

(Grund-)Rechtsfähige Tiere?

Zum Niemandsland zwischen Privat- und Verfassungsrecht

MANUEL J. CONSTAM*

SCHLAGWÖRTER	Rechtsfähigkeit – Tierrecht – Grundrechte – Privatrecht – Würde der Kreatur
ZUSAMMENFASSUNG	Die Behandlung der Beziehung zwischen zivil- bzw. privatrechtlicher Rechtsfähigkeit und den verfassungsrechtlichen Grundrechten bildet den dogmatischen Kern dieses Beitrags. Praktisch veranschaulicht wird das Thema, indem mögliche rechtliche Konsequenzen der Verleihung verfassungsmässiger Grundrechte an Tiere untersucht werden.
RÉSUMÉ	Ce travail se focalise sur la relation entre la capacité civile active du droit civil et les droits fondamentaux de la Constitution. Les aspects pratiques de ce sujet relativement dogmatique sont illustrés par l'inclusion de réflexions sur les potentielles conséquences civiles de l'accord de droits fondamentaux constitutionnels aux animaux.
ABSTRACT	This article examines the relationship between legal capacity under private law and fundamental rights under Swiss constitutional law. The practical aspects of this rather dogmatic matter are highlighted by including reflections on the potential civil law consequences of awarding fundamental rights to animals.

I. Einleitung

Wer ist rechtsfähig? Jedermann, ist die einfache Antwort von Art. 11 Abs. 1 ZGB: «Die Persönlichkeit kommt dem Menschen als Menschen zu.»¹ Dass Tieren daher *de lege lata* keine zivilrechtliche Rechtsfähigkeit zukommt, ist wohl kaum der Erwähnung wert.² Verfassungsrechtlich sind sie auch keine Grundrechtssubjekte,³ ein Zustand, den die Literatur⁴ in einer insb. von der Basel-Städtischen Verfassungsinitiative «Grundrechte für Primaten» ange- triebenen Diskussion aufgegriffen und auch schon kri-

tisiert hat. Diese medial viel beachtete⁵ Initiative suchte, § 11 Abs. 2 der Kantonsverfassung von Basel-Stadt⁶ mit dem Passus: «Diese Verfassung gewährleistet überdies: [...] [neu:] c. Das Recht von nichtmenschlichen Primaten auf Leben und auf geistige und körperliche Unversehrtheit» zu ergänzen.⁷ Die Vorlage wurde am 13. Februar 2022 von der Basel-Städtischen Bevölkerung mit 74,74% der Stimmen abgelehnt,⁸ bildete aber schon im Vorfeld der Abstimmung Gegenstand einer bundesgerichtlichen

* MANUEL J. CONSTAM, BLaw HSG, ist Anwaltspraktikant bei Niederer Kraft Frey AG in Zürich. Dieser Beitrag ist lizenziert unter Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND. DOI dieses Artikels: 10.3256/978-3-03929-059-8_03.

¹ ZK ZGB-EGGER, Art. 11 N 3.

² Vgl. BSK ZGB-FANKHAUSER, Vor Art. 11–21, N 4; PETER V. KUNZ, Tierrecht der Schweiz, Basel 2023, § 8 N 15 (zit. Tierrecht); OFK ZGB-SCHWANDER, Art. 11 N 2.

³ Vgl. dazu nur KUNZ, Tierrecht (Fn. 2), § 4 N 39.

⁴ Grundlegend SASKIA STUCKI, Grundrechte für Tiere, Eine Kritik des geltenden Tierschutzrechts und rechtstheoretische Grundlegung von Tierrechten im Rahmen einer Neupositionierung des Tiers als Rechtssubjekt, Baden-Baden 2016, 173 ff. (zit. Grundrechte); vgl. auch BSK ZGB-FANKHAUSER, Vor Art. 11–21, N 4; SGK BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10 N 18.

⁵ S. aus der auch grenzüberschreitenden medialen Berichterstattung z.B. FLURIN CLALÜNA/ALINE WANNER, Sollen wir Patric wie einen Menschen behandeln?, NZZ vom 2. Juli 2021, <https://www.nzz.ch/folio/sollen-wir-patric-menschenrechte-geben-ld.1631846>, abgerufen am 30. März 2024; KATHARINA FONTANA, «Warum soll die Grenze zwischen Mensch und Tier sakrosankt sein?», NZZ vom 31. Januar 2022, <https://www.nzz.ch/schweiz/grundrechte-fuer-affen-natuerlich-sagt-der-tierrechtler-ld.1666834>, abgerufen am 30. März 2024; JOHANNES RITTER, Grundrechte auch für Schimpansen?, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 11. Februar 2022, <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/tiere/abstimmung-in-der-schweiz-grundrechte-fuer-primaten-17794763.html>, abgerufen am 30. März 2024.

⁶ Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 23. März 2005 (KV-BS; SG 111.100).

⁷ BGer 1C_105/2019 (16. September 2020), Sachverhalt, A. Der Entscheid wurde später als BGE 147 I 183 publiziert.

⁸ <https://www.staatskanzlei.bs.ch/nm/2022-schlussresultat-der-eidgenoessischen-und-kantonalen-abstimmung-vom-13-februar-2022-stk.html>, abgerufen am 30. März 2024.

Überprüfung auf ihre Konformität mit der Bundesverfassung.^{9, 10} Nach Auffassung des Bundesgerichts wäre eine Ausdehnung kantonaler Grundrechte auf neue Träger wie etwa Primaten bundesrechtlich zwar zulässig,¹¹ eine Erweiterung des Kreises der bundeszivilrechtlich Rechtsfähigen nach Art. 11 Abs. 1 ZGB damit aber ausgeschlossen.¹²

Wie sähe jedoch die Rechtslage aus, wenn eine Bestimmung ähnlichen Wortlauts – allenfalls nicht bloss auf Primaten beschränkt – im Verfahren der Teilrevision (Art. 139 BV) in die *Bundesverfassung* aufgenommen würde? Würden verfassungsmässige Grundrechte für Tiere auch automatisch deren zivilrechtliche Rechtsfähigkeit begründen?¹³ Oder müssten Tiere zuerst rechtsfähig sein, um überhaupt Grundrechtsträger zu werden? Eigentlicher Zweck der Behandlung dieser Anwendungsfrage des Verhältnisses zwischen verfassungsmässiger Freiheits- und Würdegarantie und der bundesprivatrechtlichen, personenrechtlichen Rechtsfähigkeit i.S.v. Art. 11 ZGB wird aber vor allem, wie schon im Titel angekündigt, das Betreten des «Niemandlandes» zwischen öffentlichem und privatem Recht sein.

Ausgangspunkt der vorliegenden Überlegungen bildet ein hypothetischer «Art. 10b BV»,¹⁴ mit folgendem Wortlaut: «*Jedes Tier hat das Recht auf Leben und auf geistige und körperliche Unversehrtheit.*» In einem ersten Schritt werden Auffassungen zum Verhältnis zwischen Rechtsfähigkeit und Verfassungsrecht dargestellt und für eine dieser Stellung genommen. In einem zweiten Schritt wird sodann geprüft, ob die Aufnahme eines solchen «Art. 10b BV» nicht auch zur automatischen Anerkennung der Rechtsfähigkeit für Tiere führen müsste.

⁹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

¹⁰ BGer 1C_105/2019 (16. September 2020).

¹¹ BGer 1C_105/2019 (16. September 2020), E. 10.

¹² BGer 1C_105/2019 (16. September 2020), E. 8.2.

