

E. § 17 TierSchG: strafbare Tiertötung und Tiermisshandlung

§ 17 TierSchG ist die strafrechtliche Hauptnorm des Tierschutzgesetzes. Es handelt sich um ein Begehungsdelikt, das nur vorsätzlich verwirklicht werden kann; Fahrlässigkeit und Versuch sind nicht strafbar (siehe § 17 TierSchG, §§ 15, 23 Abs. 1 StGB). Wie dargelegt⁴⁴³, kann die Norm allerdings auch als unechtes Unterlassungsdelikt, insbesondere auch durch Amtstierärzte, verwirklicht werden.

Im Folgenden werden die Tatbestandsvoraussetzungen des § 17 TierSchG erörtert.

I. Hinreichende Bestimmtheit

Die Voraussetzungen einer Strafvorschrift müssen so konkret umschrieben sein, dass der Einzelne die Möglichkeit hat, sein Verhalten auf die Rechtslage einzurichten und sich Tragweite und Anwendungsbereich des Straftatbestands erkennen oder durch Auslegung ermitteln lassen. Nur dann wird ein Straftatbestand dem Gesetzlichkeitsprinzip (Bestimmtheitsgebot) des Grundgesetzes (Art. 103 Abs. 2) gerecht⁴⁴⁴. § 17 TierSchG wurde, insbesondere wegen des in Nr. 1 enthaltenen Merkmals „vernünftiger Grund“, teils als „bedenkliche Generalklausel“ bezeichnet⁴⁴⁵, teils wurde seine „Interpretationsoffenheit“ als „zu weitgehend“ beschrieben⁴⁴⁶. Tatsächlich ist die Offenheit des Wertungsraums der Norm nicht unproblematisch. Allerdings ist dies Ausfluss eines Dilemmas, welches hier in der Natur der Sache liegt, d.h. wie Lorz es formuliert, in der „Mannigfaltigkeit des Lebens“⁴⁴⁷ begründet ist, so dass der Gesetzgeber schlicht nicht zu sagen vermag, welche Umstände als vernünftiger Grund in Betracht kommen⁴⁴⁸. § 17 TierSchG, insbesondere Nr. 1, ist insoweit ein „offener“ Tatbestand,

443 Siehe oben S. 89ff.

444 Siehe Lorz/Metzger, TierSchG, § 17, Rn 2.; siehe auch: BGH, Urteil vom 18. Feb. 1987 – 2 StR 159/86 -, juris.

445 Maurach/Schröder/Maiwald, BT Teilband 2, § 59 Rn 13.

446 Dietlein, NStZ 1994, 20, 21.

447 Lorz/Metzger, TierSchG, § 17, Rn 2.

448 So auch der BGH in seinem Urteil zur Anwendbarkeit von § 17 TierSchG auf die Massentierhaltung: BGH, NJW 1987, 1833, 1834.

wobei nur durch eine Prüfung der Gesamtumstände festgestellt werden kann, ob das Verhalten rechtlich verboten ist⁴⁴⁹. Insofern umschreibt das Gesetz zwar den tatbestandsmäßigen Deliktserfolg mit Begriffen, deren Tragweite im Einzelfall fraglich bzw. auslegungsbedürftig ist – dies begründet jedoch letztlich keinen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot. Andernfalls wäre der Gesetzgeber nicht in der Lage, der Vielgestaltigkeit der potentiell tatbestandsrelevanten Sachverhalte gerecht zu werden, was auch deshalb gelten muss, da der Bedeutungsgehalt der in Rede stehenden Tatbestandsmerkmale durch langjährige Rechtsanwendung bzw. -sprechung weitgehend geklärt und gefestigt ist⁴⁵⁰.

II. Geschütztes Rechtsgut

Die Frage, welches Rechtsgut durch § 17 TierSchG geschützt ist, ist nicht abschließend geklärt⁴⁵¹. Jedenfalls sollen unstreitig (Wirbel-) Tiere vor unerlaubten Übergriffen des Menschen geschützt werden⁴⁵². Teils wird die „Verantwortung für das Mitgeschöpf Tier“ als Rechtsgut benannt⁴⁵³, teils „die sittliche Ordnung zwischen Mensch und Tier insgesamt“⁴⁵⁴. Die systematischen Schwierigkeiten beruhen wohl auch darauf, dass man eine Anerkennung eines subjektiven Rechts des einzelnen Tieres vermeiden will, ohne ein reines Gesinnungsdelikt zu erschaffen⁴⁵⁵. Einerseits ist im Ergebnis sowohl in Rechtsprechung als auch Literatur anerkannt, dass Leben und Wohlbefinden der Tiere als Teil des ihnen inhärenten Eigenwertes geschützt sein sollen („ethischer Tierschutz“)⁴⁵⁶, andererseits bereitet eine dogmatisch stringente Herleitung des Rechtsgutsbegriffs im Tierschutz bis heute Probleme⁴⁵⁷, vor allem vor dem Hintergrund, dass Rechtsgüter im-

449 Siehe Lorz/Metzger, aaO, Rn 2.

450 So BGH, Urteil vom 18. Feb. 1987 – 2 StR 159/86 -, juris, m.w.N., siehe dazu auch BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 21. Nov. 2002, 2 BvR 2202/01-, juris.

451 Siehe dazu oben S. 28 insbesondere dort Fn 10.

452 Siehe den eindeutigen Wortlaut von § 17 TierSchG; vgl. dazu auch: *von Loepel* in: Kluge, TierSchG, Einf., Rn 83.

453 *Ort/Reckewell* in: Kluge, TierSchG, § 17, Rn 14a.

454 *von Loepel* in: Kluge, TierSchG, Einf., Rn 84; Lorz/Metzger, TierSchG, Einf., Rn 62.

455 Siehe dazu: *von Loepel* in: Kluge, TierSchG, Einf., Rn 84.

456 Siehe etwa Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG 2. Aufl., Einf. Rn 22 m.w.N.

457 Siehe dazu ausführlich etwa: *Greco* in: Ameling-FS 2009, S. 3ff.

mer wieder auf menschliche Interessen zurückgeführt werden⁴⁵⁸, wobei es hier letztlich vorwiegend um den Schutz vor Eingriffen in die Interessens- bzw. Integritätssphäre „Anderer“ geht⁴⁵⁹. Zu einer sowohl ethisch als auch dogmatisch sauberen Lösung der Problematik wird man hier wohl nur gelangen, wenn man den Begriff jener „Anderen“ um die (nichtmenschlichen) Tiere erweitert⁴⁶⁰.

III. Wirbeltiere

Geschützt werden durch § 17 „Wirbeltiere“ (Vertebraten). Maßgeblich ist hier die zoologische Einordnung unabhängig vom Entwicklungsstadium des einzelnen Tiers⁴⁶¹.

Wirbeltiere, Unterstamm des Stamms Chordata - Chordatiere, sind Tiere, die einen in Kopf, Rumpf und (soweit noch vorhanden) Schwanz gegliederten Körper besitzen, in dem die Chorda dorsalis („Rückensaite, Achsenstab“) durch segmentweise angeordnete Verknöcherungen (Wirbelkörper) ersetzt wurde⁴⁶². Diese bilden die Wirbelsäule. An deren vorderem Ende befindet sich der Schädel mit dem Gehirn und den wichtigsten Sinnesorganen. Die Entwicklung erfolgt zweiseitig symmetrisch.

Die Einteilung erfolgt in folgende Klassen: Säugetiere, Vögel, Kriechtiere, Lurche, Knochenfische, Knorpelfische und Rundmäuler⁴⁶³. Als Grund für die besondere Hervorhebung der Wirbeltiere heißt es in der amtlichen Begründung zu § 4 TierSchG von 1972: „Wirbeltiere reagieren infolge ihrer differenzierten Innervation im Hinblick auf Schmerzerregung,

458 Siehe dazu etwa im Umweltrecht: *Kloepfer/Heger*, Umweltstrafrecht, S. 17.

459 Vgl. dazu *von Hirsch* in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers, Rechtsgutstheorie, S. 13ff.; *Stratenwerth* in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers, Rechtsgutstheorie, S. 255ff.

460 Vgl. dazu ausführlich oben, S. 31ff.

461 Lorz/Metzger, TierSchG, § 17, Rn 3; abweichend: OLG Stuttgart NuR 1994, 519, 520 für Kaulquappen, weil sie auch ohne Einwirkung des Menschen nur in geringer Zahl überlebten; ähnlich *Pfohl* in: MüKo, TierSchG, § 17, Rn 27: diese Auffassung dürfte im Angesicht von Art. 20a GG nicht mehr haltbar sein.

462 Bei den Chordatiern findet sich die Chorda dorsalis, ein den Körper zwischen Neuralrohr und Darm längs durchziehender elastischer Strang aus spezialisierten Zellen, die von einer Bindegewebshülle, der Chordascheide, umgeben sind; in der Entwicklung der Wirbeltiere wird die Chorda dorsalis später durch die Wirbelsäule weitgehend ersetzt – Lexikon der Biologie - <https://www.spektrum.de/lexikon/biologie/chordatiere/13823>, abgerufen am 17.09.2018.

463 Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, § 4, Rn 1.

E. § 17 TierSchG: strafbare Tiertötung und Tiermisshandlung

Schmerzleitung und Schmerzempfindung im Vergleich zu anderen Tieren wesentlich stärker. Es muss daher sichergestellt werden, dass eine Tötung dieser Tiere möglichst schmerzfrei erfolgt⁴⁶⁴. Es ist wissenschaftlich unbestritten, dass Wirbeltiere eine dem Menschen vergleichbare Schmerz- und Leidensfähigkeit besitzen, dies gilt auch für Fische⁴⁶⁵.

IV. Tathandlungen

Der Tatbestand des § 17 TierSchG differenziert in die strafbare Tiertötung ohne vernünftigen Grund (Nr. 1) und die Misshandlung des Tiers entweder durch das Zufügen erheblicher Schmerzen oder Leiden aus Rohheit (Nr. 2a) oder länger anhaltende oder sich wiederholender erheblicher Schmerzen oder Leiden (Nr. 2b).

1. Strafbare Tiertötung (§ 17 Nr. 1 TierSchG)

a) Tatbestand

Bei der Tötung kann es sich um jedes Verfahren handeln, das den Tod eines Tieres herbeiführt, die Tötung kann insofern auch schmerzfrei oder unter Betäubung erfolgen, auch braucht die Handlung nicht unmittelbar am Körper des Tieres vorgenommen worden sein⁴⁶⁶.

Die Tat kann durch aktives Tun ebenso wie Unterlassen verwirklicht werden; da es sich dann um ein unechtes Unterlassungsdelikt handelt, muss der Täter rechtlich dafür einzustehen haben, dass der Tod nicht ein-

464 BT-Drucks. 6/2559, S. 10.

465 Vgl. Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, § 1, Rn 22, 25 m.w.N. Aus wissenschaftlicher Sicht scheint es angemessen, auch Kopffüßer, insbesondere Oktopoden, in die Liste der ‚besonders schutzwürdigen‘ Tiere aufzunehmen, da diese nachweislich über komplexe kognitive Fähigkeiten sowie ein ausgeprägtes Angst-, Schmerz- und Leidempfinden verfügen, vgl. etwa Richtlinie 2010/63/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 22. September 2010 zum Schutz der für wissenschaftliche Zwecke verwendeten Tiere (EU-Tierversuchsrichtlinie), Präambel Ziffer 8 sowie Art. 2 Abs. 3 b); vgl. auch § 11 Abs. 1 Nr. 1 TierschG; siehe ebenso: „I know my neighbour – individual recognition in Octopus vulgaris“ - <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0018710>, abgerufen am 04.12.2019.

