

## Die Nutzung kommt vor dem Schutz

### – und andere Lehren aus der neuen Küken-Rechtsprechung

Saskia Stucki\*

#### A. Einführung

In Brütereibetrieben ist es seit Jahrzehnten gängige Praxis, die zur Eierproduktion bestimmten Küken unmittelbar nach dem Schlüpfen nach Geschlecht zu sortieren und die männlichen Tiere – in Deutschland jährlich 45–50 Millionen – anschließend mittels Zerkleinerung<sup>1</sup> oder Vergasung zu töten.<sup>2</sup> Dieses Verfahren gilt bislang als wirtschaftlich alternativlos<sup>3</sup> und ist damit notwendige Begleiterscheinung der modernen, hochspezialisierten Hühnerzucht, in der zur Fleisch- und Eierproduktion jeweils unterschiedliche *Mast-* und *Legezuchtrassen* eingesetzt werden. Für männliche Küken der Legelinien besteht dabei kein gewinnbringender Verwendungszweck, weil sie naturgemäß keine Legeleistung und zuchtbedingt eine gegenüber Masthühnern nur reduzierte Fleischleistung erbringen. Die routinemäßige Tötung solcher „Eintagsküken“<sup>4</sup> wird, nicht zuletzt aufgrund intensivierter medialer Aufmerksamkeit und gewandelter gesellschaftlicher Sensibilitäten, zunehmend als mit einem „ethischen Tierschutz“<sup>5</sup> unvereinbar kritisiert und politisiert.<sup>6</sup>

\* Dr. iur., wissenschaftliche Referentin am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg).

Die Autorin dankt Anne Peters, Christoph Krenn, Amelie Buhl und Marco Salih für die kritische Durchsicht des Textes und wertvolle Hinweise.

- 1 Verordnung (EG) Nr. 1099/2009 über den Schutz von Tieren zum Zeitpunkt der Tötung vom 24.9.2009, Anh. 1, Kap. II, Nr. 2, definiert das Verfahren der Zerkleinerung als unmittelbare Zerstückerlung durch einen mit schnell rotierenden Messern ausgestatteten Apparat („Homogenisator“), welche den sofortigen Tod der Tiere bewirkt.
- 2 Vgl. dazu die Vorschriften in Anh. 1, Kap. I, Tab. 1, Nr. 4 VO (EG) Nr. 1099/2009 und Anl. 1 Nr. 3 und 7.9 der Verordnung zum Schutz von Tieren im Zusammenhang mit der Schlachtung oder Tötung und zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 1099/2009 des Rates (Tierschutz-Schlachtverordnung – TierSchIV).
- 3 Bisher hat sich keine praxistaugliche Alternative etabliert. Als erfolgversprechendste Alternative gilt das Verfahren der In-Ovo-Geschlechtsbestimmung (Geschlechtsfrühbestimmung im Ei), durch das die männlichen Tiere bereits vor dem Schlupf aussortiert werden könnten. Bis Ende 2016 wird hierzu ein Prototyp erwartet, der bis 2017 marktfähig sein soll. Siehe [https://www.bmel.de/DE/Tier/Tierwohl/\\_texte/Tierwohl-Forschung-In-Ovo-Leipzig.html](https://www.bmel.de/DE/Tier/Tierwohl/_texte/Tierwohl-Forschung-In-Ovo-Leipzig.html) (aufgerufen am 2.8.2016).
- 4 Als „Küken“ gilt nach deutschem Recht Geflügel im Alter von bis zu 60 Stunden nach dem Schlupf (§ 2 Nr. 3 TierSchIV), nach europäischem Recht Geflügel mit einem Höchstalter von 72 Stunden (Anh. 1, Kap. I, Tab. 1, Nr. 4 VO (EG) Nr. 1099/2009); umgangssprachlich werden die in diesem Zeitraum getöteten Küken als „Eintagsküken“ bezeichnet.
- 5 Der Begriff des „ethischen Tierschutzes“ wird von jenem des „anthropozentrischen Tierschutzes“ abgegrenzt und bezeichnet die für moderne Tierschutzgesetzgebungen konstitutive Idee, dass Tiere als empfindungsfähige Mitgeschöpfe mit Eigenwert *um ihrer selbst willen* zu schützen sind. Zu diesem tierschutzrechtlichen Grundkonzept G. M. Teutsch, Lexikon der Tierschutzethik, Göttingen 1987, S. 59 f. und M. Michel, Tierschutzgesetzgebung im Rechtsvergleich, in: M. Michel/D. Kühne/J. Hänni (Hrsg.), Animal Law – Tier und Recht, Zürich/Berlin 2012, S. 593 (599); das Bekenntnis des deutschen Gesetzgebers zum ethischen Tierschutz ist nach h.M. aus § 1 S. 1 TierSchG zu entnehmen, wofür Zweck des Gesetzes ist, „aus der Verantwortung des Menschen für das Tier als Mitgeschöpf dessen Leben und Wohlbefinden zu schützen“. Siehe hierzu statt vieler A. Lorz/E. Metzger, Tierschutzgesetz Kommentar, 6. Aufl., München 2008, § 1 TierSchG Rn. 1 und A. Hirt/C. Maisack/J. Moritz, Tierschutzgesetz Kommentar, 3. Aufl., München 2016, § 1 TierSchG Rn. 2.

Namentlich in Deutschland stellt sich diese Praxis jedoch nicht bloß als ethische, sondern vor dem Hintergrund des tierschutzrechtlich zentralen Verbots der Tötung „ohne vernünftigen Grund“ auch als spezifisch rechtliche Problematik dar. Solcherart Tötungen sind generalklauselhaft durch den Auffangtatbestand des § 1 S. 2 TierSchG<sup>7</sup> untersagt und speziell in Bezug auf Wirbeltiere in § 17 Nr. 1 TierSchG<sup>8</sup> mit einem strafbewehrten Verbot belegt. Die rechtliche Brisanz der Kükentötung wurde schon seit Langem durch die juristische Fachliteratur identifiziert und formuliert. Diese verweist nahezu einstimmig auf die *Rechtswidrigkeit* dieser behördlicherseits geduldeten Praxis, da die Tötung nicht von einem „vernünftigen Grund“ getragen sei.<sup>9</sup> Die von *Ort* noch diagnostizierte „legislative wie exekutive Erstarrung gegenüber dem offen illegalen System“<sup>10</sup> scheint freilich mit einer seit 2013 angestrebten Praxisänderung der nordrhein-westfälischen Behörden durchbrochen, die mit sowohl verwaltungs- und strafrechtlichen als auch legislatorischen Mitteln versuchten, der erkannten tierschutzrechtlichen Problematik mittels eines Verbots der Kükentötung beizukommen.

Dieser Versuch ist allerdings vorerst gescheitert. Durch zwei Urteile des OVG Münster,<sup>11</sup> welche die Spalte einer Reihe von ähnlich gelagerten, aus den Verwal-

6 Siehe etwa die Begründung zum Gesetzesentwurf des Bundesrats zur Änderung des Tierschutzgesetzes, BR-Drs. 310/15 vom 25.9.2015, S. 2 („Diese jahrelang angewandte ... Tötungspraxis ist mit der Grundkonzeption des Tierschutzgesetzes als eines ethisch ausgerichteten Tierschutzes im Sinne einer Mitverantwortung des Menschen für das seiner Obhut anheim gegebene Lebewesen nicht vereinbar“).

7 „Niemand darf einem Tier ohne vernünftigen Grund Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügen“. Diese Norm ist als *Generalklausel* einzustufen, die immer dann greift, wenn keine speziellere Regelung anwendbar ist. Die Bestimmung normiert in allgemeiner Weise, gleichsam als verbindlicher Leitgrundsatz für das gesamte Tierschutzrecht, ein unmittelbar geltendes Verbot. Siehe hierzu *Lorz/Metzger* (Fn. 5), § 1 TierSchG Rn. 13 ff.; auch OVG Münster, Urteile vom 20.5.2016 – 20 A 488/15 und 20 A 530/15, Rn. 39–43; auch der Tod stellt einen Schaden i.S.v. § 1 S. 2 TierSchG dar. Dazu statt vieler *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 5), § 1 TierSchG Rn. 28.

8 „Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer ein Wirbeltier ohne vernünftigen Grund tötet“.

9 So *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 5), § 17 TierSchG Rn. 70; *G. Hager*, Die tierschutzrechtliche Generalklausel als Ermächtigungsgrundlage für ein Tötungsverbot, NuR 2016, S. 108 (111); *K. Köpernik*, Das Töten von Eintagsküken auf dem Prüfstand, AUR 2014, S. 290 (292); *M. Pföhl*, in: *W. Joecks/K. Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6 (JGG, Nebenstrafrecht I), 2. Aufl., München 2013, § 17 TierSchG Rn. 53; *J.-D. Ort*, Zur Tötung unerwünschter neonater und juveniler Tiere, NuR 2010, S. 853 (855 f.); *R. Binder*, Der „vernünftige Grund“ für die Tötung von Tieren, NuR 2007, S. 806 (812); *J. Caspar*, Der vernünftige Grund im Tierschutzgesetz, NuR 1997, S. 577 (582); *A. Bubl*, Legal Aspects of the Prohibition on Chick Shredding in the German State of North Rhine-Westphalia, Global Journal of Animal Law 2013/2 (7); *a.A. R. Steiling*, Zu der Tötung von Eintagsküken – Fehlt es tatsächlich an einem vernünftigen Grund?, AUR 2015, S. 7 (9), der das Vorliegen eines „vernünftigen Grundes“ bejaht.

10 *Ort*, Tötung (Fn. 9), S. 855.

11 OVG Münster, Urteile vom 20.5.2016 – 20 A 488/15 und 20 A 530/15; diese *Parallelentscheidungen* sind bis auf das Anfechtungsobjekt inhaltlich identisch und werden im Folgenden einheitlich zitiert.

tungs- und Strafverfahren in NRW hervorgegangenen Entscheidungen<sup>12</sup> bilden, wurde die *Zulässigkeit* der Kükentötung *de lege lata* festgestellt. Diese Grundsatzurteile dürften ein vorläufiges Ende im Ringen um die Rechtmäßigkeit der Kükentötung bzw. ihres Verbots markieren. Auch wenn nun durch die neue Kükentrechtsprechung eine längst überfällige Klärung durch die Gerichte herbeigeführt und die Rechtsfrage insoweit materiell entschieden ist, scheint die „Kükentötungsfrage“ im unmittelbaren Nachgang gleichwohl nicht minder aktuell und ihre befriedigende Lösung weiterhin ausstehend. Denn darüber, dass die Praxis der Kükentötung soweit und sobald wie möglich eingestellt werden sollte, herrscht grundsätzlich Einigkeit. Umstritten sind indes die Modalitäten eines (insofern absehbaren) zukünftigen Verbots: Ist ein Zuwarten auf eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse erforderlich? Bedürfte es einer Gesetzesänderung? Oder ließe sich die Unzulässigkeit der Kükentötung, entgegen der Auffassung der bisher erkennenden Gerichte, aus geltendem Recht ableiten und wäre ihre Untersagung daher bereits heute geboten?