¹³ Zur hier bewusst nicht aufgegriffenen philosophischen Debatte zu dieser Möglichkeit vgl. nur KUNZ, Tierrecht (Fn. 2), § 4 N 43 ff. Es sei hier angemerkt, dass sich dieser Beitrag nicht mit dem sehr politisch-normativen Thema der Frage der tierlichen Person befassen wird, sondern thematisch eher rechtssystematisch bleibt.

¹⁴ Aus (ästhetisch-)systematischer Sicht wäre die Einordnung als Art. 10a BV vielleicht sinnvoller, seit der Volksabstimmung vom 7. März 2021 ist diese Stelle der BV aber bekanntlich anderweitig belegt.

II. Rechtsfähigkeit und Verfassungsrecht

A. Fragestellung

Art. 11 Abs. 1 ZGB ist in seiner ganzen Einfachheit die Rechtsgrundlage der *Persönlichkeit*, womit die Fähigkeit untrennbar verbunden ist, Rechtsinhaber und -träger zu sein und über diese Rechte zu verfügen.¹⁵ Die Rechtsfähigkeit bildet damit gewissermassen die Voraussetzung, um Rechtssubjekt zu sein,¹⁶ und ist daher mehr *Fähigkeit* als Individualrecht.¹⁷ Überhaupt ist sie die «*condition fondamentale pour la participation de la personne humaine à la vie juridique*»,¹⁸ wie schon von JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI'S Aphorismus hübsch zusammengefasst: «*Kein Recht ohne eine Person, der es zukommt, die es gelten [sic] zu machen berechtigt ist. Keine Person ohne Recht.*»¹⁹ Rechtsfähigkeit und Rechtspersönlichkeit sind also auch gesetzgebundene Begriffe: Das Gesetz bestimmt letztlich, wem die Personenqualität und die damit verknüpfte Rechtsfähigkeit zukommen.²⁰

Fraglich ist im vorliegenden Abschnitt, ob die Einführung eines Grundrechts für Tiere den Gesetzgeber aus einem nicht erst moralischen, sondern schon rein *rechtstechnischen Imperativ*²¹ diesen neuen Grundrechtssubjekten zivile Rechtsfähigkeit verleihen würde. Würde

¹⁵ ZK ZGB-EGGER, Art. 11 N 4; s. auch CHK ZGB-BREIT-SCHMID, Art. 11 ZGB N 2; BSK ZGB-FANKHAUSER, Art. 11 N 2 f.; HEINZ HAUSHEER/REGINA AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2020, N 02.01; CR CC-MANAÏ, Art. 11 N 3.

¹⁶ BK ZGB-UCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 11 N 8; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 15), N 02.02; OFK ZGB-SCHWANDER, Art. 11 N 1.

¹⁷ BK ZGB-UCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 11 N 8; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 15), N 02.06; CR CC-MANAÏ, Art. 11 N 6.

¹⁸ CR CC-MANAÏ, Art. 11 N 3.

¹⁹ JOHANN CASPAR BLUNTSCHLI, Gesammelte kleine Schriften, 1. Bd., Aufsätze über Recht und Staat, Nördlingen 1879, 49.

²⁰ Vgl. BK-UCHER/AEBI-MÜLLER, Einleitung zum Personenrecht, N 1; BSK ZGB-FANKHAUSER, Vor Art. 11–21, N 2; zur Geschichte dieser Auffassung s. ZK ZGB-EGGER, Art. 11 N 1 f.; BIRGIT CHRISTENSEN, Person oder Würde des Tieres?, in: Christoph Ammann/Birgit Christensen/Lorenz Engi/Margot Michel (Hrsg.), Würde der Kreatur, Ethische und rechtliche Beiträge zu einem umstrittenen Konzept, Zürich 2015, 93 ff., 97 ff. Insofern sind auch Anstalten und Personenverbände rechtsfähig, und die dazu einschlägigen Bestimmungen werden auf sie sinngemäss angewendet (Art. 53 ZGB), dies obgleich juristische Personen reine Zweckschöpfungen sind (vgl. BSK ZGB-REITZE, Vor Art. 52–59, N 3). Folglich könnte im Prinzip auch Tieren die Rechtsfähigkeit zuerkannt werden, vgl. LAURENT FREIBURGHANUS, Notwehr für Igel, Zürich/Basel/Genf 2022, N 45.

²¹ Vgl. zu dieser Unterscheidung ähnlich CAROLIN RASPÉ, Tiere im Recht, in: Friedrich Jaeger (Hrsg.), Menschen und

das Grundrecht bloss deshalb, weil es eben ein Grundrecht ist, die Rechtssubjektivität von Tieren automatisch miteinführen? Die Problematik kann aber auch aus der entgegengesetzten Richtung betrachtet werden: Wird Rechtsfähigkeit nicht schon vorausgesetzt, um überhaupt Rechtsträger zu sein? Ist es rechtstechnisch möglich, subjektive Verfassungsrechte ohne zivilrechtliches Gegenstück zu erlassen?

B. Die Beziehung zwischen öffentlichen Grundrechten und privaten Persönlichkeitsrechten

1. Parallelstruktur ...

Die Frage der Beziehung zwischen öffentlichen Grundrechten und privaten Persönlichkeitsrechten – unter welche die Rechtsfähigkeit zu subsumieren ist²² – als völliges Niemandsland zu bezeichnen, ist wohl etwas überspitzt, wird es doch recht häufig von Vertreterinnen und Vertretern beider Rechtsgebiete betreten, wie ein Blick in die Literatur zeigt.²³ Wie dieses Verhältnis aber gerade in Bezug auf die Persönlichkeitsrechte wirklich aussieht, ist man sich im Einzelnen durchaus uneins.

Tiere, Grundlagen und Herausforderungen der Human-Animal-Studies, Berlin 2020, 153 ff., 161.

²² Vgl. zur Rechtspersönlichkeit als Teil der Persönlichkeit im juristischen Sinn nur ZK ZGB-EGGER, Art. 11 N 3.

²³ Beiträge u.a. bei AUGUST EGGER, Die Freiheitsidee im Schweizerischen Zivilrecht, in: Juristische Fakultäten der schweizerischen Universitäten (Hrsg.), Die Freiheit des Bürgers im Schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, 297 ff.; FRANK VISCHER, Der Antagonismus zwischen Freiheits- und Sicherheitsstreben im heutigen Privatrecht, in: Corinne Widmer Lüchinger/Thomas Geiser/Thomas Sutter-Somm (Hrsg.), Recht im Wandel, Ausgewählte Schriften von FRANK VISCHER zu seinem 90. Geburtstag, 541 ff., 548 ff.; TARKAN GÖKSU, Drittwirkung der Grundrechte im Bereich des Persönlichkeitsschutzes, SJZ 2002, 89 ff.; JEAN-MICHEL GROSSEN, La Protection de la personnalité en droit privé, Quelques problèmes actuels, ZSR 1960 II, 1 ff.; JÖRG PAUL MÜLLER, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Diss. Bern 1964, 153 ff. (zit. Persönlichkeitsschutz); KARL OFTINGER, Über den Zusammenhang von Privatrecht und Staatsstruktur, Ein Hinweis, SJZ 1941, 225 ff. und 241 ff.; AUGUST SIMONIUS, Die Persönlichkeitsrechte des Privatrechts in ihrem Verhältnis zu den öffentlichen Freiheitsrechten, in: Juristische Fakultäten der schweizerischen Universitäten (Hrsg.), Die Freiheit des Bürgers im Schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, 281 ff. (zit. Persönlichkeitsrechte); KASPAR WESPI, Die Drittwirkung der Grundrechte, Diss. Zürich 1968, 43 ff.; s. auch REGINA KIENER, Das Recht auf Anerkennung als Rechtsperson, ZSR 2015 I, 429 ff.