466 Vgl. Lorz/Metzger, TierSchG, § 17, Rn 5.

tritt, wobei das Unterlassen dem aktiven Tun entsprechen muss; es muss also eine Garantenpflicht als rechtliche Pflicht zum Handeln bestehen⁴⁶⁷.

Der Täter muss vorsätzlich handeln. Vorsatz ist Wissen und Wollen der zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Merkmale, d.h. der Täter muss den Erfolg „Tod des Tieres“ als

sichere oder mögliche Folge seines Handelns voraussehen und jedenfalls billigend in Kauf nehmen; zum Wissen gehört auch, dass er die Kausalität seines Handelns für den konkreten Erfolg in den wesentlichen Zügen vorhergesessen hat, wobei Abweichungen bedeutungslos sind, soweit sich der tatsächliche Verlauf noch im Rahmen allgemeiner Lebenserfahrung bewegt⁴⁶⁸. Bei einer Tötung durch Unterlassen (§ 13 StGB) muss der Täter auch die seine Garantenstellung sowie seine Möglichkeit zur Erfolgsabwendung begründenden Umstände kennen⁴⁶⁹.

b) Systematische Einordnung des Merkmals „vernünftiger Grund“

Vor der Behandlung der diversen inhaltlichen Probleme des Merkmals stellt sich die Frage, ob es dem Tatbestand oder der Rechtfertigungsebene zuzuordnen ist. Diese Frage ist bis heute strittig, wenngleich von wenig praktischer und eher rechtsdogmatischer Relevanz, wirft sie doch das bekannte Problem der Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums auf.

aa) Herrschende Meinung

Teile der Rechtsprechung und die wohl herrschende Lehre sehen in dem Merkmal „vernünftiger Grund“ ein Element der Rechtfertigungsebene⁴⁷⁰.

467 Lorz/Metzger, aaO, Rn 5f.

468 Siehe Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, § 17, Rn 4.

469 Hirt/Maisack/Moritz, aaO, Rn 4.

470 OLG Celle NuR 1994, 515; Caspar, NuR 1997, 577, 579; Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, § 17, Rn 9.

bb) Ansicht 2

Eine andere Ansicht⁴⁷¹ sieht in § 17 TierSchG analog zu § 240 StGB einen offenen Tatbestand und in dem „vernünftigen Grund“ ein gesamttatbewertendes Merkmal. Die Erfüllung des Verbotstatbestandes indiziere nicht die Rechtfwidrigkeit sondern die Prüfung allgemeiner Rechtfertigungsgründe sowie des vernünftigen Grundes (Zweck-Mittel Relation).

cc) Ansicht 3

Eine weitere Ansicht betrachtet das Merkmal „*ohne* vernünftigen Grund“ als Tatbestandsmerkmal⁴⁷².

dd) Diskussion

Für die Annahme eines gesamttatbewertenden Merkmals spricht der Umstand, dass die Tötung von Wirbeltieren in mehreren gesetzlichen Vorschriften als zulässig erachtet wird, ohne dass diese Normen ausdrücklich eine entsprechende Befugnis verleihen⁴⁷³. Dagegen spricht für die erstgenannte, herrschende, Meinung und damit gegen alle anderen Ansichten die durch die Struktur des Deliktstatbestandes indizierte klare Prüfungsreihenfolge: bei der inhaltlichen Prüfung des Merkmals „vernünftiger Grund“ muss typischerweise eine Abwägung gegenläufiger Interessen erfolgen, wie sie für ein Rechtfertigungsmerkmal typisch ist⁴⁷⁴. Im Übrigen spricht gegen die Annahme eines „offenen“ Tatbestandes entsprechend § 240 StGB die formale Ausgestaltung der Norm: Ein dem § 240 StGB entsprechender 2. Absatz fehlt schlachtweg⁴⁷⁵. Dem Gedanken der Güterabwägung entsprechend stellt sich der vernünftige Grund als eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar⁴⁷⁶ und entspricht damit

471 BayObLG, Beschluss vom 21.03.1977 – Rreg 4 St 44/77-, juris, Rn 16; Metzger in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, T 95, § 17 Rn 1; Maurach/Schröder/Maiwald, BT Teilband II, § 59 Rn 13.

472 Dietlein, NStZ 1994, 21, 22; Jeschek/Weigend § 25 III 3.

473 Pfahl in: Müko, TierSchG, § 17, Rn 35.

474 Vgl. Pfahl in: Müko, TierSchG, § 17, Rn 34.

475 Vgl. Pfahl, aaO, Rn 32.

476 Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, § 17, Rn 9 m.w.N.

strukturell dem klassischen Rechtfertigungsgrund. Die herrschende Meinung ist damit im Ergebnis überzeugender.

c) Rechtswidrigkeit

Als Rechtfertigungsgründe kommen im Rahmen des § 17 TierSchG spezielle Gesetze, allgemeine Rechtfertigungsgründe und gemäß § 17 Nr. 1 TierSchG der schon zuvor behandelte „vernünftige Grund“ in Frage. Angesichts der Ungenauigkeit des Begriffs „vernünftiger Grund“ ist aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit hier zunächst das Vorliegen spezieller bzw. allgemeiner Rechtfertigungsgründe zu prüfen, erst dann kann der „vernünftige Grund“ erwogen werden⁴⁷⁷.

aa) Spezielle Gesetze

Spezielle Gesetze erlauben explizit die Tötung von Tieren, so insbesondere im Jagdrecht, Fischereirecht, Recht der Seuchenbekämpfung, Naturschutzrecht, Schädlingsbekämpfungsrecht sowie Polizei- und Ordnungsrecht. Im Tierschutzgesetz ausdrücklich zugelassen wird die Tiertötung etwa bei Tierversuchen (§ 7) oder zu wissenschaftlichen Zwecken (§ 4 Abs. 3).

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang wieder Art. 20a GG: auch die Spezialgesetze werden durch das höherrangige Grundgesetz „überlagert“, d.h. Konflikte zwischen tierlichen und menschlichen Interessen sind nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz aufzulösen⁴⁷⁸.

Für das Verhältnis zwischen Spezialgesetz und vernünftigem Grund gilt: die Prüfung des vernünftigen Grundes kann sich erübrigen, wenn das Spezialgesetz die Bedingungen für die Tiertötung und deren Grenzen mit hinreichender Bestimmtheit beschreibt und Raum für eine Erforderlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsprüfung besteht, die sich an den Umständen des Einzelfalls und am Grad der „moralischen Sensibilisierung“ der Gesellschaft ausrichtet; liegen diese Voraussetzungen nicht vor, muss der „vernünftige Grund“ zusätzlich geprüft werden, dies ist insbesondere bei Generalklauseln der Fall⁴⁷⁹.

477 Vgl. Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, § 17, Rn 5ff sowie 8ff.

478 Vgl. Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, § 17, Rn 5.

479 Siehe Hirt/Maisack/Moritz, aaO, Rn 5.

E. § 17 TierSchG: strafbare Tiertötung und Tiermisshandlung

bb) Allgemeine Rechtfertigungsgründe

Soweit ein Tier von einem Menschen als Angriffsmittel missbraucht wird, kommt Notwehr,

§ 32 StGB, in Betracht. Als Nothilfe, kann sie auch von einem Unbeteiligten ausgeübt werden⁴⁸⁰.

Des Weiteren kann rechtfertigender Notstand (§ 34 StGB, § 16 OWiG) in Frage kommen, ebenso Notrechte nach dem BGB (Verteidigungsnotstand: § 228, Angriffsnotstand § 904), welche § 34 StGB konkretisieren.

Keine Rechtfertigung bringt die Einwilligung des Eigentümers oder Verfügungsberechtigten, weil das Tierwohl nicht zu deren Disposition steht, da Tiere um ihrer selbst willen zu schützen sind („ethischer Tier- schutz“, siehe §§ 1 TierSchG, Art. 20a GG)⁴⁸¹.

cc) Behördliche Genehmigung

Die Frage, ob eine behördliche Genehmigung eine Rechtfertigung darstellt, ist davon abhängig, ob das geschützte Rechtsgut durch den jeweiligen Tatbestand zur Disposition der Verwaltung gestellt ist, was allerdings im Tierschutzgesetz in der Regel nicht der Fall ist⁴⁸². Die Tiertötung kann nach einigen Normen des TierSchG von einer Behörde genehmigt werden (z.B. im Rahmen von Tierversuchen, § 9 TierSchG, zu wissenschaftlichen Zwecken, § 4 Abs. 3 TierSchG), womit sie gerechtfertigt ist.

Zu beachten ist, dass das Tierwohl als Rechtsgut von § 17 Nr. 2b TierSchG (quälische Tiermisshandlung) in der Regel (d.h. außer in gesetzlich geregelten Ausnahmefällen, z.B. bei Tierversuchen) nicht zur Disposition der Behörde steht⁴⁸³.

Eine unwirksame (nichtige) Genehmigung entfaltet keine strafrechtlichen Wirkungen⁴⁸⁴. Die Behandlung von rechtswidrigen Genehmigungen dagegen wird kontrovers diskutiert:

480 Lorz/Metzger, TierSchG, § 17, Rn 11.

481 Siehe Lorz/Metzger, TierSchG, § 17, Rn 15.

482 Vgl. Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, § 17, Rn 114: dies wird im Wortlaut der entsprechenden Normen z.B. durch Verwendung von Worten wie „unbefugt“ oder „unter Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten“ zum Ausdruck gebracht, vgl. §§ 324, 324a, 326 StGB.

483 Vgl. Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, § 17, Rn 114f.; *Ort/Reckewell* in: Kluge, TierSchG, § 17, Rn 148.

484 Siehe dazu ausführlich: *Rönnau* in Leipziger, Vor §§ 32ff., Rn 279 m.w.N.

(1) Herrschende Meinung

Nach ganz herrschender Meinung⁴⁸⁵ kommt hier die Lehre der eingeschränkten Verwaltungsakzessorietät zur Anwendung. Demnach hat auch die rechtswidrige Genehmigung Rechtfertigungswirkung, es sei denn, der Verstoß gegen das Recht ist offensichtlich oder die Genehmigung wurde rechtsmissbräuchlich (z.B. durch Täuschung oder Kollusion) erlangt. Ein offensichtlicher Verstoß kann etwa dann vorliegen, wenn die Behörde keine Bemühungen um die Ermittlung des Sachverhalts erkennen lässt oder Vermutungen genügen lässt, wo Sachverhalt und Verdacht positiv festgestellt werden müssen (siehe §§ 11, 24 Tierseuchengesetz) oder schonendere Maßnahmen verweigert (etwa Schutzimpfungen gegen Maul- und Klauenseuche oder Geflügelpest)⁴⁸⁶.

(2) Lehre von der strengen Verwaltungsakzessorietät

Die Lehre von der strengen Verwaltungsakzessorietät⁴⁸⁷ stellt ausschließlich auf die verwaltungsrechtlichen Maßstäbe im Zeitpunkt des Täterhandelns ab, schließt aber eine Strafbarkeit auf Grund allgemeiner strafrechtlicher Beteiligungsformen (z.B. Anstiftung des Genehmigungsempfängers zum täterschaftlichen Verhalten des Amtsträgers) nicht aus.

