

## Tierschutz durch Strafrecht? – zur Legitimation tierschutzstrafrechtlicher Normen

Wolfgang Wohlers\*

A.	Tierschutz: eine Aufgabe (auch) des Strafrechts? .....	417
B.	Tierschutzstrafrecht de lege lata .....	420
	I. Die Tierquälerei als klassischer Kernbereich des Tierschutzstrafrechts .....	421
	1. Die Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Tierquälerei-Strafnormen .....	421
	2. Die Rechtsfolgenseite .....	423
	II. Neuere Tierschutzstrafnormen mit bioethischem Hintergrund .....	424
	III. Zu widerhandlungen gegen tierschutzrelevante Verhaltensnormen .....	425
C.	Tierschutzstrafrecht und Rechtsguts-theorie: zwei Welten prallen aufeinander .....	426
I. Die Ratio legis der Strafnormen des Tierschutzstrafrechts .....		426
II. Der Mythos des systemkritischen Potenzials der Rechtsgutstheorie .....		428
III. Tierschutzstrafrecht als integraler Bestandteil eines auf Rechtsgüterschutz abzielenden Strafrechts .....		430
IV. Legitimation des Tierschutzstrafrecht ausserhalb des Rechtsgüterschutzdogmas .....		432
D. Das Tierschutzstrafrecht als Instrument zur Absicherung tierschutzrechtlicher Verhaltensnormen .....		437

*Das Tierschutzstrafrecht in Deutschland, Österreich und in der Schweiz geht heute weit über den Bereich der klassischen Tierquälerei hinaus. Die Frage nach der Legitimation des Tierschutzstrafrechts kann sich deshalb nicht auf die Legitimation der Tierquälerei beschränken, sondern muss das Tierschutzstrafrecht insgesamt in den Blick nehmen. Vor dem Hintergrund der in der deutschsprachigen Strafrechtswissenschaft vorherrschend vertretenen Rechtsgutstheorie ist zunächst der Frage nachzugehen, ob sich die Strafnormen des Tierschutzstrafrechts als ein integraler oder akzessorischer Teil eines auf Rechtsgüterschutz abzielenden Strafrechts legitimieren lassen. Die negative Antwort, die insoweit zu geben ist, wirft dann die Frage nach einer alternativen Begründung auf, für die hier das Modell eines primärrechtsakzessorischen Strafrechts vorgeschlagen wird. Dieses Modell dürfte einem grossen Teil der im Rechtsgutparadigma gefangenen deutschen Strafrechtswissenschaft als unattraktiv bis inakzeptabel erscheinen, kann aber – anders als die Rechtsgutstheorie – für sich in Anspruch nehmen, den Vorgaben gerecht zu werden, die für die Setzung und Legitimation von Rechtsnormen gelten.*

\* Prof. Dr. Wolfgang Wohlers, Professor für Strafrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel (Schweiz).

## A. Tierschutz: eine Aufgabe (auch) des Strafrechts?

Die den Umgang mit Tieren kennzeichnende Ambivalenz zeigt sich insbesondere daran, dass einer Tendenz zur Vermenschlichung von Haustieren<sup>1</sup> und einzelnen, vorübergehend zu Medienstars mutierenden Zootieren<sup>2</sup> eine rein instrumentale Nutzung der übrigen Tierwelt gegenübersteht, die sich vor allem in Tierversuchen und in der industriellen Nahrungsmittelerzeugung manifestiert<sup>3</sup> und dort zu Exzessen wie der massenhaften Vernichtung von zur Fleischproduktion ungeeigneten männlichen Küken führt.<sup>4</sup> Ein weiterer Beleg ist die Unsicherheit über den rechtlichen Stellenwert von Tieren: Handelt es sich rechtlich gesehen um Sachen oder haben Tiere als Kreaturen einen spezifischen rechtlichen Status – und wenn ja, welchen? Die Diskussion dieser Fragen hat politischen Handlungsdruck erzeugt, der sich zum einen in verfassungsrechtlichen Bestimmungen niedergeschlagen hat, in denen der Tierschutz als staatliche Pflicht anerkannt wird: in der Schweiz seit 1973,<sup>5</sup> in Deutschland seit 2002<sup>6</sup> und in Österreich im Jahre 2013.<sup>7</sup> Darüber hinaus wird nun in allen drei Rechtsordnungen auf der Ebene des einfachen Rechts betont, dass Tiere keine Sachen (mehr) sind, wobei allerdings im direkten Anschluss an diese Feststellung angeordnet wird, dass die Bestimmungen über Sachen entsprechend gelten sollen.<sup>8</sup> Dies hat wiederum zur Folge, dass die Misshandlung oder Tötung eines Tieres weiterhin als Sachbeschädigung einzustufen ist, womit die lege lata im Eigentum des Täters stehende Tiere als taugliche Tatobjekte ebenso ausscheiden wie herrenlose Tiere. Blickt man allein auf das Kernstrafrecht, könnte mithin der Eindruck entstehen, dass letztlich alles beim alten geblieben ist. Dass

1 Vgl. hierzu *J. Caspar*, Tierschutz im Recht der modernen Industriegesellschaft, Baden-Baden 1999, S. 245 ff.; *C. Raspé*, Die tierliche Person, Berlin 2013, S. 53 ff.; *U. Wolf*, Das Tier in der Moral, Frankfurt am Main 1990, S. 15, jeweils mit dem zutreffenden Hinweis darauf, dass auch diese Tendenz die betroffenen Haustiere nicht vor Beeinträchtigungen schützt, wie insbesondere dem Ausgesetzwerden vor dem Familienurlaub.

2 Vgl. *Raspé* (Fn. 1), S. 57 ff.; vgl. auch *G. Hager*, Das Tier in Ethik und Recht, Tübingen 2015, S. 82 f. mit einem Beispiel negativer Publizität.

3 Allein in der Schweiz werden jährlich 54 Mio. Tiere geschlachtet, vgl. NZZ vom 22.1.2016, S. 54 f.; zu den Zuständen in der Massentierhaltung am Beispiel der Tiertransporte vgl. die NZZ vom 20.2.2016, S. 30; zu den Zuständen in Schlachthöfen vgl. NZZ vom 31.3.2016, S. 24: Erneut Tierquälerei in Qualitäts-Schlachthof; vgl. auch umfassend *Caspar* (Fn. 1), S. 187 ff.; *Hager* (Fn. 2), S. 89 ff.; *Raspé* (Fn. 1), S. 20 ff.

4 Vgl. hierzu *A. Hirt/C. Maisack/J. Moritz*, Tierschutzgesetz, Kommentar, 3. Auflage, München 2016, § 17 Rn. 70; *E. von Loepel*, in: *H.-G. Kluge* (Hrsg.), Tierschutzgesetz, Kommentar, Stuttgart 2002, § 1 Rn. 57; *A. Peters*, Tier-Recht im Zeitalter des Menschen, in: *J. Renn/B. Scherer* (Hrsg.), Das Anthropon, Berlin 2015, S. 73; zur – soweit ersichtlich – ersten Anklageerhebung in Deutschland vgl. NZZ vom 16.2.2016, S. 22; vgl. auch – mit weiteren Beispielen – *U. Vogel-Etienne*, Der bundesstrafrechtliche Tierschutz, Zürich 1980, S. 25 ff.

5 Zunächst als Art. 25a aBV und jetzt als Art. 80 BV; vgl. *G. Bolliger/M. Richner/A. Rüttimann*, Schweizer Tierschutzstrafrecht in Theorie und Praxis, Zürich 2011, S. 34 ff.

6 Vgl. Art. 20a GG und dazu *C. Lööck*, Das Tierschutzstrafrecht nach Einführung der Staatszielbestimmung ‚Tierschutz‘ in das Grundgesetz (Art. 20a GG). Theorie und Praxis, Hamburg 2016, S. 47 ff.; *Raspé* (Fn. 1), S. 201 ff.

7 Vgl. Art. 11 Abs. 1 Ziff. 8 des Bundesverfassungsgesetzes (BGBl I Nr. 115/2013).

8 Vgl. § 90a BGB; § 285a ABGB; Art. 641a ZGB.

dies tatsächlich nicht so ist, wird erst dann deutlich, wenn man den Blick vom Kernstrafrecht auf das Nebenstrafrecht und hier insbesondere auf die Strafbestimmungen der nationalen Tierschutzgesetze richtet.<sup>9</sup>

Mit dem in einem kontinuierlichen Wandelungsprozess befindlichen Tierschutzrecht<sup>10</sup> werden nicht nur die Grenzen des Zulässigen im Umgang mit Tieren zunehmend enger gezogen, sondern auch die Anforderungen an die Qualifizierung eines Verhaltens als strafbare Tierquälerei abgesenkt: Während ursprünglich nur die arge Vernachlässigung eines Tieres den Straftatbestand der Tierquälerei erfüllen konnte, ist dies heute bereits dann anzunehmen, wenn die Missachtung von Haltungsvorschriften mit einem mehr als unerheblichen Leiden einhergeht.<sup>11</sup> Und während ursprünglich nur das grundlose Quälen von Tieren als strafrechtlich relevant eingestuft wurde – und auch dies oft nur dann, wenn es in der Öffentlichkeit bzw. in einer zum Ärgernis Anlass gebenden Weise stattfand<sup>12</sup> –, geht das moderne Tierschutzstrafrecht über den Bereich des zunächst anthropozentrisch und dann pathozentrisch legitimierten Verbots der Tierquälerei weit hinaus.<sup>13</sup> Während man einige Normen, wie z.B. das strafbewehrte Verbot des Aussetzens von Tieren (vgl. z.B. Art. 16 Abs. 1 lit. e TSchG/CH) noch als Beispiel dafür sehen kann, dass der als zulässig anerkannte Umgang mit Tieren zunehmend eingegrenzt und die Einhaltung dieser Grenzen auch mit den Mitteln des Strafrechts gewährleistet werden soll, hat insbesondere der Straftatbestand der Missachtung der Würde eines Tieres (Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG) eine potenzielle Sprengkraft,<sup>14</sup> die im Gesetzgebungs-

9 Vgl. hierzu unten B.

10 Zur Entwicklung des Tierschutzes vgl. den Überblick bei G. Erbel, Rechtsschutz für Tiere – Eine Bestandsaufnahme anlässlich der Novellierung des Tierschutzgesetzes, DVBl. 1986, 1235, 1240 ff.; speziell zur Entwicklung in Deutschland Caspar (Fn. 1), S. 258 ff.; Löck (Fn. 6), S. 37 ff.; A.G. Röckle, Probleme und Entwicklungstendenzen des strafrechtlichen Tierschutzes, Diss. Tübingen 1996, S. 4 ff.; K.D. Wiegand, Die Tierquälerei, Diss. Frankfurt am Main 1979, S. 27 ff.; A. Lorz/E. Metzger, Tierschutzgesetz, Kommentar, 6. Aufl., München 2008, Einführung Rn. 47 ff.; zur Entwicklung auf der europa- und völkerrechtlichen Ebene Lorz/Metzger, a.a.O., Einführung Rn. 72 ff., 78 ff.; zur Entwicklung in Österreich vgl. R. Binder, Das österreichische Tierschutzrecht, 3. Auflage, Wien 2014, S. 1 ff.; T. Philipp, in: Frank Höpfel/Eckart Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 123. Lieferung, April 2015, § 222 Rn. 2 ff.; zur Schweiz Bolliger/Richner/Rüttimann (Fn. 5), S. 32 ff., 97 ff.

11 Vgl. hierzu unten B.I.

12 Vgl. Lorz/Metzger (Fn. 10), Einführung Rn. 47, 114; Hirt/Maisack/Moritz (Fn. 4), Einführung Rn. 2; F. von Herbou, Sache, Mitgeschöpf, Rechtssubjekt? Das Tier im deutschen Recht – Geschichte, Gegenwart und Perspektiven, in: M. Michel/D. Kühne/J. Hänni (Hrsg.), Animal Law – Tier und Recht, Zürich 2012, S. 573.

13 Vgl. hierzu unten B.

14 Zur Tierwürde im Sinne des Art. 3 lit. a TSchG/CH vgl. S. Camenzind, Auf zu neuen Ufern: Rechtsphilosophische Überlegungen zur übermässigen Instrumentalisierung im schweizerischen Tierschutzgesetz, in: M. Michel et al. (Fn. 12), S. 184 ff.; M. Michel, Tierschutzgesetzgebung im Rechtsvergleich: Konzepte und Entwicklungstendenzen, in: M. Michel et al (Fn. 12), S. 611 f.

verfahren nicht wirklich erkannt worden ist<sup>15</sup> und die Frage aufwirft, ob und, wenn ja, in welchen Grenzen der Schutz der Interessen von Tieren den Einsatz strafrechtlichen Zwangs zu legitimieren vermag.