Nach traditioneller Auffassung – vor allem noch unter dem Regime der Bundesverfassung von 1874 vorherrschend – sind private und öffentliche (Grund-)Rechte klar zu trennen,²⁴ ein Ergebnis insb. des klassisch liberalen Verständnisses der Grundrechte als reine Abwehrrechte gegenüber dem Staat.²⁵ Betont wird dabei aber auch immer wieder der *offenkundige Parallelismus* zwischen öffentlichen und privaten Rechten, der der einheitlichen Konzeption der Rechtsordnung zu verdanken ist.²⁶ Beide sind gleichwertige Ausprägungen der gleichen Ordnung, sie vervollständigen sich gegenseitig,²⁷ «es ist unmöglich, daß sich das eine [Rechtsgebiet] verändert, ohne daß dies sofort beim andern Wirkungen zeitigt».²⁸

AUGUST EGGER zieht aus der Trennung der öffentlichen und privaten Rechtsbereiche den Schluss, dass damit die

²⁴ So bspw. JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Paris/Neuenburg 1967, N 1742 ff.; WOLFHART F. BÜRGI, Wesen und Entwicklung der Persönlichkeitsrechte nach schweizerischem Privatrecht, ZSR 1947 I, 1 ff., 3; AUGUST SIMONIUS, Les droits de la personnalité, ZSR 1946 I, 21 ff., 25 (zit. Droits): «Les droits de la personnalité, accordés par le droit privé et représentant des rapports avec d'autres individus, se distinguent des droits individuels contre l'État, prévus dans les lois constitutionnelles»; im Grundsatz ähnlich auch ZK ZGB-EGGER, Art. 11 N 10.

²⁵ So grundlegend GEORG JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg i.Br. 1892, 90 ff.; s. auch FRITZ FLEINER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Tübingen 1923, 318: «Die Freiheitsrechte enthalten deshalb nichts anderes als eine Negation einer staatlichen Zuständigkeit»; ANDREAS AUER, *Freiheitsrechte im Dreiecksverhältnis zwischen Staat, Gesellschaft und Individuum, Ansätze zu einer «kommunitaristischen» Freiheitslehre*, ZBl 1993, 2 ff., 8; ähnlicher Auffassung in älterer Rechtsprechung auch das Bundesgericht, vgl. BGE 2 178, 181, E. 4; vgl. insb. zur Handels- und Gewerbe-freiheit BGE 21 153, 163, E. 5; 24 II 714, 718, E. 4; 45 I 119, 133, E. 6; 52 II 370, 384, E. 5; zur Pressefreiheit BGE 80 II 26, 41, E. 6.a. S. zum ganzen Thema auch ULRICH HÄFELIN et al., *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, N 258; PETER SALADIN, *Grundrechte im Wandel, Die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt*, 3. Aufl., Bern 1982, 292.

²⁶ Als einer der Ersten ZK ZGB-EGGER, Art. 11 N 10; sehr lesenswert OFTINGER (Fn. 23), 228 f.; s. sodann auch ZK ZGB-ARNOLD, Vorbem. zu Art. 5–6 N 45 ff.; BÜRGI (Fn. 24), 3; VISCHER (Fn. 23), 549; WERNER KÄGI, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Untersuchung über die Entwicklungstendenzen im modernen Verfassungsrecht*, Diss. Zürich 1945, Wädenswil 1945, 43; SIMONIUS, Droits (Fn. 24), 25; SIMONIUS, Persönlichkeitsrechte (Fn. 23), 281 f.; vgl. auch GROSSEN (Fn. 23), 14; MÜLLER, Persönlichkeitsschutz (Fn. 23), 152.

²⁷ Vgl. nur ZK ZGB-ARNOLD, Vorbem. zu Art. 5–6 N 47.

²⁸ So OFTINGER (Fn. 23), 245, der als Beispiel auf die damalige Wirtschafts- und Kriegsgesetzgebung verweist, die beide Rechtsbereiche signifikant beeinflusste.

zivile Rechtsfähigkeit bloss eine bleibe, die aber auch für das öffentliche Recht grundlegend sei.²⁹ Im Sinne des Parallelismus und der beidseitigen Vervollständigung der zwei Rechtsbereiche ist die zivilrechtliche Rechtsfähigkeit nach dieser Auffassung die Voraussetzung der Ausübung öffentlicher Rechte.³⁰ Der Art. 11 ZGB wäre folglich schon an sich als eine Art *zivilrechtliche Grundrechtsnorm* aufzufassen,³¹ da er genau dieses «*right to have rights*» positiviert, das schon von HANNAH ARENDT thematisiert wurde³² und das auch im tierrechtlichen Diskurs immer wieder aufgegriffen wird – meist in Abgrenzung zum «blossen» *Tierschutz*.³³ Denn wer keine zivile Rechtsfähigkeit hat, ist nicht Rechtssubjekt, sondern blosses Objekt: pflicht- und rechtlos.³⁴ Nicht anders ist der Zustand des Sklaven,³⁵ zu dem verschiedene Tierrechtsverfechter das

Tier als Rechtsobjekt auch verglichen haben.³⁶ Wer keine Person im Rechtssinn ist, ist «bürgerlich tot»,³⁷ weshalb die Rechtsfähigkeit als Voraussetzung für die Trägerschaft aller anderen (Grund-)Rechte gilt³⁸ – damit wird die zivilrechtliche Rechtsfähigkeit zur *Grundvoraussetzung des rechtlichen Seins* schlechthin.

2. ... oder Unterordnung der privaten Rechte unter das öffentliche Recht?

Man kann die Sache aber auch von der entgegengesetzten Seite sehen: Ist das Privatrecht nicht eher dem öffentlichen Recht *subordiniert*? Wäre dies der Fall, würde das für die durch einen «Art. 10b BV» geschützten Tiere möglicherweise weitreichende (rechtliche) Konsequenzen haben.

Wohl ist dieser Auffassung den Vorzug zu schenken – eine für manche Privatrechtler (und auch mich) etwas trostlose Einsicht. Geboten wird sie aber, i.A.a. JEAN-NICOLAS DRUEY (selbst ein Privatrechtler), sowohl aus formeller als auch aus materieller Sicht. Der Vorrang des Verfassungsrechts gegenüber dem Privatrecht zeigt sich schon nur an der *formellen* Hierarchie der Erlassformen: «*Die privatrechtlichen Normen haben bloss Gesetzesrang,*

can happen in many other situations), but that it excluded a certain category of people even from the possibility of fighting for freedom – a fight possible under tyranny, and even under the desperate conditions of modern terror (but not under any conditions of concentration-camp life).»

²⁹ So offensichtlich ZK ZGB-EGGER, Art. 11 N 5: «*Die Rechtsfähigkeit des Art. 11 ist, wie die welschen Texte ausdrücklich bestimmen, nur die zivilrechtliche*» (Hervorhebung im Original).

³⁰ Vgl. bereits SIMONIUS, Persönlichkeitsrechte (Fn. 23), 285: «*Bestimmt das ZGB, dass jedermann rechtsfähig ist, heisst das, dass die öffentlichen Freiheitsrechte auch jedermann zustehen*»; gl.M. PETER HÄNNI/EVA MARIA BELSER, Die Rechte der Kinder, Zu den Grundrechten Minderjähriger und der Schwierigkeit ihrer rechtlichen Durchsetzung, AJP 1998, 139 ff., 140; LAURA BUCHER, Die Rechtsstellung der Jugendlichen im öffentlichen Recht, Zürich/Basel/Genf 2013, 51; CATHERINE STRUNZ, Die Rechtsstellung des Tieres, insbesondere im Zivilprozess, Zürich 2002, 124; offenbar auch WYTENBACH, in: Olivier Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2020 (zit. BEARBEITER, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler), V.9 N 14; so auch KUNZ, Tierrecht (Fn. 2), § 4 N 39, der den Tieren die Grundrechtsträgerschaft *de lege lata* mangels Rechtsfähigkeit abspricht.

