

Paradigmenwechsel in der landwirtschaftlichen Nutztierhaltung - von betrieblicher Leistungsfähigkeit zu einer tierwohlorientierten Haltung

José Martinez*

A. Die Nutztierhaltung in Deutschland ...	444	1. Sonderregelung für Nutztiere	452
I. Statistische Erfassung	444	2. Erhöhung der Tierschutzstan-	
II. Die Defizite im Bereich der land-		dards	454
wirtschaftlichen Nutztierhaltung	445	3. Der Wechsel auf tierbezogene	
1. Defizitäre Haltungsformen	446	Kriterien	456
2. Defizitäre Eingriffe	447	4. Objektive Eingriffsvoraussetzun-	
3. Die quantitative Dimension der		gen	457
Defizite in der landwirtschaftli-		5. Beachtung des Parlamentsvorbe-	
chen Nutztierhaltung	448	halts	460
4. Die Verortung der Tierschutz-		6. Entwicklung eines differenzier-	
probleme	449	ten Sanktionskatalogs	463
B. Die Nutztierhaltung in der ethischen		II. Vollzugsdefizite in der Verwal-	
und gesellschaftlichen Kritik	450	tung	463
C. Die Defizite des Tierschutzrechts	452	D. Die Reform im Lichte der abwägungs-	
I. Der normative Reformbedarf	452	bedürftigen öffentlichen Interessen	464

Die landwirtschaftlichen Nutztiere stehen im Mittelpunkt der aktuellen Tierschutzdebatte in Deutschland. Sie findet ihren Ausgangspunkt in erheblichen Defiziten, die unabhängig von der Betriebsform und –größe bereits am Maßstab der derzeitigen Tierschutzstandards festzustellen sind. Geprägt wird die Debatte durch einen Wertewandel in der Gesellschaft und in der fachwissenschaftlichen Ethikdiskussion. Hatten diese Reflektionen zu Tierhaltung und Konsum tierischer Produkte zunächst häufig religiöse Bezüge, treten zunehmend andere gesellschaftliche Strömungen und Weltauffassungen gleichwertig daneben. Eine besondere Bedeutung erhält dabei das kontrakttheoretische Argument des New Deal. Aus einer soziologischen Perspektive wird die tierschutzrechtliche Debatte auch durch eine Entfremdung der Gesellschaft von der landwirtschaftlichen Produktion geprägt. Die am modifizierten ethischen Maßstab festgestellten Wertungswidersprüche verlangen nach einer Neuausrichtung des Tierschutzrechts. Diese Neuausrichtung muss im Lichte der Grundrechtsrelevanz für die Landwirte und - im Gegensatz zur bisherigen Praxis - vorrangig durch den parlamentarischen Gesetzgeber umgesetzt werden. Ein struktureller Ansatz ist hierbei die Schaffung eines Sonderregelungssystems für Nutztiere. Dieses System geht von der Prämisse der Nutzbarkeit der Tiere aus und entwickelt auf dieser Grundlage Tierschutzstandards, die über die bisherigen hinausgehen. Dabei müssen tierbezogene Kriterien im Mittelpunkt ste-

* Prof. Dr. José Martinez lehrt an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen. Er ist geschäftsführender Direktor des Instituts für Landwirtschaftsrecht und Mitglied des Wissenschaftlichen Beirats für Agrarpolitik, Ernährung und gesundheitlichen Verbraucherschutz (WBAEG) beim BMEL.

hen. Die Steuerungswirkung der Generalklausel muss durch eine Objektivierung der Tatbestandsvoraussetzung „vernünftiger Grund“ wieder hergestellt werden. Ebenso bedarf die Sanktionierung von Verstößen einer weiteren normativen Ausgestaltung sowie einer Stärkung des Vollzugspotentials der Verwaltung. Die erforderliche Neuausrichtung des Tierschutzrechts in der Nutztierhaltung erfordert kompensatorische Zusatzmaßnahmen zugunsten der Tierhalter, um die Leistungsfähigkeit der landwirtschaftlichen Nutztierhaltung als öffentliches Interesse von Verfassungsrang zu erhalten.