Im Lichte der jüngeren Entwicklung um den Versuch eines Verbots der Kükentötung, die sogleich nachgezeichnet werden soll (B.), wird nachfolgend zunächst die hieraus hervorgegangene Kükentrechtsprechung kritisch gewürdigt (C.). Obschon die Kükentötungsentscheidungen aus verfassungsrechtlicher Sicht kaum erstaunen und *im Ergebnis* letztlich aus rechtsstaatlichen Überlegungen zu überzeugen vermögen, erweist sich die neue Rechtsprechung im Hinblick auf die Schlüsselfrage nach dem „vernünftigen Grund“ aus tierschutzrechtlicher Sicht als problematisch. Ferner soll auch auf die Bedeutung des Kükentötungs-Falls für das Tierschutzrecht im Allgemeinen eingegangen werden (D.). Denn die namentlich in den Erwägungen des OVG Münster zum Ausdruck kommende Priorisierung der Wirtschaftlichkeit der Nutzung von Tieren über Belange ihres selbst basalsten Schutzes illustriert bisher kaum beachtete systemische Defizite dieses Rechtsregimes. Vorliegende Anmerkung soll damit zugleich diese auch den konkreten Anwendungsfall prädisponierenden, strukturellen Probleme des rechtlichen Tierschutzes sichtbar machen.

## B. Überblick über die aktuelle rechtliche Entwicklung

### I. Abriss der Verfahren und Entscheidungen in Nordrhein-Westfalen

Soweit der Rechtsanwender davon ausgeht, dass die Kükentötung gegen *geltendes* Recht verstößt, eröffnen sich ihm grundsätzlich zwei Verfahrenswege: der verwaltungsrechtliche (auf der Grundlage von § 16a Abs. 1 S. 1 TierSchG)<sup>13</sup> und der

12 VG Minden (2 K 80/14 und 2 K 83/14 vom 30.1.2015) – bestätigt durch OVG Münster (20 A 488/15 und 20 A 530/15 vom 20.5.2016); VG Arnsberg (8 K 116/14 vom 2.5.2016); LG Münster (2 Kls 540 Js 290/15 – 7/15 vom 7.3.2016) – bestätigt durch OLG Hamm (4 Ws 113/16 vom 10.5.2016).

13 „Die zuständige Behörde trifft die zur Beseitigung festgestellter Verstöße und die zur Verhütung künftiger Verstöße notwendigen Anordnungen“.

strafrechtliche (in Anwendung von § 17 Nr. 1 TierSchG). Diese doppelte Zugriffsmöglichkeit wurde durch die nordrhein-westfälischen Behörden ausgeschöpft – wie die mittlerweile weitgehend abgeschlossenen Verfahren zeigen, indes erfolglos.

Ausgangspunkt war ein Ermittlungsverfahren der *Staatsanwaltschaft Münster* gegen den Betreiber einer Brütterei wegen Verstoßes gegen § 17 Nr. 1 TierSchG. Das Verfahren wurde 2013 zwar aufgrund eines unvermeidbaren Verbotsirrtums eingestellt. Zugleich stellte die Staatsanwaltschaft jedoch die tatbestandsmäßige Rechtswidrigkeit fest; namentlich fehle es an einem erkennbaren „vernünftigen Grund“ für die Kükentötung.<sup>14</sup> In der Folge wies das nordrhein-westfälische *Umweltministerium* die Kreisordnungsbehörden an, den „Brütterien, in denen männliche Eintagsküken aus Gründen der faktisch gegebenen wirtschaftlichen Nicht-Verwertbarkeit bisher getötet werden, diese Praxis im Wege einer Ordnungsverfügung [zu] untersagen.“<sup>15</sup> Hierauf gestützt erließen die zuständigen *Kreisordnungsbehörden* Untersagungsverfügungen gegen sämtliche in NRW ansässigen Brütterien, unter Einräumung einer einjährigen Übergangsfrist. Hiergegen klagten die betroffenen Brütterien erfolgreich vor den *Verwaltungsgerichten* (VG Minden [Januar 2015],<sup>16</sup> bestätigt durch OVG Münster [Mai 2016];<sup>17</sup> VG Arnsberg [Mai 2016]),<sup>18</sup> welche die Verfügungen aufgrund Rechtswidrigkeit aufhoben.

2016 leitete die *Staatsanwaltschaft Münster* wegen mittlerweile nicht mehr annehmenden Verbotsirrtums erneut ein Strafverfahren gegen einen Brütterebetreiber ein. Der Antrag auf Eröffnung eines Hauptverfahrens wurde von den Gerichten abgelehnt (LG Münster [März 2016],<sup>19</sup> bestätigt durch OLG Hamm [Mai 2016]).<sup>20</sup>

## II. Grundtenor der Küken-Entscheidungen

Der Grundtenor der sich aus diesen Entscheidungen zusammenfügenden Küken-Rechtsprechung lässt sich in zwei Kernaussagen resümieren:

(1) **Die Tötung von Eintagsküken ist gegenwärtig zulässig.** Einerseits fehlt es an der Strafbarkeit, welche vom LG Münster im Rahmen einer verfassungskonformen

14 „Rein ökonomische Gründe ... genügen nicht. ... der Hauptzweck der Tötung ist und bleibt die Vernichtung ökonomisch unrentablen Lebens“. Ferner lasse sich auch aus der Duldung durch das Kreisveterinäramt kein Rechtfertigungsgrund herleiten. So die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Münster vom 10.7.2013 (anonymisiert – Aktenzeichen unbekannt).

15 Erlass des Ministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen vom 26.9.2013, Az. VI-5-4201-722.

16 VG Minden NuR 2016, S. 144; NuR 2015, S. 353 (die Urteile sind bis auf das Anfechtungsobjekt inhaltlich identisch).

17 OVG Münster, Urteile vom 20.5.2016 – 20 A 488/15 und 20 A 530/15.

18 VG Arnsberg, Urteil vom 2.5.2016 – 8 K 116/14.

19 LG Münster NuR 2016, S. 292.

20 OLG Hamm, Beschluss vom 10.5.2016 – 4 Ws 113/16.

Auslegung des § 17 Nr. 1 TierSchG aus zweierlei Gründen verneint wurde: Zum einen entfalle eine Strafbarkeit schon im Hinblick auf das in Art. 103 Abs. 2 GG enthaltene Erfordernis der Bestimmtheit der Strafnorm und Vorhersehbarkeit der strafrechtlichen Folgen.<sup>21</sup> Davon losgelöst scheide eine Strafbarkeit andererseits aber auch aus, weil für die Kükentötung ein „vernünftiger Grund“ vorliege und der fragliche Sachverhalt daher ohnehin nicht tatbestandsmäßig sei.<sup>22</sup> Das OLG Hamm bekräftigte die fehlende Strafrechtswidrigkeit und führte u.a. ergänzend aus, dass offenbar auch der Gesetzgeber von der Zulässigkeit der Kükentötung nach geltender Rechtslage ausgehe, ansonsten die vom Bundesrat angestrebte Änderung des Tierschutzgesetzes überhaupt nicht erforderlich wäre.<sup>23</sup>

Andererseits fehlt es in verwaltungsrechtlicher Hinsicht auch an der Untersagungsmöglichkeit, entweder aus formellen Gründen, weil hierfür von vornherein keine Ermächtigungsgrundlage bestehe (so das VG Minden),<sup>24</sup> oder aus Gründen der eigentlichen materiell-rechtlichen Zulässigkeit der Kükentötung (so das OVG Münster).<sup>25</sup> Ersteres entschied das VG Minden, nach dessen Auffassung die Untersagung weder auf eine spezialgesetzliche Verbotsnorm noch auf die tierschutzrechtliche Generalklausel (§ 16a Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 1 S. 2 TierSchG) gestützt werden könne und somit „schon mangels spezialgesetzlicher Ermächtigungsgrundlage rechtswidrig“ sei – unbeschadet der Frage nach dem „vernünftigen Grund“. Demgegenüber sah das OVG Münster in der tierschutzrechtlichen Generalklausel eine grundsätzlich unproblematische wie auch taugliche Rechtsgrundlage.<sup>26</sup> Es wandte sich in der Folge schwerpunktmäßig der Frage zu, ob ein die Behörden auf der Grundlage

21 Siehe LG Münster NuR 2016, S. 292 (293 ff.).

22 Siehe LG Münster NuR 2016, S. 292 (295 f.).

23 Siehe OLG Hamm, Beschluss vom 10.5.2016 – 4 Ws 113/16, Rn. 9; diese Erwägung entbehrt m.E. allerdings nicht einer gewissen Zirkelschlüssigkeit, zumal der legislatorische Weg erst an zweiter Stelle beschritten wurde, gerade weil der verwaltungsrechtliche an den Urteilen des VG Minden scheiterte, welches auf die Notwendigkeit der Schaffung einer spezialgesetzlichen Verbotsgrundlage verwies.

24 Siehe VG Minden NuR 2015, S. 353 (353–356); NuR 2016, S. 144 (145–147).

25 OVG Münster, Urteile vom 20.5.2016 – 20 A 488/15 und 20 A 530/15, Rn. 82 ff.

26 VG Minden NuR 2015, S. 353 (356); NuR 2016, S. 144 (147); damit ging das VG Minden m.E. allerdings von einer Regelungslücke aus, ohne die für ein solches Ergebnis notwendige Auslegung von § 16a Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 1 S. 2 TierSchG zu Ende zu führen. Denn dies hätte vor allen Dingen die durch das Gericht gerade ausgesparte Auseinandersetzung mit der materiell-rechtlichen Zulässigkeit der Kükentötung nach § 1 S. 2 TierSchG erfordert (als „Verstoß“ i.S.v. § 16a Abs. 1 S. 1 TierSchG); in diese Richtung merkt auch Hager, Generalklausel (Fn. 9), S. 110, an, dass es „lediglich einer schlichten Gesetzesinterpretation“ bedurft hätte, „nämlich der Klärung der Frage, ob die Tötung der Küken auf einem vernünftigen Grund beruht.“ Die Konkretisierung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs gehöre zur „herkömmlichen Aufgabe des Rechtsanwenders“.