Nach einem in der deutschsprachigen Strafrechtswissenschaft<sup>16</sup> ganz vorherrschend vertretenen Standpunkt sollen strafrechtliche Normen dann – und nur dann – legitim sein, wenn sie dem Rechtsgüterschutz dienen.<sup>17</sup> Auf die für diesen Ansatz zentrale Frage, was eigentlich ein strafschutzwürdiges Rechtsgut ist, haben die Vertreter der Rechtsgutslehre allerdings trotz Jahrzehntelanger Bemühungen bis heute keine auch nur ansatzweise konsensfähige Antwort gefunden.<sup>18</sup> Als ein besonderes Problem hat sich in diesem Zusammenhang gerade das Tierschutzstrafrecht erwiesen. Claus Roxin, einer der namhaftesten Vertreter des Rechtsgutsdenkens, erkennt an, dass „der Tierschutz, vor allem die Strafbarkeit der Tierquälerei (§ 17 TierSchG)... dem Rechtsgutskonzept immer schon als ein nicht zu integrierender Fremdkörper vorgehalten und zu seiner Widerlegung benutzt worden“ sei.<sup>19</sup> Die Versuche, den Tierschutz in das System des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzes zu

- 15 Die Botschaft zur Revision des Tierschutzgesetzes beschränkt sich auf den Hinweis, der Würdebegriff umfasse „auch die bisherigen Schutzobjekte des Tierschutzrechts, nämlich die Abwesenheit von Schmerzen, Leiden, Schäden und Angst; die Würde greift aber weiter und schliesst neben diesen biologischen auch ethische Aspekte ein“ (BBl. 2002, S. 674). Und an anderer Stelle wird ausgeführt: „dass die Würde noch nicht so konkretisiert werden kann, dass heute schon angegeben werden könnte, welche menschlichen Aktivitäten als strafbare Würdeverletzung taxiert werden müssten“ (BBl. 2002, S. 681).
- 16 N. Androulakis, Abschied vom Rechtsgut – Einzug der Moralität?, in: F. Herzog/U. Neumann (Hrsg.), FS Hassemer, Heidelberg 2010, S. 274 weist darauf hin, dass dieses Konzept ausserhalb der deutschsprachigen Rechtsordnungen und der durch sie beeinflussten Rechtssysteme ohne jeden Widerhall und ohne Pendant geblieben ist; vgl. auch T. Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, Frankfurt am Main 2005, S. 19.
- 17 Vgl. W. Hassemer/U. Neumann, in: U. Kindhäuser et al. (Hrsg.), Nomos Kommentar StGB, Band 1, 4. Aufl., Baden-Baden 2013, Vor § 1 Rn. 108 ff.; H.-J. Rudolphi/C. Jäger, in: J. Wolter (Hrsg.), SK-StGB, 8. Aufl., Loseblattsammlung (144. Lfg., August 2014), Vor § 1 Rn. 1 ff.; C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl., München 2006, § 2 Rn. 1 ff.
- 18 Zu mangelnden kritischen Potenz der Rechtsgutstheorie vgl. K. Ameling, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1972, S. 208 ff.; ders., Der Begriff des Rechtsgutes in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz, in: R. Hefendehl/A. von Hirsch/W. Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden 2003, S. 160 f.; Androulakis, FS Hassemer (Fn. 16), S. 271 f.; I. Appel, Rechtsgüterschutz durch Strafrecht?, KritV 1999, 278, 282 ff.; ders., Verfassung und Strafe, Berlin 1998, S. 344 ff.; W. Frisch, Voraussetzungen und Grenzen staatlichen Strafens, NStZ 2016, 16, 22 f.; ders., Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens, in: R. Hefendehl/A. von Hirsch/W. Wohlers, Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden 2003, S. 216 ff.; Hörnle (Fn. 16), S. 14 ff.; G. Stratenwerth, Zum Begriff des „Rechtsgutes“, in: A. Eser et al. (Hrsg.), FS Lenckner, München 1998, S. 377 ff.; C.-F. Stuckenberg, Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre. Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat, GA 2011, 652, 656 f.; W. Wohlers, Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur, GA 2002, 15 ff.; ders., Verhaltensdelikte: Standard-, Ausnahme- oder Unfall der Strafrechtsdogmatik?, in: M. Böse/D. Sternberg-Lieben (Hrsg.), FS Ameling, Berlin 2009, S. 129 f.; ders., Die Güterschutzlehre Birnbaums und ihre Bedeutung für die übrige Rechtsgutstheorie, GA 2012, 600 f.
- 19 C. Roxin, Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, in: F. Herzog/U. Neumann (Hrsg.), FS Hassemer, Heidelberg 2010, S. 595 f.; ders., StrafR AT/I (Fn. 17), § 2 Rn. 56; vgl. aber auch H.-U. Paeffgen, Das „Rechtsgut“ – ein obsoletter Begriff?, in: M. Zöller et al. (Hrsg.), FS Wolter, Berlin 2013, S. 147 f., der „die Überzeugungskraft jenes Kronzeugen für eine jenseits der Sozialschädlichkeit angesiedelte Vertarbestandlichung“ als „nicht so sonderlich eindrucksvoll“ einstuft.

integrieren, reichen von dem Versuch, den Strafnormen der Tierschutzgesetze mehr oder weniger konstruiert wirkende Rechtsgüter zu unterlegen<sup>20</sup> bis hin zu Modellen, die eine partielle Überschreitung des überlieferten Rechtsgüterkonzeptes als notwendig und legitim anerkennen,<sup>21</sup> die damit dann aber nolens volens an dem Ast sägen, auf dem die Rechtsgutstheorie sitzt, wenn sie an dem Anspruch festhalten will, „dem Strafgesetzgeber ein plausibles und verwendungsfähiges Kriterium seiner Entscheidungen an die Hand zu geben und zugleich einen externen Prüfungsmassstab für die Gerechtigkeit dieser Entscheidungen zu ermitteln“.<sup>22</sup>

## B. Tierschutzstrafrecht de lege lata

Wenn vom Tierschutzstrafrecht die Rede ist, steht gemeinhin der Straftatbestand der Tierquälerei im Fokus. Das moderne Tierschutzrecht hat sich aber über seinen auf die Vermeidung von Leiden abzielenden pathozentrischen Kern hinaus entwickelt und stützt sich auch auf biozentrische Konzeptionen, wenn es darum geht, das Wohlbefinden von Tieren um deren selbst willen zu schützen und Tieren einen (eingeschränkten) Lebensschutz zu gewähren.<sup>23</sup> Des Weiteren darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass das Tierschutzrecht in Deutschland, in Österreich und in der Schweiz jeweils auch Übertretungs- bzw. Ordnungswidrigkeitentatbestände kennt, mit denen Zu widerhandlungen gegen die in den Tierschutzgesetzen und den diese ergänzenden Verordnungen als verbindlich definierten Anforderungen an den Umgang mit Tieren geahndet werden. Die vom Eidgenössischen Departement des Inneren (EDI) jährlich veröffentlichten Statistiken über die in der Schweiz gemeldeten Strafverfahren mit tierschutzrelevantem Verfahrensgegenstand<sup>24</sup> belegen einen kantonal unterschiedlichen, in der Gesamtheit aber kontinuierlichen Anstieg der Fallzahlen,<sup>25</sup> wobei aber zu konstatieren ist, dass die Fälle der Tierquälerei im Verhältnis zu den Zu widerhandlungen weniger als ein Viertel der Fälle ausmachen.<sup>26</sup> Zur Situation in Deutschland, wo vergleichbar detaillierte Erkenntnisse zur Rechtswirklichkeit des Tierschutzstrafrechts nicht vorhanden sind, lässt sich nur festhalten, dass die absolute Zahl der Sanktionierungen wegen Tierquälerei ebenfalls eher marginal ist.<sup>27</sup>

20 Vgl. *Appel*, Rechtsgüterschutz (Fn. 18), S. 283 sowie unten C.

21 So insbesondere *Roxin*, StrafR AT/I (Fn. 17), § 2 Rn. 55 f.; *ders.*, FS *Hassemer* Fn. 20), S. 596; vgl. auch *R. Bloy*, Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes, ZStW 100 (1988) 485, 491 f.; vgl. auch bereits *W. Gallas*, Beiträge zur Verbrechenslehre, Berlin 1968, S. 12 f.

22 *Hassemer/Neumann*, in: NK-StGB (Fn. 17), Vor § 1 Rn. 115.

23 Vgl. *Michel* (Fn. 14), S. 609 f., 618 f. sowie im Einzelnen unten C.I.

24 Die Berichte sind auffindbar unter: [www.blv.admin.ch/dokumentation/04506/04520/index.html?](http://www.blv.admin.ch/dokumentation/04506/04520/index.html?)

25 Die gemeldeten Strafverfahren betragen im Jahre 2010 1226 Fälle und im Jahre 2014 1679 Fälle; vgl. auch *Bolliger/Richner/Rüttimann* (Fn. 5), S. 252 ff.

26 Vgl. auch *Bolliger/Richner/Rüttimann* (Fn. 5), S. 287 ff.

27 Zur aktuellen Situation vgl. *Ort/Reckewell*, in: *Kluge* (Fn. 4), § 17 Rn. 5; *Lorz/Metzger* (Fn. 10), § 17 Rn. 51; *Lööck* (Fn. 6), S. 147 ff.; zu weiter zurückliegenden Zeiträumen vgl. *R. Morié*, Das Vergehen der Tierquälerei, Göttingen 1984, S. 93 ff.; *Wiegand* (Fn. 10), S. 57 ff.

## I. Die Tierquälerei als klassischer Kernbereich des Tierschutzstrafrechts

### 1. Die Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Tierquälerei-Strafnormen

Sowohl im deutschen als auch im schweizerischen Recht wird derjenige mit Strafe bedroht, der einem Tier vorsätzlich die Bagatellgrenze überschreitende und deshalb als erheblich einzustufende<sup>28</sup> Schmerzen<sup>29</sup> oder Leiden<sup>30</sup> zufügt (Art. 26 Abs. 1 lit. d TSchG/CH; § 17 dTierSchG),<sup>31</sup> wobei die Schwelle des Erheblichen zunehmend gesenkt und damit Verhaltensweisen als Tierquälerei qualifiziert werden, die noch vor einigen Jahren als ein zulässiger Umgang mit Tieren angesehen wurden.<sup>32</sup>

Im österreichischen Recht wird wegen Tierquälerei bestraft, wer vorsätzlich ein Tier roh misshandelt, was intensive, mit starken Schmerzen verbundene Einwirkungen auf den Körper des Tiers zur Voraussetzung haben soll,<sup>33</sup> mit Strafe bedroht wird auch, wer einem Tier unnötige Qualen zufügt (§ 222 Abs. 1 Nr. 1 öStGB),<sup>34</sup> wobei die Variante, dass der Täter ein Tier „mit dem Vorsatz, dass ein Tier Qualen erleide, auf ein anderes Tier hetzt“ (§ 222 Abs. 1 Nr. 3 öStGB) ebenso eine spezielle Regelung erfahren hat wie der weitere Fall, dass der Täter – vorsätzlich oder fahrlässig handelnd – Tiere bei deren Beförderung „einem qualvollen Zustand aussetzt“ (§ 222 Abs. 2 öStGB), wobei hier „[b]losse Unbequemlichkeiten während eines Transports“ nicht erfasst sein sollen.<sup>35</sup>

28 BGH NJW 1987, 1833, 1834 f. mit Anm. *Lorz* NStZ 1987, 511 f. sowie von *Loeber* NStZ 1987, 512 f.; OLG Düsseldorf NStZ 1994, 43, 44; *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 4), § 17 Rn. 88, § 18 Rn. 13; *Ort/Reckewell*, in: *Kluge* (Fn. 4), § 17 Rn. 80 ff.; *Lööck* (Fn. 6), S. 77 ff.; anders noch BGE 86 IV 25, 26 f.: Erforderlich sei das Zufügen erheblicher Schmerzen oder Leiden.

29 Vgl. *Lorz/Metzger* (Fn. 10), § 1 Rn. 20 ff.; von *Loeber*, in: *Kluge* (Fn. 4), § 1 Rn. 21; *Ort/Reckewell*, in: *Kluge* (Fn. 4), § 17 Rn. 40 ff.; *Bolliger/Richner/Rüttimann* (Fn. 5), S. 69 ff.; *Lööck* (Fn. 6), S. 77 ff.

30 Zum Begriff vgl. *Lorz/Metzger* (Fn. 10), § 1 Rn. 33 ff.; von *Loeber*, in: *Kluge* (Fn. 4), § 1 Rn. 23 ff.; *Ort/Reckewell*, in: *Kluge* (Fn. 4), § 17 Rn. 54 ff.; *Lööck* (Fn. 6), S. 79 ff.; *Bolliger/Richner/Rüttimann* (Fn. 5), S. 73 ff.

31 Zu den für die Feststellung von Schmerzen und Leiden relevanten Indizien vgl. umfassend *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 4), § 17 Rn. 90 ff., 96 ff., 105 ff., 129 ff.; *Lorz/Metzger* (Fn. 4), § 1 Rn. 28 ff., 44 ff.; von *Loeber*, in: *Kluge* (Fn. 4), § 1 Rn. 32 ff.; *Ort/Reckewell*, in: *Kluge* (Fn. 4), § 17 Rn. 61 ff.

32 Besonders deutlich zeigt sich dies beim Umgang mit Fischen, vgl. AG Hamm NStZ 1988, 466; LG Mainz MDR 1988, 90; AG Düsseldorf NStZ 1991, 192 mit Anm. *Drossé*; OLG Celle NStZ 1993, 291 mit Bespr. *Dietlein* NStZ 1994, 21; weitere Beispiele sind das Hochbinden und Massieren kuripter Ohren bei Hundewelpen (vgl. BayObLG NJW 1993, 2760) sowie die Verwendung von Stachhalsbändern im Rahmen der Erziehung von Hunden (vgl. OLG Hamm NStZ 1985, 275).

33 Vgl. C. *Bertel/K. Schwaighofer*, Österreichisches Strafrecht, Besonderer Teil II, 11. Aufl., Wien 2015, § 222 Rn. 3; *Philipps*, in: *WK* (Fn. 10), § 222 Rn. 29 ff.

34 Vgl. E. *Fabrizy*, Strafgesetzbuch, 11. Aufl., Wien 2013, § 222 Rn. 3 ff.; *Bertel/Schwaighofer* (Fn. 33), § 222 Rn. 3 ff.; *Philipps*, in: *WK* (Fn. 10), § 222 Rn. 39 ff.