In Deutschland wurden im Jahr 2015 etwa 12,6 Millionen Rinder, davon 4,3 Millionen als Milchkühe, 27,7 Millionen Schweine und 39,6 Millionen Legehennen gehalten.¹ Dazu kommen 97,1 Millionen Masthühner. In absoluten Zahlen gerechnet handelt es sich um insgesamt über 220 Mio. Nutztiere, davon sind 177 Mio. Tiere Geflügel. Damit leben insgesamt mehr als doppelt so viele Nutztiere wie Menschen in Deutschland. Diese Zahlen nehmen seit 2011 deutlich weiter zu. So wurde im Jahr 2015 in deutschen gewerblichen Schlachtunternehmen ein neuer Höchstwert bei der Erzeugung von Fleisch erzielt.²

Diese herausragende quantitative Bedeutung des Tierschutzes steht in einem schroffen Gegensatz zu einer nur punktuellen rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem Tierschutz im Bereich der Nutztiere.³ Dieses Defizit einer wissenschaftlichen Auseinandersetzung korrespondiert wiederum nicht mit der erheblichen gesellschaftlichen Aufmerksamkeit, die dieses Thema aufgrund sich verändernder ethischer Wertungen in der Gesellschaft genießt.⁴ Ein Indiz mag die zentrale, zum Teil wahlentscheidende Bedeutung des Themas „landwirtschaftliche

1 Bundesamt für Statistik, 2016, <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Wirtschaftsbereiche/LandForstwirtschaftFischerei/TiereundtierischeErzeugung/Tabellen/TabellenRinder.html>.

2 Bundesamt für Statistik, Pressemitteilung Nr. 037 vom 05.02.2016.

3 Im Fokus der spezifisch nutztierzentrierten Beiträge der letzten 10 Jahre standen vorrangig bauplanungsrechtliche und immissionsschutzrechtliche Fragestellungen zu Tierhaltungsanlagen im Außenbereich: P. Nüssle/H. Wedemeyer, § 201 BauGB - Landwirtschaftsbegriff im Wandel, AUR 2014, S. 424-430; S. Möckel, Verbesserte Anforderungen an die gute fachliche Praxis der Landwirtschaft, ZUR 2014, S. 14-23; zu den wenigen tierschutzrelevanten Veröffentlichungen gehören: U. Wollenteit/I. Lemke, Die Vereinbarkeit der Haltung von abferkelnden Sauen in Kastenständen mit dem Tierschutzrecht und die Zulässigkeit eines Verbots dieser Haltungsform, NuR 2013, S. 177-183; K. Bemmann/ J. Pelhak, Gesetzliche Kennzeichnung landwirtschaftlicher Nutztiere-Transponder und/oder Heißbrand beim Pferd, AUR 2012, S. 258-262; K. Köpernik, Aktuelle rechtliche Aspekte zum Tierschutz in der Nutztierhaltung, AUR 2012, S. 369-372.

4 A. Zühlsdorf/S. Kühl/S. Gaul/A. Spiller, Wie wichtig ist Verbrauchern das Thema Tierschutz? Präferenzen, Verantwortlichkeiten, Handlungskompetenzen und Politikoptionen - Kommentiertes Chartbook zur repräsentativen Umfrage, Göttingen 2016; K. Zander/F. Isermeyer/D. Bürgelt/I. Christoph-Schulz/P. Salamon/D. Weible, Erwartungen der Gesellschaft an die Landwirtschaft. Gutachten im Auftrag der Stiftung Westfälische Landschaft, Braunschweig 2013.