(3) Lehre von der extremen Verwaltungsakzessorietät

Die Lehre der extremen Verwaltungsakzessorietät⁴⁸⁸ will das Strafrecht ausnahmslos an die Entscheidungen des Verwaltungsrechts binden.

485 BGHSt 39, 381, 187.; Fischer, StGB, Vor § 324, Rn 7; *Ort/Reckewell* in: Kluge, TierSchG, § 17, Rn 148; Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, § 17, Rn 114; vgl. *Rudolphi*, NStZ 1994, 433, 434ff.

486 Lorz/Metzger, TierSchG, § 17, Rn 17.

487 Rönnau in: Leipziger Kommentar, StGB, Vor §§ 32ff., Rn 286.

488 Dabs/Redeker, DVBL 1988, 803, 810; vgl. OLG Braunschweig NJW 1951, 613, 614.

(4) Lehre vom materiellen Durchgriff

Die Lehre vom materiellen Durchgriff⁴⁸⁹ schließlich orientiert sich allein am materiellen Verwaltungsrecht.

(5) Diskussion

Die herrschende Lehre überzeugt insgesamt angesichts des Rechtsmissbrauchsgedankens als gängiger forensischer Rechtsfigur und bietet damit einen praktikablen und interessengerechten Lösungsansatz⁴⁹⁰. Die ausdrückliche Regelung hinsichtlich eines „Handelns ohne Genehmigung“ in § 330d Abs. 1 Nr. 5 StGB für den Bereich des Umweltstrafrechts steht dabei auch nicht im Widerspruch zu dieser Wertung, da es sich hier insoweit „nur“ um eine Klarstellung handelt. Die Wertung, ob eine rechtsmissbräuchlich erlangte Genehmigung vorliegt, berührt erst einmal nur eine verwaltungsrechtliche Frage, weshalb hier eine ausdrückliche gesetzliche Regelung zwar wünschenswert, jedoch nicht notwendig ist. Auf strafrechtlicher Ebene stellt sich die Frage erneut im Rahmen eines eventuell gegebenen Verbotsirrtums⁴⁹¹.

dd) Behördliche Duldung

Eine weitere Problematik, die nicht nur im Tierschutzrecht sondern verschiedenen Bereichen des Verwaltungsrechts besteht, ist die Frage inwiefern eine behördliche Duldung eines an sich tatbestandsmäßigen Rechtsverstoßes rechtfertigende Wirkung haben kann. Der Begriff der Duldung⁴⁹² findet sich klassischerweise im Ausländerrecht, wo diese allerdings ausdrücklich gesetzlich geregelt ist (siehe § 60a AufenthG⁴⁹³). In anderen Bereichen des besonderen Verwaltungsrechts lassen sich Duldungen als Instrument informellen Verwaltungshandelns nur schwer in das verwal-

489 Perschke, wistra 1996, 161, 164f.

490 Vgl. Ort/Reckewell in: Kluge, TierSchG, § 17, Rn 148.

491 Siehe dazu unten S. 133ff.

492 Der Begriff „Duldung“ hat hier de facto eine doppelte Bedeutung: geduldet wird der Aufenthalt sowie der an sich bestehende Verstoß gegen die Ausreisepflicht, vgl. § 60a AufenthG.

493 Vgl. auch § 55 AuslG, in der Fassung vom 30.06.1993.

tungsakzessorische Strafrecht einordnen⁴⁹⁴. Während Einvernehmen darüber besteht, dass der *passiven* Duldung, also der schlichten behördlichen Untätigkeit, keine legalisierende Wirkung zukommt⁴⁹⁵, wird die Wirkung der *aktiven* Duldung, bei der die Behörde gegenüber dem ‚Täter‘ zum Ausdruck bringt, dass sie gegen dessen Verhalten nicht vorzugehen beabsichtigt, uneinheitlich beurteilt und ist zudem von den betroffenen Normen und Rechtsgebieten abhängig⁴⁹⁶.

(1) Herrschende Meinung

Im Umweltrecht spricht sich die überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur gegen die Legalisierungswirkung einer (aktiven) Duldung aus; verwiesen wird hier vor allem auf das Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung⁴⁹⁷.

(2) Andere Ansicht

Eine andere Ansicht in der Literatur⁴⁹⁸ spricht sich unter Bezugnahme auf den Vertrauensschutz für den Bürger für eine grundsätzlich strafbarkeitsausschließende Wirkung der Duldung aus.

(3) Diskussion

Richtigerweise wird man hier danach differenzieren müssen, ob die betroffenen Rechtsgüter gemäß der jeweiligen Normen zur Disposition der Behörde stehen⁴⁹⁹. Das Umweltverwaltungsrecht stellt an Form und Verfahren der Genehmigungserteilung Anforderungen, von denen abzuweichen

494 Vgl. *Uwer* in: Krieger/Schneider, Managerhaftung, Rn 38.100.

495 Vgl. *Kloepfer/Heger*, Umweltstrafrecht, S. 41, Rn 105.

496 Siehe dazu *Uwer* in: Krieger/Schneider, Managerhaftung, Rn 38.100 m.w.N.

497 Siehe OLG Karlsruhe, ZfW 1996, 406, 409; BayObLG NuR 2000, 407, 409; vgl. LG Bonn NStZ 1988, 225; *Kloepfer/Heger*, Umweltstrafrecht, S. 41, Rn 105; *Otto*, Jura 1991, 308, 313; Fischer, StGB, Vor § 324, Rn 11, Lackner/Kühl, StGB, § 324 Rn 12.

498 *Schmitz* in: MüKo, StGB, Vor §§ 324ff., Rn 89, *Perschke*, wistra 1996, 161, 168.

499 So zutreffend: *Uwer* in: Krieger/Schneider, Managerhaftung, Rn 38.100; vgl. auch Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, § 17, Rn 114.

die Behörde nicht ermächtigt ist, insoweit kann auch das akzessorische Umweltstrafrecht grundsätzlich nicht zur behördlichen Disposition stehen⁵⁰⁰, Analoges gilt im Tierschutzrecht⁵⁰¹. Jede rechtfertigende Einwilligung setzt die alleinige Dispositionsbefugnis des Einwilligenden über das Rechtsgut voraus, die Rechtsgüter des Umwelt- sowie Tierschutzrechts sind jedoch gerade überindividueller Natur und unterliegen damit grundsätzlich gerade nicht der Disposition der jeweiligen Behörden⁵⁰². Durch die Schaffung der speziellen gesetzlichen Regelungen, in denen eine behördliche Genehmigung vorgesehen ist, hat der Gesetzgeber klar zum Ausdruck gebracht, welche verwaltungsrechtlichen Gestattungsakte legitimierende Wirkung haben sollen⁵⁰³. Jenseits dieser Normen besteht für die Verwaltung keine strafrechtlich relevante Dispositionsbefugnis⁵⁰⁴. Dies gilt auch für die wenigen genehmigungsfähigen Tatbestände des Tierschutzgesetzes: in den Fällen, in denen der Straftatbestand an das Fehlen einer behördlichen Genehmigung anknüpft (Verwaltungsakzessorietät) kann die Duldung keine Bedeutung haben, weil ihr keine genehmigungsgleiche Wirkung zukommt⁵⁰⁵.

500 Etwas anderes kann im Umweltrecht nur dort gelten, wo es kein förmliches Verfahren der Entscheidungsfindung vorschreibt und die Behörde materiell-rechtlich, etwa auf der Grundlage des umweltordnungswidrigkeitenrechtlichen Opportunitätsprinzips zur aktiven Duldung berechtigt ist. Duldet die Behörde bis zur Erteilung einer wasserrechtlichen Erlaubnis für die Dauer des Erlaubnisverfahrens eine Abwassereinleitung, erfolgt die Einleitung nicht „unbefugt“ i.S. des § 324 Abs. 1 StGB und es fehlt an der Rechtswidrigkeit, siehe dazu *Uwer, aaO, Rn 38.100.*

501 Siehe *Ort/Reckewell* in: Kluge, TierSchG, § 17, Rn 148 m.w.N.

502 *Uwer* in: Krieger/Schneider, Managerhaftung, Rn 38.100; Lorz/Metzger, Tier-SchG, § 17, Rn 15; OLG Celle Nur 1994, 514.

503 *Kloepfer/Heger*, Umweltstrafrecht, S. 41, Rn 105.

504 Vgl. Lorz/Metzger, § 17 TierSchG Rn 15.

505 Siehe *Uwer* in: Krieger/Schneider, Managerhaftung, Rn 38.100; vgl. Kloepfer/Heger Umweltstrafrecht Rn 105.

ee) Die inhaltliche Bedeutung des „vernünftigen Grundes“

(1) Allgemeine Prinzipien

Der „vernünftige Grund“ (siehe § 17 bzw. § 1 S. 2 TierSchG)⁵⁰⁶ wird von einigen Autoren zu Recht als „Gretchenfrage“ des Tierschutzrechts bezeichnet⁵⁰⁷, stellt er doch die Grenzlinie dar zwischen menschlichen Nutzungs- und tierlichen Lebensinteressen bzw. zwischen den Idealen des „ethischen“ Tierschutzes und der Ökonomisierung von Tieren. Das Merkmal des „vernünftigen Grundes“ ist ebenso Teil der tierschutzrechtlichen Generalklausel des § 1 TierSchG, die ein anthropozentrisches und pathozentrisches Element beinhaltet⁵⁰⁸. Das Bekenntnis zum „ethischen (pathozentrischen) Tierschutz“ wird unter einen umfangreichen anthropozentrischen Vorbehalt gestellt, indem das Gesetz schon in der Generalklausel des § 1 die Zulässigkeit tierschutzbeeinträchtigender Maßnahmen deklariert⁵⁰⁹. Damit bringt der Gesetzgeber die Präferenz für einen relativen Tierschutz zum Ausdruck, der sich erst in Abgrenzung zu den einzelnen Formen der Tiernutzung ergibt⁵¹⁰.

Der vernünftige Grund bezieht sich innerhalb von § 17 nur auf die Tötung nach Nr. 1, nicht dagegen auf die Misshandlung nach Nr. 2a und Nr. 2b TierSchG⁵¹¹. Eine andere Ansicht will die Anwendung des vernünftigen Grundes auch auf die Vorschrift der Nr. 2 a und b ausdehnen⁵¹². Dagegen spricht der eindeutige Wortlaut der Norm, der für eine entsprechende Erweiterung im Wege der einschränkenden Auslegung keinen Raum lässt. Auch lässt sich die Auffassung nicht mit Verweis auf die allgemeine Wertung des § 1 TierSchG begründen, da die Generalklausel nur dort einschlägig ist, wo eine spezielle Regelung fehlt; die besonderen Bestimmungen des Tierschutzgesetzes wären sonst überflüssig⁵¹³. Die ausdrückliche

506 Der „vernünftige Grund“ findet sich darüber hinaus noch im Ordnungswidrigkeitenrecht, siehe § 18 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 TierSchG.

507 Pföhl in: MüKo, TierSchG, § 17, Rn 30.

508 Caspar, NuR 1997, 577.

509 „Niemand darf einem Tier ohne vernünftigen Grund Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügen“: siehe § 1 TierSchG; vgl. Caspar, aaO, S. 577.

510 Caspar, aaO, S. 577.

511 So die ganz überwiegende Meinung, siehe statt aller: Lorz/Metzger, TierSchG, § 17, Rn 48 m.w.N; Caspar, NuR 1997, 577, 578f.

