglichst lange zu erhalten, dürfen diese antimikrobiellen Wirkstoffe unter Umständen nur beim Menschen angewandt werden. Es sollte daher die **Möglichkeit** geschaffen werden, (...) **die Entscheidung zu treffen**, dass bestimmte antimikrobielle Wirkstoffe nicht auf dem Markt im Veterinärsektor bereitgestellt werden.*

Insgesamt spricht deshalb einiges dafür, dass es den Mitgliedsstaaten zwar freistehen soll, ein mögliches Verbot des Einsatzes von Antibiotika bei Tieren zu erlassen, die Verordnung dies aber dennoch insoweit regelt, dass eine solche Regelung sich nicht an den nationalen Grundrechten zu messen hat. Damit stellt dieser Fall eine Ausnahme zu der Grundregel dar, nach der nationale Grundrechte nur dann keine Anwendung finden, wenn kein Umsetzungsspielraum für die betreffende Regelung bestand (siehe oben). Dies überschreitet die Kompetenzen der EU nicht, da sie auf Grundlage von Artikel 168 Abs. 4 lit. c) AEUV ohnehin die Kompetenz hat, bindende Regelungen im Bereich des Arzneimittelrechts zu erlassen, die nicht an nationalen Grundrechten zu messen sind.

*cc) Zwischenergebnis*

Da Artikel 107 Abs. 8 EU-VO 2019/6 deutlich macht, dass ein Verbot von Reserveantibiotika bei lebensmittelliefernden Tieren sowohl im Hinblick auf Unions- als auch deutsche Grundrechte gerechtfertigt wäre, kann auf eine umfassende Grundrechtsprüfung verzichtet werden.

Selbst wenn deutsche Grundrechte Anwendung finden sollten, verstieße ein Verbot von Reserveantibiotika in der Tierhaltung – wie überblicksartig skizziert werden soll – nicht gegen das Grundgesetz. Der Eingriff in (gemäß Artikel 14 GG) wäre gerechtfertigt.

*b) Vereinbarkeit mit Artikel 12 GG und Artikel 14 GG*

Zwar würde ein Verbot von Reserveantibiotika in der Tierhaltung die Berufsfreiheit der Tiermänner und Veterinärmediziner (gemäß Artikel 12 GG) sowie die

Eigentumsfreiheit der Pharmaunternehmen (gemäß Artikel 14 GG) beeinträchtigen.

Eine solche Beeinträchtigung wäre jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Grundsätzlich können Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit und Eigentumsfreiheit gemäß Artikel 12 Abs. 1 S. 2 GG und Artikel 14 GG Abs. 1 S. 2 GG<sup>51</sup> durch Gesetz eingeschränkt werden. Eine solche Regelung würde auch nicht gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßen, da die Bedeutung der dem Verbot zugrundeliegenden Zwecke die Eingriffsintensität deutlich übersteigen würde. Ein Verbot von Reserveantibiotika in der Tierhaltung würde der in Artikel 2 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Artikel 20 Abs. 1 GG geschützten Verpflichtung zur Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen Gesundheitssystems, der eine überragende Bedeutung zukommt, dienen (siehe dazu ausführlich sogleich, IV. 1.). Berufs- und Eigentumsfreiheit wären durch ein solches Verbot hingegen nur marginal tangiert. In Bezug auf Tierhaltende<sup>52</sup> und Veterinärmediziner handelt es sich jeweils nur um Berufsausübungsregelungen, die lediglich einem Zweck des Allgemeinwohls dienen müssen, um gerechtfertigt zu sein.<sup>53</sup> Selbst eine objektive Berufswahl-schranke wäre aufgrund der überragenden Bedeutung der Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen Gesundheitssystems gerechtfertigt. Auch der Eingriff in die Eigentumsfreiheit der Pharmaunternehmen ist vor diesem Hintergrund als gerechtfertigt anzusehen. Bei alledem ist zudem zu berücksichtigen, dass ein Verbot von Reserveantibiotika in der Tierhaltung bereits ein äußerst mildes Mittel darstellt, da es explizit nur einige wenige Wirkstoffe verbietet, die dafür von besonderer Bedeutung sind.

Schließlich ist auch der weite Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zu beachten, der aus der Gewaltenteilung des allgemeinen Rechtsstaatsprinzips folgt (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG).<sup>54</sup> Dieser erlaubt es im vorliegenden Fall, einen Eingriff in die Berufs- und Eigentumsfreiheit von Tiermägern, Veterinärmedizinerinnen und Pharmaunternehmen vorzunehmen.

---

<sup>51</sup> Ein Verbot von Reserveantibiotika in der Tiermast würde eine Inhalts- und Schrankenbestimmung für Pharmaunternehmen darstellen, die gemäß Artikel 14 Abs. 1 S. 2 GG durch Gesetz möglich ist. Denn es würde sich nicht um die vollständige Entziehung des Eigentums an Reserveantibiotika handeln, sondern lediglich um eine Festlegung von Rechten und Pflichten hinsichtlich der Verkaufsmöglichkeiten (ohne, dass diese gänzlich ausgeschlossen würden,) durch den Gesetzgeber. Zur Unterscheidung von Enteignung und Inhalts- und Schrankenbestimmung siehe insb. BVerfG v. 15.07.1981 – BvL 77/78 (*Nassauskiesung*).

<sup>52</sup> Dies gilt insbesondere deshalb, da die Tiermast auch ohne Reserveantibiotika auskommen kann, vgl. bereits oben, I. 3.

<sup>53</sup> Vgl. zur sog. 3-Stufen-Theorie des BVerfG das Apotheken-Urteil, BVerfG v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56.

<sup>54</sup> Zum Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers siehe etwa BVerfG v. 9.2.2010 – 1 BvL 1/09 (*Hartz IV*).



### 3. Ergebnis

Ein Verbot des Einsatzes von Reserveantibiotika bei Tieren, die der Lebensmittelgewinnung dienen, wäre damit sowohl in unions- als auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht zulässig.

#### **IV. Verpflichtung zu einem gesetzlichen Verbot des Einsatzes von Reserveantibiotika in der Tierhaltung**

Der deutsche Gesetzgeber könnte überdies unmittelbar durch die Grundrechte dazu verpflichtet sein, ein Gesetz zu erlassen, das den Einsatz von Reserveantibiotika in der Tierhaltung verbietet.