35 *Fabrizy* (Fn. 34), § 222 Rn. 6; vgl. auch *Philipps*, in: *WK* (Fn. 10), § 222 Rn. 75.

Im schweizerischen Recht werden unter die Variante der Misshandlung von Tieren auch das Zufügen von Schäden<sup>36</sup> sowie das Hervorrufen von Ängsten<sup>37</sup> subsumiert (vgl. Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG/CH). Im deutschen Recht können diese Fälle nur als Ordnungswidrigkeiten erfasst werden.<sup>38</sup> Als Tierquälerei wird im schweizerischen Recht schliesslich auch noch die Vernachlässigung erfasst (Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG/CH), die in der Nichterfüllung der Art. 6 TSchG/CH kodifizierten Obhutspflichten liegt,<sup>39</sup> wobei hier umstritten ist ob zusätzlich noch eine Belastung im Sinne von Schmerzen, Leiden usw. hervorgerufen werden muss, damit der Fall als Tierquälerei eingestuft werden kann.<sup>40</sup> Als besondere Formen der Tierquälerei werden im schweizerischen Recht die Veranstaltung von Tierkämpfen erfasst, bei denen Tiere gequält oder getötet werden (Art. 26 Abs. 1 lit. c TSchG/CH),<sup>41</sup> sowie die unnötige Überanstrengung (Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG/CH)<sup>42</sup> und das qualvolle<sup>43</sup> oder mutwillige<sup>44</sup> Töten eines Tieres (Art. 26 lit. b TSchG/CH).<sup>45</sup>

Die Tötung eines Tieres als solche ist im schweizerischen Recht nicht unter Strafe gestellt,<sup>46</sup> während im deutschen und im österreichischen Recht jedenfalls mutwillige Tötungen<sup>47</sup> bzw. Tötungen ohne vernünftigen Grund als solche geahndet werden (vgl. § 222 Abs. 3 öStGB; § 38 Ziff. 2 i.V.m. § 6 öTSchG; § 17 Ziff. 1 dTierSchG).<sup>48</sup> Nach § 5 Abs. 1 i.V.m. § 38 öTSchG wird nicht nur die Zufügung ungerechtfertigter Schmerzen und Leiden sowie das Bewirken von Angst erfasst, sondern auch das Zufügen von Schäden, also die Verschlechterung des körperlichen oder psychischen Zustands eines geschützten Tieres.<sup>49</sup> Die Generalklausel in § 5 Abs. 1 öTSchG<sup>50</sup> wird in § 5 Abs. 2 öTSchG durch eine exemplifizierende Auf-

36 Verstanden als bleibende Beeinträchtigungen der Unverschriftheit, vgl. *G. Bolliger/A. Spring/A. Rüttimann, Enthorben von Rindern unter dem Aspekt des Schutzes der Tierwürde*, Zürich 2011, S. 64; *Bolliger/Richner/Rüttimann* (Fn. 5), S. 76 f.

37 Verstanden als Verminderungen des psychischen Wohlbefindens, vgl. *Bolliger/Richner/Rüttimann* (Fn. 5), S. 77 ff.

38 Vgl. *Lorz/Metzger* (Fn. 10), § 17 Rn. 29.

39 Vgl. *Bolliger/Richner/Rüttimann* (Fn. 5), S. 113 ff.

40 So BGer vom 14.3.2013, 6B\_635/2012, E. 3.2.1 f.; a.A. *Bolliger/Richner/Rüttimann* (Fn. 5), S. 114 ff.

41 *Bolliger/Richner/Rüttimann* (Fn. 5), S. 146 ff.

42 Vgl. *Bolliger/Richner/Rüttimann* (Fn. 5), S. 120 ff.

43 *Bolliger/Richner/Rüttimann* (Fn. 5), S. 139 ff.

44 *Bolliger/Richner/Rüttimann* (Fn. 5), S. 144 ff.

45 Vgl. *Michel* (Fn. 14), S. 612 f.

46 Kritisch hierzu *Bolliger/Richner/Rüttimann* (Fn. 5), S. 58 ff.

47 Verstanden als Tötung aus reiner Lust am Töten, vgl. *Bertel/Schwaighofer* (Fn. 33), § 222 Rn. 7; vgl. auch *Fabrizy* (Fn. 34), § 222 Rn. 7 sowie *Philipp*, in: *WK* (Fn. 10), § 222 Rn. 78.

48 Zur Rechtfertigung der Tötung vgl. umfassend – bezogen auf das deutsche Recht – *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 4), § 17 Rn. 5 ff. sowie – zum österreichischen Recht – *Binder* (Fn. 10), S. 72 ff.

49 *Binder* (Fn. 10), S. 47.

50 „Es ist verboten, einem Tier ungerechtfertigt Schmerzen, Leiden oder Schäden zuzufügen oder es in schwere Angst zu versetzen.“

zählung von Fallgestaltungen ergänzt, die unter anderem die Überanstrengung (Abs. 2 Nr. 9)<sup>51</sup> und die Vernachlässigung von Tieren (Abs. 2 Nr. 13) erfasst.

Das österreichische Recht erfasst explizit die Fallgestaltung, dass ein Tier am Leben gelassen wird, bei dem das Weiterleben mit nicht behebbaren Qualen verbunden ist (§ 38 Ziff. 4 i.V.m. § 8 öTSchG). Im deutschen und schweizerischen Recht können diese Fallgestaltungen als Unterlassen strafbar sein, setzen dann aber voraus, dass der potenzielle Täter eine Garantenstellung innehat, d.h. rechtlich verpflichtet ist, das Tier vor Qualen zu schützen, was insbesondere beim Halter und Betreuer eines Tieres anzunehmen ist aber auch bei einem Kraftfahrer bejaht werden kann, wenn dieser das Tier pflichtwidrig verletzt hat.<sup>52</sup>

Die Strafbarkeit wegen Tierquälerei steht unter dem generellen Vorbehalt, dass der Täter für sein Verhalten keinen vernünftigen Grund geltend machen kann,<sup>53</sup> wobei hier die Anforderungen an den vernünftigen Grund tendenziell steigen<sup>54</sup> und heute etwa das Ziel, das Aussehen eines Tieres Modetrends anzupassen, nicht mehr als vernünftiger Grund anerkannt wird.<sup>55</sup>

## 2. Die Rechtsfolgenseite

Im deutschen und im schweizerischen Recht werden bei vorsätzlicher Tierquälerei eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe angedroht (vgl. § 17 Ziff. 2 dTierSchG; Art. 26 lit. a, c<sup>56</sup> und d TSchG/CH), wobei in der Rechtswirklichkeit die Verhängung von Freiheitsstrafen sowohl in der Schweiz als auch in Deutschland nur in Einzelfällen vorkommt.<sup>57</sup> Handelt der Täter nicht vorsätzlich, sondern fahrlässig, ist die Strafe nach schweizerischem Recht Geldstrafe bis zu 180 Tagesstrafen (Art. 26 Abs. 2 TSchG/CH), während im deutschen Recht die Tat zur Ord-

51 Diese spielt insbesondere bei Arbeits- und Sporttieren eine Rolle, vgl. *Binder* (Fn. 10), S. 60 f.

52 Vgl. *Ort/Reckewell*, in: *Kluge* (Fn. 4), § 17 Rn. 109; *Bolliger/Richner/Rüttimann* (Fn. 5), S. 109; zur Garantenstellung im Hinblick auf Tiere vgl. *Hort/Maisack/Moritz* (Fn. 4), § 17 Rn. 93 ff.; *Ort/Reckewell*, in: *Kluge* (Fn. 4), § 17 Rn. 101 ff.; *Philipp*, in: *WK* (Fn. 10), § 222 Rn. 20; *Bolliger/Richner/Rüttimann* (Fn. 5), S. 108 f.

53 Strafrechtsdogmatisch gesehen handelt es sich nach h.M. um einen Rechtfertigungsgrund, vgl. *Casper* (Fn. 1), S. 358; *Lööck* (Fn. 6), S. 102 f.; *Lorz/Metzger* (Fn. 10), § 17 Rn. 7; *von Loepel*, in: *Kluge* (Fn. 4), § 1 Rn. 46; *Ort/Reckewell*, in: *Kluge* (Fn. 4), § 17 Rn. 29; zur ergänzenden Anwendbarkeit der allgemeinen Rechtfertigungsgründe vgl. *Lorz/Metzger* (Fn. 10), § 17 Rn. 11 ff.; *Ort/Reckewell*, in: *Kluge* (Fn. 4), § 17 Rn. 138 ff.; *Lööck* (Fn. 6), S. 87 ff. sowie – für die Schweiz – *Bolliger/Richner/Rüttimann* (Fn. 5), S. 208 ff.; zur inhaltlichen Ausfüllung des Begriffs des vernünftigen Grundes vgl. *Lorz/Metzger* (Fn. 10), § 1 Rn. 62 ff.; *Hager* (Fn. 2), S. 60 ff.; *Lööck* (Fn. 6), S. 93; *Raspé* (Fn. 1), S. 241 ff.; zur Rechtslage in der Schweiz vgl. *Bolliger/Richner/Rüttimann* (Fn. 5), S. 49 ff., 80 ff., 205 ff.

54 Vgl. allgemein *J. Dietlein*, Angelfischerei zwischen Tierquälerei und sozialer Adäquanz, *NStZ* 1994, 21 sowie *Hager* (Fn. 2), S. 71 ff. (zur Jagd) und S. 97 ff. (zur industriellen Massentierhaltung).

55 Vgl. *BayObLG NJW* 1993, 2760.

56 Ein Beispiel ist die sog. Baujagd mit Hunden auf Füchse, vgl. *G. Bolliger/A. Rüttimann/V. Gerritsen*, Baujagd unter dem Aspekt des Tierschutz- und Jagderechts, Zürich 2012, S. 44 ff.

57 In der Schweiz sind dies in den Jahren 2010 bis 2014 nie mehr als sechs Fälle pro Jahr gewesen (vgl. die Nachweise oben Fn. 25); zur Situation in Deutschland vgl. *Ort/Reckewell*, in: *Kluge* (Fn. 4), § 17 Rn. 6 f.; *Lööck* (Fn. 6), S. 151 ff.

nungswidrigkeit wird (vgl. § 18 Abs. 1 Nr. 1 dTierSchG)<sup>58</sup> und als tauglichen Täter auch nur noch derjenige erfasst wird, der ein Wirbeltier „hält, betreut oder zu betreuen hat.<sup>59</sup>

Im österreichischen Recht werden für die über § 222 öStGB erfassten Tierquälereien Freiheitsstrafen bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen angedroht. Soweit die in § 222 öStGB normierten Merkmale nicht erfüllt sind, stellt die Tierquälerei eine Verwaltungsübertretung dar, die mit einer Geldstrafe bis zu 7500 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 15000 Euro zu ahnden ist (vgl. § 38 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. § 5 öTSchG). Werden dem Tier erhebliche oder längere Zeit andauernde Schmerzen, Leiden oder Schäden zugefügt, liegt eine schwere Tierquälerei im Sinne des § 38 Abs. 2 öTSchG vor, die mit einer Mindeststrafe von 2000 Euro zu ahnden ist.<sup>60</sup>

## II. Neuere Tierschutzstrafnormen mit bioethischem Hintergrund

Im österreichischen Recht werden Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit geahndet, wenn und soweit diese nicht therapeutischen oder diagnostischen Zielen oder der fachgerechten Kennzeichnung dienen (§ 38 Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. § 7 öTSchG). Hierunter fallen unter anderem die in § 7 Abs. 2 öTSchG exemplarisch genannten Fälle, wie das Kupieren von Schwanz oder Ohren sowie das Entfernen von Krallen, Fälle, die in der Schweiz über Art. 28 Abs. 1 lit. e TSchG/CH geahndet werden.<sup>61</sup> Im schweizerischen Recht treten neben die klassischen Fälle der Tierquälerei auch noch das Aussetzen oder Zurücklassen eines Haustiers in der Absicht, sich seiner zu entledigen (Art. 26 lit. d TSchG/CH)<sup>62</sup> sowie seit der letzten, im Jahre 2008 abgeschlossenen Reform des Tierschutzrechts auch die Missachtung der Würde des Tieres (Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG/CH).

Die Würdemissachtung erfasst die Missachtung des Eigenwertes des Tieres, die gegeben ist, „wenn eine Belastung des Tieres nicht durch überwiegende Interessen gerechtifert werden kann“.<sup>63</sup> Eine Belastung soll dann vorliegen, wenn dem Tier insbesondere Schmerzen, Leiden oder Schäden zugefügt werden, es in Angst versetzt oder erniedrigt,<sup>64</sup> wenn tiefgreifend in sein Erscheinungsbild<sup>65</sup> oder seine Fä-

58 Hirt/Maisack/Moritz (Fn. 4), § 17 Rn. 1, § 18 Rn. 16; zur Fahrlässigkeit vgl. Hirt/Maisack/Moritz (Fn. 4), § 18 Rn. 15.