512 Diese Auffassung wird vorwiegend von einzelnen Gerichten vertreten, siehe etwa: OLG Düsseldorf NuR 1994, 517, 518; OLG Frankfurt NStZ 1985, 130; OLG Celle NuR 1994, 515, 516.

513 Caspar, NuR 1997, 577, 578.

E. § 17 TierSchG: strafbare Tiertötung und Tiermisshandlung

Erwähnung des vernünftigen Grundes in § 17 Nr. 1 TierSchG macht nur dann Sinn, wenn eine Erstreckung des Eingriffsvorbehaltes des § 1 S. 2 TierSchG auf andere Vorschriften eben nicht in Betracht kommt⁵¹⁴.

Eine legaldefinitorische Bestimmung des vernünftigen Grundes wird durch die Vielfalt möglicher Sachverhalte erschwert, in deren Rahmen Eingriffe in die Integrität von Tieren regelmäßig in Betracht kommen⁵¹⁵. Die Klassifizierung dessen, was als „vernünftig“ gilt, bleibt damit abhängig von Einzelfallwertungen; der unbestimmte Rechtsbegriff ist insofern in hohem Maße auf die Konkretisierung durch die Rechtsprechung und die Literatur angewiesen⁵¹⁶. Zunächst sind sowohl Eingriffe aus einer „negativen“ Schutzintention denkbar, die etwa darin besteht, von Tieren ausgehende Gefahren für menschliche Rechtsgüter abzuwehren (z.B. Schädlingsbekämpfung), schließlich auch Eingriffe aus einer „positiven“ Nutzintention, die auf einem Bedürfnis nach einer unmittelbaren Verwendung der Tiere zu bestimmten Zwecken (z.B. Nahrung, Sport) gründet⁵¹⁷. Dem Gedanken der Güterabwägung entsprechend, stellt sich der vernünftige Grund als eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar⁵¹⁸.

Die Prüfung des vernünftigen Grundes vollzieht sich insofern in folgenden Schritten:

Zunächst ist zu fragen, ob mit der Handlung überhaupt ein nachvollziehbarer, billigenswerter Zweck mit einem zulässigen Mittel verfolgt wird (z.B. kein rechts- oder sittenwidriger Zweck, keine Luxusproduktion u.ä.⁵¹⁹).

Sodann sind die einzelnen Elemente des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu prüfen, d.h. Geeignetheit, Erforderlichkeit (auch: Übermaßverbot) und die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (auch: Nutzen-Schaden-Abwägung). Bei der Abwägung der widerstreitenden Belange sind u.a. die Wertungen aus Art. 20a GG und aus einfachgesetzlichen Bestimmungen zu beachten (siehe z.B. § 7 Abs. 5 TierSchG, der Tierversuche verbietet, wenn sie nur Konsuminteressen dienen)⁵²⁰. Die hier zu stellenden Fragen können beispielhaft wie folgt formuliert werden⁵²¹:

514 Caspar,aaO, 577, 578.

515 Siehe: Caspar, NuR 1997, 577, 579.

516 Caspar, aaO, 577, 579.

517 Vgl. Caspar, NuR 1997, 577, 580.

518 Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, § 17, Rn 9.

519 Vgl. BayObLG NJW 1993, 2760, 2761.

520 Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, § 17, Rn 9.

521 Siehe dazu ausführlich Maisack, Vernünftiger Grund, S. 190f.

- Wie groß ist der von der Maßnahme ausgehende Nutzen (nach Art, Ausmaß, Wahrscheinlichkeit, Zahl der profitierenden Personen, Schützwürdigkeit der wahrgenommenen Interessen etc.)
- Wie schwer wiegen die Schmerzen, Leiden und/oder Schäden, die den Tieren durch die Maßnahme zugefügt werden (ebenfalls nach Art, Ausmaß, Wahrscheinlichkeit, Zahl und eventuell Entwicklungsgrad der betroffenen Tiere und der Schützwürdigkeit der beeinträchtigten Interessen)
- Kann festgestellt werden, dass der Nutzen den Schaden deutlich überwiegt?

Soweit sich daraus noch kein eindeutiges Ergebnis ableiten lässt, sollen die mehrheitlichen „Wert- und Gerechtigkeitsvorstellungen“ als Maßstab heranzuziehen sein⁵²². Hierbei soll laut einiger Literaturmeinungen formelhaft auf den Standpunkt des „gebildeten, für den Gedanken des Tierschutzes aufgeschlossenen und einem ethischen Fortschritt zugänglichen Deutschen“ abzustellen sein⁵²³. Dieser Bezug könnte dazu führen, dass tradierte, früher kritiklos hingenommene Nutzungsarten und Umgangsformen heute als nicht mehr vernünftig/rechtfertigend gelten, wenn sie aufgrund geänderter ethischer Einstellungen mit den gegenwärtigen Wertvorstellungen zur Mensch-Tier-Beziehung nicht mehr in Einklang stehen⁵²⁴.

Die Frage, wie diese Mehrheitsvorstellungen ermittelt werden sollen, wird mit dem Verweis auf repräsentative Umfragen u.ä. beantwortet⁵²⁵.

Die vorbenannte Formulierung des Kriteriums beinhaltet gleichwohl einen Widerspruch: denn die „mehrheitlichen Wert- und Gerechtigkeitsvorstellungen“ zielen auf die Seinsebene, der „gebildete, für den Gedanken des Tierschutzes aufgeschlossene [...] Deutsche dagegen auf die Sollensebene, da er eine hypothetische, an abstrakten Erwägungen orientierte Denkfigur darstellt. Zwischen beiden Kriterien kann es somit zu einem Ergebniswiderspruch kommen, nämlich wenn die realen Wertvorstellungen den mit der vorbenannten Denkfigur zum Ausdruck gebrachten idealen widersprechen⁵²⁶. Dieser wohl kaum gewollte innere Widerspruch des Kri-

522 Vgl. Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, § 17, Rn 9.

523 Siehe etwa: Hirt/Maisack/Moritz, aaO, Rn 9; Maisack, Vernünftiger Grund, S. 197.

524 Vgl. OLG Hamm NStZ 1985, 275; Hirt/Maisack/Moritz, aaO, Rn 9 m.w.N.

525 Siehe Maisack, Vernünftiger Grund, S. 197 m.w.N.

526 Beispiel: die Deutschen wollen zwar möglichst artgerecht gehaltene Rinder, allerdings vor allem auch billiges Rindfleisch, der für den „ethischen Fortschritt zugängliche Deutsche“ dagegen würde wohl einen höheren Preis für mehr Tiergerechtigkeit in Kauf nehmen.

E. § 17 TierSchG: strafbare Tiertötung und Tiermisshandlung

teriums kann nur in der Form aufgelöst werden, wie es etwa Lorz⁵²⁷ formuliert: demnach ist die Figur des ethisch orientierten Deutschen als zusätzliches und zugleich unverzichtbares Kriterium und Korrektiv zu verstehen; liegt es nicht vor, ist die reale Akzeptanz unerheblich⁵²⁸.

(2) Das Problem der inkommensurablen Größen

Bei der Abwägung tierlicher Interessen und menschlicher Nutzungsinteressen müssen Rechtsgüter miteinander in ein Verhältnis gesetzt werden, die verschiedenartig sind. Es handelt sich dabei eher um ein „aliud“ als ein „plus-minus“ Verhältnis⁵²⁹. Beispiel: zur Herstellung des Lebensmittels Milch müssen Kühe geschwängert werden, die Kälber werden in der Regel getötet (und typischerweise zu anderen Produkten „verarbeitet“). Der Nutzen des Produktes „Milch“ muss gegen das Leben und die körperliche Unversehrtheit der betroffenen Tiere abgewogen werden. Es gibt dabei keine „Messlatte“ die man einheitlich auf diese Konflikte anwenden könnte⁵³⁰. Andererseits ist die Problematik der inkommensurablen Größen nicht auf das Tierschutzrecht beschränkt sondern stellt sich auch in anderen Bereichen der Rechtsanwendung, zum Beispiel im Rahmen des rechtfertigen Notstandes, § 34 StGB, hier müssen häufig materielle Interessen gegen das körperliche Integritätsinteresse des Täters abgewogen werden. Es entspricht allgemeinen Abwägungsgrundsätzen, hier den Entscheidungsfokus auf das Gewicht der betroffenen Interessen zu richten und weniger auf die Art selbiger⁵³¹. Insofern stellt diese Problematik im Ergebnis kein Abwegungshindernis dar.

(3) Einflussmöglichkeiten einer veränderten ethischen Bewertung auf die Rechtsanwendung

Im Rahmen der Abwägung bei der Prüfung des Vorliegens eines „vernünftigen Grundes“ kann eine veränderte ethische Bewertung bezüglich der

527 Lorz/Metzger, TierSchG, § 1, Rn 70; vgl. auch OVG Münster Urteil vom 20.05.2016 – 20 A 530/15, online Version (Juris), Rn 135.

528 Vgl. Lorz/Metzger, TierSchG, § 1, Rn 70.

529 Siehe dazu ausführlich Maisack, Vernünftiger Grund, S. 193f.

530 Siehe Maisack, aaO, S. 193f. m.w.N.

531 Vgl. Maisack, aaO, S. 194.

moralischen Stellung von Tieren bei jedem der dargestellten Prüfschritte Bedeutung erlangen.

Schon bei der Prüfung des „billigenswerten Zweckes“ kann es zur Verneinung kommen, etwa im Falle der Pelzproduktion. „Pelz“ als Kleidungselement stellt heutzutage nur noch ein reines Luxus- oder Affektionsinteresse dar. Zu dem gleichen Ergebnis würde man wohl auch bei der Trophäenjagd gelangen. Auch hier geht es um ein reines Affektionsinteresse. Zwar lässt sich dem Bundesjagdgesetz entnehmen, dass die Jagd allgemein zulässig ist, allerdings gilt dies vor allem für die sogenannte „Hegejagd“; die Trophäenjagd im Speziellen ist nicht geschützt⁵³². Die Hauptproblematik besteht hier allerdings in der ungeschriebenen Grenze der Auslegung und Abwägung, welche darin besteht, dass ethische Erkenntnisse und Bewertungen festgeschriebene Grundsatzwertungen einfachgesetzlicher oder verfassungsrechtlicher Art nicht außer Kraft setzen können⁵³³. Zum Beispiel kann man im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsabwägung im engeren Sinne zu dem Ergebnis gelangen, dass Tierversuche, etwa zur Herstellung bestimmter medizinischer Produkte, von keiner größeren Relevanz für das menschliche Leben oder Wohlbefinden und damit nicht zulässig sind, weil der Nutzen (zum Beispiel: Vermeidung leichter Schmerzen oder Hautirritationen) den Schaden (Gefangenschaft in nicht tiergerechter Umgebung, erhebliche körperliche Schmerzen und Leiden, Tod) nicht überwiegt. Allerdings bleibt es angesichts der eindeutigen Wertentscheidung des Tierschutzgesetzes⁵³⁴ für Tierversuche bei deren grundsätzlicher Zulässigkeit. Hieran vermag auch Art. 20a GG nichts zu ändern, da das Staatsziel keine neue inhaltliche Ausrichtung des Tierschutzes beinhaltet⁵³⁵.

532 Siehe § 1 Bundesjagdgesetz; vgl. ausführlich dazu: Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, § 17, Rn 14ff.