Der verfassungsrechtliche Grundrechtsschutz erschöpft sich nicht in seiner subjektiv-rechtlichen Funktion, also der Abwehr staatlicher Eingriffe in Freiheitsrechte. Vielmehr kann die öffentliche Gewalt aufgrund der objektiv-rechtlichen Funktion von Grundrechten selbst verpflichtet sein, die grundrechtlichen geschützten Rechtsgüter gegen Beeinträchtigungen und mögliche Gefahren zu schützen („Schutzpflichtdimension der Grundrechte“).<sup>55</sup> Da gemäß Artikel 1 Abs. 3 GG die Grundrechte auch die Gesetzgebung binden, ist die objektiv-rechtliche Schutzpflichtdimension der Grundrechte nicht nur an die Exekutive adressiert, sondern bindet ebenso auch die Legislative.

Zur Herleitung einer solchen gesetzgeberischen Pflicht ist schrittweise zu untersuchen, ob im konkreten Fall die Schutzpflichtdimension eines Grundrechts betroffen ist (1.), ob der Gesetzgeber den notwendigen Schutz versagt (2.) und schließlich, ob diese Schutzversagung verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist (3.).

##### 1. Schutzpflicht: Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen Gesundheitssystems (Artikel 2 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Artikel 20 Abs. 1 GG)

Die Verpflichtung zum Erlass eines Verbots von Reserveantibiotika bei Tieren folgt aus der verfassungsrechtlichen Pflicht, ein funktionsfähiges Gesundheitssystem zu errichten und aufrecht zu erhalten.

Die Verpflichtung des Staates zur Aufrechterhaltung eines tragfähigen Systems der Gesundheitsversorgung ergibt sich aus einer Zusammenschau des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Artikel 2 Abs. 2 S. 1 GG (a) mit dem Sozialstaatsprinzip aus Artikel 20 Abs. 1 GG (b). Der Einsatz von Reserveantibiotika in der Tierhaltung berührt die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems, sodass die Schutzpflicht zur Aufrechterhaltung eines tragfähigen Gesundheitssystems berührt ist (c).

---

<sup>55</sup> Statt vieler nur Gusy, Freiheitsrechte als subjektive Rechte 1(3) ZJS (2008) 233, 238.

a) *Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Artikel 2 Abs. 2 S. 1 GG)*

Artikel 2 Abs. 2 S. 1 GG bestimmt:

*„Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.“*

Das Recht auf Leben schützt das körperliche Dasein, d.h. die biologisch-physische Existenz, während die körperliche Unversehrtheit die Gesundheit im biologisch-physiologischen Sinne und die körperliche Integrität bezeichnet.<sup>56</sup>

Traditionell wirkt dieses Grundrecht vor allem als Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe. Historisch betrachtet reagiert die Vorschrift auf die Gräueltaten der NS-Zeit und ist wörtlich gemeint: „Der neue Staat sollte grundsätzlich nicht in das Leben und die körperliche Unversehrtheit seiner Bürger eingreifen dürfen.“<sup>57</sup> Das BVerfG legt den Begriff der „körperlichen Unversehrtheit“ mittlerweile aber deutlich weiter aus und bezieht etwa auch psychosomatische Belastungen mit ein.<sup>58</sup>

Neben der traditionellen Abwehrfunktion von Artikel 2 Abs. 2 S. 1 GG kommt dem Grundrecht allerdings auch eine Schutzfunktion zu. Da das menschliche Leben und die Gesundheit einen Höchstwert darstellen, muss diese in Artikel 2 Abs. 2 S. 1 GG angelegte objektive Schutzpflicht besonders ernst genommen werden.<sup>59</sup> So hat sich der Staat nach Auffassung des BVerfG

*„schützend und fördernd vor die in Art. 2 Abs. 2 GG genannten Rechtsgüter zu stellen und sie insbesondere vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren.“<sup>60</sup>*

---

<sup>56</sup> BVerfG v. 14.01.1981 – 1 BvR 612/72 (*Fluglärm*) Rn. 73.

<sup>57</sup> Landau, Gesundheits als Staatsziel? Verfassungsrecht und Staatsaufgaben, in: Vogel (Hrsg.), *Volkskrankheiten: Gesundheitliche Herausforderungen in der Wohlstandsgesellschaft* (Herder 2009) 589, 593; Pestalozza, Das Recht auf Gesundheit. Verfassungsrechtliche Dimensionen, Bundesgesundheitsblatt, Gesundheitsforschung, Gesundheitsschutz 50 (2007) 1113, 1114.

<sup>58</sup> BVerfG v. 14.01.1981 – 1 BvR 612/72 (*Fluglärm*) Rn. 73 ff.

<sup>59</sup> BVerfG v. 16.10.1977 – 1 BvQ 5/77 (*Schleyer*), vgl. auch BVerfG v. 25.2.1975 – 1 BvF 1/74 (*Schwangerschaftsabbruch I*) Rn. 148 sowie BVerfG v. 14.01.1981 – 1 BvR 612/72 (*Fluglärm*) Rn. 72.

<sup>60</sup> BVerfG, Beschluss vom 24. März 2021, Az.: 1 BvR 2656/18 u.a.; BVerfG v. 14.01.1981 – 1 BvR 612/72 (*Fluglärm*) Rn. 72 mit Verweis auf entsprechende frühere Entscheidungen: BVerfG v. 25.2.1975 – 1 BvF 1/74 (*Schwangerschaftsabbruch I*) Rn. 149; BVerfG v. 16.10.1977 – 1 BvQ 5/77 (*Schleyer*), Rn. 164.

Auch in der unlängst ergangenen Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht in den Leitsätzen wie folgt erkannt:

*„Der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG schließt den Schutz vor Beeinträchtigungen grundrechtlicher Schutzgüter durch Umweltbelastungen ein, gleich von wem und durch welche Umstände sie drohen. Die aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgende Schutzpflicht des Staates umfasst auch die Verpflichtung, Leben und Gesundheit vor den Gefahren des Klimawandels zu schützen. Sie kann eine objektiv-rechtliche Schutzverpflichtung auch in Bezug auf künftige Generationen begründen.“*

Diese Schutzpflicht bezieht sich also insbesondere auf die Verhinderungen von Eingriffen Dritter. Allerdings gilt darüber hinaus, dass der Staat schon weit im Vorfeld von solchen Grundrechtsverletzungen „auch eine auf bloße Gefährdungen der körperlichen Unversehrtheit bezogene staatliche Risikovorsorge“ betreiben muss.<sup>61</sup>

Zwar ergibt sich daraus kein unmittelbares subjektives Leistungsrecht des Einzelnen, etwa auf bestimmte medizinische Maßnahmen,<sup>62</sup> doch aber die grundsätzliche objektiv-rechtliche Verpflichtung des Staates, überhaupt ein tragfähiges System der Krankenversorgung einzurichten. So führt das BVerfG in Bezug auf Universitätskliniken aus:

*Der Gesetzgeber muß (...) einerseits das Grundrecht der medizinischen Hochschullehrer auf Wissenschaftsfreiheit achten, andererseits eine **bestmögliche Krankenversorgung** gewährleisten; denn auch insoweit gilt es, verfassungsrechtlich relevante Rechtsgüter von großer Bedeutung zu schützen. Jeder Patient, der sich in die Behandlung eines Universitätskrankenhauses begibt, muß sicher sein, daß sein Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG nach allen Regeln ärztlicher Kunst gewahrt wird. Die **Krankenversorgung stellt ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut dar, für des-***

---

<sup>61</sup> BVerfG v. 14.01.1981 – 1 BvR 612/72 (Fluglärm) Rn. 78.