Tierhaltung“ in den Wahlkämpfen der Flächenstaaten in den letzten Jahren sein.⁵ Der gesellschaftliche Diskurs ist sowohl auf Seiten der Tierhalter als auch der Tierbeschützer und ihrer jeweiligen Verbände indes durch eine starke Emotionalität und durch Vorverurteilungen geprägt, zu denen auch das Fehlen empirischer Studien zu diesem Themenkomplex beitragen.⁶ Die Diskussion um die Tiergerechtigkeit der Nutztierhaltung wird derzeit vielfach ohne eine adäquate Daten- und Informationsgrundlage geführt.⁷ Einen Schritt zur wissenschaftlichen Durchdringung des gesamten Komplexes ist der Wissenschaftliche Beirat für Agrarpolitik beim BMEL mit seinem Gutachten „Wege zu einer gesellschaftlich akzeptierten Nutztierhaltung“ im Jahr 2015 gegangen, an dem der Verfasser mitgewirkt hat und auf dessen - von beiden Seiten nunmehr anerkannten - empirischen Arbeiten die folgende Untersuchung beruht.⁸ Für eine rechtswissenschaftliche Durchdringung des Themenkomplexes besteht jedoch weiterhin ein erhebliches Bedürfnis. Erhebliche Defizite bestehen in der Tierschutzgesetzgebung zu den Nutztieren sowie im Vollzug durch Verwaltung und Rechtsprechung.⁹

Im Folgenden sollen auf der Grundlage einer empirischen Bestandsaufnahme der Nutztierhaltung und der gesellschaftlichen Erwartungen diese rechtlichen Defizite aufgezeigt werden und die Reformmöglichkeiten skizziert werden. Es wird aufgezeigt, dass die zwingend erforderliche Verschärfung des Nutztierschutzrechts zugleich auch das öffentliche Interesse an dem Erhalt der Nutztierhaltung in Deutschland und an einer umfassenden Umsetzung des Tierwohls in diesen Haltungssystemen zum Gegenstand hat. Dabei konzentriert sich die folgende Untersuchung auf die Tierhaltung und die dort erfolgten Eingriffe. Die ebenso tierschutzrelevanten und defizitären Bereiche der Nutztierzucht, der Tiertransporte und der Schlachtung konnten in diesem Rahmen nicht vertieft behandelt werden.

5 Zur Wahl in Niedersachsen 2013 siehe die Analysen in <http://www.welt.de/politik/deutschland/article113043364/Gruene-wollen-Niedersachsen-zur-Oeko-Wiese-machen.html>; http://www.deutschlandfunk.de/agrarwende-fuer-niedersachsen.724.de.html?dram:article_id=248259; siehe auch zum Volksbegehren in Brandenburg 2015/16 <https://www.volksbegehren-massentierhaltung.de/>.

6 A. Balmann/J. Bauhus/R. Birner/W. Bokelmann/O. Christen/S. Entenmann/M. Gauly/H. Grethe/U. Knierim/U. Latacz-Lohmann/J. Martinez/H. Nieberg/M. Qaim/A. Spiller/F./B.-A. Tenhagen/P. Weingarten, Wege zu einer gesellschaftlich akzeptierten Nutztierhaltung. Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats für Agrarpolitik beim Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft. Berichte über Landwirtschaft, Sonderheft 221, Berlin 2015, S. 269.

7 J. Lassen/P. Sandoe/B. Forkman, Happy pigs are dirty! Conflicting perspectives on animal welfare. In: *Livestock Science* 103 (2006), S. 221–230; M. Kayser/J. Böhm/A. Spiller, Zwischen Markt und Moral - Wie wird die deutsche Land- und Ernährungswirtschaft in der Gesellschaft wahrgenommen?, in: *Schriften der Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften des Landbaues e.V.*, Bd. 47 (2012), S. 329–341.