³¹ Vgl. OFK ZGB-SCHWANDER, Art. 11 N 4.

³² HANNAH ARENDT, The Origins of Totalitarianism, 4. A., San Diego/New York/London 1973, 296; Ausgangspunkt ihrer Überlegung waren die völlig rechtlosen staatenlosen Flüchtlinge des Nationalsozialismus und des Zweiten Weltkriegs, zu denen auch sie gehörte.

³³ Vgl. u.a. RAFFAEL N. FASEL/SEAN C. BUTLER, The Dawn of European Animal Rights Law, GJAL 2020, 1 ff., 2; GARY L. FRANCIONE, Animals as Persons, Essays on the Abolition of Animal Exploitation, New York 2008, 61; ANNE PETERS, Rights of Human and Non-Human Animals: Complementing the Universal Declaration of Human Rights, AJIL Unbound 2018, 355 ff., 356; SASKIA STUCKI, Rechtstheoretische Reflexionen zur Begründung eines tierlichen Rechtssubjekts, in: Margot Michel/Daniela Kühne/Julia Hänni (Hrsg.), Animal Law – Tier und Recht, Entwicklungen und Perspektiven im 21. Jahrhundert, Zürich/St. Gallen/Berlin, 2012, 143 ff. (zit. Reflexionen); STEVEN M. WISE, Rattling the Cage, Towards Legal Rights for Animals, London 2001, 4 (zit. Cage).

³⁴ Vgl. BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 11 N 43; KIENER (Fn. 23), 447.

³⁵ Vgl. ARENDT (Fn. 32), 297: «*Slavery's fundamental offense against human rights was not that it took liberty away (which*

³⁶ So bspw. FRANCIONE (Fn. 33), 61; JEFFREY S. KERR et al., A Slave by Any Other Name is Still a Slave: The *Tilikum* Case and Application of the Thirteenth Amendment to Nonhuman Animals, Animal Law Review 2013, 221 ff.; STUCKI, Reflexionen (Fn. 33), 149; STEVEN M. WISE, An Argument for the Basic Legal Rights of Farmed Animals, Mich. L. Rev. First Impressions 2008, 133 ff., 133 (zit. Argument); STEVEN M. WISE, Nonhuman Rights to Personhood, Pace Environmental Law Review 2013, 1278 ff., 1280; ähnlich auch MARK ROWLANDS, Can Animals Be Persons?, Oxford 2019, 6; zum Tier als Objekt der Rechtsordnung vgl. PETER V. KUNZ, Tieradäquate Auslegung als methodische Erweiterung, ZBJV 2021, 327 ff.

³⁷ BARDO FASSBENDER, Die Garantie der Rechtspersönlichkeit des Menschen in den internationalen Menschenrechtsverträgen, in: Eckart Klein/Christoph Menke (Hrsg.), Der Mensch als Person und Rechtsperson, Grundlage der Freiheit, Berlin 2011, 121 ff., 134; vgl. auch KIENER (Fn. 23), 446; STUCKI, Grundrechte (Fn. 4), 366.

³⁸ BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 11 N 2 und 8; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 15), N 02.02; CR CC-MANAÏ, Art. 11 N 3; OFK ZGB-SCHWANDER, Art. 11 N 1; STUCKI, Grundrechte (Fn. 4), 366; WISE, Cage (Fn. 33), 4; vgl. auch aus der öffentlich-rechtlichen Literatur REGINA KIENER/WALTER KÄLIN/JUDITH WYTENBACH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, § 10 N 14.

sie müssen sich auf die Verfassung stützen und sich in deren Rahmen einfügen.»³⁹

Auch die materielle Funktion des öffentlichen Rechts als Gefäss für staats- und verfassungspolitische Grundentscheidungen muss zum gleichen Schluss führen. Nicht nur konstituiert das Verfassungsrecht die Staatsmacht überhaupt, es enthält auch die massgeblichen Werte, «die auf einem breiten Konsens der Rechtsgemeinschaft beruhen und vor allem in den sog. Verfassungsprinzipien, aber auch in den national und völkerrechtlich verbürgten Grundrechten zum Ausdruck kommen».⁴⁰ Überhaupt genießt das Verfassungsrecht stets materiellrechtlichen Vorrang vor Gesetzesrecht,⁴¹ auch wenn dieses Prinzip durch das Massgeblichkeitsgebot von Art. 190 BV verfahrensrechtlich – aber nicht materiell! – durchbrochen wird.⁴² Das Privatrecht ist also auch aus dieser materiellen Perspektive durchaus dem Verfassungsrecht subordiniert.

Gerade im Bereich der Grundrechte kommt dieser Vorrang mit Art. 35 Abs. 1 BV explizit zum Ausdruck, der sich direkt auf die Privatrechtsordnung auswirkt:⁴³ Art. 35 Abs. 1 BV, der für die rechtliche und tatsächliche Verwirklichung der Grundrechte in der gesamten Rechtsordnung sorgt,⁴⁴ fordert den Gesetzgeber dazu auf, aktiv für eine grundrechtsfreundliche Rechtsordnung zu sorgen.⁴⁵ Um diesen Auftrag umzusetzen, muss er Rahmen-

bedingungen für Ausübung, Schutz⁴⁶ und Durchsetzung der grundrechtlich gewährleisteten Ansprüche und Freiheiten schaffen.⁴⁷ Dass hier selbstredend auch Spielräume für Abwägungen und Konkretisierungen bleiben, wird schon durch Art. 36 BV veranschaulicht.⁴⁸

Gerade Art. 11 ZGB kann – ja, sollte – statt als eine eigene «private» Grundrechtsnorm als blosser Verwirklichung verfassungsmässiger Rechte i.S.v. Art. 35 Abs. 1 BV auf Gesetzesstufe aufgefasst werden. Nach geltendem Zivilrecht ist im Grunde jeder Mensch rechtsfähig, weil die grundrechtliche Menschenwürde jedem Menschen zukommt: Die verfassungsrechtliche Garantie der Menschenwürde (Art. 7 BV) ist die implizite Quelle des Anspruchs auf Rechtspersönlichkeit sowie der Rechtspersönlichkeit selbst.^{49, 50} Dieser Garantie kommt, so PHILIPPE MASTRONARDI, der Charakter einer Grundsatznorm des Rechtsstaatsprinzips zu,⁵¹ sie ist Grundlage der Freiheitsrechte und vor allem der Massstab für deren Auslegung und Konkretisierung.⁵² Von ihrer Ausstrahlungswirkung ist somit auch die Auslegung der Normen

³⁹ JEAN-NICOLAS DRUEY, Privatrecht als Recht der Kommunikation, Gedanken bei Antritt eines privatrechtlichen Lehramts, SJZ 1983, 185 ff., 188. DRUEY ergänzt: «Das werden die wenigsten Privatrechtler zu akzeptieren wissen.»

⁴⁰ RENÉ RHINOW, Politische Funktionen des Rechts, ZSR 2008 I, 181 ff., 191.

⁴¹ S. dazu nur SGK BV-SCHINDLER, Art. 5 N 22.

⁴² Vgl. MARTIN E. LOOSER, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen: Eine Bestandesaufnahme unter Berücksichtigung der amerikanischen und deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit, der Geschichte der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit sowie der heutigen bundesgerichtlichen Praxis, Diss. St. Gallen 2011, Zürich/St. Gallen 2011, § 8 N 318 f.; s. auch SGK BV-LOOSER, Art. 190 N 5. Überhaupt trifft Art. 190 BV gar keine Aussage zur Normenhierarchie, vgl. BGE 147 IV 182, 184, E. 2.1; vgl. auch Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff., 428; CR Cst.-MARTENET, Art. 190 N 12.