27 Siehe OVG Münster, Urteile vom 20.5.2016 – 20 A 488/15 und 20 A 530/15, Rn. 28 ff.; diese Auffassung vertritt der Sache nach auch die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme zum Gesetzesentwurf zur Änderung des Tierschutzgesetzes (BT-Drs. 18/6663 vom 11.11.2015, S. 10), wenn sie eine eigens zu schaffende spezialgesetzliche Verbotsgrundlage für redundant erachtet, weil die „Entwicklung eines praxistauglichen Verfahrens [für die In-Ovo-Geschlechtsbestimmung] ... bereits nach geltendem Recht zu einem Verbot des Tötens männlicher Eintagsküken [führt]“.

des § 16a Abs. 1 S. 1 TierSchG zum Einschreiten ermächtigender Verstoß gegen § 1 S. 2 TierSchG vorliegt<sup>28</sup> – und verneinte dies, weil Eintagsküken derzeit mit „vernünftigem Grund“ getötet würden.<sup>29</sup>

(2) Für ein Verbot bedarf es entsprechend einer Änderung der Rechts- oder Sachlage, d.h. in erster Linie einer neu zu schaffenden Verbotsnorm, solange sich jedenfalls die tatsächlichen Verhältnisse nicht dahingehend ändern, dass die Verfügbarkeit wirtschaftlich tragbarer Alternativen den derzeit noch zu bejahenden „vernünftigen Grund“ für die Kükentötung mit Eindeutigkeit entfallen lässt und damit bereits das geltende Verbot der Tötung „ohne vernünftigen Grund“ greifen würde.<sup>30</sup>

Diese Überlegung kam beim VG Minden in der Form eines Erfordernisses der Schaffung einer spezialgesetzlichen Verbotsgrundlage zum Ausdruck: Der *Parlamentsvorbehalt* (Wesentlichkeitslehre) und das *verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot* verpflichteten den Gesetzgeber, für einen Grundrechtseingriff wesentliche Entscheidungen selbst zu treffen und nicht der Verwaltung zu überlassen. Eine gesetzgeberische Entscheidung dergestalt sei vorliegend indes nicht festzustellen – vielmehr solle „unter wortgleicher Fortgeltung des § 1 Satz 2 TierSchG ein seit über 50 Jahren für zulässig erachtetes und weit verbreitetes Brutgeschäft ... rechtlich neu zu bewerten“ und somit „[a]llein durch eine ... angenommene Weiterentwicklung der gesellschaftlichen Werteordnung ... aus dieser – zumindest als gerechtfertigt angesehenen – Praxis eine rechtswidrige Tätigkeit geworden sein.“<sup>31</sup> Selbiges Bedenken gilt nach Maßgabe des *strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots* (Art. 103 Abs. 2 GG) und dessen Teilgehalts der *Vorhersehbarkeit* umso mehr hinsichtlich der Strafbarkeit. Der bloße Wandel der in der Gesellschaft vorherrschenden ethischen Wertvorstellungen könne, so das LG Münster und OLG Hamm, nicht ohne Weiteres dazu führen, dass die jahrelang angewandte und behördlicherseits geduldete Praxis der Kükentötung ohne ein gesetzgeberisches Tätigwerden in eine Strafbarkeit hineinwachse.<sup>32</sup> Folglich sei es nun „Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, ob er die Strafbarkeitslücke bestehen lassen oder durch eine neue Regelung schließen will“.<sup>33</sup>

28 OVG Münster, Urteile vom 20.5.2016 – 20 A 488/15 und 20 A 530/15, Rn. 37 ff.

29 OVG Münster, Urteile vom 20.5.2016 – 20 A 488/15 und 20 A 530/15, Rn. 82 ff. und 145.

30 D.h. bei veränderter Sachlage wäre grundsätzlich bereits das geltende Verbot der Tötung „ohne vernünftigen Grund“ (§ 1 S. 2 bzw. § 17 Nr. 1 TierSchG) anwendbar (vgl. OVG Münster, Urteile vom 20.5.2016 – 20 A 488/15 und 20 A 530/15, Rn. 156; ferner Stellungnahme der Bundesregierung zum Gesetzesentwurf zur Änderung des Tierschutzgesetzes, BT-Drs. 18/6663 vom 11.11.2015, S. 10); bei gleichbleibender Sachlage müsste dagegen eine spezielle Verbotsnorm geschaffen werden.

31 VG Minden NuR 2015, S. 353 (354); NuR 2016, S. 144 (145 f.).

32 LG Münster NuR 2016, S. 292 (295); OLG Hamm, Beschluss vom 10.5.2016 – 4 Ws 113/16, Rn. 10.

33 LG Münster NuR 2016, S. 292 (294).

Damit haben die erkennenden Gerichte einer doch unvermittelten *Praxisänderung* der rechtsanwendenden Behörden – von der jahrelangen Duldung zur Untersagung bei *gleichbleibender Sach- und Rechtslage* – einen Riegel vorgeschoben und die Aufgabe einer rechtlichen Neubewertung dieses seit Langem gleichbleibenden Sachverhalts dem Gesetzgeber zugewiesen.<sup>34</sup>

### **III. Gesetzesinitiative zur Schaffung einer spezialgesetzlichen Verbotsgrundlage**

Hinzuweisen ist schließlich auch auf eine sich parallel entfaltende legislatorische Entwicklung, welche auf eine die namentlich vom VG Minden eingeforderte spezialgesetzliche Verbotsgrundlage schaffende Änderung des Tierschutzgesetzes abzielt. Auf Initiative Nordrhein-Westfalens beschloss der *Bundesrat* einen Gesetzesentwurf einzubringen, mit dem der Verbotskatalog des § 3 TierSchG durch den Passus „Es ist verboten, ein Wirbeltier ohne vernünftigen Grund, insbesondere zur Vermeidung wirtschaftlicher Nachteile, zu töten“ ergänzt werden soll.<sup>35</sup> Mit dieser auf die Tötung von Eintagsküken zugeschnittenen Vorschrift soll eine der strafrechtlichen (§ 17 Nr. 1 TierSchG) entsprechende, verwaltungsrechtliche Verbotsnorm ins TierSchG eingeführt werden, die es den zuständigen Behörden ermöglicht, die notwendigen Anordnungen nach § 16a Abs. 1 TierSchG zu treffen.<sup>36</sup>

Die *Bundesregierung* sprach sich aus zweierlei Gründen gegen die vorgeschlagene Änderung des TierSchG aus: Zum einen sei die gesetzliche Regelung eines Tötungsverbots nicht erforderlich, da ein „vernünftiger Grund“ für die Tötung der Eintagsküken ohne Weiteres entfalle und ein Verbot daher bereits nach geltendem Recht greife, sobald eine praxistaugliche Alternative auf dem Markt sei. Zum anderen verwies die Bundesregierung auf die mangelnde Effektivität des anvisierten Verbots ohne Verfügbarkeit einer marktreifen Alternative, dürfte dies doch lediglich die Verlagerung der Brüteretätigkeit und damit der in Rede stehenden Tierschutzproblematik ins Ausland bewirken.<sup>37</sup> Aktuell liegt der Gesetzesentwurf zur Beratung beim *Bundestag* (Stand: August 2016).

<sup>34</sup> Vgl. OVG Münster, Urteile vom 20.5.2016 – 20 A 488/15 und 20 A 530/15, Rn. 126: Die mit der Untersagungsverfügung vollzogene Abkehr von der jahrelangen Rechtspraxis der behördlichen Duldung „stützt sich nicht auf zusätzliche oder in der Diskussion bislang nicht bedachte Gesichtspunkte oder auf sonstige Umstände, die über eine *neue Bewertung der seit langem bestehenden Sach- und Rechtslage* hinausgehen würden.“ (Hervorh. d. Verf.).

<sup>35</sup> Gesetzesentwurf des Bundesrates zur Änderung des Tierschutzgesetzes, BR-Drs. 310/15 vom 25.9.2015.

<sup>36</sup> BR-Drs. 310/15, Anlage S. 5.

<sup>37</sup> Siehe Stellungnahme der Bundesregierung zum Gesetzesentwurf zur Änderung des Tierschutzgesetzes, BT-Drs. 18/6663 vom 11.11.2015, S. 10 f.

## C. Kritik der Küken-Rechtsprechung

### I. Gesamtbetrachtung

Vorauszuschicken ist, dass die Küken-Entscheidungen aufgrund durchgreifender verfassungsrechtlicher Bedenken *im Ergebnis* durchaus zustimmungswürdig sein dürften. Beigeplichtet werden muss m.E. insbesondere der Verneinung einer gegenwärtigen Strafbarkeit der Kükentötung aus den durch das LG Münster überzeugend dargelegten Gründen der fehlenden *Bestimmtheit* und *Vorhersehbarkeit* (Art. 103 Abs. 2 GG),<sup>38</sup> wie auch aufgrund eines durch die jahrelange behördliche Duldung begründeten fehlenden Unrechtsbewusstseins. Aber auch losgelöst vom spezielleren Aspekt der Strafbarkeit, der eine rückwirkende Komponente in sich trägt, dürften Erwägungen der aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) abzuleitenden Rechtssicherheit bzw. des *Vertrauensschutzes*<sup>39</sup> und der *Verhältnismäßigkeit* vorliegend auch in verwaltungsrechtlicher Hinsicht von tragender Bedeutung sein. Nachvollziehbar scheint denn auch die grundsätzliche Stoßrichtung der Küken-Rechtsprechung, wonach ein Verbot der Kükentötung gegenwärtig nicht über die Verwaltung oder Gerichte erwirkt werden, sondern in erster Linie aus einer legislativen Entscheidung erwachsen soll und damit zur einheitlichen Lösung dieser seit Langem bestehenden und weitreichenden tierschutzrechtlichen Problematik in erster Linie der (bis 2015 trotz Problembewusstseins untätige)<sup>40</sup> Gesetzgeber in die Pflicht genommen wird. Eine Überwälzung auf einzelne nordrhein-westfälische Brütreibetreiber würde für sich allein tatsächlich unverhältnismäßig und gleichsam als „Sonderopfer“ anmuten.<sup>41</sup>

Dessen ungeachtet sind die Entscheidungsgründe, die zum vorliegenden Ergebnis – Rechtswidrigkeit nicht der Kükentötung, sondern ihres Verbots – hingeführt ha-

38 LG Münster NuR 2016, S. 292 (293–295).

39 So auch LG Münster NuR 2016, S. 292 (296).

40 Das Versäumnis des Gesetzgebers, in dieser Sache tätig zu werden, wurde vom VG Minden mit deutlichen Worten festgehalten: „Die mit der Tötung männlicher Küken verbundene tierschutzrechtliche Problematik ist dem Gesetzgeber bereits hinreichend lange bekannt. Nicht erst ... 2013 war die *Regelungsbedürftigkeit* offenkundig. Die ethischen Bedenken ... und zahlreiche kritische Stimmen in der juristischen Fachliteratur, die diese in breiten Kreisen der Massentierhaltung praktizierte Vorgehensweise für rechtswidrig erachteten, ... hat der Gesetzgeber nicht zum Anlass genommen, eine spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlage für eine Untersagung der Tötungspraxis in der Legehennenzucht zu schaffen.“ VG Minden NuR 2015, S. 353 (356); NuR 2016, S. 144 (147) (Hervorh. d. Verf.).