8 Wissenschaftlicher Beirat BMEL (Fn. 6).

9 Siehe die beschränkte Behandlung des Themas im Agrarpolitischen Bericht der Bundesregierung 2015, Rn. 52, S. 15.

A. Die Nutztierhaltung in Deutschland

I. Statistische Erfassung

Die Nutztierhaltung ist ein elementares Standbein der deutschen Landwirtschaft. Über 70 % aller Betriebe halten Nutztiere. Nach Angaben des Statistischen Bundesamtes halten 49 % aller Betriebe Rinder. Die Rinderhaltung erfolgt meist spezialisiert als Milchvieh-, Mast- oder Mutterkuhbetrieb (30 %). 20 % der landwirtschaftlichen Betriebe halten Legehennen, 18 % halten Schweine.¹⁰ Im letzten Jahrzehnt ist die Schweine- und Geflügelfleischproduktion sehr stark angestiegen. So hat sich die Produktion von Schweinefleisch seit 1999 um 1,03 Mio. t, also um knapp 26 % (WBA) erhöht, die Geflügelfleischproduktion hat sich in diesem Zeitraum sogar verdoppelt (+0,85 Mio. t), während die Rindfleischproduktion dagegen um 21 % gesunken ist (-0,28 Mio. t). Deutschland ist in der EU-27 mit Anteilen von etwas über 20 % der größte Schweinefleisch- und Milcherzeuger und mit 15 % bzw. 13 % der zweitgrößte Erzeuger von Rind- und Geflügelfleisch. In den letzten Jahren kamen zwischen 54 und 60 % der landwirtschaftlichen Verkaufserlöse in Deutschland aus der Nutztierhaltung¹¹.

Wie alle anderen Bereiche der Landwirtschaft unterliegt die Nutztierhaltung in Deutschland einem erheblichen Strukturwandel, der durch die Elemente Höfesterben, Konzentrationsprozesse und die zunehmende Industrialisierung der Landwirtschaft geprägt ist. In den vergangenen 15 Jahren haben bis zu 80 Prozent der Betriebe bzw. Bauernhöfe die Tierhaltung aufgegeben, während gleichzeitig bundesweit bis zu 50 Prozent mehr Fleisch produziert wird.¹² Ob diese Produktion der Versorgung der einheimischen Bevölkerung dient, kann mangels einer empirischen Erfassung und der Vielzahl der europäischen und internationalen Handelsströme nicht festgestellt werden. Im Lichte des inländischen Fleischkonsums kann jedoch vermutet werden, dass sie wesentlich zur Versorgung beiträgt: So verzehren durchschnittliche deutsche Verbraucher/-innen im Laufe ihres Lebens nach Schätzungen pro Person rund 1.094 Tiere: 4 Rinder und Schafe, 12 Gänse, 37 Enten, 46 Schweine, 46 Puten sowie 945 Hühner.¹³

10 Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2014. Wiesbaden. https://www.destatis.de/DE/Publikationen/StatistischesJahrbuch/StatistischesJahrbuch2014.pdf?__blob=publicationFile, S. 489ff.

11 Der Betrag lässt sich mangels vollständiger Datenerfassung nicht eindeutig ermitteln; er liegt zwischen 20 und 25 Mrd. € (Quelle: Statistisches Bundesamt, <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/323418/umfrage/umsatz-in-der-tierhaltung-in-deutschland-nach-segmenten/>).

12 Angaben aus C. Chemnitz/Heinrich-Böll-Stiftung/BUND, Fleischatlas, Berlin 2016, allgemein zum Strukturwandel W. Klohn/ A. Voth, Agrargeographie, Darmstadt 2011, S. 78- 84; der Strukturwandel in der Tierhaltung in Deutschland ist insbesondere im Hinblick auf die Milchviehhaltung im Lichte des Auslaufens der Milchquote untersucht worden: S. Nier/ H. Bäurle/ C. Tamasy, Die deutsche Milchviehhaltung im Strukturwandel, Vechta 2013; H. Bäurle, Strukturwandlungen in der deutschen Milchkuhhaltung zwischen den Jahren 1992 und 2007, Vechta 2010.