59 Vgl. Hirt/Maisack/Moritz (Fn. 4), § 18 Rn. 12.

60 Binder (Fn. 10), S. 174.

61 Vgl. Bolliger/Richner/Rüttimann (Fn. 5), S. 177 ff.

62 Bolliger/Richner/Rüttimann (Fn. 5), S. 154 ff.

63 Bolliger/Spring/Rüttimann (Fn. 36), S. 46.

64 Hier ist vor allem die Behandlung eines Tieres als Maschine erfasst, vgl. Bolliger/Spring/Rüttimann (Fn. 36), S. 50.

65 Hier sind Qualzüchtungen erfasst sowie auch das Amputieren von Körperteilen sowie das Kastrieren, vgl. Bolliger/Spring/Rüttimann (Fn. 36), S. 50.

higkeiten eingegriffen oder es übermäßig instrumentalisiert<sup>66</sup> wird (vgl. Art. 3 TSchG/CH), was der Fall sein soll, wenn Tiere „nur gehalten oder gezüchtet werden, um dem Menschen als Objekt zur Ausführung seines Freizeitvergnügens zur Verfügung zu stehen“ oder sie im Rahmen von Tiersuchen „lediglich als biomedizinische Messinstrumente dienen“.<sup>67</sup> Eine Würdemissachtung soll schliesslich auch vorliegen, wenn Tiere „nicht als das angesehen werden, was sie sind“, was nicht nur Verdinglichungen, sondern auch „das Lächerlichmachen oder Vermenschlichungen von Tieren, ihre Zurschaustellung in Verkleidungen, das Einfärben ihres Fells oder Gefieders oder das Antrainieren widernatürlicher Kunststücke“ erfassen soll.<sup>68</sup> Eine strafrechtlich relevante Würdeverletzung ist aber erst dann gegeben, wenn die Tangierung der Tierwürde nicht durch überwiegende Interessen gerechtfertigt werden kann,<sup>69</sup> wobei der Gesetzgeber in Art. 4 Abs. 3 TSchG/CH eine Ermächtigung zum Erlass konkretisierender Verordnungen geschaffen hat.<sup>70</sup>

### III. Zu widerhandlungen gegen tierschutzrelevante Verhaltensnormen

In allen drei Rechtsordnungen finden sich Übertretungs- oder Ordnungswidrigkeitatbestände, mit denen Zu widerhandlungen gegen Normen des Tierschutzes geahndet werden, wie z.B. Vorschriften zur Haltung, zur Zucht, zu Tiersuchen, zum Transport, zur Schlachtung von Tieren und zu Einschränkungen und Verboten des Handels (vgl. im Einzelnen § 18 dTierSchG;<sup>71</sup> § 38 Abs. 3 öTSchG; Art. 27 f. TSchG/CH).<sup>72</sup> Im österreichischen Recht wird explizit auch die Unterlassung der Hilfeleistungspflicht erfasst (§ 38 Abs. 3 i.V.m. § 9 öTSchG), die nach deutschem Recht allenfalls über § 323c dStGB erfasst werden kann.<sup>73</sup>

Für das Verhältnis der Übertretungs- bzw. Ordnungswidrigkeitatbestände zum Tatbestand der Tierquälerei gilt, dass die Übertretungstatbestände dann zur Anwendung kommen, wenn die besonderen Voraussetzungen für die Annahme einer Tierquälerei nicht gegeben – bzw. nicht nachzuweisen – sind. So sind im deutschen Recht Fälle, bei denen die besonderen Merkmale der Tierquälerei im Sinne des § 17 dTierSchG nicht vorliegen, als Ordnungswidrigkeiten nach § 18 dTierSchG

66 Vgl. *Bolliger/Spring/Rüttimann* (Fn. 36), S. 51. Als weiteres Beispiel wird die Verwendung von Füchsen im Rahmen der Ausbildung von Bodenhunden, die in der Baujagd auf Füchse eingesetzt werden sollen, genannt, vgl. *Bolliger/Rüttimann/Gerritsen* (Fn. 56), S. 43 f.

67 *Bolliger/Spring/Rüttimann* (Fn. 36), S. 46.

68 *Bolliger/Richner/Rüttimann* (Fn. 5), S. 47, 125; vgl. auch *Bolliger/Spring/Rüttimann* (Fn. 36), S. 51.

69 Vgl. *Bolliger/Richner/Rüttimann* (Fn. 5), S. 49 f., 80 ff., 125 f.; *Bolliger/Spring/Rüttimann* (Fn. 36), S. 51 f.

70 Zur TSchV vgl. *Bolliger/Richner/Rüttimann* (Fn. 5), S. 126 ff.; zum Fall des Enthornens von Rindern vgl. *Bolliger/Spring/Rüttimann* (Fn. 36), S. 54 ff.

71 *Lorz/Metzger* (Fn. 10), § 18 Rn. 11 ff.; *Ort/Reckewell*, in: *Kluge* (Fn. 4), § 18 Rn. 21 ff.

72 *Bolliger/Richner/Rüttimann* (Fn. 5), S. 157 ff.

73 *Lorz/Metzger* (Fn. 10), Einl. Rn. 118; *Lööck* (Fn. 6), S. 113 ff.; ablehnend *Raspé* (Fn. 1), S. 187.

einzustufen.<sup>74</sup> Und bezogen auf das schweizerische Recht ist die blosse Michachtung von Tierschutznormen über Art. 28 TSchG/CH zu ahnden,<sup>75</sup> während Art. 26 TSchG/CH anwendbar ist – und dann Art. 28 TSchG/CH verdrängt –, wenn die Missachtung von Tierschutznormen zu Schmerzen, Leiden, Schäden oder Ängsten beim betroffenen Tier geführt hat.<sup>76</sup>

## C. Tierschutzstrafrecht und Rechtsgutstheorie: zwei Welten prallen aufeinander

### I. Die Ratio legis der Strafnormen des Tierschutzstrafrechts

Die in der deutschsprachigen Strafrechtswissenschaft geforderte Legitimation von Strafrechtsnorm über das Dogma des Rechtsgüterschutzes<sup>77</sup> wird in der tierschutz(straf)rechtlichen Literatur unhinterfragt übernommen, wo es beispielsweise bei Bolliger/Richner/Rüttimann heisst: „Ihrem Wesen nach ist eine Straftat Rechtsgutsbeeinträchtigung und Pflichtverletzung. Folglich muss strafrechtlichen Tatbeständen immer ein Rechtsgut zugrunde liegen“.<sup>78</sup> In den einschlägigen Erläuterungswerken zum deutschen Tierschutzgesetz wird verbreitet der Standpunkt vertreten, das geschützte Rechtsgut des Tierschutzgesetzes sei die sittliche Ordnung in den Beziehungen zwischen Mensch und Tier als soziales Anliegen,<sup>79</sup> mit den Tatbeständen des Tierschutzgesetzes werde „Leben und Wohlbefinden der Tiere als Schutzgüter des Rechts anerkannt“.<sup>80</sup> Als geschützte Rechtsgüter werden außerdem genannt: die körperliche Unversehrtheit des Tieres,<sup>81</sup> der Schutz des Tiere da-

74 Lorz/Metzger (Fn. 10), § 17 Rn. 29, 53, § 18 Rn. 2; Ort/Reckewell, in: Kluge (Fn. 4), § 17 Rn. 28; Lööck (Fn. 6), S. 132 f.

75 BGer vom 14.3.2013, 6B\_635/2012, E. 3.2.2; a.A. wohl noch BGer vom 8.2.2011, 6B\_660/2010, E. 1.2.1; vgl. auch A. Rüttimann, Der Tierquälereitbestand der Vernachlässigung, in: Jusletter 8. Juli 2013, Rz. 19 ff.; Art. 28 TSchG sei nur auf Bagatelfälle der Zuwiderhandlung gegen Tierschutzvorschriften anzuwenden.

76 BGer vom 30.1.2012, 6B\_653/2011, E. 3.3; BGer vom 14.3.2013, 6B\_635/2012, E. 3.2.1 f.

77 Besonders pointiert W. Hassemer, Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?, in: R. Hefendehl/A. von Hirsch/W. Wohlers, Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden 2003, S. 64; ders., Strafrechtlicher Rechtsgüterschutz unter der Verfassung, in: A. Karras et al. (Hrsg.), FS Androulakis, S. 223: „Das Verbot eines Verhaltens, dass sich auf ein Rechtsgut nicht berufen kann, wäre Staatsterror“; vgl. auch D. Sternberg-Lieben, Die Sinnhaftigkeit eines gesetzegebungskritischen Rechtsgutbegriffs, in: C.-F. Stückenberg/K. Gärditz (Hrsg.), FS Paeffgen, Berlin 2015, S. 31; Strafvorschriften, die kein Rechtsgut schützen, seien „illegitim“.

78 Bolliger/Richner/Rüttimann (Fn. 5), S. 101, vgl. auch Lööck (Fn. 6), S. 71; Röckle (Fn. 10), S. 91.

79 OLG Hamm Natur und Recht 1985, 200; Lorz/Metzger (Fn. 10), Einführung Rn. 62; Ort/Reckewell, in: Kluge (Fn. 4), § 17 Rn. 14a; Hirt/Maisack/Moritz (Fn. 4), Einführung Rn. 25 sowie § 1 Rn. 3; A. Lorz, Das Strafrecht und die Tiere, in: K. Geppert/D. Dehnicke (Hrsg.), GS K. Meyer, Berlin 1990, S. 581; abl. Lööck (Fn. 6), S. 72; zum diffusen Meinungsstand zum Rechtsgut des ursprünglichen schweizerischen Straftatbestands der Tierquälerei (Art. 264 StGB a.F.) vgl. Vogel-Etienne (Fn. 4), S. 174 f.

80 Lorz/Metzger (Fn. 10), Vor § 17 Rn. 3; Hirt/Maisack/Moritz (Fn. 4), Einführung Rn. 25 sowie § 1 Rn. 3; vgl. auch – für Österreich – Binder (Fn. 10), S. 15 sowie – für die Schweiz – Bolliger/Richner/Rüttimann (Fn. 5), S. 102.

81 Hirt/Maisack/Moritz (Fn. 4), Einführung Rn. 25; E. Haftner, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, Zweite Hälfte, 1943, S. 474 f.; P. Logoz, Commentaire du Code Pénal suisse, Partie Spéciale II, Neuchatel 1956, S. 579; Raspé (Fn. 1), S. 184 ff.

vor, Schmerzen oder Leiden bewusst zu erleben,<sup>82</sup> und das Wohlergehen des Tieres,<sup>83</sup> wobei stets betont wird, dass das Tier nicht im Interesse des Menschen geschützt werde, sondern um seiner selbst willen.<sup>84</sup> Claus Roxin sieht das geschützte Rechtsgut im Schmerzempfinden der Tiere, „dem sich die Rechtsordnung aus einer Art von kreatürlicher Solidarität annimmt“.<sup>85</sup>

Dass mit Aufgabe der anthropozentrischen Ausrichtung des Rechtsgutsdenkens eine zentrale Basisannahme der heute in der deutschen Strafrechtswissenschaft ganz verbreitet vertretenen Rechtsgutstheorie(n) in Frage gestellt wird, scheint den Autoren der Erläuterungswerke zum Tierschutzgesetzen nicht einmal bewusst zu sein. Tatsächlich begnügen sie sich damit, die vom Gesetzgeber mehr oder weniger explizit gemachten Zielsetzungen zu paraphrasieren. Es handelt sich damit um eine Form der sogenannten methodologischen bzw. systemimmanenten Rechtsgutslehre(n), nach denen – in der klassischen Formulierung durch Karl Binding – alles das zum Rechtsgut wird, „was in den Augen des Gesetzgebers als Bedingung gesunden Lebens der Rechtsgemeinschaft für diese von Wert ist, an dessen unveränderter und ungestörter Erhaltung sie nach seiner Ansicht ein Interesse hat und das er deshalb durch seine Normen vor unerwünschter Verletzung oder Gefährdung zu sichern bestrebt ist“.<sup>86</sup> Dass ein derartiger gesetzespositivistischer Ansatz möglicherweise bei der Auslegung und Anwendung existenter Strafnormen hilfreich sein kann,<sup>87</sup> gleichzeitig aber über keinerlei Potenzial verfügt, dem Gesetzgeber Gren-

82 Botschaft zum (schweizerischen) Tierschutzgesetz, BBl. 1977 I 1085; vgl. auch R. *Merkel*, Strafrecht und Satire im Werk von Karl Krauss, Frankfurt am Main 1998, S. 306; *Vogel-Etienne* (Fn. 4), S. 151 ff.; *Raspé* (Fn. 1), S. 175 ff.; C. *Roxin*, Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand, GA 2013, 433, 447.

83 *Philipp*, in: WK (Fn. 10), § 222 Rn. 5, 8.

84 Lööck (Fn. 6), S. 73; Lorz/Metzger (Fn. 10), Einführung Rn. 61; *Merkel* (Fn. 82), S. 310; *Roxin* (Fn. 82), S. 447; G. *Stratenwerth*, Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?, ZStW 105 (1993), 679, 694; *Vogel-Etienne* (Fn. 4), S. 143 ff.; H. *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin 1969, S. 452; vgl. auch – für Österreich – *Binder* (Fn. 10), S. 1, 16, *Philipp*, in: WK (Fn. 10), § 222 Rn. 5 sowie – für die Schweiz – *Bolliger/Richner/Rüttimann* (Fn. 5), S. 102 sowie die Botschaft über ein Tierschutzgesetz vom 9. Februar 1977, BBl. 1977, S. 1085; zu den Grundlagen des pathozentrischen Tierschutzes vgl. D. *Birnbacher*, Sind wir für die Natur verantwortlich?, in: D. *Birnbacher* (Hrsg.), Ökologie und Ethik, Stuttgart 1986, S. 118 ff.; *Caspar* (Fn. 1), S. 110 ff.; *Wolf* (Fn. 1), S. 43 ff.; ablehnend zum ethischen Tierschutz als Strafrechtskonzept: T. *Gerdes*, Tierschutz und freiheitliches Rechtsprinzip, Frankfurt a.M. 2007, S. 178 ff.

85 C. *Roxin*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, 377, 383 Fn. 20.

86 K. *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band I, 4. Aufl., Leipzig 1922, S. 353 f.; vgl. auch *Vogel-Etienne* (Fn. 4), S. 157 f., 162: Rechtsgut sei alles, was vom Gesetzgeber als solches anerkannt wird; zur Rechtsgutlehre Binders vgl. *Ameling*, Rechtsgüterschutz (Fn. 18), S. 73 ff.; W. *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, Frankfurt am Main 1973, S. 42 ff.; S. *Swoboda*, Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen, ZStW 122 (2010), 24, 29 f.