<sup>62</sup> BVerfG v. 6.12.2005 – 1 BvR 347/98 (Gesetzliche Krankenversicherung) Rn. 50, m.w.N. aus der ständigen Rechtsprechung.

***sen Schutz der Staat von Verfassungen wegen (...) zu sorgen hat.***<sup>63</sup>

Verletzt der Staat diese Schutzpflicht zur Einrichtung eines funktionsfähigen Systems der Gesundheitsversorgung, so verletzt er also das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit: „Mit der Schutzpflicht des Staates korrespondiert damit ein Schutzanspruch des Einzelnen.“<sup>64</sup>

Die Pflicht zur Einrichtung eines tragfähigen Systems der Krankenversorgung lässt sich unter das Schlagwort der „Volksgesundheit“<sup>65</sup> fassen. Bereits 1960 stellte das BVerfG fest, dass die Volksgesundheit ein überragend wichtiges, absolutes Gemeinschaftsgut darstellt.<sup>66</sup> Dieser Bedeutungsgrad lässt sich auf die Pflicht zur Einrichtung eines tragfähigen Systems der Krankenversorgung übertragen, da der Gesetzgeber gerade durch ein solches System seine Pflicht, die Volksgesundheit zu schützen, wahrnimmt. Damit ergibt sich also auch die überragende Bedeutung der Einrichtung und Gewährleistung eines tragfähigen Systems der Krankenversorgung.<sup>67</sup>

*b) Sozialstaatsprinzip (Artikel 20 Abs. 1 GG)*

Die Pflicht zur Einrichtung und Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen Systems der Gesundheitsversorgung aus Artikel 2 Abs. 2 S. 2 GG wird durch das Sozialstaatsprinzip aus Artikel 20 Abs. 1 GG ergänzt und verstärkt. In Artikel 20 Abs. 1 GG heißt es:

*Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.*

---

<sup>63</sup> BVerfG v. 8.4.1981 – 1 BvR 608/79, Rn. 92.

<sup>64</sup> Landau (Fn. 57) 594.

<sup>65</sup> Siehe zu dem historisch vorbelasteten, aber dennoch vom BVerfG häufig verwendeten Begriff Frenzel, Die „Volksgesundheit“ in der Grundrechtsdogmatik, DÖV (2007) 243, 244.

<sup>66</sup> Vgl. BVerfG v. 8.6.1960 – 1 BvL 53/55 (*Taxi-Beschluss*) Rn. 69 mit Verweis auf die erstmalige Verwendung im *Apothekenurteil*, BVerfG v. 11.6.1958 – 1 BvR 596/56.

<sup>67</sup> So rechtfertigten auch viele Stimmen in der Literatur in Bezug auf die Corona-Pandemie die Grundrechtseingriffe mit dem – abstrakten – Schlagwort der „Volksgesundheit“, um die überragende Bedeutung der Pandemiebekämpfung zum Ausdruck zu bringen, vgl. Kießling, Coronavirus, Masern und die Grundrechte, *Verfassungsblog* (2. März 2020); Albers, Sonderopfer für die Volksgesundheit, *Verfassungsblog* (11. Mai 2020); insofern kritisch, da besser auf das konkrete Schutzgut der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems abgestellt werden sollte, Lepsius, Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie, *Verfassungsblog* (6. April 2020).

Das Sozialstaatsprinzip stellt nach allgemeiner Ansicht eine Staatszielbestimmung dar.<sup>68</sup> Aus dieser Bestimmung folgen damit zwar keine subjektiven Rechte, es lassen sich aber durch Rückgriff auf das Sozialstaatsprinzip Inhalt und Gewicht eines Grundrechts verstärken.<sup>69</sup> Dementsprechend führt das BVerfG in der oben zitierten Entscheidung auch das Sozialstaatsprinzip an, um die überragende Bedeutung der Krankenversorgung als Gemeinschaftsgut darzustellen,

*für dessen Schutz der Staat von Verfassungen wegen (auch im Hinblick auf das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG) zu sorgen hat.*

Nach allgemeiner Auffassung folgt aus dem Sozialstaatsprinzip i.V.m. der Menschenwürde aus Artikel 1 Abs. 1 GG ein Anspruch des Einzelnen auf die Gewährleistung des materiellen Existenzminimums.<sup>70</sup> Es muss also einheitlich die physische und soziokulturelle Existenz gesichert werden.<sup>71</sup>

Nun ist es in medizinischer Hinsicht gerade das Gesundheitssystem, das es ermöglicht, die Grundrechtsberechtigten in ihrer physischen und soziokulturellen Existenz zu schützen. Denn ohne gesundheitliche Versorgung lässt sich für Einzelne eine soziokulturelle Existenz kaum aufbauen. Welches medizinische Versorgungsniveau mit dem „physischen und soziokulturellen Existenzminimum“ umschrieben sein könnte, lässt sich kaum kategorisch bestimmen. Im Einzelfall bestimmt sich dies nach den gesamtgesellschaftlichen Umständen und dem Niveau der Gesundheitsversorgung im Allgemeinen.<sup>72</sup> Unstreitig dürfte jedoch sein, dass das Sozialstaatsprinzip zumindest das grundsätzliche Bestehen eines funktionsfähigen Systems der Gesundheitsversorgung verfassungsrechtlich einfordert. Ohne jegliche Krankenversorgung lässt sich keine soziokulturelle Existenz aufbauen oder aufrechterhalten.

Das Sozialstaatsprinzip verstärkt Artikel 2 Abs. 2 S. 1 GG also dahingehend, dass das grundsätzliche Bestehen eines tragfähigen Systems der Krankenversorge unabdingbare Voraussetzung des sozialstaatlichen Existenzminimums ist.

---

<sup>68</sup> Siehe nur Grzeszick, in Maunz/Dürig, *Grundgesetz-Kommentar* (92. EL, Beck 2020) Rn. 18.

<sup>69</sup> Pestalozza (Fn. 57) 1117.