533 Siehe dazu Maisack, Vernünftiger Grund, S. 196.

534 Siehe die Normen des fünften Abschnittes, § 7ff. TierSchG.

535 Siehe dazu ausführlich oben S. 81ff.

d) Zentrale Anwendungsfragen

aa) Fleisch

Als gesellschaftlich anerkannt soll ein vernünftiger Grund⁵³⁶ zur Fleischgewinnung gegeben sein. Hier soll zum einen eine Einschränkung über die kulturspezifische Fleischgewinnung erfolgen (Beispiel: Igelfleisch unzulässig, Rinderfleisch zulässig weil kulturimmanent)⁵³⁷, zum anderen muss die konkrete Handlung der Fleischgewinnung dienen, was dann etwa nicht gilt, wenn überlange Tiertransportzeiten zur Schlachtstätte erfolgen, insbesondere wenn dadurch Subventionen verdient werden sollen („Herodesprämie“)⁵³⁸.

Bedenkt man das eingangs dargelegte Abwägungserfordernis: tierliche Lebensinteressen versus Gewicht des menschlichen Interesses, dessen konkrete Ermittlung u.a. über die Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgt, weist etwa Caspar zu Recht darauf hin, dass sich ein Rechtfertigungsgrund für die Fleischgewinnung nur mit Hinweis auf die Sozialadäquanz und den daraus resultierenden ökonomischen Optionen des Handeltreibens mit tierlichen Erzeugnissen konstruieren lässt⁵³⁹. Dieser Befund, so Caspar, werde im Vergleich zu dem gesetzlichen Verbot, Tieren nicht bei Filmaufnahmen oder ähnlichen Darbietungen Schmerzen, Leiden oder Schäden zuzufügen, besonders deutlich: während die Norm des § 3 Nr. 6 TierSchG immerhin in ein vorbehaltloses Grundrecht, nämlich die Kunstfreiheit, eingreife, fehle es bei der Tierschlachtung, einem für das Tier zweifellos weitaus schwerer zu beurteilendem Eingriff, dem im Falle des Tierkonsumenten noch dazu keine spezielle Grundrechtsgarantie gegenüberstehe, an einer besonderen tierschutzrechtlichen Regelung⁵⁴⁰. Dies gilt umso mehr, als mittlerweile in ernährungswissenschaftlicher Hinsicht weitgehende Einigkeit besteht, dass eine omnivore⁵⁴¹ Ernährung nicht nur nicht notwendig, sondern wahrscheinlich auch weniger gesund ist, als etwa eine vegeta-

536 Eine Rechtfertigung ergibt sich hier übrigens noch nicht aus den §§ 4, 4a TierSchG (Töten von Tieren/Schlachten), da diese nur das „Wie“ der Tötung regeln sollen, siehe Lorz/Metzger, TierSchG, § 4, Rn 2.

537 Vgl. Lorz/Metzger, TierSchG, § 17, Rn 19.

538 Lorz/Metzger, aaO, Rn 19; vgl. Caspar, NuR 1997, 577, 582f.

539 Caspar, aaO, S. 581.

540 Caspar, aaO, S. 582; zum fehlenden ‚Grundrecht auf Fleischverzehr‘ vgl. das „Schächturteil“ des BVerfG NuR 1996, 347, 349.

541 Omnivore = „Allesfresser“: sowohl von pflanzlicher als auch tierlicher Nahrung lebend.

rische⁵⁴². Rechtsdogmatisch ergäbe sich demnach insbesondere nach Einführung des Staatsziels Tierschutz ebenfalls eine strukturelle Schieflage. Dem muss man allerdings entgegenhalten, dass die Frage der Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit tierlicher Produkte im Rahmen der Ernährung wissenschaftlich noch nicht abschließend geklärt ist⁵⁴³. Insofern erscheint es zu diesem Zeitpunkt willkürlich, Fleisch aus den vernünftigen Gründen herauszunehmen, Milch oder Eier dagegen, die ebenso mit Tierleid und -tötung verbunden sind, als noch davon erfasst anzusehen.

bb) Fische

Kein vernünftiger Grund soll gegeben sein, wenn Fische in Teiche eingesetzt werden, damit sie unmittelbar darauf gefangen werden, weil die Fische schon vor dem Einsetzen hätten getötet werden können und jeder Angelvorgang den Fischen Leiden und Stress zufügt⁵⁴⁴.

Ebensowenig ist ein vernünftiger Grund beim „Wettfischen“, d.h. dem Fischen aus sportlichen Zwecken gegeben, der Erwerb des Fisches für Nahrungszwecke muss der alleinige Grund des Angels sein⁵⁴⁵.

cc) Pelz- und Fellgewinnung

Für das Töten von Tieren zur Pelzgewinnung gibt es heute keinen vernünftigen Grund mehr, denn es besteht keinerlei Notwendigkeit (mehr) sich hierzulande ausgerechnet mit Hilfe von Pelz gegen Kälte zu schützen⁵⁴⁶. Es handelt sich insofern um ein rein affektives „Luxus“- Interesse, dessen Durchsetzung spätestens seit Aufnahme des Tierschutzes ins Grundgesetz hinter dem tierlichen Lebensinteresse im Angesicht eines

542 Siehe etwa den Leitfaden der Universität Gießen von *Keller/Leitzmann*, Vegetarische Ernährung; http://geb.uni-giessen.de/geb/volltexte/2011/8117/pdf/SdF-2011-01_20-30.pdf, abgerufen am 25.09.2018.

543 Siehe dazu ausführlich oben, S. 54ff.

544 Siehe Lorz/Metzger, TierSchG, § 17, Rn 19 m.w.N.

545 Vgl. Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, § 17, Rn 42 m.w.N.

546 Siehe Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, § 17, Rn 81; die Problematik wird allerdings kaum diskutiert, Lorz/Metzger merkt dazu lediglich an „Im Vordringen aber noch nicht herrschend ist die Vorstellung, dass Töten zur Pelzgewinnung nicht gerechtfertigt ist, weil sich in Deutschland niemand mittels Pelzen vor Kälte schützen müsse“, siehe Lorz/Metzger, TierSchG, § 17, Rn 19.

E. § 17 TierSchG: strafbare Tiertötung und Tiermisshandlung

ernstgenommenen ethischen Tierschutzes zurücktreten muss. Auch auf das „Kultur“ – „Argument“ wird man sich hier wohl nicht berufen können, da es offenkundig kein integrales oder mehrheitlich genutztes (deutsches) Kulturelement ist, sich mit Pelz zu bekleiden.

Darüber hinaus erfüllt im Übrigen die derzeit noch überwiegend praktizierte Form der Pelztierhaltung wohl den Tatbestand des § 17 Nr. 2b TierSchG⁵⁴⁷.

dd) Bestandsverminderung

Für die Tötung überzähliger Zootiere fehlt es von vornherein an einem vernünftigen Grund, wenn gegen das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens verstößen wird, d.h. wenn die verantwortliche Zooeinrichtung die „Notlage“ hätte rechtzeitig erkennen können, sie aber nicht vermieden hat⁵⁴⁸. Dem kann z.B. durch Geburtenkontrolle Rechnung getragen werden⁵⁴⁹. Kommt es trotzdem zu einer nicht regelbaren Überschuss situation, muss der vernünftige Grund sehr sorgfältig geprüft werden, es müssen insbesondere alle zumutbaren Bemühungen für eine angemessene Unterbringung geprüft worden sein⁵⁵⁰.

Das Gleiche gilt für die Tötung von Zirkustieren⁵⁵¹.

ee) Tötung von Eintagsküken /Problematik der „rein wirtschaftlichen“ Gründe

Männliche Hühner werden üblicherweise von den Zuchtbetrieben unmittelbar nach dem Schlüpfen getötet. Dies erfolgt durch Vergasen mit Kohlendioxid oder im „Homogenisator“ („Muser“, d.h. sie werden zerschreddert). Diese Praxis betrifft jährlich ca. 40 Millionen Küken (d.h. die Hälfte der etwa 80 Millionen Legehybridhühner)⁵⁵². Diese Tötungen geschehen aus ausschließlich ökonomischen Gründen, d.h. zur reinen Gewinnmaxi-

547 Siehe dazu: *Wollenteit/Bruhn*, Rechtsgutachten, S. 1ff.

548 Siehe ausführlich: *Hirt/Maisack/Moritz*, TierSchG, § 17, Rn 58.

549 Siehe *Hirt/Maisack/Moritz*, aaO, Rn 58.

550 Vgl. *Hirt/Maisack/Moritz*, aaO, Rn 58.

551 *Hirt/Maisack/Moritz*, aaO, Rn 59.

552 Siehe *Hirt/Maisack/Moritz*, TierSchG, § 17, Rn 70; vgl. *Casper*, NuR 1997, 577, 582.

mierung; die männlichen Küken setzen langsamer Fleisch an (5 Wochen bei Masthahnenküken, 17 Wochen bei Hybriden)⁵⁵³.

(1) Herrschende Meinung

Nach praktisch einhelliger Meinung in der Literatur liegt hier kein vernünftiger Grund vor, da es mit den Grundsätzen eines ethischen Tierschutzes nicht vereinbar sei, den denkbar schwersten Eingriff (Tötung) in die Integrität eines Tieres aus dem alleinigen Grund der wirtschaftlichen Gewinnmaximierung bzw. Preisregulierung zu vollziehen⁵⁵⁴, insbesondere, wenn dies planmäßig erfolgt, d.h. wenn von den Eierproduzenten im Voraus wissentlich in Kauf genommen wird, dass ca. 50 % der „produzierten“ Tiere wieder vernichtet werden⁵⁵⁵. Dies muss erst Recht im Angesicht von Art. 20a GG gelten. Diesem Gedanken Rechnung tragend, hatte NRW die Tötungen im Jahr 2013 (Übergangsfrist bis 2015) als erstes Bundesland untersagt⁵⁵⁶.

(2) OVG Münster

Demgegenüber stand bislang die neuere Rechtsprechung, insbesondere die jüngsten Urteile des OVG Münster⁵⁵⁷. Ausgangspunkt war ein Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft Münster gegen einen Brütterebetreiber wegen Verstoßes gegen § 17 Nr. 1 TierSchG. Das Verfahren wurde gleichwohl trotz Feststellung der tatbestandsmäßigen Rechtswidrigkeit wegen „unvermeidbaren Verbotsirrtums“ eingestellt. Daraufhin wies das nordrhein-westfälische Umweltministerium die Kreisordnungsbehörden an, Ordnungsverfügungen zu erlassen, die die bisherige Praxis der Küenkötigung untersagten. Gegen die entsprechenden Verfügungen klagten Brü-

553 Hirt/Maisack/Moritz, aaO, Rn 70; vgl. *Caspar*, aaO, 578, 582; vgl. BT-Drs. 13/7016, S. 56.

554 Maisack, Vernünftiger Grund, S. 223f. und S. 233f.; Vgl. Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, § 17, Rn 70; Lorz/Metzger, TierSchG, § 1 Anh., Rn 17; *Caspar*, NuR 1997, 577, 582; OLG Frankfurt a.M. NStZ 1985, 130.

555 Siehe *Caspar*, aaO, 577, 582; Lorz/Metzger, aaO, Rn 17.

556 Dies erfolgte per Anweisung des Ministeriums an die Kreise, Ordnungsverfügungen zu erlassen, siehe: <https://www.land.nrw/de/pressemitteilung/minister-remmel-tiere-sind-keine-abfallprodukte>, abgerufen am 28.09.2018.