41 Die Idee eines unverhältnismäßigen „Sonderopfers“ klingt auch in den Überlegungen des OVG Münster (Urteile vom 20.5.2016 – 20 A 488/15 und 20 A 530/15) an, welches auf die begrenzten Handlungsmöglichkeiten des individuellen Brütreibetreibers (in Gegenüberstellung zum gesamten Produktionsweig) hinwies (Rn. 104; die Erreichung der mit der Tötungsuntersagung verfolgten Ziele liegt „außerhalb der tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten“ des Brütreibetreibers, Rn. 152). Das OVG Münster hielt ferner fest, dass die untersagende Behörde die für den Brütreibetreiber maßgebenden ökonomischen Rahmen- und Wettbewerbsbedingungen ausgeblendet habe, indem sie wirtschaftliche Gesichtspunkte als Ursache für die Tötung der Küken angenommen, diese aber allein beim individuellen Verfügungsadressaten festgemacht und dessen „funktionale Einbindung in die Gesamtsituation der Geflügelwirtschaft“ außer Acht gelassen habe (Rn. 152).

ben, im Einzelnen gleichwohl unbefriedigend. Als besonders problematisch stellt sich m.E. die Urteilsbegründung des OVG Münster dar, soweit die berechtigten Bedenken zur (Un-)Verhältnismäßigkeit der in Frage stehenden individuell-konkreten Tötungsuntersagung über den unbestimmten Rechtsbegriff des „vernünftigen Grundes“ abgehandelt wurden. Denn der „vernünftige Grund“ dient systematisch zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit, und namentlich der Verhältnismäßigkeit, der *Tiertötung selbst*, nicht ihrer Untersagung. Die Rechtmäßigkeit der Untersagung setzt dagegen in einem *ersten Schritt* – auf der Ebene der Rechtsgrundlage – vor allen Dingen die *Rechtswidrigkeit der Kükentötung* voraus, d.h. das Fehlen eines „vernünftigen Grundes“ für die Tötung. Erst ein solcher Verstoß gegen § 1 S. 2 TierSchG würde die Ermächtigungsgrundlage des § 16a Abs. 1 S. 1 TierSchG als deren Tatbestandsvoraussetzung aktivieren.<sup>42</sup> In einem *weiteren Schritt* müsste sich die (dann auf einer hinreichenden Rechtsgrundlage beruhende) Untersagungsverfügung als Grundrechtseingriff außerdem auch als *ermessensfehlerfrei*<sup>43</sup> und *verhältnismäßig* erweisen. M.E. wäre vorliegend eine Auflösung über letztere Ebene der Ermessens- und Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzuziehen gewesen. Mit anderen Worten wäre denkbar gewesen, in einem ersten Schritt grundsätzlich das Fehlen eines „vernünftigen Grundes“ und damit die Rechtswidrigkeit der Kükentötung festzustellen. Dies hätte jedoch erst die Rechtsgrundlage (§ 16a Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 1 S. 2 TierSchG) für den Eingriff in die Berufsfreiheit eröffnet. In einem Folgeschritt wäre die konkrete behördliche Maßnahme (Untersagung in NRW mit einjähriger Übergangsfrist) zu prüfen und m.E., in Ansehung aller relevanten Umstände, deren Verhältnismäßigkeit zu verneinen gewesen.

Die Wahrung der einschlägigen, aus dem Rechtsstaatsprinzip fließenden verfassungsrechtlichen Vorgaben hätte damit über die nachgelagerte Ermessens- und Verhältnismäßigkeitsprüfung operationalisiert und so zugleich eine Überdehnung des „vernünftigen Grundes“ vermieden werden können. Denn wie im Folgenden dargelegt wird, hat die beim OVG Münster besonders ausgeprägte Verwertung der verfassungsrechtlich untermauerten, in erster Linie wirtschaftlichen Belange des Brütereibetreibers bereits im Rahmen der Prüfung des „vernünftigen Grundes“ zu

42 Umgekehrt würde mit der Feststellung der *Rechtmäßigkeit* der Kükentötung i.S.v. § 1 S. 2 TierSchG ein die Behörden auf der Grundlage des § 16a Abs. 1 S. 1 TierSchG ermächtigender Verstoß gegen das TierSchG fehlen und daher bereits die Rechtsgrundlage der Untersagung entfallen (so etwa entschieden durch das OVG Münster, Urteile vom 20.5.2016 – 20 A 488/15 und 20 A 530/15, Rn. 145).

43 So stellten die Verwaltungsgerichte, neben der für die Rechtswidrigkeit der Untersagungsverfügungen bereits ausschlaggebenden generell (VG Minden) bzw. konkret (OGV Münster) fehlenden Rechtsgrundlage, zusätzlich auch Ermessensfehler fest. Siehe OVG Münster, Urteile vom 20.5.2016 – 20 A 488/15 und 20 A 530/15, Rn. 145 ff. („Unabhängig davon, dass es hiernach an einem zum Einschreiten berechtigenden Verstoß gegen § 1 Satz 2 TierSchG“ fehle, wurde überdies das „im Fall eines Verstoßes zustehende Ermessen nicht fehlerfrei ausgeübt“); VG Minden NuR 2015, S. 353 (356 f.); NuR 2016, S. 144 (147 f.) („Selbst wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung annahme, die tierschutzrechtliche Generalklausel sei anwendbar und ihre Tatbestandsvoraussetzungen lägen vor, ... wäre die Untersagung ... ermessensfehlerhaft“).

einer fragwürdigen, übermäßig auf ökonomische Aspekte bedachten (Neu-)Auslegung dieses tierschutzrechtlichen Schlüsselbegriffs geführt. Damit dürfte die neue Küken-Rechtsprechung eine Schwächung des rechtlichen Tierschutzes im Allgemeinen zur Folge haben.

## II. Zum „vernünftigen Grund“ für die Tötung von Eintagsküken im Speziellen

Dreh- und Angelpunkt der rechtlichen Beurteilung ist nach dem Gesagten zunächst die Frage nach der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit der Kükentötung selbst, die sich wiederum maßgeblich nach dem Vorliegen bzw. Fehlen eines „vernünftigen Grundes“ i.S.v. § 1 S. 2 TierSchG bestimmt. Als zentrale materielle Rechtsfrage schält sich entsprechend jene nach dem „vernünftigen Grund“ für die Tötung von Eintagsküken heraus.<sup>44</sup>

Der Rechtsfigur des „vernünftigen Grundes“ fällt als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung<sup>45</sup> für Eingriffe in tierliche Schutzgüter innerhalb der Systematik des Tierschutzrechts im Allgemeinen eine wichtige Rolle zu.<sup>46</sup> Das TierSchG stellt das Leben des Tieres in § 1 S. 1 allgemein unter Schutz und zeigt damit eine grundsätzliche Rechtfertigungsbedürftigkeit der Tiertötung an. Für diese Rechtfertigung gilt – soweit keine Spezialregelungen greifen – subsidiär der im Auffangtatbestand des § 1 S. 2 angelegte Beurteilungsmaßstab des „vernünftigen Grundes“.<sup>47</sup> Dieser unbestimmte Rechtsbegriff ist zur Operationalisierbarkeit auf eine Konkretisierung durch Rechtsprechung und Literatur angewiesen<sup>48</sup> und wird dort gemeinhin umschrieben als triftiger, einsichtiger und von einem schutzwürdigen Interesse getragenen anzuerkennender Grund, der unter den konkreten Umständen schwerer wiegt als das tangierte Interesse des Tieres.<sup>49</sup> Neben dem Vorliegen eines rational nachvollziehbaren Eingriffsmotivs ist zur Ausfüllung dieses Begriffs im Einzelfall die Vornahme einer am *Verhältnismäßigkeitsprinzip* orientierten, *umfassenden Güterabwägung* (mit den Teilgehalten der Zweckeignung, Erforderlichkeit und Ange-

44 Die Frage nach dem „vernünftigen Grund“ gilt ganz allgemein als „Gretchenfrage“ des deutschen Tierschutzrechts. So *Pfohl* (Fn. 9), § 17 TierSchG Rn. 31; *M. W. Schröter*, Tierschutzrecht in der Diskussion, NuR 2007, S. 468 (469).

45 Die Rechtsnatur des „vernünftigen Grundes“ wird uneinheitlich beurteilt. Gemäß h.l. stellt der „vernünftige Grund“ einen tierschutzspezifischen Rechtfertigungsgrund für tatbestandsmäßige Tierschädigungen dar (a.M.: „vernünftiger Grund“ als gesamttatbewertendes Merkmal). Siehe zu dieser Frage *C. Maisack*, Der Begriff des vernünftigen Grundes im Tierschutzrecht, Baden-Baden 2007, S. 65 ff.; *Ort*, Tötung (Fn. 9), S. 854; *Caspar*, Der vernünftige Grund (Fn. 9), S. 578; *Lorz/Metzger* (Fn. 5), § 1 TierSchG Rn. 60; *Pfohl* (Fn. 9), § 17 TierSchG Rn. 32 ff.

46 Siehe *Caspar*, Der vernünftige Grund (Fn. 9), S. 577.

47 Siehe *Lorz/Metzger* (Fn. 5), § 1 TierSchG Rn. 16; *Caspar*, Der vernünftige Grund (Fn. 9), S. 577.

48 Hierbei sind „soziale Anschauungen, Traditionen und das kulturelle Selbstverständnis eines überwiegenden Teils der Bevölkerung“ in besonderem Maße zu berücksichtigen. *Pfohl* (Fn. 9), § 17 TierSchG Rn. 44; *Caspar*, Der vernünftige Grund (Fn. 9), S. 582.

49 Siehe etwa OVG Münster, Urteile vom 20.5.2016 – 20 A 488/15 und 20 A 530/15, Rn. 57; LG Münster NuR 2016, S. 292 (292); *Lorz/Metzger* (Fn. 5), § 1 TierSchG Rn. 62; *Pfohl* (Fn. 9), § 17 TierSchG Rn. 38; *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 5), § 1 TierSchG Rn. 33.

messenheit) erforderlich, mit der die „Ziele des ethisch begründeten Schutzes von Tieren und menschliche Interessen ... miteinander in Einklang gebracht werden“ sollen.<sup>50</sup> Der „vernünftige Grund“ fungiert so als auf einen Ausgleich abzielendes Instrument, über das „die vielfältigen Interessenkonflikte von Mensch und Tier abgewickelt werden“<sup>51</sup> – mit ihm wird die „Grenze zwischen ethischem Tierschutz und menschlichen Nutzungsinteressen gezogen“.<sup>52</sup>

Hinsichtlich der konkreten Frage, ob für die Tötung von Eintagsküken ein „vernünftiger Grund“ vorliegt, hat sich keine einheitliche Rechtsauffassung herausgebildet. In der *Literatur* wird nahezu einhellig die Ansicht vertreten, dass die Kükenötung als bislang zwar behördlicherseits geduldete, indes gesetzeswidrige Praxis zu qualifizieren sei,<sup>53</sup> weil solcherart Tiertötungen ausschließlich aus wirtschaftlichen Erwägungen erfolgten, rein ökonomische Gründe aber für sich allein keinen „vernünftigen Grund“ zu konstituieren vermöchten.<sup>54</sup> Demgegenüber wird vereinzelt geltend gemacht, dass die Kükenötung auch zu weiteren Zwecken erfolge, so z.B. zur Herstellung von Tierfutter oder zum übergeordneten Zweck der Gewährleistung der Eierversorgung.<sup>55</sup> Hierbei ist allerdings zu beachten, dass selbst bei einer Überlagerung der Eingriffsmotive für die Beurteilung der Rechtfertigung „allein der – nach objektiver Betrachtung zu bestimmende – Hauptzweck maßgeblich“ ist<sup>56</sup> – und dieser ist vorliegend unstreitig ökonomischer Natur.<sup>57</sup>

50 OVG Münster, Urteile vom 20.5.2016 – 20 A 488/15 und 20 A 530/15, Rn. 53; siehe ferner *Caspar*, Der vernünftige Grund (Fn. 9), S. 580 ff.; *Lorz/Metzger* (Fn. 5), § 1 TierSchG Rn. 75; *Pfohl* (Fn. 9), § 17 TierSchG Rn. 44; *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 5), § 1 TierSchG Rn. 32.

51 *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 5), § 1 TierSchG Rn. 30.

52 *Pfohl* (Fn. 9), § 17 TierSchG Rn. 31; siehe ferner etwa OVG Münster, Urteile vom 20.5.2016 – 20 A 488/15 und 20 A 530/15, Rn. 55.

53 So *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 5), § 17 TierSchG Rn. 70; *Hager*, Generalklausel (Fn. 9), S. 111; *Köpernik*, Eintagsküken (Fn. 9), S. 292; *Pfohl* (Fn. 9), § 17 TierSchG Rn. 53; *Ort*, Tötung (Fn. 9), S. 855 f.; *Binder*, Tötung (Fn. 9), S. 812; *Caspar*, Der vernünftige Grund (Fn. 9), S. 582; *Buhl*, Prohibition (Fn. 9), S. 7; a.A. *M. Beckmann*, Über den vernünftigen Grund im Sinne von § 1 S. 2 TierSchG bei der Tötung von männlichen Eintagsküken, *NUR* 2016, S. 384.