<sup>70</sup> Siehe nur BVerfG v. 29.5.1990 – 1 BvL 1990 (*Steuerfreies Existenzminimum*) Rn. 104 ff.

<sup>71</sup> BVerfG 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 (*Sanktionen im Sozialrecht*) Rn. 119.

<sup>72</sup> Landau (Fn. 57) 594.

*c) Berührung der Schutzpflicht durch den Einsatz von Reserveantibiotika bei Tieren*

Der Einsatz von Reserveantibiotika in der Tierhaltung erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass sich ABR-Keime gegen eben diese Reserveantibiotika bilden. Diese ABR-Keime können sich auf den Menschen übertragen und damit die therapeutische Wirkung der betreffenden Reserveantibiotika in der Humanmedizin ausschalten oder beeinträchtigen. Die Besonderheit bei Reserveantibiotika liegt darin, dass sie eben die einzig verfügbaren Wirkstoffe gegen Krankheitserreger mit Mehrfachresistenzen darstellen, bei denen andere Antibiotika keine therapeutische Wirkung mehr erzielen. Aus diesem Grund stuft die WHO diese Wirkstoffe als „highest priority critically important for human medicine“ ein (siehe dazu insgesamt bereits oben, I.).

Ein funktionsfähiges System der Gesundheitsversorgung ist auf therapeutische Wirkstoffe angewiesen. Wenn Reserveantibiotika ihre Wirkung verlieren, wird das Gesundheitssystem nicht nur die fünf wichtigsten antibiotischen Wirkstoffgruppen gegen bestimmte Krankheiten verlieren. Vielmehr werden Infektionen bei Menschen gänzlich untherapierbar und damit wird das Gesundheitssystem gegen multiresistente Erreger insgesamt machtlos. In anderen Worten: Das System der Gesundheitsversorgung ist zuvorderst auf effektive Wirkstoffe gegen Krankheiten und insbesondere gegen bakterielle Infektionen angewiesen. Ohne solche Wirkstoffe stellt es kein funktionsfähiges System dar.

Sollten sich weiterhin ABR gegen die von der WHO als „highest priority critically important“ eingestuft Antibiotika bilden und ausbreiten, würde das Gesundheitssystem folgende Wirkstoffe verlieren und damit machtlos gegen die folgenden, jeweils – noch – therapierbaren, Krankheiten sein:

*Quinolones: (...) quinolones are one of the few available therapies for serious Salmonella and E. coli infections.*

*Cephalosporins: (...) third- and higher generation cephalosporins are one of few available therapies for serious Salmonella and E. coli infections in humans, particularly in children.*

*Macrolides and ketolides: (...) macrolides are one of few available therapies for serious Campylobacter infections, particularly in children, for whom quinolones are not recommended for treatment.*

*Polymyxins: (...) intravenous polymyxins are one of few available therapies for serious Enterobacteriaceae and Pseudomonas aeruginosa multi-resistant infections in people in healthcare settings in many countries, especially in seriously ill patients in critical care.*<sup>73</sup>

Die Schutzpflicht zur Errichtung und Erhaltung eines funktionsfähigen Systems der Gesundheitsversorgung verpflichtet den Staat, dem Entstehen von ABR-Keimen gegen diese Wirkstoffe vorzubeugen. Denn die Schutzpflicht verlangt ein Tätigwerden des Staates schon weit im Vorfeld möglicher Grundrechtseingriffe, er muss „auch eine auf bloße Gefährdungen der körperlichen Unversehrtheit bezogene staatliche Risikovorsorge“ betreiben (siehe insofern schon oben, IV.1.a)). Bezogen auf die Pflicht, ein funktionsfähiges System der Gesundheitsversorgung einzurichten und zu erhalten, kommt der Schutzpflicht des Staates ohnehin präventiver Charakter zu. Gesundheitsversorgung funktioniert nur, wenn im Krankheitsfall das System der Gesundheitsversorgung bereits eingerichtet ist. Die Schutzpflicht des Staates kann daher nicht als Verpflichtung zur Reaktion auf eine bereits eingetretene Verletzung des Grundrechts, sondern nur als Vorsorgeverpflichtung verstanden werden, die objektiv-rechtlich sicherstellen soll, dass der Staat die Gesundheitsversorgung für die Zukunft sicherstellt.

Entsprechend trifft den Staat auch die Verpflichtung, die Effektivität von Wirkstoffen gegen bedrohliche Krankheiten für die Zukunft sicherzustellen.

## 2. Schutzversagung des Gesetzgebers

Dieser Verpflichtung ist Deutschland bisher noch nicht nachgekommen. Zwar hat sich Deutschland in der DART 2020 den Globalen Aktionsplan der WHO und die nachfolgenden Bestimmungen zu eigen gemacht (siehe oben, II. 1. b) bb)). Allerdings entfaltet die DART 2020 keine Außenwirkung und hat somit keinen Rechtsaktecharakter. Die Bestimmungen der DART 2020 sind damit lediglich Ausdruck des Willens der Bundesregierung, ohne tatsächlich rechtliche Folgen zu enthalten.

Damit versagt der deutsche Gesetzgeber den für die Erhaltung eines tragfähigen Systems der Gesundheitsversorgung notwendigen Schutz.

---

<sup>73</sup> World Health Organization, Highest Priority Critically Important Antimicrobials, who.int (Mai 2019) abrufbar unter: <https://www.who.int/foodsafety/cia/en/>.



### 3. Keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Die Schutzversagung des deutschen Gesetzgebers ist nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Ein Verbot des Einsatzes von Reserveantibiotika in der Tierhaltung, das im Sinne der Schutzpflicht ergeht, müsste durch oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen (a). Die Versagung von Schutz verstößt gegen das Untermaßverbot (b). Schließlich würden auch andere Grundrechte einem Verbot nicht entgegenstehen (c).

#### *a) Gesetzesvorbehalt: Bedarf an gesetzlichem Schutz*

Ein Verbot des Einsatzes von Reserveantibiotika in der Tierhaltung würde einen grundrechtlichen Eingriff in die Berufsfreiheit der Tiermäster und Veterinärmediziner sowie in die Berufsfreiheit der Pharmaunternehmen darstellen (siehe oben, III. 2. b)).

Gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG darf in diese Grundrechte nur durch oder aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden. Demnach darf ein Verbot des Einsatzes von Reserveantibiotika in der Tierhaltung nur durch oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen, sodass ein gesetzliches Verbot erforderlich ist.