87 Diese Funktion wird allgemein anerkannt, vgl. nur *Androulakis* (Fn. 16), S. 271; *Hassemer* (Fn. 86), S. 57 ff.; H.-H. *Jescheck/T. Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996, S. 259; H. *Kudlich*, Die Relevanz der Rechtsguttheorie im modernen Verfassungsstaat, ZStW 127 (2015), 635, 638 f.; auch insoweit skeptisch: W. *Wohlers*, Criminal Liability for Offensive Behaviour in Public Spaces, in: A. Simester/A. du Bois-Pedain/U. Neumann (Hrsg.), Liberal Criminal Theory, Essay for Andreas von Hirsch, Oxford 2014, S. 254 f.

zen zu setzen, ist allgemein anerkannt.<sup>88</sup> Wie bereits eingangs erwähnt, ist aber genau dies das Ziel der sich selbst als systemkritisch definierenden Rechtsgutstheorie(n).

## II. Der Mythos des systemkritischen Potenzials der Rechtsgutstheorie

Das systemkritische Potenzial der Rechtsgutstheorie(n) steht und fällt damit, dass es gelingt, den Kreis legitimer Rechtsgüter überzeugend zu bestimmen. Wie bereits eingangs erwähnt, muss die Frage, was eigentlich ein strafschutzwürdiges Rechtsgut ist, aber als weitgehend ungeklärt bezeichnet werden.<sup>89</sup> Einigkeit besteht nur darin, dass das Rechtsgut nicht mit dem Interesse gleichgesetzt werden kann, das den Gesetzgeber veranlasst hat, eine Strafnorm zu schaffen bzw. dies zu erwägen; das Rechtsgut ist also das „Etwas“, auf das sich dieses Interesse bezieht. Darüber, was nun als strafschutzwürdiges „Etwas“ anzuerkennen ist und was nicht, besteht aber auch innerhalb des Kreises der Vertreter systemkritischer Rechtsgutstheorie(n) weder Einigkeit noch Klarheit.<sup>90</sup>

Als weitgehend unproblematisch gelten die klassischen Individualrechtsgüter, ohne die – wie das Leben, die körperliche Unversehrtheit und die persönliche Freiheit – ein selbstbestimmtes Leben nicht geführt werden kann. Eine Beschränkung auf klassische Individualrechtsgüter muss aber schon daran scheitern, dass die individuelle Freiheit ein weitgehend leeres Versprechen bleibt, wenn nicht gleichzeitig auch die Bedingungen gewährleistet werden, personale Freiheit tatsächlich aktiv auszuüben.<sup>91</sup> Da an diesen Basisbedingungen kein individuelles, sondern ein kollektives – man kann auch sagen: ein gesamthändlerisches – Interesse besteht,<sup>92</sup> muss auch eine sich selbst als personal ausgerichtet definierende Rechtsgutstheorie in einem bestimmten Umfang überindividuelle Rechtsgüter als legitime Schutzgüter des Strafrechts anzuerkennen.<sup>93</sup> Und damit ist dann der Bereich erreicht, in dem nicht nur keine Einigkeit besteht, sondern an dem letztlich auch die mangelnde Potenz des Rechtsgutsdenkens als Instrument zur Begrenzung des Einsatzes strafrechtlichen Zwangs deutlich wird. Die möglichen überindividuellen Rechtsgüter umfassen neben der noch halbwegs konkret erscheinenden Funktionsfähigkeit bestimmter Funktions- und Interaktionszusammenhänge, wie z.B. die Rechtspflege und den Rechtsverkehr mit Urkunden, auch höchst diffuse Begriffe, wie z.B. den

88 W. Wohlers, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte*, Berlin 2000, S. 219 m.w.N.

89 Vgl. die Nachweise oben Fn. 18.

90 Wohlers, *Deliktstypen* (Fn. 88), S. 219 f.

91 Wohlers, *Deliktstypen* (Fn. 88), S. 94 ff., 222; vgl. auch Roxin, FS Hassemer (Fn. 19), S. 587; Sternberg-Lieben, FS Paefgen (Fn. 77), S. 33.

92 Wohlers GA 2002 (Fn. 18), S. 16.

93 Vgl. nur Hassemer/Neumann, in: NK-StGB (Fn. 17), Vor § 1 Rn. 138.

öffentlichen Frieden<sup>94</sup> oder das Vertrauen in bestimmte Institutionen.<sup>95</sup> Als Kandidaten für einen Ausschluss aus dem Kreis potenzieller Rechtsgüter verbleiben damit letztlich allein Gefühle sowie reine Moral- bzw. Wertvorstellungen,<sup>96</sup> die aber jedenfalls dann, wenn man den öffentlichen Frieden oder das Vertrauen in eine Institution als strafschutzwürdig anerkennt, doch (mittelbaren) Strafrechtsschutz erlangen können, wenn die Tangierung von Gefühlen und/oder Moralvorstellungen das Vertrauen erodieren lassen bzw. es zu Störungen des öffentlichen Friedens kommt bzw. kommen kann.

Der innerhalb der sich selbst als systemkritisch definierenden Rechtsgutstheorie(n) konsentierte Kern des nicht strafschutzwürdigen besteht damit allein darin, dass Strafnormen als illegitim eingestuft werden, wenn sie allein dem Schutz von Gefühlen oder Wertvorstellungen dienen sollen.<sup>97</sup> Auch hier bleibt aber durchaus zweifelhaft, ob man z.B. die Abschaffung der Strafbarkeit homosexueller Handlungen als Erfolg des Rechtsgutsdenkens verbuchen darf<sup>98</sup> oder ob man nicht eher davon ausgehen muss, dass die gewandelten Vorstellungen in der Gesellschaft letztlich auch im Strafrecht Niederschlag gefunden haben.<sup>99</sup> Festzuhalten ist aber vor allem, dass auch die Zurückweisung des strafrechtlichen Moralschutzes so lange wenig kritisches Potenzial entfaltet, als man zwischen partikularen bzw. reinen Moralvorstellungen einerseits und den für das jeweilige gesellschaftliche Miteinander konstitutiven Wert- und Moralvorstellungen andererseits differenziert,<sup>100</sup> was nicht einfach aber schon deswegen notwendig ist, weil jede Gesellschaft notwendigerweise auch auf moralischen Konzepten aufbauen muss.<sup>101</sup> Hinzu kommt schliesslich noch, dass sich Strafnormen praktisch immer – zur Not über mehrere

94 Vgl. hierzu – kritisch – *Roxin* (Fn. 17), § 2 Rn. 47 ff.; *Wohlers*, Deliktstypen (Fn. 88), S. 269 ff.

95 Vgl. hierzu insbesondere *R. Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln 2002, S. 124 ff., 313 ff.; *ders.*, Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts, GA 2007, 1, 9 ff.

96 Zum strafrechtlichen Schutz von Gefühlen und Moral- bzw. Wertvorstellungen vgl. umfassend *Hörnle* (Fn. 16), *passim* sowie *ders.*, Der Schutz von Gefühlen im StGB, in: *R. Hefendehl/A. von Hirsch/W. Wohlers*, Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden 2003, S. 268 ff.

97 *Roxin* Jus 1966 (Fn. 85), S. 383; *ders.*, FS Hassemer (Fn. 19), S. 579 ff.; *ders.*, StrafR AT/I (Fn. 17), § 2 Rn. 17 ff., 26 ff.; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter (Fn. 95), S. 51 f.; *Sternberg-Lieben*, FS Paeffgen (Fn. 77), S. 34 und 40 ff.; kritisch *Appel*, Verfassung (Fn. 18), S. 355 f.

98 Vgl. *W. Hassemer*, Strafrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland, in: *D. Simon* (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, Frankfurt am Main 1994, S. 283 f.; *ders.*, Interkulturelles Strafrecht, in: *R. Zaczek* et al. (Hrsg.), FS E.A. Wolff, Berlin 1998, S. 110; *Roxin* GA 2013 (Fn. 82), S. 436 f.; *G. Seher*, Prinzipiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff, in: *R. Hefendehl/A. von Hirsch/W. Wohlers* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden 2003, S. 44.

99 *W. Frisch*, An den Grenzen des Strafrechts, in: *W. Küper/J. Welp* (Hrsg.), FS Stree/Wessels, Heidelberg 1993, S. 72 f.; *ders.*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Fn. 18), S. 218; *Wohlers*, Deliktstypen (Fn. 88), S. 227 f.; *ders.*, Die Tagung aus der Perspektive eines Rechtsgutsskeptikers, in: *R. Hefendehl/A. von Hirsch/W. Wohlers* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden 2003, S. 281; *ders.*, FS Amelung (Fn. 18), S. 131; *ders.*, Offensive Behaviour (Fn. 87), S. 255 f.

100 Vgl. SK-StGB/*Rudolph/Jäger* (Fn. 17), Vor § 1 Rn. 1; vgl. dazu auch bereits *Wohlers*, Deliktstypen (Fn. 88), S. 250 f., 256 sowie *Appel*, Verfassung (Fn. 18), S. 355 f.

101 Vgl. auch bereits *Stratenwerth*, Leitprinzipien der Strafrechtsreform, Köln 1970, S. 25 ff.

Schritte – irgendwie auf vorderhand unverdächtige Individualrechtsgüter zurückführen lassen, was sich insbesondere anhand des strafrechtlichen Tierschutzes gut demonstrieren lässt.<sup>102</sup>

### III. Tierschutzstrafrecht als integraler Bestandteil eines auf Rechtsgüterschutz abzielenden Strafrechts

Im 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts ist die Bestrafung der Tierquälerei verbreitet mit deren Unsittlichkeit<sup>103</sup> oder aber mit dem Verweis auf die Verletzung des Sittlichkeitsgefühls der Bevölkerung<sup>104</sup> begründet worden. Im Verlaufe des 20. Jahrhunderts haben diese Begründungen zunehmend an Zustimmung verloren,<sup>105</sup> was man wohl als Erfolg der Rechtsgutstheorie verbuchen kann, stellt doch der Ausschluss von Gefühlen sowie Moral- bzw. Wertvorstellungen um ihrer selbst willen einen der wenigen Punkte dar, auf den sich alle – oder doch die meisten – Vertreter der Rechtsgutstheorie einigen können<sup>106</sup> und der selbst von Autoren geteilt wird, die der Rechtsgutstheorie eher skeptisch gegenüber stehen.<sup>107</sup>

An die Stelle der auf die Sittlichkeit und/oder auf den Schutz des Sittlichkeitsgefühls verweisenden Begründungen sind verschiedene andere Begründungen getreten, deren einziger gemeinsamer Nenner darin besteht, dass man die Strafnormen des Tierschutzstrafrechts anthropozentrisch zu legitimieren versucht. Als nicht wirklich weiterführend erweist sich hierbei der Versuch darauf abzustellen, dass die Menschheit als Ganzes – und damit mittelbar auch jeder (zukünftige) einzelne Mensch – darauf angewiesen ist, dass die Flora und Fauna als notwendige Voraussetzung für ein funktionierendes Ökosystem erhalten bleibt.<sup>108</sup> Denn auf diese Weise lässt sich zwar begründen, dass die Ausrottung von (Tier-)Arten zu verhindern ist; es lässt sich aber nicht begründen, dass es strafwürdig ist, wenn Tiere ge-

102 Vgl. hierzu nachfolgend C.III.

103 Kritisch zur „Sittlichkeitstheorie“ *Vogel-Etienne* (Fn. 4), S. 133 ff.

104 So *F. von Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 22. Aufl., Berlin 1914, S. 641; zur „Gefühlschutztheorie“ vgl. auch bereits *Vogel-Etienne* (Fn. 4), S. 137 ff.

105 Vgl. aber aus jüngerer Zeit *E. Gimbernat Ordeig*, Rechtsgüter und Gefühle, GA 2011, 284, 288 ff.: Das durch Tierquälereien hervorgerufene „Unwohlgefühl“ sei ein legitimes und aus diesem Grunde strafschutzwürdiges Gefühl.

106 Auch von den Autoren, die sich spezifisch mit dem Straftatbestand der Tierquälerei befassen, wird die gefährliche Nähe zum Gesinnungsstrafrecht betont, vgl. *Morié* (Fn. 27), S. 187; *Wiegand* (Fn. 10), S. 126 f.