13 Heinrich-Böll-Stiftung/BUND, Fleischatlas 2013, Berlin 2013, S. 21.

II. Die Defizite im Bereich der landwirtschaftlichen Nutztierhaltung

Die landwirtschaftliche Nutztierhaltung leidet trotz der aufgezeigten Weiterentwicklung in Bezug auf die Ressourceneffizienz weiterhin unter erheblichen Defiziten vor allem im Bereich Tierschutz. Maßstab für die Beurteilung des aktuellen Stands des Tierschutzes in diesem Sektor sind auf europäischer Ebene vorrangig die wissenschaftlichen Untersuchungen und Berichte des Panel on Animal Health and Welfare (AHAW)¹⁴ der European Food Safety Authority (EFSA).¹⁵

Auf Bundesebene findet sich hingegen keine staatliche Erfassung von Tierschutzproblemen in der Landwirtschaft.¹⁶ Dem gegenüber finden sich Ansätze auf Landesebene, die vom Tierschutzplan Niedersachsens ausgegangen¹⁷ und nunmehr auch von anderen Bundesländern übernommen worden sind.¹⁸ In diesen Tierschutzplänen oder -konzepten werden bedeutsame Tierschutzprobleme zusammengefasst, die in Gesprächen mit Vertretern von Interessengruppen und Fachexperten erkannt worden sind. Der Tierschutzplan Niedersachsens konkretisiert für 12 Tierarten bzw. Nutzungsgruppen rund 40 tierschutzrelevante Schwerpunktthemen. Die benannten Themen stimmen im Wesentlichen mit denen der EFSA-Berichte überein. Damit ist aber nur der Teil der Problembereiche erfasst, die als besonders erheblich und/oder gesellschaftlich besonders relevant angesehen werden.¹⁹ Aus diesem Grunde ist festzuhalten, dass angesichts der Vielzahl problematischer Bereiche in der Nutztierhaltung eine vollständige Auflistung aller Themen nicht möglich ist. Zugleich handelt es sich bei einem sehr großen Teil der Tierschutzprobleme um multifaktoriell bedingte Erkrankungen oder Verhaltensstörungen, die zeitlich und örtlich in mehreren Stufen der Haltung (z. B. Aufzucht- und Produktionsphase) angesiedelt sind. Schließlich ist zu unterstreichen, dass im Folgenden nur empirisch

14 Früher Scientific Committee on Animal Health and Welfare oder Scientific Veterinary Committee.

15 Das AHAW hat wesentlich zur Erreichung einer standardisierten Methodik für die Bewertung des Tierschutzes beigetragen. So hat es im Januar 2012 (einheitliche) Leitlinien zur Risikobewertung im Bereich des Tierschutzes verabschiedet. In zwei Gutachten aus dem Jahr 2012 hat es zugleich einen ersten Ansatz für die Entwicklung einheitlicher Tierschutzindikatoren entwickelt, die bei der Entscheidungsfindung hinsichtlich akzeptabler Bedingungen für landwirtschaftliche Nutztiere helfen und zur Untermauerung von Überwachungs- und Kontrollprogrammen auf Ebene der landwirtschaftlichen Betriebe verwendet werden sollen, um Standards für Tiergesundheit und Tierschutz zu gewährleisten sowie die Kontrolle von Krankheiten zu unterstützen (<http://www.efsa.europa.eu/de/topics/topic/animalwelfare>).

16 Siehe die Untersuchungen von T. Blaha/T. Richter, Tierschutz in der Nutztierhaltung, Deutsches Tierärzteblatt 8/2011, S. 1028 (1028f.).

17 Niedersächsisches Ministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Tierschutzplan Niedersachsen. 2011.

18 Mecklenburg-Vorpommern (Tierschutzkonzept), Brandenburg (Tierschutzplan).

19 Wissenschaftlicher Beirat BMEL (Fn. 6), S. 176; A. Spiller/M. Kayser/J. Böhm, Unternehmerische Landwirtschaft zwischen Marktanforderungen und gesellschaftlichen Erwartungen in Deutschland aus Sicht der Landwirtschaft, in: Schriften der Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften des Landbaues e.V., Bd. 47, 2012, S. 11-22.

häufig festgestellte Defizite aufgelistet werden, ohne zu suggerieren, dass sie in allen Betrieben auftreten.