557 OVG Münster, Urteile vom 20.05.2016 - 20 A 530/15 und 20 A 488/15, juris.

E. § 17 TierSchG: strafbare Tiertötung und Tiermisshandlung

tereibetreiber erfolgreich vor den Verwaltungsgerichten, welche diese auf hoben⁵⁵⁸. Die Verwaltungsgerichte stützten ihre Entscheidung primär auf eine vermeintlich fehlende Ermächtigungsgrundlage⁵⁵⁹ während das OVG Münster in § 16a Abs. 1 S. 1 TierSchG eine taugliche Rechtsgrundlage für den Erlass einer Verfügung sah und die materiell-rechtliche Zulässigkeit der Kükentötung ausdrücklich bejahte⁵⁶⁰. Die Vorschrift bilde die allgemeine Ermächtigungsgrundlage zum Erlass behördlicher Anordnungen zur Durchsetzung des Tierschutzgesetzes⁵⁶¹. Kernpunkt des OVG-Urteils war darin vertretene Auffassung, dass es den Brüterien derzeit wirtschaftlich nicht zumutbar sei, die männlichen Tiere aufzuziehen bzw. nicht zu töten. Die wirtschaftlichen Interessen der Brüterien wögen, auch im Angesicht der Mitgeschöpflichkeit der Tiere, „jedenfalls wegen der grundgesetzlich gewährten Berufsfreiheit besonders schwer“⁵⁶². Das OVG betonte, dass auch „rein wirtschaftliche Interessen“ die Interessen des Tierschutzes einschränken könnten, auch angesichts dessen, dass der Tierschutz nun Verfassungsrang habe (Art. 20a GG)⁵⁶³: 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“ sei bei der Abwägung gegen ethische Aspekte weder die Berechtigung abzusprechen, noch von vornherein ein geringeres Gewicht beizumessen. Die Kükentötung sei derzeit „alternativlos“, weder die Aufzucht der männlichen Küken, noch der Einsatz eines Zweinutzungshuhns sei gegenwärtig wirtschaftlich vertretbar⁵⁶⁴. Auch das Verfahren zur In-Ovo- (im Ei) Bestimmung des Geschlechts sei technisch noch nicht zur Marktreife fortgeschritten⁵⁶⁵.

558 VG Minden, Urteile vom 30.01.2015 – 2 K 80/14 und 2 K 83/14, openJur; bestätigt durch OVG Münster, Urteile vom 20.05.2016 - 20 A 530/15 und 20 A 488/15, juris; siehe auch: VG Arnsberg, Urteil vom 02.05.2016 - 8 K 116/14, juris.

559 Siehe etwa VG Minden, Urteil vom Urteil vom 30.01.2015 - 2 K 80/14, openJur, Rn 32f.

560 Siehe OVG Münster, Urteil vom 20. Mai 2016 – 20 A 530/15, juris, Rn 26ff.

561 OVG Münster, aaO, Rn 26.

562 OVG Münster, aaO, Rn 79.

563 OVG Münster, aaO, Rn 79 und 84.

564 OVG Münster, aaO, Rn 89ff. und 109.

565 OVG Münster, aaO, Rn 124.

(3) Diskussion

Problematisch am Urteil des OVG Münster ist zunächst die fehlende Thematisierung des strukturellen Gewichts des Staatsziels Tierschutz gemäß Art. 20a GG. Die Aussage, wonach die verfassungsrechtlich gewährte Berufsfreiheit „besonders schwer“ wiege, lässt den Schluss zu, dass hier der Umstand ignoriert wurde, dass Art. 20a GG in einem prinzipiellen Gleichrangigkeitsverhältnis zu anderen Verfassungsgütern steht⁵⁶⁶. Die sodann vorgenommene Abwägung basiert insofern schon auf einer fehlerhaften Schieflage in der Bewertung der rechtlichen Ausgangslage. In höchst problematischem Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Problematik der Hennenhaltung („Legehennen-Urteil“⁵⁶⁷), welches ausschlaggebend war für die Verfassungsänderung – Art. 20aGG, steht insofern auch die Wertung des OVG wonach Wirtschaftlichkeit im Zweifel den Werten des Tierschutzes vorzugehen habe. Das BVerfG urteilte seinerzeit, dass „nicht jede Erwägung der Wirtschaftlichkeit der Tierhaltung aus sich heraus ein vernünftiger Grund im Sinne des § 1 S. 2 TierSchG sein kann“. Notwendig sei vielmehr ein Ausgleich zwischen den rechtlich geschützten Interessen der Tierhalter einerseits und den Belangen des Tierschutzes andererseits. Mit den seinerzeit geltenden Bestimmungen werden die Belange des ethischen Tierschutzes „über die Grenze eines angemessenen Ausgleichs zurückgedrängt“⁵⁶⁸. Das OVG hat weder die Gravidität der Tötung der Küken (45-50 Millionen, direkt am Lebensanfang) angemessen thematisiert noch den erforderlichen Ausgleich im erforderlichen Maße erörtert. Dabei ist die Sachlage durchaus vergleichbar zu der der Käfighaltung von Hennen. Auch hier standen massive bis existentielle Belange der Tierhalter dem Rechtsgut des ethischen Tierschutzes gegenüber und zwar noch vor Aufnahme des Tierschutzes in die Verfassung. Zu bedenken ist schließlich, dass die wirtschaftlichen „Sachzwänge“ von der Industrie selbst geschaffen wurden, nämlich durch die Zuchtmaßnahmen, welche erst zur wirtschaftlichen „Nutzlosigkeit“ der Hahnenküken führten. Eine analoge Situation findet sich in der Problematik der Tötung von für die Erhaltungszucht „ungeeigneten“ Jungtieren in Zoos. Zu Recht führt dies-

566 Siehe dazu ausführlich: von Loeper in: Kluge, TierSchG, Einf., Rn 104e; bestätigt durch „Schrankenformel“ des BVerfG auch für vorbehaltlose Grundrechte; Jarass/Pieroth, GG, Art. 20a, Rn 14; Lorz/Metzger, TierSchG, Art. 20a GG, Rn 17; Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, Art. 20a GG, Rn 8.

567 Siehe BVerfGE 101, 1 ff.

568 BVerfGE 101, 1, 32-41.

E. § 17 TierSchG: strafbare Tiertötung und Tiermisshandlung

bezüglich etwa das OLG Naumburg aus: „Die Tiger waren Ergebnis des Europäischen Erhaltungszuchtpogramms. Ihre mischgenetische Konstitution spricht derzeit für einen Fehler im Programm selbst, wofür die Organisation und letztlich 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 entledigen⁵⁶⁹.

Unter den dargelegten Aspekten erscheint die Rechtsprechung des OVG Münster nicht überzeugend. Insbesondere angesichts der quantitativen und qualitativen Schwere des Verstoßes gegen die Prinzipien des ethischen Tierschutzes sind die Kükentötungen als rechtswidrig einzuordnen.

(4) BVerwG

Aktuell hat sich nun auch das Bundesverwaltungsgericht mit der Frage der Rechtmäßigkeit der Tötung von männlichen Eintagsküken beschäftigt⁵⁷⁰. Das Bundesverwaltungsgericht hat das Urteil des OVG Münster dabei lediglich im Ergebnis bestätigt und insofern die Revision der beklagten Kreise zurückgewiesen. Eine Fortführung der bisherigen Praxis, so das Bundesverwaltungsgericht, könne lediglich für eine Übergangsfrist auf einem vernünftigen Grund beruhen, da mittlerweile absehbar sei, dass in Kürze Alternativen zum Töten der Küken zur Verfügung stünden, hier vor allem die Geschlechtsbestimmung im Ei⁵⁷¹. Die (begründungsgleichen) Urteile betonen zudem, dass Interessen der Tierhalter nicht allein deshalb „vernünftig“ i.S.d. § 1 TierSchG seien, weil sie „ökonomisch plausibel“ seien⁵⁷². Das Bundesverwaltungsgericht stellte zudem klar, dass die Tötung männlicher Küken ohne vernünftigen Grund als Straftat (§ 17 Nr. 1 TierSchG) nicht durch das Grundrecht der Berufsfreiheit gedeckt sei⁵⁷³. Es betonte zudem, dass ein Grund, ein solches strafbares Verhalten für eine Übergangsfrist zu dulden nicht ersichtlich sei⁵⁷⁴. Von wesentlicher Bedeutung ist zudem die weitere Feststellung, dass „Vollzugsdefizite im Bereich des Tierschutzes“

⁵⁶⁹ OLG Naumburg, Beschluss vom 28.06.2011 – 2 Ss 82/11 Rn 16, juris.

⁵⁷⁰ Siehe Urteile des BVerwG vom 13.06.2019 – 3 C 28.16 & 3 C 29.16.

⁵⁷¹ Siehe Urteile des BVerwG vom 13.06.2019 – 3 C 28.16 & 3 C 29.16, Rn 29ff.

⁵⁷² Siehe Urteile des BVerwG, aaO, Rn 18.

⁵⁷³ Siehe Urteile des BVerwG, aaO, Rn 31, unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: vgl. BVerfGE 115, 276, 301.

⁵⁷⁴ Siehe Urteile des BVerwG, aaO, Rn 31.

grundsätzlich kein schutzwürdiges Vertrauen des Tierhalters auf Forstsetzung seines bisherigen Verhaltens begründeten⁵⁷⁵.

2. Rohe Tiermisshandlung (§ 17 Nr. 2a TierSchG)

a) Taterfolg

Die Strafbarkeit setzt voraus, dass dem Tier erhebliche Schmerzen oder Leiden⁵⁷⁶ zugefügt werden; diese müssen „erheblich“ sein, d.h. nach Art und Dauer in gewichtiger Weise das tierliche Wohlbefinden beeinträchtigen⁵⁷⁷.

Unterschiedlich wird hier das Zeitmoment bewertet, d.h. die Frage, ob die Dauer der Schmerzen/Leiden bei dem Merkmal „erheblich“ zu berücksichtigen ist:

aa) Literaturmeinung

Die Literatur fordert ganz überwiegend das Zeitmoment insofern miteinzubeziehen, als die Dauer des Belastungszustands in die Beurteilung der Erheblichkeit einzufließen hat⁵⁷⁸.

bb) BGH

Anders sieht dies der BGH⁵⁷⁹: die Dauer könne nur beim Merkmal „länger anhaltend“ in Nr. 2b verwertet werden.

575 Siehe Urteile des BVerwG, aaO, Rn 29, unter Verweis auf frühere Rechtsprechung des BVerwG: Beschluss vom 8. November 2016 – 3 B 11.16.

576 Siehe zu den Begriffen ‚Schmerzen und Leiden‘ ausführlich unten S. 139ff.

577 Vgl. Lorz/Metzger, TierSchG, § 17, Rn 30.

578 Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, § 17, Rn 91; Lorz/Metzger, TierSchG, § 17, Rn 30.

579 BGH NJW 1987, 1830, 1835.

cc) Diskussion

Für die Ansicht des BGH spricht zunächst der Wortlaut der Norm. Zutreffend ist sicherlich andererseits, dass die Erheblichkeit typischerweise durch die Dauer der Belastung (mit-) definiert wird. Insofern erscheint es nachvollziehbar, eine einschränkende Auslegung des Merkmals „erheblich“ in Nr. 2a über das Zeitmoment zu berücksichtigen. Andererseits ist es offenkundig ebenso möglich, in einem kurzen Zeitrahmen „erhebliche“ Schmerzen oder Leiden zu verursachen, etwa durch Verletzung eines besonders empfindlichen Sinnesorgans⁵⁸⁰. Es ist insofern nicht überzeugend, grundsätzlich eine besondere Dauer im Rahmen der Erheblichkeit der Nr. 2a zu fordern. Vielmehr kann davon ausgegangen werden, dass die Erheblichkeit typischerweise durch die Dauer indiziert wird, nicht aber, dass diese unabdingbare Voraussetzung selbiger ist. Dies ist letztlich eine naturwissenschaftliche Frage, die typischerweise durch Sachverständige zu klären sein wird⁵⁸¹.

b) Tathandlung

Das Zufügen von Leiden oder Schmerzen muss „aus Rohheit“ geschehen, d.h. einer „gefühllosen, fremde Leiden missachtenden Gesinnung“ entspringen⁵⁸².