107 Vgl. *Ameling*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Fn. 18), S. 169 f.

108 So z.B. *Morié* (Fn. 27), S. 187 ff.; vgl. auch *Wiegand* (Fn. 10), S. 127, 130 f. mit dem Verweis darauf, dass es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt.

quält oder einzelne Tiere, die zu einer in ihrem Bestand nicht gefährdeten Rasse gehören, getötet werden.<sup>109</sup>

Die Strafbewehrung tierschutzwidriger Verhaltensweisen lässt sich anthropozentrisch nur dann begründen, wenn man darauf abstellt, dass das in Frage stehende Verhalten Verrohungseffekte mit sich bringt, die dann letztlich die Gefahr begründen, dass Dritte in ihren individuellen Rechtsgütern tangiert werden.<sup>110</sup> Folgt man diesem Ansatz,<sup>111</sup> dann muss man sich aber der auch bereits aus dem Zusammenhang mit dem strafbewehrten Verbot von Gewaltdarstellungen und von Pornografie bekannten Frage stellen, ob derartige verrohende Effekte tatsächlich zu erwarten sind oder nicht.<sup>112</sup> Hinzu kommt, dass es nicht ohne weiteres einleuchtet, eine Verhaltensweise allein deshalb unter Strafe zu stellen, weil diese möglicherweise eine Entwicklung anstossen könnte, die dann – vermittelt durch weitere Handlungen anderer Personen – im Ergebnis negative Folgen haben kann.<sup>113</sup>

Ein anderer Begründungsansatz geht dahin, dass Tierquälereien und sonstige Zuwiderhandlungen gegen Tierschutznormen den sozialen bzw. öffentlichen Frieden gefährden (können), wenn und weil sich Teile der Bevölkerung möglicherweise zu Gegenmassnahmen veranlasst sehen.<sup>114</sup> Auch dieser Ansatz wirft zunächst einmal die Frage auf, ob mit derartigen Konsequenzen tatsächlich zu rechnen ist. Selbst,

109 *L. Greco*, Rechtsgüterschutz und Tierquälerei, in: M. Böse/D. Sternberg-Lieben (Hrsg.), FS Amelung, Berlin 2009, S. 8 f.; vgl. auch *Caspar* (Fn. 1), S. 102 ff.; *J. Feinberg*, Die Rechte der Tiere und zukünftiger Generationen, in: D. Birnbacher (Hrsg.), Ökologie und Ethik, Stuttgart 1986, S. 158 f.; *Gerdes* (Fn. 84), S. 178; *Lööck* (Fn. 6), S. 72; *von Loepel*, in: *Kluge* (Fn. 4), Einführung Rn. 52; *Roxin*, FS *Hassemer* (Fn. 19), S. 595; *Bloy* (Fn. 21), S. 491 f. weist darauf hin, dass die Ausgestaltung der Tierquälereistrafnorm im geltenden Recht als verfehlt eingestuft werden müsste, wenn man die Legitimation der Strafnorm über den Erhalt des Ökosystems als Grundlage des (auch) menschlichen Lebens begründen wollte; vgl. hierzu auch *Röckle* (Fn. 10), S. 92.

110 *G. Jakobs*, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, Paderborn 2012, S. 30; vgl. auch *von Loepel*, in: *Kluge* (Fn. 4), Einführung Rn. 43; *Ort/Reckewell*, in: *Kluge* (Fn. 4), Vor § 17 Rn. 18 ff.; vgl. auch Schweizerisches Strafgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf vom April 1908, Im Auftrag des eidg. Justiz- und Polizeidepartements von Prof. Zürcher in Zürich verfasst, Bern 1914, S. 490 f.; zur von ihm selbst als bereits überwunden eingestuften „Rohheitstheorie“ vgl. auch *Vogel-Etienne* (Fn. 4), S. 126 ff.; als – insbesondere von den Kritikern dieses Ansatzes – immer wieder bemühter Referenzpunkt vgl. *I. Kant*, Metaphysik der Sitten, Weischedel-Ausgabe, Band 8,10. Aufl., Frankfurt am Main 1993, § 17 (S. 578 f.); kritisch hierzu *Feinberg* (Fn. 109), S. 143 f.; *Wolf* (Fn. 1), S. 33 ff.

111 Explizit ablehnend im Hinblick auf den Straftatbestand der Tierquälerei *Stratenwerth* ZStW 105 (Fn. 84), S. 694.

112 Vgl. hierzu insbesondere *Hörnle* (Fn. 16), S. 389 ff., 410 ff., 427 ff.; vgl. auch – im Zusammenhang mit dem Tierschutzstrafrecht – *Greco* (Fn. 109), S. 7 f. sowie – bezogen auf sexuelle Handlungen mit Kindern – *Stratenwerth*, Leitprinzipien (Fn. 101), S. 21.

113 Vgl. *Wohlers*, FS Amelung (Fn. 18), S. 141; *ders.*, Offensive Behaviour (Fn. 87), S. 256 f.; vgl. auch *Vogel-Etienne* (Fn. 4), S. 132.

114 *Amelung*, Rechtsgüterschutz (Fn. 18), S. 346 und S. 378; *G. Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin 1993, 2/19; SK-StGB/*Rudolphi/Jäger* (Fn. 17), Vor § 1 Rn. 20; vgl. auch *Gerdes* (Fn. 84), S. 182 f. mit einer Beschränkung auf öffentlich begangene Tierquälereien.

wenn man dies unter bestimmten Voraussetzungen<sup>115</sup> annehmen kann, bliebe aber noch zu begründen, wer eigentlich die Kosten für die Friedenserhaltung zu tragen haben soll: diejenigen, die gegen Tierschutzvorschriften verstossen, oder aber diejenigen, die derartiges Verhalten unterbinden wollen?<sup>116</sup> Anders ausgedrückt: Ist die „Belästigung“, die Tierliebhaber bei der Wahrnehmung oder auch nur bei der Vorstellung empfinden, dass es zu derartigen Vorkommnissen kommt, für sich gesehen ein legitimer Grund, das in Frage stehende Verhalten unter Strafe zu stellen?<sup>117</sup>

Sowohl die auf Verrohungseffekte als auch die auf den Schutz des öffentlichen Friedens abstellenden Begründungsansätze bauen auf empirischen Annahmen auf, die nicht evident sind und die deshalb so lange hinterfragt und bestritten werden können, wie der entsprechende Nachweis nicht erbracht ist. Der Sache nach bauen diese Begründungsansätze auf Dammbruchbefürchtungen bzw. dem Argument der schiefen Ebene (slippery slope) auf, ein Argumentationsmuster mit dem allein an Intuitionen appelliert wird und mit dem letztlich Verletzungen jeder Verhaltensnorm zu einem strafwürdigen Fehlverhalten erklärt werden können.<sup>118</sup> Vor diesem Hintergrund wäre es ehrlicher zuzugeben, dass es eigentlich darum geht, dass man in einer Gesellschaft, in der Tierquälereien und sonstige Zu widerhandlungen gegen Tierschutzvorschriften geduldet werden, nicht leben möchte.<sup>119</sup> Mit einer solchen Argumentation hätte man dann allerdings die Grenzen der Rechtsgutstheorie(n) überschritten.

#### **IV. Legitimation des Tierschutzstrafrecht ausserhalb des Rechtsgüterschutzdogmas**

Wenn man von einer anthropozentrischen Betrachtung abweicht und stattdessen mit Roxin auf die durch die Fähigkeit von Tieren zum Empfinden von Schmerzen begründete „kreatürliche Solidarität“ mit anderen Lebewesen verweist,<sup>120</sup> hat man

115 Dies ist wohl am ehesten bei öffentlich stattfindenden Tierquälereien zu erwarten; zu den auf dieser Annahme aufbauenden älteren kantonalen Strafnormen in der Schweiz vgl. *Vogel-Etienne* (Fn. 4), S. 147 f. Entgegen *Greco* (Fn. 109), S. 6 f. folgt aus einem derartigen Ansatz aber nicht von vornherein eine Beschränkung der Strafbarkeit auf öffentliche Tierquälereien, wenn und soweit nicht auszuschliessen ist, dass auch schon das blosse Wissen darum, dass derartige Vorkommnisse geschehen, die entsprechenden Effekte auslösen können (vgl. hierzu *Merkel* [Fn. 82], S. 307; *Wohlers*, Deliktstypen [Fn. 88], S. 272).

116 Vgl. auch *Merkel* (Fn. 82), S. 307 f.

117 Vgl. *Greco* (Fn. 109), S. 8; dazu, dass Empörungsgefühle und der Zustand des öffentlichen Friedens als faktische Gegebenheiten der normativen Bewertung bedürfen, vgl. *Wohlers*, Deliktstypen (Fn. 88), S. 269 ff. m.w.N.

118 Vgl. *Jakobs* (Fn. 114), 2/19 mit dem Beispiel der Ahndung von Verstössen gegen Tischsitten als Schutz vor einem Abgleiten in die Barbarei.

119 Vgl. auch bereits *Wohlers*, FS Amelung (Fn. 18), S. 132.

120 *Roxin* JuS 1966 (Fn. 85), S. 383 Fn. 20; *ders.*, FS *Hassemer* (Fn. 19), S. 596; *Hassemer/Neumann*, in: *NK-StGB* (Fn. 17), Vor § 1 Rn. 119e; vgl. auch *G. Stratenuwerth*, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, Straftaten gegen Gemeininteressen, 2. Aufl., Bern 1978, S. 216 mit dem Hinweis darauf, „dass der Mensch sich mit anderen Lebewesen, besonders den höher organisierten, in gewissem Umfang identifiziert“.

– wie Roxin selbst anerkennt<sup>121</sup> – die Grenzen der personal ausgerichteten Rechts-gutstheorie überschritten.<sup>122</sup> Der Umstand, „dass wir uns mit anderen Lebewesen in gewissen Grenzen identifizieren“ und deshalb das Quälen von Tieren entschieden missbilligen, ist für Stratenwerth ein kulturbedingtes, rational nicht weiter ableitbares Phänomen.<sup>123</sup> Für ihn folgt hieraus dann aber auch: „Es ist das Tier selbst, das wir schützen, aber nicht als personalisiertes Rechtsgut, sondern in Be-folgeung einer kulturell geprägten Verhaltensnorm.“<sup>124</sup>

Stuckenberg sieht den Straftatbestand der Tierquälerei als eine Norm, die „kaum anders als mit der Garantie für unverzichtbar gehaltener Normen gesellschaftlicher Moral zu erklären ist“.<sup>125</sup> Und auch Gallas hat die Tierquälerei als Beispiel für Tat-en gesehen, „die eine Bestrafung verdienen und rechtfertigen, obwohl sie nur einen moralisch verwerflichen Akt darstellen.“ Unter Rückgriff auf verschiedene bereits oben angesprochene Topoi führt er aus: „Was hier getroffen werden soll, ist die Selbstniedrigung des Menschen, der sich an einer wehrlosen Kreatur ver-greift, und dass Beispiel brutaler Bedenkenlosigkeit, das damit gegeben wird. Mögen daneben noch Schuldgefühle gegenüber dem Tier und religiöse Vorstellungen eine Rolle spielen: Jedenfalls röhren das Verhalten des Tierquälers und die sich dar-in manifestierende Gesinnung an Grundwerte des sozialen Zusammenlebens. Seine Straflosigkeit würde als anstössig und beunruhigend empfunden werden und daher sozial desintegrierend wirken“,<sup>126</sup> wobei seiner Auffassung nach Tierquälereien nicht verwerflich sind, „weil sie das sittliche Empfinden verletzen, sondern sie verletzen dieses Empfinden, weil sie verwerflich sind oder zumindest so erscheinen. In Wahrheit geht es, wie noch zu zeigen sein wird, bei diesen Taten um den Schutz nicht von Guts-, sondern von Gesinnungswerten“.<sup>127</sup>

Wenn es aber zulässig sein soll, bestimmte ethisch fundierte Verhaltensnormen mit den Mitteln des Strafrechts durchzusetzen, wirft dies sofort die Frage auf, warum dies in bestimmten Zusammenhängen – z.B. beim Tierschutz – zulässig sein soll, wenn man dies in anderem Zusammenhang ablehnt und gleichzeitig an dem An-satz festhalten will, dass strafschutzwürdige Rechtsgüter grundsätzlich anthropo-

121 Vgl. Roxin, GA 2013 (Fn. 82), S. 447 f.; zu weiteren „Erweiterungen“ des Rechtsgüterschutzkon-zeptes vgl. Roxin, FS Hassemer (Fn. 19), S. 594 ff.; ders., StrafR AT/I (Fn. 17), § 2 Rn. 51 ff.

122 So auch bereits Amelung, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Fn. 18), S. 161.

123 Stratenwerth, Leitprinzipien (Fn. 101), S. 25; ders., BT II (Fn. 120), S. 216.

124 Stratenwerth ZStW 105 (Fn. 84), S. 694; vgl. auch Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter (Fn. 95), S. 52 sowie Jescheck/Weigend (Fn. 87), S. 7: „Es gibt auch Lebensgüter, die ausschließlich in tief verwurzelten sittlichen Überzeugungen der Gesellschaft bestehen wie das Schutzgut der Strafvor-schrift gegen Tierquälerei (§ 17 TierSchG);“ zum Konzept der „Verhaltensdelikte“ vgl. G. Straten-werth, Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter, in: R. Hefendehl/A. von Hirsch/W. Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden 2003, S. 255 ff.; ders., Zur Legiti-mation von „Verhaltensdelikten“, in: A. von Hirsch/K. Seelmann/W. Wohlers (Hrsg.), Mediating Principles, Baden-Baden 2006, S. 157 ff. und hierzu Wohlers, FS Amelung (Fn. 18), S. 135 ff.

125 Stuckenberg (Fn. 18), S. 659.

126 Gallas (Fn. 21), S. 15.

127 Gallas (Fn. 21), S. 13.

zentrisch zu bestimmen sind. Der Verdacht, das hier ad hoc Zugeständnisse für historisch gewachsene und/oder in ihrer Legitimität letztlich auch von den Vertretern des Rechtsgutsdenkens nicht angezweifelte Einzelfälle gemacht werden, stellt den Status der Rechtsgutstheorie als – dem eigenen Anspruch nach: auch für den Gesetzgeber verbindliche – Basisdoktrin des Strafrechts jedenfalls dann in grundlegender Weise in Zweifel, wenn es nicht gelingt zu zeigen, dass und warum gerade hier eine Ausnahme Platz zu greifen hat.