⁴³ Vgl. etwa CR Cst.-MARTENET, Art. 35 N 89.

⁴⁴ BSK BV-WALDMANN, Art. 35 N 11; vgl. auch JACQUES DUBEY, Droits fondamentaux, 2. Bd., Libertés, garanties de l'État de droit, droits sociaux et politiques, Basel 2018, N 118; HÄFELIN et al. (Fn. 25), N 265; KIENER, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021 (zit. BEARBEITER, in: Biaggini/Gächter/Kiener), § 30 N 71.

⁴⁵ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (Fn. 38), § 4 N 46; vgl. DUBEY (Fn. 44), N 118; HÄFELIN et al. (Fn. 25), N 265; s. ferner auch KIENER, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Fn. 30), V.2 N 31; MÜLLER, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier

(Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, 7. Bd., 2. Abt., Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, Heidelberg/Zürich/St. Gallen, 2007 (zit. BEARBEITER, in: Merten/Papier), § 204 N 12.

⁴⁶ Zum Schutzauftrag des Staates vgl. m.w.H. OFK BV-BIAGGINI, Art. 35 BV N 7.

⁴⁷ BSK BV-WALDMANN, Art. 35 N 14; vgl. auch OFK BV-BIAGGINI, Art. 35 N 4; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 35 BV N 17.

⁴⁸ KIENER, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Fn. 30), V.2 N 31; JÖRG PAUL MÜLLER, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982, 11 ff. (zit. Elemente); BSK BV-WALDMANN, Art. 35 N 15.

⁴⁹ BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7 N 52; KIENER (Fn. 23), 437 f.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (Fn. 38), § 10, N 14; OFK ZGB-SCHWANDER, Art. 11 N 3; SGK BV-SCHWEIZER/SPENLÉ, Art. 7 N 2; STUCKI, Grundrechte (Fn. 4), 365; WYTTENBACH, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Fn. 30), V.9 N 14; vgl. auch bereits HANS HUBER, Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen, ZSR 1955 I, 173 ff., 206; s. auch MÜLLER, Persönlichkeitsschutz (Fn. 23), 152. Vgl. zum deutschen Recht insb. HANS CARL NIPPERDEY, Die Würde des Menschen, in: Franz L. Neumann/Hans Carl Nipperdey/Ulrich Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, 2. Bd., Die Freiheitsrechte in Deutschland, Berlin 1954, 1 ff., 40: «Achtung und Schutz der Würde des Menschen muss zur Anerkennung des Persönlichkeitsrechts führen.»

⁵⁰ Ausdrücklich Art. 6 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 (AEMR): «Everyone has the right to recognition everywhere as person before the law.»

⁵¹ MASTRONARDI, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001 (zit. BEARBEITER, in: Thürer/Aubert/Müller), § 14 N 46; SGK BV-MASTRONARDI, 3. Aufl. 2014, Art. 7 N 20.

⁵² BGE 127 I 6, 14, E. 5b; BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7 N 36; MATTHIAS MAHLMANN, Die Garantie der Menschenwürde

des Privatrechts und überhaupt der gesamten Rechtsordnung betroffen.⁵³ Es ist daher nicht abwegig, die Menschenwürde mit NIPPERDEY als «Muttergrundrecht» oder «Quellrecht» zu bezeichnen,⁵⁴ wovon auch der Anspruch auf Rechtsfähigkeit⁵⁵ auf Gesetzesstufe *abgeleitet* wird. Bestimmt Art. 11 ZGB den Kreis der Rechtsfähigen und der (Grund-)Rechtsträger, setzt er also «nur» den wertemässigen Grundentscheid der Bundesverfassung zur Wahrung der Menschenwürde (Art. 7 BV) und daher der allgemeinen Grundrechtsfähigkeit um. Rechtsfähig ist man nicht, weil das so im Zivilgesetzbuch steht, sondern weil es die Verfassung – *de lege lata* mit Art. 7 BV – verlangt.

Wird nun ein *neues Grundrecht* eingeführt, zumindest ein solches mit ähnlichem Gehalt wie Art. 7 und Art. 10 BV, das wie unser fiktiver «Art. 10b BV» das anthropozentrische Gleichgewicht der Rechtsordnung durch bzw. zerbricht, wird das aufgrund der Verankerung der Norm in der Verfassung die gesamte Rechtsordnung beeinflussen. Mithin müsste dann dem neuen Grundrechtssubjekt (*i.c.* das Tier), so die hier vertretene Auffassung, schon aus einem rein rechtlichen Imperativ die Rechtsfähigkeit zivilrechtlich zuerkannt werden, da sonst das Grundrecht sinnlos und nicht durchsetzbar wäre.⁵⁶ Konkret ist vorliegend durch Auslegung zu ermitteln, ob «Art. 10b BV» einen Grundentscheid über die Rechtsstellung des Tieres fasst, der dieses gewissermassen automatisch zum Rechtssubjekt kürt und damit das Zivilrecht direkt betrifft.

in der Schweizerischen Bundesverfassung, AJP 2013, 1307 ff., 1317 f.; SGK BV-MASTRONARDI, 3. Aufl. 2014, Art. 7 N 15.

⁵³ BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7 N 36; HALLER, in: Merten/Papier (Fn. 45), § 209, N 16; SGK BV-MASTRONARDI, 3. Aufl. 2014, Art. 7 BV N 24; WYTENBACH, in: Diggelmann/Hertig/Randall/Schindler (Fn. 30), V.9 N 19; vgl. aus der zivilrechtlichen Literatur auch REGINA AEBI-MÜLLER, Die «Persönlichkeit» im Sinne von Art. 28 ZGB, in: Thomas Geiser et al. (Hrsg.), Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag, Bern 2002, 97 ff., 101 f.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 15), N 10.51.

⁵⁴ LUDWIG ENNECERUS/HANS-CARL NIPPERDEY, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Ein Lehrbuch von LUDWIG ENNECERUS, 1. Halbband, Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte, 15. Aufl., Tübingen 1959, 583.

⁵⁵ Vgl. dazu FASSBENDER (Fn. 37), 121; STUCKI, Grundrechte (Fn. 4), 366; WISE, Cage (Fn. 33), 4; CHK ZGB-BREITSCHMID, Art. 11 N 6; OFK ZGB-SCHWANDER, Art. 11 N 4.

⁵⁶ Vgl. schon HUBER (Fn. 49), 206, der von einer «Angleichung der Persönlichkeitsrechte des ZGB an die Grundrechte der Verfassung» spricht.

III. Tiergrundrecht, Würde der Kreatur und Rechtsfähigkeit

A. Allgemeines

Unser «Art. 10b BV» enthält keinen ausdrücklichen begrifflichen Bezug auf eine der Menschenwürde ähnlichen «Würde des Tieres». Fraglich ist aber, ob aus dieser Bestimmung auch ohne Würdebegriff ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Rechtsfähigkeit – mit Ausstrahlungswirkung auf das Zivilrecht – abgeleitet werden könnte. Dafür ist eine Auslegung der Norm zu skizzieren, mit besonderer Rücksicht auf die Systematik der Verfassung. Dabei zu berücksichtigen ist insb. der Grundsatz der *praktischen Konkordanz*,⁵⁷ der dem schonenden Ausgleich der verschiedenen Verfassungs- und Grundrechtsinteressen dient;⁵⁸ ferner sind auch die Strukturprinzipien, die Völkerrechtskonformität und die minimale Einheit der Verfassung zu beachten.⁵⁹

B. Wovon wären Tiere durch «Art. 10b BV» geschützt?

1. Recht auf Leben

Das Recht auf Leben nach «Art. 10b BV» schützt wohl analog zu Art. 10 Abs. 1 BV den «Zustand des Lebewesens» als solchen.⁶⁰ Damit gemeint ist die Gesamtheit der biologischen und psychischen Funktionen, die den Menschen, bzw. das Tier, als Lebewesen kennzeichnen.⁶¹ Grundsätzlich verboten ist somit – seitens des Staates – vor allem die gezielte oder absehbare Tötung des Grundrechtssubjekts.⁶² Für Tiere würden also Massentötungen zur Bekämpfung einer Tierseuche oder Tötungen von

⁵⁷ Vgl. HÄFELIN et al. (Fn. 25), N 100; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, § 4 N 40; PETER UEBERSAX, Zur Umsetzung der Ausschaffungsinitiative, Asyl 4/11, 9 ff., 10; vgl. auch OSSENBÜHL, in: Merten/Papier (Fn. 45), § 15 N 16.