1. Defizitäre Haltungsformen

Defizitäre Haltungsformen finden sich in den Bereichen der Rinderhaltung (Milchkühe, Mastrinder und -kälber), der Schweinehaltung sowie der Mast- und Legehennen. Die Rinderhaltung weist erhebliche Tierhaltungsprobleme auf bei den äußeren Rahmenbedingungen (Bodenbeschaffenheit, Raumangebot, Dimensionierung und Gestaltung der Ställe, insbesondere von Liege- und Fressplätzen, Weidezugang) und beim Tierhaltungsmanagement (Strukturgehalt und Energiedichte der Fütterung, Häufigkeit von Umgruppierungen, Anbindehaltung²⁰, Wasserzugang, wiederkäuergerechte Fütterung sowie bei Schmerzbehandlungen).²¹

Vergleichbar liegen die Probleme in den äußeren Rahmenbedingungen der Schweinehaltung (Liegeplatz- und Bodenbeschaffenheit, Platzangebot, Stallklima, Lärm, Beschäftigungs- und Abkühlungsmöglichkeiten,) sowie beim Management (Umgruppierungen, Futterangebot für Sauen, Fixierung ferkelführender Sauen).²²

Diese Probleme sind tierschutzrelevant aufgrund der pathologischen Folgen, die sie bei den Tieren verursachen. Dazu gehören Haut-, Gelenk-, und Klauenverletzungen, Infektionserkrankungen, Lahmheiten und Fundamentprobleme sowie Schmerzen durch Eingriffe wie Kastration, Schwanzkürzen oder Nasenringe. Daneben lösen sie erhebliche Verhaltensstörungen aus (Schwanzbeißen, Kannibalismus, Stereotypien, Aggressivität).²³

Eine Spiegelung dieser Probleme findet sich im Bereich Geflügel. Typische Defizite sind eine zu hohe Besatzdichte, ein nicht tierartgerechtes Design der Haltungssysteme sowie die Luft- und Einstreuqualität, die beschränkte Zugänglichkeit der Tränken, das fehlende Reizangebot sowie die eingeschränkten Verhaltensmöglichkeiten

20 K. Köpernik, Zum aktuellen Stand der Anbindehaltung bei Rindern in Deutschland, AuR 2011,S. 429f.

21 Zu den Tierschutzproblemen bei der Rinderhaltung: EFSA, Scientific opinion on the welfare of cattle kept for beef production and the welfare in intensive calf farming systems. Panel on Animal Health and Welfare (AHAW), EFSA Journal 2669:1-166; zu den Tierschutzproblemen bei der Haltung von Milchkühen: EFSA, Scientific opinion of the Panel on Animal Health and Welfare on a request from the Commission on the risk assessment of the impact of housing, nutrition and feeding, management and genetic selection on behaviour, fear and pain problems in dairy cows, EFSA Journal 1139:1-68 sowie die Folgeberichte Journal 1140:1-75, Journal 1141:1-60, Journal 1142:1-57; Journal 1143:1-38.

22 Zu den Tierschutzproblemen bei der Schweinehaltung: EFSA, Scientific opinion of the Panel on Animal Health and Welfare on a request from the Commission on Animal health and welfare aspects of different housing and husbandry systems for adult breeding boars, pregnant, farrowing sows and unweaned piglets, EFSA Journal 572:1-13 sowie die Folgebeiträge Journal 564:1-14 und Journal 611:1-13;.