54 Siehe OLG Frankfurt NStZ 1985, S. 130 (130); *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 5), § 17 TierSchG Rn. 12; *Köpernik*, Eintagsküken (Fn. 9), S. 292; siehe ferner die Begründung zum Gesetzesentwurf zur Änderung des TierSchG, BT-Drs. 18/6663 vom 11.11.2015, S. 8 („Ökonomische Interessen – ob im Hinblick auf die wirtschaftlichen Interessen des Brüterebetreibers oder auf die Vorteile einer preisgünstigen Lebensmittelversorgung für die Bevölkerung – können keinen vernünftigen Grund im Sinne des § 1 Satz 2 TierSchG darstellen“).

55 So etwa *Steiling*, Tötung (Fn. 9), S. 7; *Beckmann*, Über den vernünftigen Grund (Fn. 53), S. 390.

56 KG Berlin NStZ 2010, S. 175 (175); *Maisack*, Begriff (Fn. 45), S. 143 ff.

57 In erster Linie die Vermeidung wirtschaftlicher Einbußen und Marktnachteile. Siehe BT-Drs. 18/6663 vom 11.11.2015, S. 8; ferner *Pfohl* (Fn. 9), § 17 TierSchG Rn. 53; *Ort*, Tötung (Fn. 9), S. 855 („Vernichtung ökonomisch unrentablen Lebens“ als Hauptzweck); so auch OVG Münster, Urteile vom 20.5.2016 – 20 A 488/15 und 20 A 530/15, Rn. 99 f. (maßgebender Grund für die Tötung der Küken ist die fehlende ökonomische Verwertbarkeit – sie werden getötet, „weil sie nicht das Ziel des Erzeugungsprozesses bilden und lebend keinem anderen wirtschaftlich lohnenden Zweck förderlich sind“).

Abweichend von der Literaturmeinung hat sich die *Rechtsprechung* dagegen von der Rechtmäßigkeit der Kükentötung überzeugt gezeigt. Hierfür spricht nach Auffassung der Gerichte zunächst, dass der europäische und deutsche Verordnungsgeber<sup>58</sup> unlängst noch das einschlägige „Verfahren zur massenweisen Tötung von Küken ... durch Zerkleinerung“ ausdrücklich reguliert hat, was zumindest auf eine implizite Zulässigkeit der Kükentötung schließen lasse.<sup>59</sup> Darüber hinaus aber – und dies ist letztlich entscheidend – ist die Kükentötung gemäß neuer Rechtsprechung durchaus von einem „vernünftigen Grund“ getragen. Während sich das VG Minden (aufgrund der ohnehin fehlenden Ermächtigungsgrundlage für die Untersagung) zwar noch kaum mit der materiell-rechtlichen Zulässigkeit der Kükentötung befasste<sup>60</sup> und das LG Münster einen „vernünftigen Grund“ (nur) in strafrechtlicher Hinsicht (i.S.v. § 17 Nr. 1 TierSchG) bejahte,<sup>61</sup> hat nun zuletzt das OVG Münster einen „vernünftigen Grund“ auch i.S.d. Generalklausel des § 1 S. 2 TierSchG und damit die *allgemeine Rechtmäßigkeit* der Kükentötung festgestellt.<sup>62</sup>

Hierbei waren vornehmlich wirtschaftliche Aspekte von tragender Bedeutung: Das Gericht hielt fest, dass den „für die Tötung der Küken sprechenden Gesichtspunkten ... bei der Abwägung aller relevanten Aspekte der Vorrang vor dem Schutz der Küken zu[kommt].“<sup>63</sup> Es führte hierzu aus, dass dem Tierschutz zwar „vor allem

58 Siehe die Vorschriften in Anh. 1, Kap. I, Tab. 1, Nr. 4 und Kap. II, Nr. 2 VO (EG) Nr. 1099/2009 und Anl. 1 Nr. 3 und 7.9 TierSchV.

59 VG Minden NuR 2015, S. 353 (354); NuR 2016, S. 144 (145); in dieser Hinsicht führte das LG Münster (NuR 2016, S. 292 [294]) aus, dass es „sinnwidrig [wäre] und der Einheit der Rechtsordnung [widersprüche], in Kenntnis der Problematik ... detailliert das einzuhaltende Prozedere der Tötung dieser Eintagsküken zu regeln“, wenn die Tötung als solche bereits vollständig durch das TierSchG untersagt wäre; nachdrücklich auch OLG Hamm (Beschluss vom 10.5.2016 – 4 Ws 113/16, Rn. 8); mit der Literatur könnte hiergegen eingewendet werden, dass die fraglichen Verordnungsvorschriften bloß das technische „Wie“ (die zulässige Art und Weise), nicht aber das „Ob“ (die Zulässigkeit an sich) der Tötung regelten, Letzteres vielmehr nach Maßgabe des TierSchG, d.h. nach dem Vorliegen eines „vernünftigen Grundes“ zu beurteilen sei. So etwa KG Berlin NStZ 2010, S. 175 (176) („Der vernünftige Grund entscheidet über die Zulässigkeit des ‚Ob‘ der Tötung“); Pföhl (Fn. 9), § 17 TierSchG Rn. 43; Lorz/Metzger (Fn. 5), Vor TierSchIV Rn. 11; Hirt/Maisack/Moritz (Fn. 5), § 17 TierSchG Rn. 70; Köpernik, Eintagsküken (Fn. 9), S. 291; m.E. dürfte die explizite Regelung des „Wie“ vorliegend allerdings eher indizieren, dass das „Ob“ als erlaubt vorausgesetzt wurde. Zwar griff der Verordnungsgeber die Kükentötung als vorbestehende Praxis lediglich auf – die Annahme, dass er hiermit die Form einer eigentlich unzulässigen Tötung regulierte, scheint indes zweifelhaft. Vgl. hierzu auch Beckmann, Über den vernünftigen Grund (Fn. 53), S. 387; zu prüfen wäre allenfalls noch eine Rechtswidrigkeit der entsprechenden Vorschriften selbst, zumal die TierSchIV in der Normenhierarchie unter dem TierSchG steht und die VO (EG) Nr. 1099/2009 (Art. 26) eine strengere nationale Umsetzung zulässt.

60 Obschon sich das VG Minden zur Frage der materiellen Rechtmäßigkeit der Kükentötung nicht eindeutig äußerte, deutete es inzidenter deren fehlende Rechtswidrigkeit an (Verstoß gegen § 1 S. 2 TierSchG könnte „im Hinblick auf die derzeitige Alternativlosigkeit zur bisherigen Tötungspraxis auch verneint werden“, VG Minden NuR 2015, S. 353 [356]; NuR 2016, S. 144 [147f.]).

61 So befand das LG Münster (NuR 2016, S. 292 [295 f.]), dass die „innerhalb des § 17 TierSchG vorzunehmende Abwägung das Vorliegen eines vernünftigen Grundes für die Tötung der Eintagsküken ergibt“ und diese unbeschadet einer Untersagungsmöglichkeit durch die Behörden jedenfalls keiner Strafbarkeit unterfällt.

62 OVG Münster, Urteile vom 20.5.2016 – 20 A 488/15 und 20 A 530/15, Rn. 38–144.

63 OVG Münster, Urteile vom 20.5.2016 – 20 A 488/15 und 20 A 530/15, Rn. 82.

wirtschaftliche Interessen gegenüber[stehen]“, solchen Erwägungen der Wirtschaftlichkeit – unter Berücksichtigung der „strukturellen ökonomischen Grundbedingungen, die nach den gegebenen staatlichen und gesellschaftlichen Verhältnissen die Voraussetzung sind für eine Teilhabe am funktionierenden Wirtschaftsleben“ – im Rahmen der Abwägung gegen ethische Aspekte indes weder die Berechtigung abzusprechen noch von vornherein ein geringeres Gewicht beizumessen sei.<sup>64</sup> In Anbetracht der Alternativlosigkeit der Tötung – weder die Aufzucht der männlichen Küken noch der Einsatz eines Zweinutzungshuhns seien gegenwärtig wirtschaftlich vertretbar und auch das Verfahren zur In-Ovo-Geschlechtsbestimmung ist technisch noch nicht zur Marktreife fortgeschritten – könne dem individuellen Brütereibetreiber ein Tötungsverbot derzeit billigerweise nicht zugemutet werden und hätten seine Belange daher nach gegenwärtigem Stand größeres Gewicht.<sup>65</sup>

### **III. „Wirtschaftliche Notwendigkeit“ als neuer und zweifelhafter „vernünftiger Grund“**

Die namentlich vom OVG Münster zur Herleitung eines „vernünftigen Grundes“ entwickelte Argumentationslinie, in der sich letztlich die in einem Fehlen ökonomisch sinnvoller Alternativen begründete „wirtschaftliche Notwendigkeit“<sup>66</sup> als neues Rechtfertigungsnarrativ herauskristallisiert, ist speziell aus tierschutzrechtlicher Sicht in mehrfacher Hinsicht kritikwürdig.

#### **1. Einseitige Abwägung zugunsten der Wirtschaftlichkeit**

Im Kern geht es vorliegend, wie im Tierschutzrecht überhaupt, um das grundlegende Konfliktverhältnis zwischen der ökonomischen Nutzung von Tieren und deren ethisch gebotenen Schutz, die über das Instrument der dem „vernünftigen Grund“ immanenten Güterabwägung in Einklang zu bringen sind, wobei keiner der Belange einen abstrakten Vorrang für sich beanspruchen kann.<sup>67</sup> Allerdings ist fraglich, inwiefern *in concreto* tatsächlich ein Ausgleich erzielt wurde bzw. überhaupt erzielt werden konnte.

64 OVG Münster, Urteile vom 20.5.2016 – 20 A 488/15 und 20 A 530/15, Rn. 82 ff. und 92.

65 OVG Münster, Urteile vom 20.5.2016 – 20 A 488/15 und 20 A 530/15, Rn. 82, 101 ff., 113 und 127.

66 Berücksichtigt wurde die derzeitige Alternativlosigkeit der Kükkentötungspraxis auch vom VG Münster (NuR 2015, S. 353 [356 f.]; NuR 2016, S. 144 [147 f.]); den „Umstand, dass es derzeit keine wirtschaftlich sinnvolle Alternative für die Tötung der Eintagsküken gibt“, stellte auch das LG Münster (NuR 2016, S. 292 [296]) als entscheidungserheblich in die Abwägung ein; dass die Alternativlosigkeit einen „vernünftigen Grund“ darstellt, widerspiegelt der Sache nach auch die Auffassung der Bundesregierung, zumal es das geltende Verbot der Tötung „ohne vernünftigen Grund“ erst dann für anwendbar erachtet, wenn eine marktfähige Alternative den „vernünftigen Grund“ für die Tötung entfallen lässt („sobald ein praxistaugliches Verfahren für die In-Ovo-Geschlechtsbestimmung auf dem Markt ist, liegt kein vernünftiger Grund im Sinne des § 1 Satz 2 TierSchG mehr vor.“). Siehe BT-Drs. 18/6663 vom 11.11.2015, S. 10.