⁵⁸ BGE 139 I 16, 24, E. 4.2.1; BSK BV-BELSER, Einleitung, N 58; TSCHANNEN, in: Thürer/Aubert/Müller (Fn. 51), § 9 N 19 ff.; TSCHANNEN (Fn. 57), § 4 N 38 ff.; zur praktischen Konkordanz als Öffnungsmuster s. SGK BV-EHRENZELLER, Verfassungsinterpretation, N 117.

⁵⁹ S. m.w.H. BSK BV-BELSER, Einleitung, N 58.

⁶⁰ Analog BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 9; s. auch MOECKLI, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Fn. 44), § 31 N 18; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH (Fn. 38), § 11 N 9;

⁶¹ Analog BGE 98 Ia 508, 515, E. 4b; vgl. auch DUBEY (Fn. 44), N 1224; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH (Fn. 38), § 11 N 9; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 10.

⁶² Vgl. analog MOECKLI, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Fn. 44), § 31 N 21; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH (Fn. 38), § 11 N 11.

Strassentieren einen Eingriff in das geschützte Lebensrecht bilden.⁶³

Das Recht auf Leben begründet also auch hier analog zu Art. 10 Abs. 1 BV zunächst einen *Abwehrensanspruch* des einzelnen Tiers gegen vorsätzliche oder fahrlässige, vom Staat ausgehende Tötungshandlungen⁶⁴ sowie gegen staatlich verantwortete Gefährdungen des Lebens.⁶⁵

Sodann ergeben sich aus dem Recht auf Leben, gestützt auf Art. 35 BV, auch staatliche *Schutzpflichten*; der Staat wird dazu angehalten, das Leben des Tieres mit allen zumutbaren Mitteln zu schützen, insb. wenn es durch Dritte bedroht wird.⁶⁶ Dies wird durch individualpräventive *Massnahmen* (bei konkreter Gefährdung eines Tieres) einerseits und durch generalpräventive *Strafnormen* andererseits gesichert.⁶⁷ Zudem hat der Staat dafür zu sorgen, dass Tötungsdelikte tatsächlich aufgeklärt und strafrechtlich geahndet werden.⁶⁸

Eine Tötung zum Fleischkonsum etwa würde dieses Lebensrecht für Tiere verletzen und wäre daher unter «Art. 10b BV» praktisch auszuschliessen – ein «Recht auf Fleisch» des Menschen würde einem grundrechtlichen Anspruch des Tieres wohl auf jeden Fall unterliegen.⁶⁹

Auch die Tötung aus ökonomischen Gründen (bspw. die Schlachtung männlicher Küken) oder zu Freizeitzwecken (Jagd, Fischerei) müsste damit regelmässig (strafrechtlich) verboten werden.⁷⁰

2. Recht auf geistige und körperliche Unversehrtheit

Das Recht auf körperliche Unversehrtheit nach «Art. 10b BV» schützt analog zu Art. 10 Abs. 2 BV vor allen Arten von Eingriffen in den Körper des Tieres, seien diese schmerzhaft oder nicht, oder überhaupt spürbar, seien sie medizinisch oder kosmetisch, schwerwiegend oder harmlos.⁷¹ Schon bloss aus dem Scheren eines Schafes, aber auch aus schwerwiegenderen Handlungen wie die Kennzeichnung mittels Ohrmarken oder die künstliche Besamung von Milchkühen ergäbe sich eine Verletzung der körperlichen Unversehrtheit, die nach den Voraussetzungen von Art. 36 BV rechtfertigungsbedürftig wäre.⁷²

Das Recht auf geistige Unversehrtheit schützt sodann vor jeglicher (staatlicher) Beeinträchtigung der *Willens- und Entscheidungsfreiheit* des Tieres.⁷³ Anders als die körperliche Unversehrtheit, deren Gehalt wohl ohne grosse Schwierigkeiten auf Tiere übertragen werden könnte, ist die Frage nach der persönlichen Freiheit und der geistigen Unversehrtheit eines Tieres weit komplexer – selbst, wenn man die naturwissenschaftlichen Aspekte des Themas beiseitelässt. Fraglich ist, wie sinnvoll es überhaupt sein kann, die eigentlich für Menschen erdachten Elemente der *persönlichen Freiheit*, insb. die Fähigkeit zur Selbstbestimmung, sinngemäss auf ein Tier zu übertragen.⁷⁴ Denkbar wäre eine bloss *negative* Grundfreiheit, beispielsweise ein Recht, «in der Ausübung der natürlichen oder arttypischen Verhaltensweisen nicht eingeschränkt zu werden», was den Menschen bzw. den Staat nur dazu verpflichten würde,

⁶³ STUCKI, Grundrechte (Fn. 4), 383.

⁶⁴ Analog MOECKLI, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Fn. 44), § 31 N 21; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (Fn. 38), § 11 N 11; SCHWEIZER, in: Thürer/Aubert/Müller (Fn. 51), § 43 N 12; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 14.

⁶⁵ Vgl. MOECKLI, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Fn. 30), V.10 N 17; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 10 und 13; sehr ausführlich DUBÉY (Fn. 44), N 1249.

⁶⁶ Analog BGE 139 IV 121, 125, E. 4.6; 136 IV 97, 116, E. 6.3.3; GIORGIO MALINVERNI et al., *Droit constitutionnel suisse*, 2. Bd., *Les Droits fondamentaux*, 4. Aufl., Bern 2021, N 288; DUBÉY (Fn. 44), N 1252; MOECKLI, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Fn. 44), § 31 N 27; SGK BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10 N 38; vgl. im Allgemeinen auch PATRICIA EGLI, *Drittwirkung von Grundrechten, Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht*, Zürich/Basel/Genf 2002, 292 ff.

⁶⁷ Zum Ganzen (analog) BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 19 f.

⁶⁸ Analog BGE 135 I 113, 117, E. 2.1; MOECKLI, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Fn. 44), § 31 N 33; HÄFELIN et al. (Fn. 25), N 345a; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (Fn. 38), § 11 N 34.

⁶⁹ In diesem Sinne offensichtlich das deutsche BVerfG 99, 1 (15. Juni 1995), 8: «Zwar mag Fleisch heute ein in unserer Gesellschaft allgemein übliches Nahrungsmittel sein. Der Verzicht auf dieses Nahrungsmittel stellt jedoch keine unzumutbare Beschränkung der persönlichen Entfaltungsmöglichkeiten dar. Diese an Art. 2 Abs. 1 GG zu messende Erschwernis in der Gestaltung des Speiseplans ist aus Gründen des Tierschutzes zumutbar»; der Entscheid wurde allerdings durch das BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 18. Januar 2002 – 1 BvR 2284/95 aufgehoben, jedoch nicht aufgrund der zitierten Textstelle; vgl. auch STUCKI, Grundrechte (Fn. 4), 383 f.; BERND LADWIG, *Das Recht auf Leben – Nicht nur für*

Personen, DZPhil 2007, 17 ff., 34; s. auch bereits im 19. Jh. HENRY S. SALT, *Animals' Rights Considered in Relation to Social Progress*, New York/London 1894, 50.