#### *b) Kein ausreichendes Schutzniveau: Verstoß gegen das Untermaßverbot*

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist zu berücksichtigen, dass dem Gesetzgeber bei der Erfüllung seiner grundrechtlichen Schutzpflichten grundsätzlich ein Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zukommt. Denn nach dem Gewaltenteilungsgrundsatz, der aus dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG) folgt, ist es grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, zu entscheiden, auf welche Weise und bis zu welchem Grad er den Schutz der Grundrechte wahrnimmt.<sup>74</sup> Indes ist der Gesetzgeber dazu verpflichtet, ein Minimum an Schutz zu gewährleisten, das sich am Untermaßverbot orientiert.

Im vorliegenden Fall verstößt die Versagung von Schutz durch den deutschen Gesetzgeber – auch unter Berücksichtigung seines Einschätzungs- und Gestaltungsspielraumes – gegen das Untermaßverbot.

---

<sup>74</sup> Etwa BVerfG v. 9.2.2010 – 1 BvL 1/09 (*Hartz IV*), siehe auch bereits oben, III. 2. b).

aa) *Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers*

Bei der Erfüllung von Schutzpflichten räumt die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung dem Gesetzgeber grundsätzlich einen weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum ein. Eine Verletzung von Schutzpflichten soll danach nur dann vorliegen, wenn die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen hat oder die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offenkundig gänzlich ungeeignet oder völlig unzureichend sind, das Schutzziel zu erreichen (Evidenzformel).<sup>75</sup>

Die Evidenzformel gilt nach Meinung vieler jedoch nicht absolut.<sup>76</sup> Zwar dominiert sie die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung,<sup>77</sup> indes hat auch das Bundesverfassungsgericht in einigen Entscheidungen schon die Möglichkeit angedeutet, dass aufgrund von Besonderheiten des zur Entscheidung stehenden Sachverhalts ein verschärfter Prüfungsmaßstab in Betracht kommen kann. Im Einzelfall kann sich die Gestaltungsfreiheit sogar in einer Weise verengen, dass allein nur durch eine bestimmte Maßnahme der Schutzpflicht Genüge getan werden kann.<sup>78</sup> Das folgt bereits daraus, dass der Umfang eines Prognose- und Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers nur unter Bezugnahme auf die jeweils betroffenen grundrechtlichen Prinzipien bestimmt werden kann und entscheidend von dessen Gewicht im jeweils zu entscheidenden Fall abhängen muss.<sup>79</sup>

Als erkenntnisfördernd kann hier die für den Bereich des technischen Sicherheitsrechts entwickelte und im Vorsorgegrundsatz verankerte „je-desto Formel“ herangezogen werden.<sup>80</sup> Je größer das Gefahren- oder Risikopotenzial für höchste Rechtsgüter ist, desto niedriger liegt die Schwelle der Wahrscheinlichkeit für die Prognose eines Schadenseintritts, bei deren Überschreitung wirksame staatliche Schutzmaßnahmen geboten sind.<sup>81</sup> Konkret bedeutet dies, dass der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, wie etwa auch der der Exekutive im Atomrecht,<sup>82</sup>

---

<sup>75</sup> BVerfG v. 14.01.1981 – 1 BvR 612/72 (*Fluglärm*) Rn. 41; BVerfG v. 29.10.1987 – 2 BvR 624/83 (*Lagerung chemischer Waffen*) Rn. 112; BVerfG v. 24. März 2021 – 1 BvR 2656/18 (Klimaschutz) Rn. 143 ff.

<sup>76</sup> Appel, § 2 Europäisches und nationales Umweltverfassungsrecht, in Koch/Hofmann/Reese (Hrsg.), *Handbuch Umweltrecht* (5. Aufl., Beck 2018) Rn. 129, m.w.N.; Winkler, *Klimaschutzrecht* (LIT 2005) 102 ff.

<sup>77</sup> Vgl. Voßkuhle, *Umweltschutz und Grundgesetz*, 32(1) NVwZ (2013) 1, 7.

<sup>78</sup> BVerfG v. 29.10.1987 – 2 BvR 624/83 (*Lagerung chemischer Waffen*) Rn 112; BVerfG v. 16.10.1977 – 1 BvQ 5/77 (*Schleyer*) Rn. 15; BVerfG v. 15.2.2006 – 1 BvR 257/05 (*Luftsicherheitsgesetz*) Rn. 138.

<sup>79</sup> Zutreffend Alexy, *Theorie der Grundrechte* (8. Aufl., Suhrkamp 1986) 427, m.w.N.; Epping, *Grundrechte* (8. Aufl., Beck, 2019) Rn. 128 ff.

<sup>80</sup> Siehe auch Kahl/Gärditz, *Umweltrecht*, (11. Aufl., Beck 2019) § 3, Rn. 21.

<sup>81</sup> BVerfG v. 18.2.2010 – 2 BvR 2502/08 (*Apokalypse vor dem BVerfG*) Rn. 12.

<sup>82</sup> BVerfG v. 19.12.1985 – 7 C 65.82 (*Atomkraft*) Rn. 29.

bereits durch ein Besorgnispotenzial<sup>83</sup> eingeschränkt sein kann, wenn ohne Erfüllung der Schutzpflicht ein besonders hohes Schadensausmaß in Rede steht. Daraus lässt sich der allgemeine Maßstab gewinnen, dass immer dann, wenn Gefahren und Risiken mit Schadenspotenzialen besonders hohen Ausmaßes in Rede stehen, eine bestehende Schutzpflicht prinzipiell „bestmögliche Gefahren- und Risikovorsorge“ verlangt.

*bb) Verbot von Reserveantibiotika in der Tierhaltung vom Untermaßverbot erfasst*

Dieser allgemeine Maßstab lässt sich auch auf den vorliegenden Fall übertragen. Ein Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers kommt zwar prinzipiell auch bei der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG in Betracht. Freilich reicht dieser aber nur so weit, wie nicht das Untermaßverbot verletzt ist.

Nach der Evidenzformel wäre dies vorliegend dann der Fall, wenn der Staat entweder gar keine Schutzvorkehrungen bezüglich der Bekämpfung von ABR getroffen hat oder die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offenkundig gänzlich ungeeignet oder völlig unzureichend sind. Dies ist wohl zu verneinen, da der europäische Gesetzgeber eine Reihe an Maßnahmen getroffen hat, um die Bildung von ABR zu bekämpfen, etwa das Verbot des routinemäßigen Einsatzes oder des Einsatzes als Wachstumsförderer von Antibiotika (siehe oben, I. 1.). Sie sind – zumindest in Bezug auf den generellen Einsatz von Antibiotika – auch möglicherweise als grundsätzlich geeignet anzusehen.