67 Vgl. BVerfGE 101, 1 (37) und BVerfGE 127, 293 (328); auch Caspar, Der vernünftige Grund (Fn. 9), S. 580.

Zunächst lag den Erwägungen des OVG Münster eine unzureichende, da einseitige Substantiierung der konkreten Abwägungskonstellation zugrunde: Während es im Rahmen der zur Eruierung eines „vernünftigen Grundes“ gebotenen Abwägung zwischen menschlichen Nutzungs- und tierlichen Schutzinteressen die betroffenen Tierschutzaspekte bloß kurSORisch in wenigen Worten umriss (Rn. 82), erwog es die gegenläufigen, in erster Linie wirtschaftlichen Belange *in extenso* (Rn. 83–143).

Dadurch dürfte das Gericht aber den besonders prekären Charakter des vorliegenden Konfliktverhältnisses nicht ausreichend gewürdigt haben: Einerseits ist auf Seiten des Tierschutzes sowohl in *qualitativer* – Intensität: Tötung als schwerwiegendster Eingriff;<sup>68</sup> zeitliches Element: Tötung unmittelbar am ersten Lebenstag; (niederes) Tötungsmotiv: wirtschaftliche Nutzlosigkeit – wie auch in *quantitativer* Hinsicht – 45–50 Millionen Küken pro Jahr – von einer größtmöglichen Betroffenheit auszugehen. Andererseits stehen dem zwar in erster Linie „nur“ ökonomische Interessen gegenüber; dennoch stellt die Untersagung einen massiven Eingriff in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) des individuellen Brütereibetreibers dar.<sup>69</sup> Zugleich sind das spezifische Nutzungs- und Schutzinteresse praktisch unvereinbar, bedeutet ein Verbot der Küenkötung doch das faktische Ende des bisherigen Brütteregeschäfts. Angesichts dieser *Entweder-oder-Situation* wären präzisierende Ausführungen vonnöten gewesen, wie sich Aspekte der Wirtschaftlichkeit und des Tierschutzes im unversöhnlichen Kollisionsfall zueinander verhalten.

Insgesamt entsteht der Eindruck, dass Belange des Tierschutzes durch das OVG Münster *lediglich nominell*, nicht aber substanzell berücksichtigt wurden. Denn es bleibt schwer ersichtlich, wie eine Produktionsweise, die von vornherein darauf angelegt ist, die Hälfte der gezüchteten Tiere sogleich als Abfall zu entsorgen, mit der

<sup>68</sup> Siehe etwa VG Berlin, Beschluss vom 24.4.2012 – VG 24 L 113.12, wonach „die Tötung eines Wirkeltieres ohne Betäubung den gravierendsten Eingriff in das Staatsschutzziel des Tierschutzes nach Art. 20a GG darstellen dürfte“ (in diesem Fall ging es um die Strangulation von Hundewelpen im Rahmen einer Kunstaufführung); ferner gilt die Tötung eines Tieres als der „mit dem schwersten Schaden verbundene Eingriff“ (BVerwG NVWZ 1998, S. 853 [855]), dazu statt vieler *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 5), § 1 TierSchG Rn. 28; die Küenkötung wurde vom LG Münster (NuR 2016, S. 292 [295]) entsprechend als „mehrfacher, nicht umkehrbarer und schwerwiegender Eingriff in den Tierschutz“ charakterisiert; auch das OVG Münster (Urteile vom 20.5.2016 – 20 A 488/15 und 20 A 530/15, Rn. 82) hielt fest, dass „den Küken durch die Tötung unumkehrbar der größtmögliche Schaden für ihre körperliche Unversehrtheit zugefügt wird“.

<sup>69</sup> Es handelt sich hierbei um einen berufsausübungsregelnden Eingriff in die Berufsfreiheit, der das „Wie“ der beruflichen Tätigkeit betrifft; das VG Minden wertete das Verbot der Küenkötung angesichts der wirtschaftlichen Notwendigkeit und Alternativlosigkeit dieser Praxis als massiven Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit, zumal damit faktisch eine Untersagung des bisherigen Brutgeschäfts einhergehe. Siehe VG Minden NuR 2015, S. 353 (355); NuR 2016, S. 144 (146); auch das OVG Münster qualifizierte das Verbot als schwerwiegenden Eingriff, welcher „die wirtschaftlichen Grundlagen der Berufsausübung so stark beschneidet, dass es, obwohl es auf die Berufsausübung abzielt, in seinen Wirkungen einer Regelung der Berufswahl nahekommt.“ OVG Münster, Urteile vom 20.5.2016 – 20 A 488/15 und 20 A 530/15, Rn. 46 und 148.

ethischen Grundkonzeption des TierSchG sowie der Idee eines Eigenwerts<sup>70</sup> (im Grunde nicht einmal eines bloß instrumentellen Werts) des Tieres vereinbar sein soll<sup>71</sup> und hier insofern von einem durch das Rechtsinstrument des „vernünftigen Grundes“ herzustellenden „Ausgleich“ oder „Kompromiss“<sup>72</sup> die Rede sein kann. Vielmehr geht mit der Argumentation des Gerichts eine erhebliche Aufweichung des ethischen Tierschutzes einher, der im spezifischen Kontext der als zulässig befundenen Kükentötungspraxis bis auf Weiteres – und zur Gänze – wirtschaftlichen Sachzwängen weichen muss.

## 2. Abkehr von der „rein ökonomische Gründe reichen nicht“-Doktrin

An dieser Stelle setzt ein weiterer Kritikpunkt an: Mit ihrer impliziten Quintessenz – Wirtschaftlichkeit geht dem Tierschutz im Zweifels-, d.h. im unauflösbaren Konfliktfall vor – scheint die neue Küken-Rechtsprechung eine Abkehr von den bisher durch Rechtsprechung und Lehre entwickelten Leitsätzen zum „vernünftigen Grund“ zu signalisieren. Hierbei sind insbesondere Widersprüche zum Legehenen-Urteil des BVerfG zu bedenken: In diesem Urteil stellte das BVerfG im Rahmen eines abstrakten Normenkontrollverfahrens die Nichtigkeit zweier Bestimmungen der Hennenhaltungsverordnung fest, weil mit ihnen die „einzustellenden Belange des ethisch begründeten Tierschutzes *über die Grenze eines angemessenen Ausgleichs zurückgedrängt*“ wurden. Das BVerfG führte weiter aus, dass aus dem in § 1 S. 1 TierSchG niedergelegten Grundsatz des ethischen Tierschutzes folge, dass „nicht jede Erwägung der Wirtschaftlichkeit der Tierhaltung aus sich heraus ein ‚vernünftiger Grund‘ im Sinne des § 1 Satz 2 TierSchG“ darstellen könne.<sup>73</sup> Letzteres deckt sich mit der gefestigten, in den Überlegungen des OVG Münster in des nicht resonierenden „rein ökonomische Gründe reichen nicht“-Doktrin, wonach jene „zur Ausfüllung des Begriffs ‚vernünftiger Grund‘ nicht geeignet [sind]“ und bei Anlegung eines ausschließlich ökonomischen Maßstabs die Grundkonzeption des Tierschutzgesetzes als eines ethisch ausgerichteten Tierschutzes ausgeholt würde.<sup>74</sup>

Vor diesem Hintergrund muss fraglich sein, ob ökonomische Sachzwänge wirklich zum durchgreifenden Rechtfertigungsgrund für gravierende Eingriffe in die tierliche Integrität avancieren können – ein Rechtfertigungsgrund, der Belange des Tier-

70 Ein Eigenwert muss dem Tier in Einklang mit dem Prinzip des ethischen Tierschutzes (§ 1 S. 1 TierSchG) stets auch jenseits wirtschaftlicher Erwägungen zukommen. Siehe *Caspar*, Der vernünftige Grund (Fn. 9), S. 582.

71 So auch *Binder*, Tötung (Fn. 9), S. 812; *J. Caspar*, Tierschutz im Recht der modernen Industriegesellschaft, Baden-Baden 1999, S. 370; *Ort*, Tötung (Fn. 9), S. 855.

72 Vgl. OVG Münster, Urteile vom 20.5.2016 – 20 A 488/15 und 20 A 530/15, Rn. 53 ff.

73 BVerfGE 101, 1 (37) (Hervorh. d. Verf.).

74 OLG Frankfurt NStZ 1985, S. 130 (130); weitere Hinweise oben Fn. 53 und 54; so auch VG Arnsberg, Urteil vom 2.5.2016 – 8 K 116/14, Rn. 132: „Eine Tötung von Tieren aus wirtschaftlichen Gründen sieht das Tierschutzgesetz indes grundsätzlich nicht als vernünftigen Grund an“.

schutzes überdies punktuell gänzlich auszuschalten vermag. Dies gilt umso mehr, als diese „Zwangslage“ erst durch gezielte, auf einseitige Höchstleistung<sup>75</sup> ausgerichtete Zuchtmaßnahmen geschaffen und somit durch die Geflügelindustrie selbst verursacht wurde.<sup>76</sup> Akzeptiert man das vom OVG Münster zur Ausfüllung des „vernünftigen Grundes“ bemühte Rechtfertigungsnarrativ der „wirtschaftlichen Notwendigkeit“, dürfte dies mittelbar auf eine Preisgabe des Tierschutzes an „eine ausschließlich anthropozentrische Logik der Gewinnmaximierung“ hinauslaufen.<sup>77</sup> *Caspar* ist insofern (insbesondere in Ansehung des Legehennen-Urteils des BVerfG) zuzustimmen, wenn er einen „vernünftigen Grund“ für die Kükentötung letztlich unter Rückgriff auf den eigentlichen Kerngehalt des Prinzips des ethischen Tierschutzes zurückweist.<sup>78</sup>

### 3. Von der Faktizität zur Normativität einer „wirtschaftlichen Notwendigkeit“

Zuletzt ist die sich in der Argumentation des OVG Münster vollziehende Transformation wirtschaftlicher Sachzwänge in einen normativen Rechtfertigungsgrund auch deshalb kritikwürdig, weil hiermit die Grenze zwischen Faktizität und Normativität<sup>79</sup> verwischt und zugleich die normativ-gestaltende Funktion des Tierschutzrechts verkannt zu werden scheint. Dass das OVG Münster<sup>80</sup> (wie auch die Bundesregierung)<sup>81</sup> das TierSchG umgekehrt erst dann dazu befähigt sieht, eine von breiten Kreisen als rechtlich und moralisch fragwürdig angesehene, wirtschaft-

75 Siehe zur modernen, auf einseitige Höchstleistung ausgerichteten Tierzucht und ihren tierschutzrelevanten Folgen *Wissenschaftlicher Beirat Agrarpolitik beim BMEL*, Gutachten: Wege zu einer gesellschaftlich akzeptierten Nutztierhaltung, Berlin 2015, S. 97 f.; B. Hörning, Auswirkungen der Zucht auf das Verhalten von Nutztieren, Kassel 2008, S. 43 ff.