⁷⁰ STUCKI, Grundrechte (Fn. 4), 384.

⁷¹ Analog, u.a., und mit Beispielen MALINVERNI et al. (Fn. 66), N 344; MOECKLI, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Fn. 44), § 31 N 44; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (Fn. 38), § 12 N 18; MOECKLI, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Fn. 30), V.10 N 19.

⁷² STUCKI, Grundrechte (Fn. 4), 387.

⁷³ Analog BGE 90 I 29, 36, E. 3a; vgl. auch MALINVERNI et al. (Fn. 66), N 349; DUBÉY (Fn. 44), N 1287; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (Fn. 38), § 12 N 24; HÄFELIN et al. (Fn. 25), N 336; MOECKLI, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Fn. 30), V.10 N 20; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 53.

⁷⁴ Vgl. STUCKI, Grundrechte (Fn. 4), 386 mit Fn. 1895.

gewisse Taten zu *unterlassen*.⁷⁵ Diese «konservativere» Idee überzeugt m.E. wenig, wenn berücksichtigt wird, dass ein «Art. 10b BV» nicht nur ein gewisse Freiheitssphären abgrenzendes Abwehrrecht, sondern letztlich auch Leitplanken für die Gesetzgebung (Art. 35 Abs. 1 BV) schafft, die den Staat *positiv* zur Handlung verpflichten. Folglich würde eine verfassungsrechtlich konsequente Auslegung eines potenziellen «Art. 10b BV» m.E. dazu führen, dass Tieren wesentliche Aspekte der *persönlichen Freiheit* dennoch gewährleistet würden, obwohl der Wortlaut nicht explizit darauf anspielt.⁷⁶ Fraglich ist in der Folge, ob diese verfassungs- und grundrechtliche Grundentscheidung aus sich selbst heraus, aus ihrer reinen Existenz genügen würde, Tieren unmittelbar auch zivile Rechtsfähigkeit zu verleihen – sie mithin vom Rechtsobjekt zum Rechtssubjekt zu machen. Relevant ist die Frage u.a. deswegen, weil unsere fiktive Vorlage nach Basel-Städtischem Vorbild die Würde des Tieres nicht ausdrücklich nennt. Für Menschen ist jedoch nach geltendem Recht vor allem *sie* die eigentliche Quelle der Rechtsfähigkeit.

C. Würde der Kreatur als Quelle der Rechtsfähigkeit

Auf eine an Art. 7 BV erinnernde Würde des Tieres nimmt der Wortlaut unseres «Art. 10b BV» keinen expliziten Bezug. Ein solcher wäre m.E. in «Art. 10b BV» aber auch

nicht gar zwingend nötig, um mit der Einführung eines neuen Grundrechts und auf Basis deren Würde Tiere zu rechtsfähigen Subjekten der Rechtsordnung zu erheben: Die Verfassung kennt das Konzept der Würde des Tieres bereits. Verankert ist es im geltenden Art. 120 Abs. 2 BV, der den Gesetzgeber verpflichtet, insb. beim Umgang mit Keim- und Erbgut von Tieren der «*Würde der Kreatur*»⁷⁷ Rechnung zu tragen.

Diese Norm ist in erster Linie im spezifischen Kontext der Gentechnologie zu lesen, fungiert aber nach einhelliger Auffassung auch als breiterer staatsleitender Grundsatz,⁷⁸ indem die Verfassung ganz allgemein das Tier als «*etwas Existierendes*» anerkennt, dessen Selbstzweck eine rücksichtslose Instrumentalisierung ausschliesst.⁷⁹ Damit ergibt sich ein offensichtlicher *Parallelismus* zwischen der Menschenwürde nach Art. 7 BV und der Würde der Kreatur nach Art. 120 BV;⁸⁰ PHILIPPE MASTRONARDI spricht von ähnlichen *Programm- und Grundsatzgehalten*.⁸¹ Aus dem bewusst gleich verwendeten Verfassungsbegriff der Würde schliesst LORENZ ENGI gar auf den gleichen Inhalt der zwei Begriffe.⁸²

Art. 120 Abs. 2 BV gilt zurzeit aber zu Recht nicht als Grundrechtsnorm, denn er verspricht keinen *absoluten*

⁷⁵ So KLAUS PETRUS, Philosophie, Tierethik und die Human-Animal Studies, in: Reingard Spannring/Karin Schachinger/Gabriela Kompatscher/Alejandro Boucabeille (Hrsg.), *Disziplinierte Tiere? Perspektiven der Human-Animal Studies für die wissenschaftlichen Disziplinen*, Bielefeld 2015, 161 ff., 166 (zit. Philosophie); ähnlich auch STUCKI, Grundrechte (Fn. 4), 386; EISENHART VON LOEPER/WASMUT REYER, Das Tier und sein rechtlicher Status: Zur Weiterentwicklung von Transparenz und Konsequenz des Tierschutzrechts, ZRP 1989, 205 ff., 208; diese rein negative Konstruktion schlägt KLAUS PETRUS aber bloss aus realpolitischen Gründen vor, denn er selbst ist davon überzeugt, dass auch positive Pflichten des Menschen gegenüber dem Tier existieren sollten, so KLAUS PETRUS, Das unnötige Leid der Tiere, TIERethik 2015, 123 ff., 126 mit Fn. 3 (zit. Leid).

⁷⁶ Beachtenswert ist, dass das damalige Basler Initiativkomitee verkannte, wie grundlegend der von ihr geforderte Schutz der geistigen Unversehrtheit gewesen wäre; gemäss ihrem Positionspapier hätte sich dieser Schutz vor allem auf die Abwesenheit seelischen Leidens für Tiere bezogen (vgl. RAFFAEL FASEL et al., Grundrechte für Primaten, Positionspapier von Sentience Politics, 2018, <https://sentience.ch/wp-content/uploads/grundrechte-fuer-primaten-positionspapier-sentience.pdf> [abgerufen am 17. Dezember 2023]). Nicht erwähnt wird jedoch, dass die psychische Unversehrtheit in engstem Verhältnis zur persönlichen Freiheit steht, obgleich sie im Initiativtext nicht explizit genannt wird.

⁷⁷ Die französische Übersetzung «*intégrité des organismes vivants*» gilt zu Recht als misslungen, s. dazu MARGOT MICHEL, Die Würde der Kreatur und die Würde des Tieres im schweizerischen Recht, Eine Standortbestimmung anlässlich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, NuR 2012, 102 ff., 103; vgl. auch CR Cst.-BOILLET, Art. 120 N 16.

⁷⁸ BGE 135 II 384, 391, E. 3.1; GIERI BOLLIGER, Legal Protection of Animal Dignity in Switzerland, Status Quo and Future Perspectives, Animal Law 2016, 311 ff., 318; LORENZ ENGI, Was heisst Menschenwürde? Zum Verständnis eines Verfassungsbegriffs, ZBl 2008, 659 ff., 674; SGK BV-ERRASS, Art. 80 N 16; MICHEL (Fn. 77), 103; JOHAN ROCHEL, Des invités dans la Constitution cantonale ?, ZBl 2021, 67 ff., 85; SGK BV-ERRASS/SCHWEIZER, Art. 120 N 22; BSK BV-WALDMANN, Art. 120 N 17; ausführlich Kommentar BV 1874-SALADIN/SCHWEIZER, Art. 24^{novies}, N 119.