23 EFSA (Fn. 17).

bezüglich Nahrungssuche, Sandbaden, Aufbaumen und Eiablage.²⁴ Die Folgen sind Kontaktdermatitiden, Atemwegserkrankungen, stoffwechselbezogene Erkrankungen, Knochenbrüche sowie Verhaltensstörungen durch Federpicken sowie schließlich Kannibalismus. Eine Besonderheit im Geflügelbereich sind die pathologischen Folgen spezifischer Zuchtlinien durch eine genetisch bedingte zu hohe Wachstumsgeschwindigkeit bei einem unverhältnismäßig großem Brustmuskelannteil (Masthennen) und durch Osteoporose - ähnliche Folgewirkungen (insbesondere Knochenbrüche) aufgrund des Kalkentzugs in Folge hoher Legeleistungen.²⁵

2. Defizitäre Eingriffe

Kurative Eingriffe in die körperliche Integrität der Nutztiere sind in Folge der Haltungsbedingungen unerlässlich und stellen aus dem Blickwinkel des Tierwohls keine relevanten Probleme dar. Problematisch erweisen sich indes die nicht-kurativen Eingriffe an landwirtschaftlichen Nutztieren. Nicht-kurative Eingriffe sind operative und schmerzhaft Manipulationen an Tieren, die dem Zweck dienen, das Management zu erleichtern, das Risiko für Verletzungen von Tieren und Menschen zu vermindern oder andere Produktqualitäten zu erreichen.²⁶ So wird die Kastration von Ferkeln in der Schweinemast routinemäßig durchgeführt, um den Ebergeruch im Fleisch zu vermeiden.²⁷ Bis Ende 2018 erfolgt üblicherweise diese Kastration ohne den Einsatz von Betäubungs- und Schmerzmitteln.

Nach §§ 5 und 6 TierschG sind nicht-kurative Eingriffe bei Wirbeltieren, die mit der Zerstörung von Gewebe einhergehen, grundsätzlich verboten („Amputationsverbot“). Gleichzeitig sind Schmerzausschaltung und -behandlung bei schmerzhaften Eingriffen vorgeschrieben (§ 5 Abs. 1 S. 1). Es gibt allerdings eine Reihe von Ausnahmetatbeständen sowohl vom „Amputationsverbot“ als auch von der Betäubungspflicht, insbesondere für die landwirtschaftliche Nutztierhaltung (u.a. § 5 Abs. 3 und § 6 Abs. 3). Dazu gehören prinzipiell unter bestimmten Altersbeschränkungen neben der Tierkennzeichnung durch Ohrmarken, Tätowierung, Chip oder beim Pferd Brand, das Zerstören der Hornanlagen bei Rindern, das Kastrieren von Ebern, Bullen und Böcken, das Schwanzkürzen bei Ferkeln, Lämmern und Kälbern, das Abschleifen der Eckzähne von Ferkeln, das Abschneiden des krallentra-

24 Zur sog. Kleingruppenhaltung siehe B. Hörning, Beurteilung der Tiergerechtigkeit der ‚Kleingruppenhaltung‘ von Legehennen, Gutachten 2009, abrufbar unter <https://mulewf.rlp.de/ar/themen/tiere-und-tierwohl/tierschutz/nutztiere/>.

25 Zu den Tierschutzproblemen bei Masthühnern: I. de Jong/C. Berg/A. Butterworth/I. Estevez, Scientific report updating the EFSA opinions on the welfare of broilers and broiler breeders, Supporting publications 2012: EN-295, <http://www.efsa.europa.eu/de/supporting/doc/295e.pdf>. Zu den Problemen bei Legehennen EFSA, Scientific opinion of the Panel on Animal Health and welfare on a request from the Commission related to the welfare aspects of various systems of keeping laying hens, EFSA Journal 2005 197:1-23.

26 Wissenschaftlicher Beirat (Fn. 6), S. 98.

27 S. Ebschke/E. Borell/M. Weber, Beurteilung der Tiergerechtigkeit der Ebermast mit intakten und gegen Ebergeruch geimpften Ebern, Züchtungskunde 86 (2014), Heft 5/6, S. 342-357 (343).

genden letzten Zehengliedes bei Zuchtmasthahnküken und das Schnabelkürzen bei Nutzgeflügel.