76 Beachtenswert sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen des OLG Naumburg, das in einem Fall, in dem es um die Tötung von nicht für die Erhaltungszucht geeigneten Jungtigern im Zoo ging, einen „vernünftigen Grund“ für die Tötung ablehnte und hierbei den Aspekt der Verantwortlichkeit besonders gewichtete: „Die Tiger waren Ergebnis des Europäischen Erhaltungszuchtprogramms. Ihre mischgenetische Konstitution spricht für einen *Fehler im Programm selbst*, wofür die Organisation und *letztendlich der Mensch verantwortlich* zeichnet. Es ist *nicht angemessen, sich dieser Verantwortung kurzfristig durch Euthanasie* der uneingeschränkt lebensfähigen, gesunden und zunächst in ihrer Existenz gesicherten „Produkte“ zu entledigen.“ OLG Naumburg, Beschluss vom 28.6.2011 – 2 Ss 82/11, Rn. 16 (Hervorh. d. Verf.).

77 *Caspar*, Der vernünftige Grund (Fn. 9), S. 582 f.

78 „Wo die ökonomischen Interessen an einer kostensparenden Produktion ... solche Dimensionen erlangen, dass ein Dasein des Tieres als empfindendes Lebewesen nicht einmal mehr in Ansätzen möglich ist, müssen sie dem fundamentalen Grundsatz eines pathozentrischen Tierschutzes weichen“, *Caspar*, Der vernünftige Grund (Fn. 9), S. 582.

79 D.h. „Faktizität ... [wird] zur juridischen Rechtfertigungsbasis der Tiertötung“, so *Caspar*, Industriegesellschaft (Fn. 71), S. 368.

80 Sobald die technischen Mittel zur Früherkennung im Ei betrieblich anwendbar vorliegen, stellt sich nach Ansicht des Gerichts die Frage nach dem „vernünftigen Grund“ für die Tötung von Eintagsküken neu und ist zu erwarten, dass das Vorliegen eines „vernünftigen Grundes“ zu einem solchen Zeitpunkt zu verneinen ist. Siehe OVG Münster, Urteile vom 20.5.2016 – 20 A 488/15 und 20 A 530/15, Rn. 156.

81 Vgl. die Stellungnahme der Bundesregierung zum Gesetzesentwurf zur Änderung des Tierschutzgesetzes, BT-Drs. 18/6663 vom 11.11.2015, S. 10 („Wenn ... ein praxistaugliches Gerät auf dem Markt verfügbar ist, greifen ... die bereits bestehenden Regelungen des Tierschutzgesetzes“).

lich indes opportune Tötungspraxis als rechtswidrig zu erfassen und zu verbieten, wenn sie faktisch ohnehin obsolet wird – nämlich dann, wenn marktfähige Alternativen vorhanden sind –, ist m.E. jedenfalls als schwaches Zeugnis für die Wirkmöglichkeiten des rechtlichen Tierschutzes zu lesen. Dies lässt mit anderen Worten erwarten, dass die konkrete, bis auf Weiteres fortbestehende Problematik letztlich nicht rechtlich (durch die Gerichte oder den Gesetzgeber) gelöst werden, sondern sich in absehbarer Zeit aufgrund technischer Fortschritte „wie von selbst“ auflösen wird. Dass die Kükentötung zu einem solchen Zeitpunkt (voraussichtlich) auch verboten sein wird, stellt sich dann freilich bloß noch als rechtliche Nachführung – als nachträglich-deklaratorische Bekräftigung der Rechtswidrigkeit einer vormals (rechtmäßig) praktizierten Tötungsform – und damit gleichsam als Zeichen eines vergangenen rechtlichen Unvermögens dar, auf die realen (tierwidrigen) Verhältnisse einzuwirken und der zweckrationalen Nutzung von Tieren so – der gesetzlich angedachten Funktion entsprechend<sup>82</sup> – durchschlagskräftige normative Grenzen vorzusetzen.

#### **D. Exemplifizierte Problemkreise des Tierschutzrechts im Allgemeinen**

Der Küken-Fall veranschaulicht zuletzt in exemplarischer Weise strukturelle Schwächen des Tierschutzrechts im Allgemeinen.<sup>83</sup> Diese sollen hier – zugleich im Sinne eines Ausblicks – kuriosisch aufgezeigt und die Küken-Rechtsprechung so kontextualisiert werden.

##### **I. Vorrang wirtschaftlicher Nutzungs- über tierliche Schutzinteressen**

Der Küken-Fall zeugt zum einen von der Schwierigkeit, einen effektiven Tierschutz gerade auch gegen wirtschaftliche Nutzungsinteressen zu gewährleisten. Der sich in den Überlegungen des OVG Münster abzeichnende Gedanke eines Primats der Wirtschaftlichkeit der Tiernutzung korrespondiert der Sache nach mit der allgemeinen Konstitution des Tierschutzrechts als eines hybriden Tiernutzungsregulierungs- und hierbei in erheblichem Ausmaß von Nutzungserwägungen geleiteten Rechts<sup>84</sup> – ein Kritikpunkt, der in der Literatur unter dem Schlagwort „Tiernutz-

82 Vgl. etwa LG Münster NuR 2016, S. 292 (292): „Sinn und Zweck des Tierschutzgesetzes ist es, einer an ökonomischen Gesichtspunkten ausgerichteten Tiernutzung Grenzen zu setzen.“

83 Eine ausführliche Darstellung dieser grundlegenden Defizite findet sich an anderer Stelle. Siehe hierzu S. Stucki, Grundrechte für Tiere, Baden-Baden 2016, S. 123 ff.; die nachfolgenden Ausführungen stützen sich im Wesentlichen auf die dort für das Tierschutzrecht im Allgemeinen vorgenommene, auf den aktuellen Küken-Fall anwendbare Analyse.

84 Siehe hierzu Stucki, Grundrechte (Fn. 83), S. 144 ff.

recht“<sup>85</sup> firmiert. Diese Priorität von Nutzungs- über Schutzaspekte ist allerdings in erster Linie eine konzeptionelle und bereits in die Grundstruktur des sich im Spannungsfeld zwischen Tiernutzung und Tierschutz als „Synthese“ formierenden Tierschutzrechts eingeschrieben.<sup>86</sup> Wie *Caspar* rekonstruiert, ist dieses vom „vor befindlichen Faktum der jeweiligen Ausgestaltung der Praxis der Tiernutzung abhängig. [...] Nicht der Tierschutz ist in dieser Beziehung prioritätär, sondern das Interesse des Menschen an der Nutzung von Tieren, aus dem sich der Gedanke der Berücksichtigung der Interessen von Tieren erst ableitet.“<sup>87</sup> Der rechtliche Tierschutz stellt sich demnach als sekundäre Funktion der vorausgesetzten Tiernutzung dar – oder, so *Caspar*, zuweilen „lediglich als mildtätiger Regelungsannex einer Gesamtstrategie zur ökonomisch effizienten Tierverwertung“.<sup>88</sup> Vor diesem Hintergrund erstaunt es nicht, dass im Küken-Fall, wo *entweder* zugunsten der Nutzung *oder* des Schutzes zu entscheiden war, dem Aspekt der wirtschaftlichen Nutzbarkeit letztlich Vorrang eingeräumt wurde.

## II. Elastizität des rechtfertigenden „vernünftigen Grundes“

Der Küken-Fall, in dem gleichsam als Rarität die Rechtmäßigkeit einer landwirtschaftlichen Praxis auf dem Prüfstand war, demonstriert ferner auch, dass das Verbot der Tötung „ohne vernünftigen Grund“ in erster Linie bei als Anomalien auftretenden Tötungen mit Einzelfallcharakter greift, hinsichtlich „normalem“ bzw. weithin praktiziertem Töten aber weitgehend ins Leere läuft. Diese Tendenz wurde zum einen ausdrücklich durch das VG Arnsberg festgehalten: „*Einzelfälle von Tötungen von Tieren ohne vernünftigen Grund dürfen ... ohne weiteres untersagt werden*. Anders verhält es sich aber im vorliegenden Fall, weil es hier *nicht um die Tötung von Tieren im Einzelfall* geht, sondern um eine in der Geflügelproduktion

85 Siehe etwa *Caspar*, Industriegesellschaft (Fn. 71), S. 30; *M. Fischer*, Differenz, Indifferenz, Gewalt, Kriminologisches Journal 2001, S. 170 (181) (zentrale Leistung des TierSchG sei es, „Schädigungen ... in einem eigenständigen Gesetz abzuhandeln, ihre Ausführung zu regeln und mit dem Verweis auf nicht näher bestimmte vernünftige Gründe zu legitimieren“); *K. Leondarakis*, Menschenrecht „Tierschutz“, Baden-Baden 2006, S. 23; *M. Michel/S. Stucki*, Rechtswissenschaft: Vom Recht über Tiere zu den Legal Animal Studies, in: *R. Spannring* et al. (Hrsg.), *Disziplinierte Tiere?*, Bielefeld 2015, S. 229 (238 f.); ferner *T. Bryant*, Denying Animals Childhood and Its Implications for Animal-Protective Law Reform, Law, Culture and the Humanities 2010/6, S. 56 (61 f.); *W. Kymlicka/S. Donaldson*, Animal Rights, Multiculturalism, and the Left, Journal of Social Philosophy 2014, S. 116 (132, Fn. 29).

86 Aufschlussreiche Erläuterungen zur Vermischung der Ebenen der Tiernutzung und des Tierschutzes in kontemporärem Tierschutzrecht finden sich bei *Caspar*, Industriegesellschaft (Fn. 71), S. 175 ff.; siehe auch *Stucki*, Grundrechte (Fn. 83), S. 141 ff.

87 *Caspar*, Industriegesellschaft (Fn. 71), S. 181; die schon in der Genese des Tierschutzrechts angelegte Priorität der Nutzung veranschaulicht *Caspar* am Beispiel von Jagdschutzvorschriften: „An der Zweckbestimmung des zu tötenden Tieres ändert auch die Aufnahme der Schutzvorschrift nichts. Es soll sterben, aber eben möglichst unter Vermeidung von mehr als der zur Tötung unerlässlichen Schmerzzufügung. Am Ende überwiegt hier also nicht das Anliegen des Tierschutzes, sondern das Vorhaben des Tiernutzers.“ Ebd., S. 176.