Was als blosse Unmoral einzustufen ist und was zum Teil der (straf-)schutzwürdigen Grundstruktur einer Gesellschaft gehört, kann nun aber nicht anhand abstrakter Gesellschaftsmodelle bestimmt werden,<sup>128</sup> sondern „lässt sich nur relativ zu einer Gesellschaft bestimmter Gestalt ausmachen“.<sup>129</sup> So ist z.B. die Legitimität der Pönalisierung von Gotteslästerungen eine gänzlich unterschiedliche Frage, je nachdem, ob man sie für eine säkulare pluralistische Gesellschaft oder aber für einen religiös geprägten oder gar religiös-fundamentalistischen Staat zu beantworten hat.<sup>130</sup> Und auch die Frage, was im Hinblick auf den Umgang mit Tieren noch tolerabel ist und was nicht, ist „ausserhalb der sozialen Werterfahrung nicht bestimmbar, ja nicht einmal im Ansatz beschreibbar“.<sup>131</sup> Anders ausgedrückt: Die Grenzen des zulässigen Umgangs mit Tieren müssen „unter Beachtung der jeweiligen Anschauungen bestimmt“<sup>132</sup> werden. Da in einer modernen, pluralistisch säkularen Gesellschaft weder auf das Naturrecht noch auf einen verbindlich vorgegebenen Kanon von Werten zurückgegriffen werden kann<sup>133</sup> und sich auch der Rückgriff auf ontologische Vorgaben als nicht sinnvoll erwiesen hat,<sup>134</sup> bleibt letztlich nur der Konsens: „Einig können wir uns beispielsweise auch darin sein, dass Tierquälerei nicht zugelassen werden sollte“.<sup>135</sup> Der Rekurs auf den Topos

128 So aber Greco (Fn. 109), *passim* (mit dem Versuch, tierschutzstrafrechtliche Normen in eine von ihm befürwortete, auf die Vermeidung von Fremdherrschaft über selbstbestimmungsfähige Wesen abzielende liberale Theorie einzupassen); vgl. auch B. Schünemann, Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, in: R. Hefendehl/A. von Hirsch/W. Wöhlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden 2003, S. 137ff. (mit dem Verweis auf das Konzept des Gesellschaftsvertrags; ablehnend hierzu Greco [Fn. 109], S. 11 ff.).

129 Jakobs (Fn. 114), 2/21, vgl. auch Hassemer (Fn. 89), S. 26, 124 ff.; Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter (Fn. 97), S. 53 sowie bezogen auf die Strafbarkeit der Tierquälerei und mit einer Darlegung der unterschiedlichen, auf den Umgang mit Tieren bezogenen spiritualistischen Kultur im angloamerikanischen und im romanischen Rechtskreis: A. Mendelsohn Bartholdy, Über Tierquälerei, GS 66 (1905) 428 ff.

130 Stratenwerth, in: Hefendehl/von Hirsch/Wöhlers (Fn. 127), S. 256 f.; Wöhlers, Deliktstypen (Fn. 88), S. 251; ders. FS Amelung (Fn. 18), S. 133.

131 Hassemer, Theorie (Fn. 86), S. 154 und hierzu F. Herzog, Die Leute und ihre normative gesellschaftliche Verständigung, in: F. Herzog/U. Neumann (Hrsg.), FS Hassemer, Heidelberg 2010, S. 51 ff.; Stratenwerth, Leitprinzipien (Fn. 101), S. 21 f.; Roxin, FS Hassemer (Fn. 19), S. 596.

132 Vgl. auch bereits Stratenwerth, BT II (Fn. 120), S. 216 f.

133 Vgl. Appel, Verfassung (Fn. 18), S. 358 ff.; Swoboda (Fn. 89), S. 35 f.; Wöhlers FS Amelung (Fn. 18), S. 139.

134 Vgl. hierzu nur Appel, Verfassung (Fn. 18), S. 369 ff.; Stratenwerth, Leitprinzipien (Fn. 101), S. 21 f.

135 Stratenwerth, in: von Hirsch/Seelmann/Wöhlers (Fn. 124), S. 162.

des Konsenses bedarf noch der Klarstellung dahingehend, dass kein faktischer, sondern nur ein normativer Konsens gemeint sein kann, der seinen Ausdruck in dem Normsetzungsprozess zu finden hat, der für die in Frage stehende Gesellschaft verbindlich ist. Dass, wie das BVerfG hervorgehoben hat, die verbindliche Festlegung der strafrechtlich zu schützenden Belange in einer gewaltenteilten Demokratie durch den Gesetzgeber zu erfolgen hat,<sup>136</sup> ist ebenso eine staatstheoretische Selbstverständlichkeit<sup>137</sup> wie der Verweis darauf, dass die Rechtsgutstheorie für den Gesetzgeber nur dann verbindlich wäre, wenn und soweit sie als verfassungsrechtlich verbindlich ausgewiesen werden kann.<sup>138</sup>

Als Zwischenfazit ergibt sich damit, dass es grundsätzlich im Ermessen des Gesetzgebers liegt, „welche Eingriffe in die Tier- und Pflanzenwelt er unter Strafe stellen will“.<sup>139</sup> Grenzen werden dem Gesetzgeber zwar durch den Verhältnismässigkeitsgrundsatz gesetzt, auch insoweit sollte man aber das systemkritische Potenzial nicht überschätzen, denn: „In aller Regel dürfte das, was sich in einem mehrphasigen demokratischen Diskurs als anerkennenswertes, erhaltenswerte und schutzbedürftiges Substrat zu behaupten vermochte, das auch sein.“<sup>140</sup> Letztlich erweist sich damit, dass der in der Strafrechtswissenschaft derzeit über keinen guten Leumund verfügende Binding’sche Rechtsgutsbegriff die dem Rechtsgutsbegriff zukommende Funktion grundsätzlich zutreffend umschreibt: Rechtsgut ist alles das, was der Gesetzgeber als schützenswertes Etwas definiert.<sup>141</sup> Abweichend von Binding muss man heute nur die Schranken betonen, die dem Gesetzgeber durch die Verfassung gesetzt werden.<sup>142</sup> Ob man den Gesetzgeber neben den allgemein aner-

136 BVerfGE 120, 224, 241 f.; vgl. auch *Appel*, Verfassung (Fn. 18), S. 368, 388; *Amelung*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Fn. 18), S. 156 und 163 f.

137 BVerfGE 123, 267, 408; vgl. auch *Appel*, Rechtsgüterschutz (Fn. 18), S. 286 ff., 299 f., 308; *ders.*, Verfassung (Fn. 18), S. 329 ff., 351 ff.; K. F. Gärditz, Strafgründung und Demokratieprinzip, *Der Staat* 49 (2010), 331, 341 ff.; D. Sternberg-Lieben, Rechtsgut, Verhältnismässigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers, in: R. Hefendehl/A. von Hirsch/W. Wohlers (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden 2003, S. 78 ff.; *Stuckenberg* (Fn. 18), S. 658 f.; *Wohlers*, Deliktstypen (Fn. 88), S. 213; *ders.*, *FS Amelung* (Fn. 18), S. 142 f.; *ders.* *Offensive Behaviour* (Fn. 87), S. 250, vgl. auch *Paeffgen* (Fn. 19), S. 154; *Amelung*, Rechtsgüterschutz (Fn. 18), S. 346.

138 BVerfGE 120, 224, 241 f. und 250; vgl. auch *Appel*, Verfassung (Fn. 18), S. 206 f. sowie *Swoboda* (Fn. 89), S. 24 f., jeweils m.w.N. aus der Rspr. des BVerfG; vgl. auch *Roxin* GA 2013 (Fn. 82), S. 449: „Denn selbstverständlich kann dem Gesetzgeber nicht durch Professorenmeinungen, sondern nur durch die Verfassung eine rechtlich bindende Grenze gesetzt werden“. Der Versuch, die Rechtsgutstheorie als Teil der Verfassung zu interpretieren, ist allerdings durchgreifenden Einwänden ausgesetzt, vgl. A. Engländer, Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht?, *ZStW* 127 (2015), 616, 628 ff.

139 *Roxin*, *FS Hassemer*, S. 596; vgl. auch *Röckle* (Fn. 10), S. 95 f.: Der Gesetzgeber definiert, wann und unter welchen Voraussetzungen Leben und Wohlbefinden von Tieren zu schützende Rechtswerte sind.

140 *Frisch*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Fn. 18), S. 221 f.

141 Dass es sich bei Bindings Rechtsgutsbegriff gerade im Hinblick auf die dogmatische Analyse strafrechtlicher Normen um eine „geniale Erfindung“ handelt, betont *Amelung*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Fn. 18), S. 158 ff.

142 So auch bereits *Appel*, Rechtsgüterschutz (Fn. 18), S. 311; *ders.*, Verfassung (Fn. 18), S. 390; vgl. auch *SK-StGB/Rudolphi/Jäger* (Fn. 17), Vor § 1 Rn. 14.

kannten, unter Zugrundelegung der dem Gesetzgeber vom BVerfG zugestandenen weiten Einschätzungsprärogative allerdings weitgehend zahnlosen Verhältnismässigkeitsgrundsatz<sup>143</sup> auch noch an die vom ihm selbst geschaffenen Konzepte binden kann (Grundsatz der Systemgerechtigkeit),<sup>144</sup> bedarf ebenso der weiteren Klärung wie die Frage, ob und, wenn ja, welche besonderen Bindungen und/oder Grenzen sich aus der Verwendung gerade der Rechtsfolge der (Kriminal-)Strafe ergeben können<sup>145</sup> – z.B. im Hinblick auf die Frage, wie weit der Gesetzgeber in das Vorfeld konkreter Gefährdungen bzw. Beeinträchtigungen vordringen darf.<sup>146</sup> Dass sich Einschränkungen darüber hinaus auch aus dem für das materielle Strafrecht in besonderer Weise Geltung beanspruchenden Gebot rechtsklarer Regelungen (Bestimmtheitsgebot;<sup>147</sup> Analogieverbot)<sup>148</sup> ergeben, steht zwar grundsätzlich ausser Streit, läuft aber in der Praxis wiederum weitgehend leer.<sup>149</sup>

Die Frage nach der verfassungsrechtlichen Anschlussfähigkeit der Rechtsgutstheorie wird heute gemeinhin dahingehend beantwortete, dass die Stelle, an der ange-dockt werden kann, der Verhältnismässigkeitsgrundsatz ist.<sup>150</sup> Die „systemkritische Funktion“ der Rechtsgutstheorie beschränkt sich dann aber darauf, die

143 Vgl. *D. Krauss*, Rechtsgut und kein Ende, in: F. Herzog/U. Neumann (Hrsg.), FS Hassemer, Heidelberg 2010, S. 424 f. und 432 ff.; *C. Roxin*, Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests, StV 2009, 544 f.; *Swoboda* (Fn. 86), S. 45 ff.

144 *Appel*, Verfassung (Fn. 18), S. 196 f.; *Paeffgen* (Fn. 19), S. 131, 134 f.; *Wohlers*, Deliktstypen (Fn. 88), S. 160 f.

145 *W. Wohlers*, Criminal Law and Economics, in: Robert Waldburger et al. (Hrsg.), Law & Economics, Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Bern 2015, S. 129.

146 Vgl. hierzu *Wohlers*, Deliktstypen (Fn. 88), S. 305 ff.

147 *Gärditz* (Fn. 137), S. 362; *W. Wohlers*, Die strafrechtliche Bewältigung der Finanzkrise am Beispiel der Strafbarkeit wegen Untreue, ZStW 123 (2011), 791, 805; *ders.*, FS Nobel (Fn. 145), S. 130 f.

148 *Wohlers*, Finanzkrise (Fn. 147), S. 804.

149 Es wäre zu begrüßen, wenn das BVerfG seine diesbezüglich viel zu laxen Grundsätze verschärfen würde, vgl. *Wohlers*, Finanzkrise (Fn. 147), S. 803.

150 Vgl. insbesondere *Stuckenberg* (Fn. 18), S. 654 ff. sowie *Androulakis* (Fn. 16), S. 277 ff.; *W. Bottke*, *Roma locuta causa finita?* Abschied vom Gebot des Rechtsgüterschutzes?, in: W. Hassemer et al. (Hrsg.), FS Volk, München 2009, S. 95 ff., 108 ff.; *J. Kaspar*, Verhältnismässigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, Baden-Baden 2014, S. 205 ff., insbesondere S. 211 ff.; *Roxin*, FS Hassemer (Fn. 19), S. 586; *Sternberg-Lieben* (Fn. 77), S. 37 ff.; vgl. auch bereits vor der Entscheidung des BVerfG: *Appel*, Verfassung (Fn. 18), S. 171 ff., 576 ff.; *M. Böse*, Grundrechte und Strafrecht als „Zwangrecht“, in: R. Hefendehl/A. von Hirsch/W. Wohlers, Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden 2003, S. 89 ff.; *M. Bunzel*, Die Potenz des verfassungsrechtlichen Verhältnismässigkeitsprinzips als Grenze des Rechtsgüterschutzes in der Informationsgesellschaft, in: R. Hefendehl/A. von Hirsch/W. Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden 2003, S. 96 ff., insbesondere S. 109 ff.; *Hassemer*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Fn. 77), S. 60 f.; *ders.*, FS Androulakis (Fn. 77), S. 217 ff.; *ders.*, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe, in: A. von Hirsch/K. Seelmann/W. Wohlers (Hrsg.), Mediating Principles, Baden-Baden 2006, S. 121 ff.; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter (Fn. 97), S. 83 ff.; *Hörnle* (Fn. 16), S. 22 ff.; *O. Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Tübingen 1996, S. 164 ff., 287 ff. und *passim*; *ders.*, Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik, in: R. Hefendehl/A. von Hirsch/W. Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden, 2003, S. 83 ff.; *U. Neumann*, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als strafbegrenzendes Prinzip, in: A. von Hirsch/K. Seelmann/W. Wohlers, Mediating Principles, Baden-Baden 2006, S. 128 ff.; SK-StGB/Rudolphi/Jäger (Fn. 17), Vor § 1 Rn. 22 ff.; skeptisch zur Anschlussfähigkeit der Rechtsgutstheorie *Appel*, Verfassung (Fn. 18), S. 387 ff.; *ders.*, Rechtsgüterschutz (Fn. 18), S. 286 ff.; *Gärditz* (Fn. 137), S. 352.