Die Einschränkung der strafbaren Taten liegt damit im Subjektiven. Die gefühllose Gesinnung wird angenommen, wenn der Täter im Zeitpunkt des Handelns das ‚notwendig als Hemmschwelle wirkende Gefühl für den Schmerz bzw. Leid des Tieres verloren hat, das sich in gleicher Lage bei jedem menschlich und verständig Denkenden eingestellt hätte‘, wobei es sich nicht um eine dauernde Charaktereigenschaft handeln muss⁵⁸³. Rohheit in diesem Sinne kann insofern auch dann vorliegen, wenn der Täter nur aus „wirtschaftlichen“ Gründen handelt, dabei aber das Maß des Erfor-

580 Vgl. Lorz/Metzger, TierSchG, § 17, Rn 30; Vgl. BayObLG NJW 1993, 2760.

581 Vgl. Lorz/Metzger, aaO, Rn 30.

582 Lorz/Metzger, § 17 TierSchG Rn 31; Hirt/Maisack/Moritz, § 17 TierSchG Rn 118.

583 Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, § 17, Rn 151; Lorz/Metzger, TierSchG, § 17, Rn 32.

derlichen oder Angemessenen überschreitet⁵⁸⁴; allgemein übliches Fehlverhalten in einer Branche schützt den Täter nicht⁵⁸⁵.

Vorsatz bezüglich des Merkmals „Rohheit“ hat der Täter, wenn er die Tatsachen, die die Rohheit bedingen, kennt und jedenfalls billigend in Kauf nimmt⁵⁸⁶. Allgemeinen Regeln folgend, kann die Tat auch durch Unterlassen begangen werden⁵⁸⁷.

3. Quälische Tiermisshandlung (§ 17 Nr. 2b TierSchG)

Die Vorschrift erfasst ohne Einschränkung auch den Bereich der Intensivtierhaltung von Nutzieren und stellt hierbei eine strafrechtliche Regelung dar, die einer Ergänzung im Verordnungsweg weder bedürftig noch zügänglich ist⁵⁸⁸.

a) Schmerzen

Schmerz wird von der „International Association for the Study of Pain“ (IASP) wie folgt definiert: „unangenehme sensorische und gefühlsmäßige Erfahrung, die mit akuter oder potentieller Gewebeschädigung einhergeht oder in Form solcher Schädigungen beschrieben wird“⁵⁸⁹.

Es ist typisch, dass Schmerzen durch eine unmittelbare Einwirkung (auf das Tier) ausgelöst werden, notwendig ist dies allerdings nicht; ebensowenig sind das tatsächliche Eintreten einer Schädigung oder eine erkennbare Abwehrreaktion notwendig⁵⁹⁰. Schmerzen treten in akuter (z.B. Hitzeschmerz bei Verbrennung, Herzschmerz bei Sauerstoffmangel) oder chronischer (z.B. Entzündungsschmerz) Form auf⁵⁹¹.

584 Vgl. BayOblG NJW 1974, 1340, 1341.

585 Hirt/Maisack/Moritz, aaO, Rn 151.

586 Vgl. Hirt/Maisack/Moritz, aaO, Rn 152.

587 Vgl. Lorz/Metzger, TierSchG, § 17, Rn 33.

588 Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, § 17, Rn 85.

589 Zitiert nach Bernatzky in: Sambraus/Steiger, Tierschutz, S. 40.

590 Siehe Bernatzky in: Sambraus/Steiger, Tierschutz, S. 40.

591 Vgl. von Loepel in: Kluge, TierSchG, § 1, Rn 22.

E. § 17 TierSchG: strafbare Tiertötung und Tiermisshandlung

Zeichen für Schmerz bei Tieren sind typischerweise folgende⁵⁹²:

Allgemeine Schmerzanzeichen:

- Hingezogenheit zur Stelle des Schmerzes
- Gesteigerter Muskeltonus (Skelettmuskulatur)
- Erhöhter Blutdruck und Puls
- Veränderte Elektroenzephalogrammwerte
- Pupillenerweiterung
- Veränderungen im Atmungsverhalten
- Lecken der betroffenen oder anderer Körperregionen⁵⁹³

Zeichen akuter Schmerzen:

- Schutz des schmerzenden Körperteils
- Schmerzlauten
- Beißen
- Kratzen oder Schütteln
- Unruhe, Umherwandern
- Schwitzen
- Erhöhte Atemrate

Zeichen chronischer Schmerzen:

- Humpeln
- Abneigung sich zu bewegen
- Appetitverlust
- Persönlichkeitsveränderungen
- Veränderungen der Augenhelligkeit

Hinzu kommen ggf. noch Spezies-spezifische Schmerzanzeichen.

Zur Feststellung des Schmerz-Empfindungsvermögens (einer Tierart) lassen sich allgemein folgende Kriterien verwenden⁵⁹⁴:

- Anatomische und physiologische Ähnlichkeiten bei Schmerzaufnahme, -weiterleitung und –verarbeitung mit dem Menschen
- Meidung von Reizen, die vermutlich schmerzauslösend sind
- feststellbare Wirksamkeit schmerzhemmender Substanzen

Je mehr dieser Kriterien erfüllt sind, desto eher ist von entsprechender Schmerzempfindungsfähigkeit auszugehen. Bei Säugetieren kann ein Schmerzempfinden angenommen werden, welches dem menschlichen

592 Siehe Boston University Research Support: <http://www.bu.edu/researchsupport/compliance/animal-care/working-with-animals/recognizing-pain-and-distress-in-animals-2/>, abgerufen am 30.09.2018.

593 Lecken als Verhaltensweise kann viele verschiedene Gründe haben und ist nicht zwingend mit Schmerzen assoziiert, gleichzeitig kann es jedoch ein Indikator für akute oder chronische Schmerzen sein, s.u. bei chronischen Schmerzen.

594 Siehe dazu ausführlich : Bernatzky in: Sambraus/Steiger, Tierschutz, S. 49f. .

entspricht; dies lässt sich anhand der gleichartigen morphologischen und funktionellen Struktur der Nervensysteme erkennen⁵⁹⁵. Auch für andere Wirbeltiere wie insbesondere Vögel, aber auch Lurche und Kriechtiere steht die Schmerzfähigkeit außer Frage⁵⁹⁶. Eine gesetzliche Vermutung für die Schmerzfähigkeit von Wirbeltieren ergibt sich im Übrigen schon aus dem Wortlaut der §§ 17,18 TierSchG. Hinsichtlich der Fische war die Schmerzfähigkeit lange Zeit umstritten, im Gegensatz zur Leidensfähigkeit, die schon lange bekannt ist. Die Rechtsprechung geht mittlerweile überwiegend von Schmerzfähigkeit aus, was dem aktuellen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis entspricht und beispielsweise am Meideverhalten (nur ca. 10 % der Forellen, die einmal geangelt und wieder zurückgesetzt wurden, gehen ein zweites Mal an die Angel) beobachtet werden kann⁵⁹⁷.

b) Leiden

Unter den Leidensbegriff fallen alle, nicht bereits vom Begriff des Schmerzes erfassten Beeinträchtigungen im Wohlbefinden, die über ein schlichtes Unbehagen hinausgehen und eine nicht ganz unwesentliche Zeitspanne fort dauern⁵⁹⁸. Dazu gehört auch Angst⁵⁹⁹.

Teilweise wird noch eine andere Definition vertreten, die nicht konträr sondern ergänzend zur vorgenannten verstanden wird⁶⁰⁰, welche wie folgt lautet: „Leiden werden durch der Wesensart des Tieres zuwiderlaufende, instinktwidrige und vom Tier gegenüber seinem Art- oder Selbsterhaltungstrieb als lebensfeindlich empfundene Einwirkungen und durch sonstige Beeinträchtigungen seines Wohlbefindens verursacht“⁶⁰¹, wobei diese Beeinträchtigung nicht körperlicher Natur sein muss, eine psychische Beeinträchtigung genügt⁶⁰².

Der Begriff des „Leidens“ hat dabei, ebenso wie auch letztlich der Begriff der „Schmerzen“ normativen Charakter und geht über (veterinär-)

595 Vgl. Bernatzky, aaO, S. 47f.

596 Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, § 1, Rn 15.

597 Siehe Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, § 1, Rn 16 m.w.N.

598 BGH NJW 1987, 1833, 1834 = allgemein anerkannte Definition.

599 Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, § 1, Rn 24 m.w.N.

600 Siehe Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, § 1, Rn 19.

601 VGH Mannheim NuR 1994, 487, 488.

602 Vgl. VGH Mannheim, aaO, S. 488.

E. § 17 TierSchG: strafbare Tiertötung und Tiermisshandlung

medizinische Beschreibungen hinaus⁶⁰³. Bei normativen Tatbestandsmerkmalen trifft der Gesetzgeber die grundlegenden Wertentscheidungen, während die Wertausfüllung im Einzelfall dem Richter obliegt⁶⁰⁴.

Unter „Wohlbefinden“ wird ein Zustand physischer und psychischer Harmonie des Tieres in sich und – entsprechend seinen angeborenen Lebensbedürfnissen – mit der Umwelt verstanden; regelmäßige Anzeichen von Wohlbefinden sind Gesundheit und ein natürliches, in jeder Beziehung der jeweiligen Tierart entsprechendes Verhalten⁶⁰⁵.

Nicht jede Beeinträchtigung des Wohlbefindens bedeutet gleichwohl Leiden bzw. rechtlich, insbesondere strafrechtlich, relevantes Leiden:

Rechtlich (vgl. §§ 1, 2 TierSchG) relevantes Leiden tritt (erst) mit hinreichend erheblicher und anhaltender, nicht notwendig schon nachhaltiger, Abweichung von der Norm als Beeinträchtigung des Wohlbefindens auf⁶⁰⁶.

Strafbarkeit ist gleichwohl erst bei „gesteigerter Erheblichkeit“ und einem entsprechenden Zeitfaktor gegeben, was der BGH definiert als „alle nicht vom Begriff des Schmerzes umfassten Beeinträchtigungen von Wohlbefinden, die über ein schlichtes Unbehagen hinausgehen und eine nicht ganz unwesentliche Zeitspanne fortduern“⁶⁰⁷.

Für Schmerzen und Leiden gleichermaßen gilt hinsichtlich der in beiden Fällen geforderten „Erheblichkeit“ in zeitlicher Hinsicht Folgendes: eine allgemein definierte Zeitspanne lässt sich hier naturgemäß nicht festlegen, vielmehr gilt folgende Richtschnur: je schlimmer die Schmerzen oder Leiden sind, eine desto kürzere Zeitspanne genügt. Auszugehen ist vom Alltagssprachgebrauch: eine Zeitspanne, die man dort als kurz bezeichnet, also etwa Minuten, bei mäßigem Schmerz auch Stunden, ist nicht „länger anhaltend“, wobei nicht auf das Zeitempfinden von Menschen abzustellen ist, sondern auf das Vermögen des Tieres, die entsprechende Belastung auszuhalten, welches typischerweise als wesentlich geringer zu betrachten ist⁶⁰⁸.