88 *Caspar*, Industriegesellschaft (Fn. 71), S. 177.

seit Jahrzehnten mit Wissen und Billigung des Gesetzgebers *gängige Praxis*.<sup>89</sup> Dies bestätigt zum anderen auch ein Blick auf die Kasuistik: So wurde von Gerichten bisher als „nicht vernünftig“ beurteilt etwa die Tötung von Hundewelpen im Rahmen einer Kunstperformance,<sup>90</sup> die Tötung zweier Kaninchen im Rahmen einer künstlerischen Vorführung,<sup>91</sup> die Tötung dreier nicht reinrassiger Jungtiger im Zoo,<sup>92</sup> das Köpfen eines Huhnes in einer Theatervorstellung<sup>93</sup> oder das Töten von Fischen beim Wettangeln.<sup>94</sup> Während es sich bei den als rechtswidrig beurteilten Tötungen um *individuelle* (in der Regel gesellschaftlich verpönte) Erscheinungen handelt, findet die als rechtmäßig befundene Küenkötung in einem überindividuellen, *institutionalisierten* Rahmen statt.<sup>95</sup> Als entscheidendes Differenzmerkmal zwischen diesen und jenen Tiertötungen zeichnet sich im Allgemeinen deren *Sozialadäquanz* ab.<sup>96</sup> Der „vernünftige Grund“ für eine Tiertötung scheint sich damit weniger nach deren rationalen Begründetheit und eigentlichen Verhältnismäßigkeit, sondern in erster Linie nach dem Grad ihrer gesellschaftlichen Akzeptanz und Verbreitung, oder – wie im Küken-Fall – nach dem Grad ihrer wirtschaftlichen Nützlichkeit und Üblichkeit zu bemessen. *Ort* ist insofern zuzustimmen, wenn er diesen tierschutzspezifischen Rechtfertigungsgrund als „elastisches Ventil“ eines in scharfem Kontrast zur sozialen Realität stehenden grundsätzlichen Verbots der Tiertötung wertet.<sup>97</sup>

Vor dem Hintergrund der doch partikular und uneinheitlich anmutenden Anwendung dieser Verbotsnorm erstaunt der rechtliche Ausgang des Küken-Falls ferner auch deshalb nicht, weil mit der Ablehnung eines „vernünftigen Grundes“ für *diese* Praxis zugleich ein Präjudiz von großer Tragweite für *weitere* vergleichbare Sachverhalte geschaffen worden wäre. Die dann anzustellenden rechtlichen Folgeüberlegungen dürften eine Infragestellung des „vernünftigen Grundes“ für vielerlei

89 VG Arnsberg, Urteil vom 2.5.2016 – 8 K 116/14, Rn. 106 f. (Hervorh. d. Verf.).

90 VG Berlin, Beschluss vom 24.4.2012 – Az. 24 L 113.12.

91 KG Berlin NStZ 2010, S. 175.

92 OLG Naumburg, Beschluss vom 28.6.2011 – 2 Ss 82/11; siehe zum Problemfeld und zur grundsätzlichen Unzulässigkeit der Tötung überzähliger Jungtiere in Zoos *Ort*, Tötung (Fn. 9), S. 857 f. und *Pfohl* (Fn. 9), § 17 TierSchG Rn. 48.

93 LG Köln NuR 1991, S. 42.

94 StA Hanau NuR 1991, S. 501.

95 Zum unterschiedlichen tierschutzrechtlichen Umgang mit individueller und kollektiver (institutionalisierte) Gewalt an Tieren *Stucki*, Grundrechte (Fn. 83), S. 155 ff.; zur Unterscheidung von individueller (Mikro-) und kollektiver (Makro-)Gewalt im Allgemeinen grundlegend *P. Imbusch*, Moderne und Gewalt, Wiesbaden 2005, S. 30 ff.; zur institutionalisierten Gewalt an Tieren ferner *Fischer*, Differenz (Fn. 85) und *S. Buschka/J. Gutjahr/M. Sebastian*, Gewalt an Tieren, in: *C. Gudehus/M. Christ* (Hrsg.), Gewalt. Ein interdisziplinäres Handbuch, Stuttgart 2013, S. 75.

96 Vgl. hierzu *Caspar*, Der vernünftige Grund (Fn. 9), S. 581 f.; *A. Lorz*, Die Rechtsordnung als Hilfe für das Tier, NuR 1994, S. 473 (476 f.); *E. M. Maier*, Paradigmenwechsel im Tierschutz?, in: *M. Michel/D. Kühne/J. Hänni* (Hrsg.), Animal Law – Tier und Recht, Zürich/Berlin 2012, S. 117 (126 f.); *Michel/Stucki*, Rechtswissenschaft (Fn. 85), S. 237 f.; vgl. auch *Pfohl* (Fn. 9), § 17 TierSchG Rn. 35.

97 *Ort*, Tötung (Fn. 9), S. 854.

wirtschaftliche Praktiken nach sich ziehen, werden doch z.B. auch die weiblichen Geschwister von Eintagsküken – die *Legehennen* – nach einem Jahr aufgrund sinkender Legeleistung, und damit ebenfalls aufgrund wirtschaftlicher Nutzlosigkeit, getötet. Dasselbe Schicksal teilen *Milchkühe*, sobald ihre Milchleistung nachlässt. Und welche „vernünftigen Gründe“ lassen sich in der deutschen Industriegesellschaft für die Tötung von *Masthühnern* (oder allgemeiner: von Masttieren) anführen? Aus Sicht der Produzenten ebensolelle wirtschaftliche Gründe, aus Sicht der Konsumentinnen im Grunde die Präferenz für eine fleischbasierte Ernährung<sup>98</sup> – und sind letztere, vornehmlich „kulinarische“ Interessen<sup>99</sup> wirklich „vernünftiger“ als ökonomische Gründe? Diese weiterführenden Überlegungen dürften verdeutlichen, dass der Küken-Fall lediglich *ein* Beispiel und aktueller Kristallisierungspunkt einer (im Wesentlichen noch zu führenden) übergreifenden Diskussion um die Vereinbarkeit der industriellen Tierproduktion mit der Stoßrichtung des TierSchG als eines ethischen Tierschutzes darstellt. Dass die Gerichte eine solche Grundsatzdebatte vorliegend nicht angestoßen haben, scheint nachvollziehbar.

### III. Tierschutz als Verfassungsgut zweiten Ranges

Schließlich kommt in der grundrechtsfreundlichen Küken-Rechtsprechung auch ein traditionell untergeordneter Stellenwert des Tierschutzes gegenüber menschlichen Rechtsgütern zum Ausdruck, der sich in den Erwägungen der Gerichte fortsetzt. Zwar rangiert der Tierschutz seit 2002 als Staatsziel mit Verfassungsrang (Art. 20a GG) und damit als verfassungsimmanente Grundrechtsschranke,<sup>100</sup> wobei grundsätzlich von einer formalen Gleichrangigkeit des Tierschutzes mit anderen Verfassungsgütern auszugehen ist.<sup>101</sup> Allerdings scheint sich diese nunmehr theoretisch gestärkte Abwägungsposition des Rechtsguts Tierschutz bisher kaum in der Rechtswirklichkeit zu widerspiegeln. Vielmehr stehen in praktischer Hinsicht selbst grundlegende Schutzinteressen der Tiere regelmäßig hinter gegenläufigen,

98 Siehe zur Frage nach dem „vernünftigen Grund“ für die Tötung zu Ernährungszwecken insbesondere *Caspar*, Der vernünftige Grund (Fn. 9), S. 581 f. („Letztlich lässt sich ein Rechtfertigungsgrund mehr oder weniger zwingend nur mit Hinweis auf die Sozialadäquanz des Fleischverzehrs und den daraus resultierenden ökonomischen Optionen des Handeltreibens mit tierischen Erzeugnissen konstruieren“).

99 Die Tötung zum Zwecke der Fleischgewinnung wird in der Literatur überwiegend als von einem „vernünftigen Grund“ getragen beurteilt. Siehe statt vieler *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 5), § 17 TierSchG Rn. 64; *Lorz/Metzger* (Fn. 5), § 17 TierSchG Rn. 19; kritisch *Caspar*, Der vernünftige Grund (Fn. 9), S. 581 f.

100 Siehe dazu *A. Epiney*, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 6. Aufl., München 2010, Art. 20a Rn. 92.

101 Vgl. BVerfGE 127, 293 (328) – „Als Belang von Verfassungsrang ist der Tierschutz ... im Rahmen von Abwägungsentscheidungen zu berücksichtigen und kann geeignet sein, ein Zurücksetzen anderer Belange von verfassungsrechtlichem Gewicht – wie etwa die Einschränkung von Grundrechten – zu rechtfertigen ...; er setzt sich aber andererseits gegen konkurrierende Belange von verfassungsrechtlichem Gewicht nicht notwendigerweise durch“; siehe ferner *Epiney* (Fn. 100), Art. 20a Rn. 47; *E. Oberfell*, Wissenschaftsfreiheit und Tierschutz, ZRP 2001, S. 193 (196 f.).

verfassungsrechtlich umfassender gefestigten Nutzungsinteressen zurück.<sup>102</sup> Wie zuvor in Bezug auf das Schächten<sup>103</sup> (Religionsfreiheit) und die Genehmigung von Tierversuchen<sup>104</sup> (Wissenschaftsfreiheit), haben sich die durch die Staatszielbestimmung geweckten Hoffnungen auf mehr „Waffengleichheit“ und „praktische Konkordanz“ im Rahmen der Abwägung zwischen Grundrechten und Tierschutzbelangen<sup>105</sup> auch hinsichtlich der Kükentötung (Berufsfreiheit) nicht bestätigt. Das mag insofern enttäuschen, als aus der abstrakten Aufwertung des Tierschutzes zum Verfassungsgut mitunter auch konkrete Folgen erwachsen sollten. Dies setzte m.E. aber eine grundsätzliche Bereitschaft voraus, gewisse, unter Umständen gar einschneidende Abstriche bei menschlichen Nutzungsinteressen im Einzelfall zugunsten tierlicher Schutzinteressen hinzunehmen. Ansonsten droht das Staatsziel Tierschutz längerfristig zur Leerformel zu verkommen.

102 Siehe zur strukturell anthropozentrisch prädisponierten Interessenabwägung im Tierschutzrecht im Allgemeinen *Stucki*, Grundrechte (Fn. 83), S. 151 ff.

103 Verfassungskonforme Auslegung des grundsätzlichen Verbots des Schlachtens ohne Betäubung (§ 4a TierSchG) und der Ausnahmegenehmigung für Schächten aus religiösen Gründen – BVerfGE 104, 337 (vor Staatsziel Tierschutz); BVerwG NVwZ 2007, S. 461 (nach Staatsziel Tierschutz).

104 BVerfG NVwZ 1994, S. 894 (vor Staatsziel Tierschutz) – Beschränkung des Prüfungsrechts der Genehmigungsbehörde auf eine „qualifizierte Plausibilitätskontrolle“; OVG Bremen ZUR 2013, S. 425 (427 ff.) (nach Staatsziel Tierschutz) – Beibehaltung der eingeschränkten, qualifizierten Plausibilitätskontrolle nur in Bezug auf jene Elemente der Genehmigungsentscheidung, die einen spezifischen Wissenschaftsbezug aufweisen; zum problematischen Verhältnis von Tierschutz und den vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten der Religions- und Forschungsfreiheit vor Aufwertung des Tierschutzes zum Staatsziel vgl. etwa *U. Händel*, Chancen und Risiken einer Novellierung des Tierschutzgesetzes, ZRP 1996, S. 137 (138 f.) und *Obergfell*, Wissenschaftsfreiheit (Fn. 101), S. 194 f.

105 Vgl. hierzu VGH Kassel NuR 2005, S. 464 (465 f.) (ein wesentliches Motiv des Verfassungsgesetzgebers für die Verankerung des Tierschutzes in Art. 20a GG war, den Tierschutz „gerade im Hinblick auf die Abwägung ... auf Verfassungsrang zu heben, um damit eine Lösung im Wege der „praktischen Konkordanz“ zwischen grundrechtlich geschützten Verfassungsgütern und dem Tierschutz als Staatsziel zu schaffen ... Nur so würden die Gerichte in die Lage versetzt, den Tierschutz mit dem ihm gebührenden Gewicht in Abwägungsprozesse mit anderen Rechtsgütern einstellen zu können, ohne weiter im Konfliktfall diesen Rechtsgütern von vornherein den Vorrang einräumen zu müssen“); *Obergfell*, Wissenschaftsfreiheit (Fn. 101), S. 196 f., wonach von der verfassungsrechtlichen Verankerung des Tierschutzes als Staatsziel u.a. ein „Gleichgewicht mit Verfassungsgütern und grundrechtlichen Positionen“ und „positive Auswirkungen auf die Abwägungsergebnisse“ im Rahmen verfassungsrechtlicher Abwägungsprozesse zu erwarten wären.