Selbstverständlichkeit zu betonen, dass der Gesetzgeber den Zweck namhaft zu machen hat, den er mit dem Einsatz strafrechtlicher Zwangsandrohung und –anwendung zu schützen gedenkt.<sup>151</sup> Die Frage, ob dieser Zweck als grundsätzlich legitim anzuerkennen oder aber a limine abzuweisen ist, entscheidet sich dann aber anhand von Massstäben, die nicht aus der Rechtsgutstheorie selbst folgen, sondern die von aussen her an sie herangetragen werden (müssen).<sup>152</sup> Die kritische Auseinandersetzung mit der Inzest-Entscheidung des BVerfG ist ein eindrücklicher Beleg dafür,<sup>153</sup> dass die Bemühungen um eine rationale Begründung von Strafnormen sehr gut ohne den Rekurs auf die angeblich so zentrale Rechtsgutstheorie auskommt.<sup>154</sup> Tatsächlich dürfte die Rechtsgutstheorie in ihrer heutigen Gestalt dem Ziel, Strafnormen rational zu begründen, nicht nur nicht nützen, sondern eher schaden. Sie gibt dem Gesetzgeber die Möglichkeit, sich hinter einem weitgehend unklaren Rechtsgutstopos zu verschanzen, wobei angesichts der angeblich alles entscheidenden Bedeutung des Rechtsgutstopos andere, für die Entscheidung über die Legitimität strafrechtlicher Normen mindestens ebenso wichtigen Fragen – bezeichnenderweise oft eher abwertend als Fragen der Schutztechnik bezeichnet<sup>155</sup> – an den Rand gedrängt werden.<sup>156</sup>

#### **D. Das Tierschutzstrafrecht als Instrument zur Absicherung tierschutzrechtlicher Verhaltensnormen**

Vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Fundierung des Tierschutzes kann nicht (mehr)<sup>157</sup> bestritten werden, dass der Gesetzgeber – zwar möglicherweise nicht verpflichtet, in jedem Fall aber – berechtigt ist, tierschutzrechtliche Verhaltensnormen zu erlassen. Der Gesetzgeber hat festzulegen, welche Formen des Umgangs mit Tieren als noch oder schon nicht mehr zulässig anzusehen sind. Ob und in welchem Umfang er sich hierbei auf anthropozentrische, pathozentrische oder biozentrische Konzepte stützt, liegt in seinem Ermessen, weil den Verfassungen insoweit keine zwingenden Vorgaben zu entnehmen sind. Wenn der Gesetzgeber das Wohlbefinden des Tieres als schutzwürdiges Etwas anerkennt, dann kann und

<sup>151</sup> Vgl. bereits *Wohlers*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Fn. 99), S. 282.

<sup>152</sup> *Stuckenberg* (Fn. 18), S. 657; *Wohlers*, Deliktstypen (Fn. 88), S. 229 ff. m.w.N.

<sup>153</sup> Zur in der Sache berechtigten Kritik an der Entscheidung des BVerfG vgl. *T. Hörnle*, Das Verbot des Geschwisterinzests – Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik zur Fussnote, *NJW* 2008, 2085 ff.; *Roxin* (Fn. 146), S. 546 ff.; *B. Zabel*, Die Grenzen des TabusSchutzes im Strafrecht, *JR* 2008, 453, 454 ff.; *J. Ziethen*, Anmerkung, *NStZ* 2008, 617 f.

<sup>154</sup> So auch *Androulakis* (Fn. 16), S. 275; *Krauss* (Fn. 146), S. 437.

<sup>155</sup> Vgl. *Hassemer*, Theorie (Fn. 86), S. 194 ff.

<sup>156</sup> So auch bereits *Appel*, Rechtsgüterschutz (Fn. 18), S. 284 f.; *Engländer* (Fn. 138), S. 627; *Frisch*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Fn. 18), S. 222 ff.; *Hörnle* (Fn. 16), S. 19; vgl. auch *Frisch*, *NStZ* 2016 (Fn. 18), S. 22 f. mit dem Hinweis darauf, dass die Rechtsgutstheorie die eigentlich entscheidenden Fragen gar nicht stellt.

<sup>157</sup> *Lagodny* (Fn. 150), S. 157 f., weist zutreffend darauf hin, dass der Tierschutz auch schon vor Aufnahme des Staatsziels Tierschutz als ein verfassungsrechtlich relevantes Gemeinwohlinteresse einzustufen war.

dann darf die Einhaltung dieser Zielsetzung dienenden Verhaltensnormen grundsätzlich auch strafrechtlich abgesichert werden. Und wenn die Primärrechtsordnung die Würde des Tieres zu einem Schutzgut erhebt, dann kann auch diese Wertung mit den Mitteln des Strafrechts geschützt werden. Zu klären bleibt natürlich, was man sich unter der Würde des Tieres eigentlich konkret vorzustellen hat. Dies ist aber keine genuin strafrechtliche Frage, sondern betrifft die Auslegung und Interpretation der Primärrechtsordnung. Sowohl die in der Tierethik diskutierte Frage, ob Tiere eigene Rechte haben, als auch der Diskurs über den ethisch-moralischen Status der Tiere ist nicht (erst) im Rahmen des Tierschutzstrafrechts von Bedeutung, sondern muss bei der Ausgestaltung der Primärrechtsordnung verhandelt werden.

Wenn und soweit das Tierschutzrecht bestimmte Interessen als schutzwürdig anerkennt, hat auch das Strafrecht diese Wertung anzuerkennen. Damit gilt dann aber auch: Wenn und soweit bestimmte Interessen von der Primärrechtsordnung nicht anerkannt werden, können diese mit den Mitteln des Strafrechts nicht durchgesetzt werden. Das Tierschutzstrafrecht kann die Wertungen des geltenden Tierschutzrechts unterstützen, das Tierschutzstrafrecht kann aber nicht dazu dienen, Wertungen zu exekutieren, die von der Primärrechtsordnung (noch) gar nicht anerkannt werden.<sup>158</sup> Bezogen auf das Tierschutzstrafrecht folgt hieraus, dass z.B. ambitionierte Konzeptionen dazu, was man sich unter der Würde des Tieres vorzustellen hat, nicht über das Strafrecht durchgesetzt werden dürfen, sondern zunächst auf der Ebene der Primärrechtsordnung Fuss fassen müssen. Der Versuch, einen auf der Ebene der Primärrechtsordnung (noch) nicht durchsetzungsfähigen Wertewandel mit den Mitteln des Strafrechts herbeistrafen zu wollen, verkennt den sekundären Charakter der Strafrechtsordnung.

Die Funktion der Normen des Tierschutzstrafrechts besteht darin, die vom Gesetzgeber auf der Ebene der Primärrechtsordnung statuierten tierschutzrechtlichen Verhaltensnormen dadurch abzusichern, dass Zu widerhandlungen angesichts der in Aussicht gestellten Strafandrohung möglichst unterbleiben (negative Generalprävention) und im Falle der dennoch erfolgten Zu widerhandlung durch die Bestrafung demonstriert wird, dass die Gesellschaft an der Verbindlichkeit der gesetzten Vorgaben festhält (positive Generalprävention).<sup>159</sup> Dass Strafnormen der Absicherung von durch die Primärrechtsordnung statuierten Verhaltensnormen dienen,<sup>160</sup> ist evident, wenn sich Strafnormen – wie dies in weiten Bereichen des Nebenstraf-

158 A.A. aber wohl SK-StGB/Rudolphi/Jäger (Fn. 17), Vor § 1 Rn. 13.

159 Michel (Fn. 14), S. 598; Wohlers, FS Nobel (Fn. 145), S. 132 ff.; ders., Finanzkrise (Fn. 147), S. 798.

160 Vgl. allgemein *Amelung*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Fn. 18), S. 166 ff.; *Appel*, Rechtsgüterschutz (Fn. 18), S. 308 f.; ders., Verfassung (Fn. 18), S. 79 ff., 431 ff.; *Frisch*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Fn. 18), S. 219 f.; Wohlers, Finanzkrise (Fn. 147), S. 798.

rechts standardmäßig geschieht – darauf beschränken, die Zu widerhandlung gegen bestimmte andere Normen bzw. die in diesen zum Ausdruck kommenden Verhaltensnormen als solche unter Strafe zu stellen. Gleches gilt aber auch für das Kernstrafrecht, wo der Gesetzgeber z.B. bei der Ausgestaltung der Eigentums- und Vermögensdelikte die Vorgaben der Primärrechtsordnung zu beachten hat.<sup>161</sup> Und selbst die Tötungs- und Körperverletzungsdelikte bilden nur scheinbar eine Ausnahme. Die Besonderheit ist hier nur, dass die Vorgaben der Primärrechtsordnung sich darin erschöpfen, dass Tötungen und Körperverletzungen generell zu unterbleiben haben.<sup>162</sup>

Statt der Frage nachzugehen, ob eine Verhaltensweise ein strafschutzwürdiges Rechtsgut tangiert, hat der Strafgesetzgeber in einem ersten Schritt zunächst einmal danach zu fragen, ob ein Verhalten die durch die Primärrechtsordnung statuierten Verhaltensnormen verletzt oder nicht.<sup>163</sup> Ist dies zu verneinen, scheidet eine Pönalisierung von vornherein aus, weil anderenfalls die Rechtsordnung als solche in sich widersprüchlich werden würde. Ebenso muss – aus strafrechtlicher Sicht – akzeptiert werden, dass die tierschutzrechtlichen Verhaltensnormen so sind, wie sie sind: So lange z.B. die Haltung von Geflügel den von der Primärrechtsordnung vorgegebenen Verhaltensnormen entspricht, kann das Strafrecht von vornherein nicht zur Anwendung kommen; ein Verhalten, dass von der Primärrechtsordnung als zulässig eingestuft wird, kann nicht strafbar sein. Das Tierschutzstrafrecht kann (nur) dann eingreifen, wenn der Umgang mit Tieren hinter den Anforderungen zurückbleibt, die von der Primärrechtsordnung vorgegeben werden. Wenn diese Vorgaben als nicht sachgerecht eingestuft werden, ist dies kein Grund zu strafen, sondern ein Grund, die Vorgaben der Primärrechtsordnung zu ändern. Bezo gen auf das Beispiel der Massentötung von männlichen Eintagsküken bedeutet dies, dass diese erst dann als strafbare Tötung ohne vernünftigen Grund i.S. des § 17 Nr. 1 dTierschG einzustufen ist, wenn die Primärrechtsordnung die hinter der Tötung stehenden ökonomischen Interessen aus dem Kreis der vernünftigen Gründe ausscheidet; wenn und soweit dies nicht geschieht, „kann die ‚bloße Änderung‘ der ethischen Einstellung und der Wertvorstellungen in der Bevölkerung zu der Beziehung zwischen Mensch und Tier... nicht dazu führen, dass die jahrelang angewandte und aus der Sicht der Behörden stets geduldete Praxis des Tötens von männlichen Eintagsküken zur Vermeidung von wirtschaftlichen Nachteilen nunmehr ohne ein gesetzgeberisches Tätigwerden strafbar sein soll“.<sup>164</sup> Bezwifeln

161 Zur asymmetrischen Akzessorietät des Strafrechts vgl. Wohlers, FS Nobel (Fn. 145), S. 129 ff.; ders., Finanzkrise (Fn. 147), S. 801 f.

162 Wohlers, FS Nobel (Fn. 145), S. 134.

163 Vgl. auch Frisch NStZ 2016 (Fn. 18), S. 16 f. und 22; ders., in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Fn. 18), S. 219 f.; zur Legitimation von Verhaltensvorschriften vgl. auch Lagodny (Fn. 150), S. 138 ff.

164 OLG Hamm NStZ 2016, 488, 489

lässt sich allerdings, ob die (Neu-)Bewertung der für die Massentötung vorgebrachten wirtschaftlichen Gründe tatsächlich – wie vom OLG Hamm angenommen – erst dann erfolgen kann, wenn der Gesetzgeber tätig geworden ist.<sup>165</sup>

Bezogen auf die Verhaltensweisen, die nicht im Einklang mit den primärrechtlichen Verhaltensnormen stehen, hat der (Straf-)Gesetzgeber dann noch in einem zweiten Schritt zu entscheiden, ob und, wenn ja, welche Verhaltensweisen er als strafwürdig erachtet, wobei die Anwendbarkeit strafrechtlichen Zwangs unter dem Vorbehalt steht, dass die angedrohte Sanktion nicht ausser Verhältnis zu dem in Frage stehenden Sozialschaden stehen darf.<sup>166</sup> Ob und, wenn ja, welche Beschränkungen des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums sich aus der Verknüpfung mit der Kriminalstrafe als Sanktion und/oder daraus ergeben, dass sich Strafnormen in die bestehende (Straf-)Rechtsordnung einpassen müssen, bedarf – wie oben bereits ausgeführt wurde – der weiteren Untersuchung.<sup>167</sup>

165 Dazu, dass es gute Gründe gibt, diese Änderung der Bewertung auf der Ebene der Prämärrechtsordnung vorzunehmen, vgl. die Nachweise in Fn. 4 sowie *Günther*, NZZ vom 25.5.2016, S. 40.

166 Zum Massstab der Verhältnismässigkeit vgl. die Nachweise oben Fn. 150.

167 Vgl. hierzu *Gärditz* (Fn. 137) sowie die Nachweise oben Fn. 144.