Etwas anderes könnte jedoch für den Einsatz von Reserveantibiotika gelten. Während die getroffenen unionsrechtlichen Maßnahmen freilich auch für Reserveantibiotika gelten, könnten sie diesbezüglich unzureichend sein und damit gegen das Untermaßverbot verstoßen.<sup>84</sup> Eine solche Betrachtung ergibt sich aus

---

<sup>83</sup> BVerfG v. 18.2.2010 – 2 BvR 2502/08 (*Apokalypse vor dem BVerfG*) Rn. 12.

<sup>84</sup> Die zuständige deutsche Bundesbehörde Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (BVL) schreibt: „Der Anteil resistenter *E.-coli*-Isolate lag bei Proben aus dem Blinddarminhalt von Mastkälbern und Jungrindern bei 47 %, in Tankmilch bei 18,4 % und in frischem Rindfleisch bei 20,3 %. In Bezug auf Cephalosporine der dritten Generation waren die *E.-coli*-Isolate aus Tankmilch häufiger resistent als die Isolate von Mastkälbern und Jungrindern sowie aus Rindfleisch, was mit dem häufigen Einsatz von Cephalosporinen bei Milchrindern mit Euterentzündung (Mastitis) in Zusammenhang stehen könnte. (...)Die Ergebnisse verdeutlichen, dass die Anstrengungen, den Antibiotikaeinsatz durch Verbesserungen der Tiergesundheit zu senken, weiter verstärkt werden müssen, um auf diesem Wege eine Reduktion der Resistenzraten zu erreichen. Ein Schwerpunkt hierbei sollte die Reduktion des Einsatzes kritischer Antibiotika sein, insbesondere jener von der WHO als „Highest Priority Critically Important Antimicrobials“ (HPCIA) klassifizierten Substanzen.“ Pressemitteilung des BVL vom 19.11.2020, abrufbar unter [https://www.bvl.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/01\\_lebensmittel/2020/2020\\_11\\_18\\_PI\\_Zoonosen\\_Monitoring\\_2019.html?nn=11019972](https://www.bvl.bund.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/01_lebensmittel/2020/2020_11_18_PI_Zoonosen_Monitoring_2019.html?nn=11019972).

dem soeben angeführten, aus dem technischen Sicherheitsrecht abgeleiteten Maßstab, dass die verfassungsrechtliche Gebotenheit bestimmter staatlicher Schutzmaßnahmen vom jeweiligen Gefahr- und Risikopotenzial abhängig ist: Je größer das Gefahr- und Risikopotenzial für das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG, desto niedriger liegt die Schwelle der Wahrscheinlichkeit für die Prognose eines Schadenseintritts, bei deren Überschreitung wirksame staatliche Schutzmaßnahmen geboten sind. Damit hängt die Frage, ob das Untermaßverbot hier unterschritten wird, davon ab, wie schwer das in Rede stehende Rechtsgut, also die Tragfähigkeit des Gesundheitssystems, wiegt und wie groß die drohende Gefahr für dieses Rechtsgut ist.

Vorab lohnt sich ein Blick auf den Umgang des Staates und der Rechtspraxis mit der Covid-19-Pandemie (im Folgenden „Pandemie“). Denn über das Jahr 2020 hat sich sowohl gezeigt, welche Bedeutung der Tragfähigkeit des Gesundheitssystems zuzumessen ist, als auch, wie groß die Gefahr für dieses Rechtsgut sein muss, damit beinahe einhellig eine Begrenzung des Einschätzungs- und Gestaltungsspielraums angenommen wird (1). Im Anschluss wird erörtert, dass die hier in Rede stehende Gefahr von ähnlichem Ausmaß ist, sodass sich ein Verstoß gegen das Untermaßverbot ergibt (2).

*(1) Bedeutung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems: Erfahrungen aus der Pandemie*

Die Bedeutung eines funktionsfähigen Gesundheitssystems ist über das Jahr 2020 hinweg in der Pandemie erkennbar geworden. Die Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen Gesundheitssystems wurde schon im Frühjahr 2020 als Grund angeführt, um Grundrechtseingriffe eines in der Geschichte des Grundgesetzes wohl ungeahnten Ausmaßes zu rechtfertigen.<sup>85</sup> Die Gerichte erklärten in Eilverfahren diese massenhaften Grundrechtseingriffe im Angesicht des drohenden Kollapses

---

<sup>85</sup> Vgl. Heinig/Kinggreen/Lepsius/Möllers/Volkman/Wißmann, Why Constitution Matters – Verfassungswissenschaften in der Corona-Krise, 75(18) JZ (2020) 861, 863 f. mit einer Auflistung der eingeschränkten Verfassungsgüter: „Sie reichen von den zeitweilig buchstäblich aufgehobenen Freiheitsbetätigungen im Bereich klassischer Grundrechte (Versammlungsfreiheit, Religionsfreiheit, Freiheit der persönlichen Entfaltung, Freizügigkeit) über die „normativen“ Gewährleistungen von Beruf und Eigentum, die durch die massenweise Untersagung oder Erschwerung gewerblicher Tätigkeiten beeinträchtigt wurden, bis hin zu den reihenweisen Verschlechterungen im Schutzbereich von Gesundheit und Leben durch das Verbot medizinischer Behandlungen im großen Stil, etwa durch den Wegfall von geplanten OPs, Rehabilitationsmaßnahmen und die eingeschränkte Versorgung von Alten und Behinderten. Hinzu kamen erhebliche Einschränkungen in gesetzlichen Rechten im Bereich von Bildung und Erziehung, die der Staat nicht zuletzt zur Verbesserung der Geschlechtergerechtigkeit in den letzten Jahren planmäßig an sich gezogen hatte. Die radikale Vollbremsung aller gesellschaftlichen Tätigkeit wurde dabei mit einer ökonomischen Belastung verbunden, die schon nach wenigen Wochen kriegsartige Wendungen vom notwendigen „Wiederaufbau Europas“ und entsprechende Verschuldungsprogramme nach sich zog.“

der Gesundheitsversorgung für grundsätzlich gerechtfertigt.<sup>86</sup> Dies wurde mit der überragenden Bedeutung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems begründet.<sup>87</sup> Aus der rechtswissenschaftlichen Literatur wurden diese gerichtlichen Entscheidungen zwar teilweise im Hinblick auf eine möglicherweise mangelnde gesetzliche Grundlage sowie undurchsichtige Abwägungsprozesse kritisiert.<sup>88</sup> Die überragende Bedeutung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems sowie die Notwendigkeit, diese aufrecht zu erhalten, wurde jedoch – beinahe durchweg – mit ganz überwiegender Mehrheit auch in der Literatur erkannt und betont.<sup>89</sup>

Zwar ergibt sich aus der Tatsache, dass das Ziel, die Gesundheitsversorgung aufrecht zu erhalten, Eingriffe in andere Grundrechte rechtfertigen kann, noch nicht, dass auch eine verfassungsrechtliche Verpflichtung gerade zu bestimmten Maßnahmen besteht. Allerdings verdeutlicht sie doch die grundsätzlich überragende Bedeutung eines funktionsfähigen Systems der Gesundheitsversorgung.