⁷⁹ BGE 135 II 384, 391, E. 3.1; vgl. dazu auch ENGI (Fn. 78), 673 ff.; BSK BV-WALDMANN, Art. 120 N 17.

⁸⁰ BGE 135 II 405, 414, E. 4.3.4; vgl. CR Cst.-BOILLET, Art. 120 N 19; m.w.H. MICHEL (Fn. 77), 105 f.; a.M. CHRISTOPH ERRASS, 20 Jahre Würde der Kreatur, ZBJV 2013, 187 ff., 204, der die Würde der Kreatur eigenständig, unabhängig von der Menschenwürde definieren will.

⁸¹ SGK BV-MASTRONARDI, 3. Aufl. 2014, Art. 7 N 10 f.; gl.M. SGK BV-SCHWEIZER/SPENLÉ, Art. 7 N 36; wohl ähnlich auch BSK BV-WALDMANN, Art. 120 N 17.

⁸² ENGI (Fn. 78), 674 f.: «*Der Ausdruck «Würde» muss als Verfassungsbegriff in Bezug auf Menschen und Kreaturen daher zumindest im Kern den gleichen Sinn haben*»; gl.M. BOLLIGER (Fn. 78), 332.

Kerngehaltsschutz einer *unantastbaren* Würde.⁸³ Weitgehende Einschränkungen bzw. gänzliche Verletzungen der Würde der Kreatur bleiben *de lege lata* nach entsprechenden Interessenabwägungen möglich.⁸⁴ Würde dem Tier aber ein verfassungsmässiger, grundrechtlicher Lebens- und Freiheitsschutz gewährleistet, wäre es fragwürdig, an diesem eher weichen Verständnis der Würde der Kreatur festzuhalten. «Art. 10b BV» würde analog zu Art. 10 BV einen nunmehr eingriffsresistenten Kerngehalt schaffen, der wohl ein ähnliches Tötungsverbot – etwa für den Fleischkonsum – enthielte wie Art. 10 Abs. 1 BV. Der Missbrauch von Tieren zu Forschungszwecken, die Missachtung von Identität und Integrität des Tieres im Bereich der Kerngehaltsgarantie von «Art. 10b BV», sowie etwa auch die Zwangssterilisation wären alle wohl absolut verboten, wie auch für den Menschen schon gemäss Art. 10 BV.⁸⁵

Diese eingriffsresistenten Kerngehalte würden die von Art. 120 Abs. 2 BV vorgesehenen, wenig umrissenen Schranken der kreatürlichen Würde erhärten und vor allem einige deren Aspekte als unantastbar einstufen, ganz im Sinne eines «*noyveau dur*»⁸⁶, so die französische Bezeichnung. Wie sich schon die Kerngehalte von Art. 10 Abs. 1 und 2 BV aus der Menschenwürde i.S.v. Art. 7 BV ableiten lassen,⁸⁷ liessen sich die unseres «Art. 10b BV» aus der nun konkretisierten, schon in Art. 120 Abs. 2 BV ausdrücklich festgehaltenen, Würde der Kreatur ableiten.

Mit dieser rechtlichen Grundlage einher gingen dann m.E. auch die grundlegenden Wirkungen, die traditionell der Menschenwürde zuerteilt werden; in diesem Kontext

vor allem relevant ist das weiter oben erwähnte Recht auf Rechtspersönlichkeit, das sich daraus ergibt: *Grundrechte eines als würdevoll anerkannten Wesens* verlangen implizit – direkt aus der «nackten Existenz» des Grundrechts bzw. des Wesens inhärenter, verfassungsmässig anerkannter Würde – die Anerkennung der (privatrechtlichen) Rechtspersönlichkeit.⁸⁸

IV. Fazit

Die hier dargestellten Überlegungen zeigen die Beziehung zwischen Verfassungs- und Zivilrecht sehr plastisch: Grundrechtsträger müssen Rechtsträger im Allgemeinen sein, um diese Rechte durchsetzen können. Würde Tieren ein Lebens- und Freiheitsrecht gegeben, als Ausprägung der bereits verankerten Würde der Kreatur, wären sie schon so nicht mehr «bürgerlich tot», sondern wesentliche Beteiligte unserer Rechtsordnung. Ihnen stünde zwecks Haltung und Durchsetzung dieser Rechte notwendigerweise die Rechtsfähigkeit zu, wie sie für Menschen auf Gesetzesstufe schon in Art. 11 Abs. 1 ZGB festgehalten wird. Die Konsequenzen davon wären durchaus weitreichend.⁸⁹ Der Gedanke beschäftigte jedenfalls schon BLUNTSCHLI: Möglich wäre es zwar, «aus Gründen juristischer Technik auch Thieren unter Umständen ein Recht oder einzelne Rechte zuzuschreiben». «[A]lle diese künstlichen Ausbreitungen des Rechtsbegriffs über die Menschen hinaus» seien aber doch nur dann sinnvoll, wenn «die Menschen dieses Recht ordnen und für die Tiere [...] wie für die Götter und Heiligen handeln» würden ...⁹⁰

⁸³ Vgl. u.a. OFK BV-BIAGGINI, Art. 120 N 6; MICHEL (Fn. 77), 107; STUCKI, Grundrechte (Fn. 4), 371; BSK BV-WALDMANN, Art. 120 N 17.

⁸⁴ OFK BV-BIAGGINI, Art. 120 BV N 6; BOLLIGER (Fn. 78), 332; ENGI (Fn. 78), 675; BSK BV-WALDMANN, Art. 120 N 17; die Meinungen gehen auseinander, wie weit ein Eingriff gehen kann, vgl. dazu m.w.H. MARGOT MICHEL/EVELINE SCHNEIDER KAYASSEH, *The Legal Situation of Animals in Switzerland, Two Steps Forward, One Step Back – Many Steps to Go*, *Journal of Animal Law* 2011, 1 ff., 7 ff.; s. auch die detaillierten und aktuellen Darstellungen zur aktuellen Tierversorgung bei KUNZ, *Tierrecht* (Fn. 2), insb. § 4 N 1 ff.

⁸⁵ Zum absolut geschützten Kerngehalt von Art. 10 BV s. statt vieler und m.w.H. OFK BV-BIAGGINI, Art. 10 N 24; CR Cst.-HERTIG RANDALL/MARQUIS, Art. 10 N 27 ff. und 44 ff.

⁸⁶ So DUBEY (Fn. 44), N 764.

⁸⁷ Vgl. BGE 123 I 112, 118, E. 4a (noch unter altem Recht); BGer 6C_1/2008 (9. Mai 2008), E. 4; anschaulich Botschaft Bundesverfassung (Fn. 42), BBl 1997 I 140; vgl. auch MALINVERNI et al. (Fn. 66), N 331; CR Cst.-HERTIG RANDALL/MARQUIS, Art. 10 N 5; ähnlich MASTRONARDI, in: Thüerer/Aubert/Müller (Fn. 51), § 14 N 30; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH (Fn. 38), § 12 N 57.

⁸⁸ Vgl. auch INA PRAETORIUS/PETER SALADIN, *Die Würde der Kreatur*, Art. 24^{novies} Abs. 3 BV, Gutachten herausgegeben vom Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL), Bern 1996, 109 f., die den Objektstatus des Tieres als unvereinbar mit der Würde der Kreatur einstufen und eine zivilrechtliche Kodifizierung der «*Rechtsfähigkeit der Natur*» für denkbar halten.

⁸⁹ Vorschläge u.a. bei RASPÉ (Fn. 21); STUCKI, Grundrechte (Fn. 4); WISE, *Cage* (Fn. 33).

⁹⁰ BLUNTSCHLI (Fn. 19), 49.