603 Vgl. Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, § 1, Rn 19; *Ort/Reckewell* in: Kluge, TierSchG, § 17, Rn 57.

604 *Ort/Reckewell* in: Kluge, TierSchG, § 17, Rn 57.

605 Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, § 1, Rn 20 m.w.N.

606 *Ort/Reckewell* in: Kluge, TierSchG, § 17, Rn 56 m.w.N.

607 BGH NJW 1987, 1833, 1834.

608 Siehe Lorz/Metzger, TierSchG, § 17, Rn 40 m.w.N.

Wiederholter Schmerz oder wiederholtes Leiden liegen vor, wenn nach dem völligen Abklingen die Belastung mindestens einmal erneut auftritt⁶⁰⁹.

Zur Feststellung des Vorliegens von Leiden werden ergänzend verschiedene („Indikatoren-“) Konzepte angewandt⁶¹⁰:

- Analogieschluss: Tiere zeigen mit dem Menschen vergleichbare Reaktionen auf gleichartige Erscheinungen, z.B. Schreien, Zittern, Apathie etc. – hieraus kann geschlossen werden, dass analoge Empfindungen vorliegen.
- Bedarfsdeckungs- und Schadensvermeidungskonzept: diesem Modell zufolge ist ein Haltungssystem tiergerecht, wenn es dem Tier ermöglicht, in Morphologie, Physiologie und Ethologie alle diejenigen Merkmale auszubilden und zu erhalten, die von Tieren der gleichen Art und Rasse unter natürlichen Bedingungen bzw. naturnahen Bedingungen gezeigt werden.
- Handlungsbereitschaftsmodell nach Buchholtz : dieses Modell dient als verhaltensphysiologisches Gesamtkonzept der Beurteilung und Bewertung von Verhaltensweisen innerhalb verschiedener Haltungssysteme. Dabei sollen die Grenzen der Anpassungsfähigkeit von Tieren erkennbar gemacht werden. Ausgangspunkt ist hier das Konzept der sogenannten Homöostase, nach welchem sich in einer sich ändernden Umwelt im Organismus immer wieder ein physiologischer Gleichgewichtszustand herstellt. Nach diesem Konzept besteht eine gute Befindlichkeit dann, wenn der homöostatische Zustand nach vorübergehendem Ungleichgewicht immer wieder einpegelt, ist dies nicht der Fall, ist die Anpassungsfähigkeit überschritten⁶¹¹.

Nach wie vor gibt es zu wenige biologische Marker (z.B. Corticosteroide) um einfache Beweise für Schmerz oder Leiden zu finden, insofern ist man allgemein auf klinische Zeichen angewiesen⁶¹². Alle Messverfahren, auch die oben dargestellten, weisen die Problematik auf, dass sie relativ ungenau sind⁶¹³. Eine angemessene Wertung, ob noch Normalverhalten oder schon eine Überforderung des Tieres und Leiden vorliegen, kann nur bei

609 Lorz/Metzger, aaO, Rn 41.

610 Siehe dazu umfassend und m.w.N.: Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, § 1, Rn 22 und § 2 Rn 8ff.

611 Siehe: Richter, Haltung, S. 52f.

612 Siehe dazu Bernatzky in: Sambraus/Steiger, Tierschutz, S. 42.

613 Vgl. Richter, Haltung, S. 58ff.

sorgfältiger Wertung aller Einflussfaktoren und aus umfangreicher Erfahrung erfolgen⁶¹⁴.

Problematisch hinsichtlich der Zuordnung der Ursachen und Verantwortlichkeiten einer Verhaltensstörung (als Indikator für Leiden) ist ebenso die Tatsache, dass nicht nur Haltungsfaktoren (zu denen neben den Abmessungen und der Einrichtung des Stalles auch Faktoren wie Belichtung und Lüftung gehören), sondern etwa auch angeborene (insbesondere zuchtbedingte) oder erworbene Defekte (insbesondere des zentralen oder peripheren Nervensystems) dafür verantwortlich sein können⁶¹⁵.

Erhebliche Leiden werden typischerweise durch Verhaltensänderungen angezeigt; insbesondere in Tierhaltungen können folgende Gruppen von Verhaltensstörungen⁶¹⁶ beobachtet werden⁶¹⁷:

1. Fremd- oder selbstschädigendes Verhalten, z.B. Schwanzbeißen, Ohrenbeißen, Federpicken, Urintrinken.
 2. Stereotypien (= abnormal-repetitives Verhalten), z.B. Zungenrollen, Zungenspielen, Stangenbeißen, stereotypes Laufen oder Weben.
 3. Leerlaufhandlungen, z.B. Leerkauen, Scheinwiederkäuen, Scheinsandbaden.
 4. Apathien, insbesondere weitgehend bewegungsloses Stehen oder Sitzen in unnatürlicher Haltung.
 5. Handlungen am nicht-adäquaten Objekt, z.B. Belecken, Beknabbern, Benagen, Besaugen von anderen Tieren, Gegenständen oder eigenen Körperteilen.
 6. Ausfall oder starke Reduktion des Spielverhaltens bei Jungtieren.
 7. Zusammenbruch des artspezifischen tagesperiodischen Aktivitätsmusters; es entsteht typischerweise der Eindruck von Ruhelosigkeit.
- Verhaltensstörungen können als Ausdruck einer Überforderung des Anpassungsvermögens des Tieres und damit als Beweis für erhebliche Leiden gewertet werden⁶¹⁸.

614 Vgl. *Sambraus* in: Sambraus/Steiger, Tierschutz, S. 59.

615 Vgl. *Sambraus*, aaO, S. 61.

616 Eine Verhaltensstörung ist eine in Hinblick auf Modalität, Intensität oder Frequenz erhebliche und andauernde Abweichung vom Normalverhalten, siehe *Sambraus*, aaO, S. 59.

617 Ausführlich und m.w.N. : Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, § 17, Rn 100.

618 Hirt/Maisack/Moritz, aaO, Rn 101 m.w.N; vgl. auch BGH NJW 1987, 1833, 1835.

Besonders gut untersucht sind etwa Schwanzbeissen bei Schweinen sowie das Federpicken bei Legehennen:

Bei Schweinen dienen Maultätigkeiten dazu, Erregung abzubauen (z.B. aufgrund von Langeweile). Wenn in Vollspaltenbuchten dem Tier keine leblosen Objekte angeboten werden (z.B. Einstreu), bleibt hierfür nur der Buchtgenosse. Bei Blutaustritt wird die Beißaktivität intensiviert, auch andere Schweine versuchen nun, das verletzte Tier zu verfolgen⁶¹⁹.

Federpicken kann etwa auftreten, wenn den Tieren das Futter leicht zugänglich und dazu in einer reizarmen Umgebung angeboten wird, die Futtersuche erübrigt sich hier; das Fressverhalten besteht natürlicherweise aus mehr als Futteraufnahme und Schlucken, Futtersuche und Aufbereitung gehören ebenso dazu⁶²⁰.

Verhaltensstörungen finden sich allgemein in leicht aktivierbaren Funktionskreisen: dem Fressverhalten und der Lokomotion (z.B. Weben bei Pferden). Alle Störungen der Lokomotion laufen stereotyp ab, Beispiel: Hin- und Herlaufen in gerader Bahn, Kreisgang bei Eisbären im Zoo (Bewegungsmangel und Monotonie)⁶²¹.

Viele Verhaltensstörungen bestehen auch dann noch fort, wenn die auslösende Ursache abgestellt wurde⁶²².

Bei der Feststellung von Schmerzen und Leiden ist auf wissenschaftliche Feststellungen zurückzugreifen. Bei der Bewertung wissenschaftlicher Erkenntnisse ist dabei nicht von etwaigen Mehrheiten sondern der wissenschaftlichen Plausibilität auszugehen⁶²³.

4. (Tier-) Haltungsformen und Strafrecht

Rechtlich zulässige Haltungsformen können fraglos eine quälische Haltung nicht rechtfertigen. Der Straftatbestand gilt insofern ohne jede Einschränkung auch für die Intensivtierhaltung. Der Verordnungsgeber darf nicht die Strafbarkeit durch ein Gesetz einschränken, sofern er dazu nicht ausdrücklich ermächtigt ist. In den Verordnungsbefugnissen des § 2a TierSchG ist dazu aber nichts enthalten. Dadurch entsteht das Dilemma, dass der Intensivtierhalter sämtliche Einzelanordnungen des Verordnungs-

619 Sambraus in: Sambraus/Steiger, Tierschutz, S. 63f.

620 Sambraus, aaO, S. 64.

621 Sambraus, aaO, S. 67f.

622 Sambraus, aaO, S. 65.

623 Vgl. Hirt/Maisack/Moritz, TierSchG, 2. Aufl, Rn 32f.

E. § 17 TierSchG: strafbare Tiertötung und Tiermisshandlung

gebers erfüllt und dennoch wegen quälerischer Tiermisshandlung strafbar sein kann⁶²⁴. Lorz/Metzger führt hierzu aus „Mag auch dem ersten Täter ein unvermeidbarer Verbotsirrtum (§ 17 StGB) zu Gute gehalten werden, so kann das für spätere Täter nicht mehr gelten“⁶²⁵. Diese Ausführungen sind dahingehend zu verstehen, dass nach Vorliegen eines höchstrichterlichen Urteils⁶²⁶ ein entsprechender Verbotsirrtum für (andere) Tierhalter nicht mehr „unvermeidbar“ i.S.d. Gesetzes ist⁶²⁷. Diese Auffassung ist letztlich überzeugend, so unbefriedigend sie im tierschutzrechtlichen Sinne auch sein mag; dem einzelnen Tierhalter kann (im strafrechtlichen Sinne) nicht die Prüfung der Rechtmäßigkeit/Verfassungsmäßigkeit einer Verordnung aufgebürdet werden.

Zu beachten ist hier allerdings, dass für den berufsmäßig bzw. gewerblich Handelnden besonders hohe Anforderungen gelten: so wird beispielsweise ein Irrtum über einfache Fragen der Hygiene als stets vermeidbar angesehen; der gewerblich Tätige hat eine allgemeine Erkundigungspflicht, im Zweifel muss er Rat bei einem spezialisierten Rechtsanwalt einholen⁶²⁸. Bei der Auslegung neuer Vorschriften darf sich der Unternehmer auf seine eigene Bewertung nur verlassen, wenn sich der Sinn der Vorschrift eindeutig aus dem Wortlaut ergibt; sein Fachwissen muss er stets aktualisieren⁶²⁹.

624 Lorz/Metzger, TierSchG, § 17, Rn 47.

625 Lorz/Metzger, aaO, Rn 47.

626 Vgl. das Legehennenurteil des Bundesverfassungsgerichts: BVerfGE 101, 1, 32-41.

627 Fraglich könnte noch sein, inwieweit die Einstellung der Staatsanwaltschaft wegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums die Vermeidbarkeit für einen darauf folgend Beschuldigten beeinflusst. Hier wird man wohl im Interesse der Rechtssicherheit und unter Berücksichtigung des „In dubio pro reo“ Grundsatzes nur dann eine Relevanz annehmen können, wenn der Beschuldigte konkrete Kenntnis von der Entscheidung der Staatsanwaltschaft hatte oder haben musste.

628 Siehe dazu ausführlich: Bülte, GA 2018, 35, 46ff.

629 Bülte, aaO, 35, 46.