Darüber hinaus zeigt die Rechtspraxis im „Pandemiejahr“ auch, dass das von der Pandemie ausgehende Gefahr- und Risikopotenzial für die Tragfähigkeit des Gesundheitssystems so hoch war, dass es prinzipiell – aufgrund des verfassungsrechtlichen Untermaßverbots – geboten war, die bestmögliche Gefahr- und Risikovorsorge zu betreiben. Diese Verpflichtung folgte eben nicht abstrakt aus dem Schutzanspruch auf Gesundheit und Leben, sondern ganz konkret aus der objektiv-rechtlichen Verpflichtung, die Tragfähigkeit des Gesundheitssystems aufrecht zu erhalten. Die Gefahr lag konkret in dem Umstand, dass bei erhöhten Infektionszahlen die Krankenhäuser schlicht nicht in der Lage gewesen wären und zum Teil auch nicht waren, allen infizierten Patienten eine Behandlung zu ermöglichen.<sup>90</sup>

Schließlich hat die Pandemie auch verdeutlicht, dass die Versäumnis der frühzeitigen Pandemiebekämpfung den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zu ei-

---

<sup>86</sup> Siehe nur OVG Berlin-Brandenburg v. 23.3.2020 – OVG 11 S 12/20; VGH München v. 30.3.2020 – 20 NE 20.632; OVG Münster v. 6.4.2020 – 13 B 398/20.NE; etwas anderes gilt wohl für die Einschränkung der Versammlungsfreiheit, die nach Ansicht einiger Gerichte nicht gerechtfertigt war, vgl. VG Hamburg v. 16.4.2020 – 17 E 1648/20.

<sup>87</sup> Etwa OVG Münster v. 6.4.2020 – 13 B 398/20.NE, Rn. 63 f.; OVG Berlin-Brandenburg v. 23.3.2020 – OVG 11 S 12/20, Rn. 10.

<sup>88</sup> So auch Why Constitution Matters (Fn. 85); eine ausführliche Übersicht über die kritischen Stimmen bietet Hase, Corona-Krise und Verfassungsdiskurs, 75(14) JZ (2020) 697.

<sup>89</sup> Sogar die äußerst kritischen Autoren von Why Constitution Matters (Fn 85) bestätigen die Bedeutung eines funktionsfähigen Gesundheitssystems und die Notwendigkeit, seine Funktionsfähigkeit zu erhalten. Viel kritischer sehen sie Argumentationen, die jeden einzelnen Corona-Tod als Grundrechtsverletzung machen und sich dabei auf die subjektiv-rechtliche Dimension von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG stützen. Darum geht es hier aber nicht.

<sup>90</sup> Vgl. etwa die Berichte aus Italien zu Beginn der Pandemie im März 2020: Tagesschau, Italien beklagt mehr als 10.000 Tote, [tagesschau.de](https://www.tagesschau.de/ausland/spanien-italien-corona-101.html) (28.03.2020) abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/ausland/spanien-italien-corona-101.html>.

nem späteren Zeitpunkt so sehr verengen kann, dass die Schutzpflicht dann in der Tat nur noch durch stark einschneidende Grundrechtseingriffe, wie den sog. „Lockdown“ wahrgenommen werden kann. Frühzeitiges Handeln kann damit als deutlich eingriffsmilder daherkommen als nur reagierendes Verhalten auf bereits eingetretene Verletzungen des Schutzguts, da es insgesamt weniger starke Grundrechtseingriffe zur Folge hat.

Damit stellt die Pandemie ein praktisches Beispiel für die Begründung des oben entwickelten Maßstabs dar: Wo Gefahren und Risiken mit Schadenspotenzialen besonders hohen Ausmaßes in Rede stehen, verlangt eine bestehende Schutzpflicht prinzipiell die „bestmögliche Gefahren- und Risikovorsorge“ (soeben IV. 3. b) aa)).

### *(2) Die Entstehung von Resistenzen gegen Reserveantibiotika als vergleichbare Gefahr*

Die Zunahme von gegen Reserveantibiotika resistenten Keimen und der Übertragung auf den Menschen stellt eine der Pandemie vergleichbare Gefahrenlage dar. Da es sich um dasselbe Schutzgut, die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems, handelt, steht hier ebenfalls ein Schutzgut von überragender Bedeutung zur Rede. Darüber hinaus ist der Grad des Gefahren- und Risikopotenzials ein ähnlicher. Denn sollten die betreffenden Reserveantibiotika ihre Wirksamkeit verlieren, droht dem Gesundheitssystem eine Lage, in der es eine signifikante Anzahl erkrankter Patienten nicht mehr wird behandeln können. Ganz ähnlich der Pandemie droht ein Gesundheitssystem, das seiner hauptsächlichen Funktion nicht mehr nachkommen kann, nämlich Therapiemöglichkeiten für Erkrankte anzubieten.

Die Dringlichkeit eines staatlichen Tätigwerdens ist ebenfalls vergleichbar: Experten schätzen, dass schon viele Antibiotika ihre Wirksamkeit in wenigen Jahren gänzlich verloren haben werden.<sup>91</sup> Überdies ist zu beachten, dass die in Rede stehenden Maßnahmen hier als deutlich eingriffsmilder als die in der Pandemie ergangenen Maßnahmen einzuschätzen sind. Es geht hier nicht um das pauschale Verbot *aller* Antibiotika, vielmehr sollen eben nur diejenigen Antibiotika in der Tierhaltung verboten werden, die als „highest priority critically important“ eingestuft werden. Damit geht es schlicht darum, dass der Staat sicherstellt, dass sich gegen Reserveantibiotika keine Resistenzen bilden. Während es für sonstige Antibiotika genügen kann, die Verwendung einzuschränken, verschiebt sich der oben gebildete Maßstab bezüglich der Reserveantibiotika dahingehend, dass ein

---

<sup>91</sup> Siehe hierzu etwa Antimicrobial resistance: global report on surveillance 2014, WHO abrufbar unter <https://www.who.int/drugresistance/documents/surveillancereport/en/>.

Verbot das Minimum der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG bildet.

Dies ist auf die besondere Gefahr der Entstehung von gegen Reserveantibiotika resistenten Keime für das überragend wichtige Schutzgut der Tragfähigkeit des Gesundheitssystems zurückzuführen.

*cc) Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes*

Zwar steht das Völkerrecht im Rang nicht über dem Grundgesetz (vgl. Artikel 59 Abs. 2 GG und Artikel 20 S. 1 GG). Allerdings gilt der Maßstab der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes. Dieser wird aus einer Reihe von verfassungsrechtlichen Vorschriften wie Art. 1 Abs. 2, 9 Abs. 2, 24, 25, 26, 59 Abs. 2 GG abgeleitet<sup>92</sup> und ist vom BVerfG anerkannt.<sup>93</sup> Der Grundsatz findet insbesondere Niederschlag in der völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes.<sup>94</sup> Die völkerrechtsfreundliche Auslegung wird konkret bei unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln relevant, gilt aber auch sinngemäß „für die Ausfüllung von Ermessens- und Beurteilungsspielräumen“ und die „Ebene des Verfassungsrechts.“<sup>95</sup> Damit ergibt sich nicht nur für Exekutive und Judikative, sondern auch für Legislative die Pflicht, das Völkerrecht zu respektieren.<sup>96</sup>

Deutschland ist Mitglied der WHO, die in ihren „Guidelines“ empfiehlt, den Einsatz von Reserveantibiotika in der Tierhaltung zu verbieten (siehe dazu oben, I. 2.). Bei der Beurteilung des Gesetzgebungsspielraums Deutschlands im Rahmen seiner verfassungsrechtlichen Pflicht, die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems zu schützen, ist diese Vorgabe der WHO zu berücksichtigen. Auch die Pflicht, zur völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes spricht mithin dafür, dass nur ein Verbot des Einsatzes von Reserveantibiotika das Untermaß der Schutzpflicht Deutschlands entspricht.

---

92 Reiling, Die Anwendung des Grundsatzes der Völkerrechtsfreundlichkeit auf rechtsunverbindliche internationale Standards, 78 ZaöRV (2018) 311, 316.

93 BVerfG v. 26.10.2004 – 2 BvR 955/00 (Bodenreform III) Rn. 91.

94 Siehe vertiefend Knop, Völker- und Europarechtsfreundlichkeit als Verfassungsgrundsätze (Mohr Siebeck 2013) 200 ff.

95 Reiling (Fn. 92), mit Verweis auf Schweitzer/Dederer, Staatsrecht III (11. Aufl., Beck 2016) Rn. 242, 244 und Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht (6. Aufl., Beck 2013) 170.

96 BVerfG v. 26.10.2004 – 2 BvR 955/00 (Bodenreform III) Rn. 93.

*c) Vereinbarkeit mit sonstigem Verfassungsrecht*

Die Wahrnehmung der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG ist auch mit sonstigem Verfassungsrecht vereinbar. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die Berufsfreiheit der Tiermäster und Veterinärmediziner aus Art. 12 Abs. 1 GG sowie die Eigentumsfreiheit der Pharmaunternehmer aus Art. 14 GG (siehe dazu schon oben, III. 2. b) und c)).

#### 4. Ergebnis

Die Schutzversagung des deutschen Gesetzgebers kann nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden. Dies ist insbesondere auch nicht aufgrund des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers der Fall, da die Schutzversagung in diesem Fall das Untermaßverbot verletzt. Aufgrund der herausragenden Bedeutung der in Artikel 2 Abs. 2 S. 1 GG i.V.m. Artikel 20 Abs. 1 GG geschützten Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems sowie die Dringlichkeit der drohenden Gefahr für diese Schutzgut, kann der deutsche Gesetzgeber seine Schutzpflicht nur durch ein umfassendes Verbot des Einsatzes von Reserveantibiotika in der Tierhaltung wahrnehmen.

Selbst wenn man eine Schutzpflichtverletzung des Staates hier ablehnen würde, müsste man – in Entsprechung der Rechtsprechung des BVerfG zum Klimawandel – jedoch davon ausgehen, dass eine Verletzung von Freiheitsrechten vorliegt.

Die derzeitigen Regelungen zum Einsatz von Antibiotika in der Tierhaltung sowie die grundsätzliche Erlaubnis, Reserveantibiotika in der Tierhaltung einzusetzen, führt dazu, dass zukünftige, mit Freiheitsbeschränkungen einhergehende Anstrengungen verfassungsrechtlich zu rechtfertigen sind. Es wurde oben bereits skizziert, welche Konsequenzen der Einsatz von Reserveantibiotika nach sich zieht und welche Gefährdung der menschlichen Gesundheit damit einhergeht.

Welche Freiheitseinschränkungen auferlegt werden können, wenn die Gesundheitsversorgung gefährdet ist, hat die derzeitige COVID-19-Pandemie eindrucksvoll aufgezeigt. Der Einsatz von Reserveantibiotika hat weitgehend unumkehrbare und tatsächliche Auswirkungen auf die Bildung von Antibiotikaresistenzen und dem damit einhergehenden Verlust der Wirksamkeit von bestimmten Arzneimitteln. Die oben bereits erörterte Schutzpflicht würde mit dem ungehinderten Fortschreiten der Bildung von Resistenzen nicht in Einklang zu bringen sein. Je mehr die Bildung von Antibiotikaresistenzen fortschreiten würde, desto drängender würden die verfassungsrechtlichen Anforderungen des Gesundheitsschutzes und desto gravierender könnten Grundrechtsbeeinträchtigungen in verfassungs-



rechtlich zulässiger Weise ausfallen. Die notwendigen Freiheitsbeschränkungen in der Zukunft sind bereits jetzt in der großzügigen Erlaubnis angelegt, weiter Reserveantibiotika in der Tierhaltung verwenden zu dürfen.

Maßnahmen, die aktuell unterbleiben, um Freiheit aktuell zu verschonen, müssen in Zukunft unter möglicherweise noch ungünstigeren Bedingungen ergriffen werden, und würden dann identische Freiheitsbedürfnisse- und Rechte weit drastischer beschneiden.

## **V. Fazit**

Die Gutachtenfragen lassen sich schließlich wie folgt beantworten:

- Ein Verbot des Einsatzes von Reserveantibiotika in Deutschland wäre sowohl unions- als auch verfassungsrechtlich zulässig.
- Darüber hinaus ist ein solches Verbot auch verfassungsrechtlich geboten.

Aus rechtlicher Sicht ist Deutschland damit zu einem Verbot des Einsatzes von Reserveantibiotika sowohl berechtigt als auch verpflichtet. Das Ausmaß der drohenden Gefahr für die Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems macht ein zügiges Handeln Deutschlands dringend erforderlich.

Dr. Davina Bruhn  
Rechtsanwältin