In welchem Umfang von diesen Ausnahmenbestimmungen Gebrauch gemacht wird, ist kaum zu ermitteln. Untersuchungen auf der Grundlage von Expertenbefragungen haben ergeben, dass in Deutschland mindestens etwa 80 % aller Milchkühe enthornt werden und weniger als 2 % genetisch hornlos sind. Dabei werden auch noch in geringem Umfang tatsächlich Hörner entfernt und nicht die Hornanlagen zerstört.²⁸

3. Die quantitative Dimension der Defizite in der landwirtschaftlichen Nutztierhaltung

Weder auf europäischer noch auf Bundes- wie auch auf Landesebene liegen Erkenntnisse auf der Grundlage standardisierter Werte über die quantitative Dimension der Defizite in der landwirtschaftlichen Nutztierhaltung vor.²⁹ Daher kann man sich dieser Dimension nur anhand punktueller Untersuchungen der Tierarten annähern.

Ca. 1/3 der Milchkühe wiesen bei diesen Untersuchungen Lahmheitsprävalenzen sowie Anzeichen einer Euterentzündung auf. Häufigste Erkrankungsursachen der Kälber sind solche des Atemtraktes (54,7 % aller Diagnosen) und des Verdauungstraktes (30,8 %).³⁰

Bei den hauptsächlichen Gesundheitsproblemen in der Mastbullenhaltung werden bezüglich Schwanzspitzenveränderungen (Nekrosen, Entzündungen) nach verschiedenen Untersuchungen Zahlen von 50 bis 90 % veränderter Schwanzspitzen bei Schlachtbullen aus Haltung mit Vollspaltenboden angegeben.³¹

28 G. Cozzi/ P. Prevedello /A. Bouka/ C. Winckler/U. Knierim / O. Pentelescu /I. Windig/L. Mirabito/ F. Kling Eveillard/A. Dockes/ I. Veissier/A. Velarde/C. Fuentes/A. Dalmau, Report on the assessment of dehorning practices across EU member states. Deliverable D.2.1.1, Alternatives to castration and dehorning (ALCASDE), http://ec.europa.eu/food/animal/welfare/farm/docs/calves_alcasde_D-2-1-1.pdf.

29 Wissenschaftlicher Beirat (Fn. 6), S. 102.

30 A. Fröhner/ K. Reiter, Ursachen von Kälberverlusten bei Milchvieh und Möglichkeiten zur Reduzierung, Literaturstudie für ein Forschungsprojekt. Schriftenreihe der Bayerischen Landesanstalt für Landwirtschaft, Freising 2005, http://www.lfl.bayern.de/mam/cms07/publikationen/daten/schriften/eihe/p_19795.pdf.

31 F. Zerbe/C. Mayer/J. Kjaer, Spaltenbodenqualitäten und Flächenangebot auf das Vorkommen von Verletzungen der Schwanzspitze und am Integument bei Mastbullen. KTBL-Schrift 2008, 471, S. 47 ff.; vgl. T. Richter, Krankheitsursache Haltung. Beurteilung von Nutztierställen - Ein tierärztlicher Leitfaden. Enke-Verlag, Stuttgart 2006.

Im Bereich der Schweinehaltung fällt im organisch-pathologischen Feld quantitativ der Ferkelverlust auf (14 bis 15 %).³² Die bedeutsamste Verhaltensstörung ist das Schwanzbeißen.³³

Etwa 20 % aller zur Schlachtung angelieferten Masthühner weisen erhebliche Fußballenveränderungen auf. Nur bei etwa einem Drittel der Tiere sind die Fußballen zum Zeitpunkt der Schlachtung unverändert³⁴. Die Mortalitätsraten von Legehennen schwanken erheblich (1,1 bis 35,3 %) zwischen sowie innerhalb verschiedener Haltungsformen und -systeme bzw. -verfahren, da sie sehr stark durch die Qualität des Managements sowie die genutzten Genotypen bestimmt werden³⁵. Des Weiteren erleiden durchschnittlich 53 % aller Legehennen während der Legeperiode mindestens einen Bruch.³⁶

4. Die Verortung der Tierschutzprobleme

Die Defizite in der landwirtschaftlichen Nutztierhaltung können weder regional, noch einer Betriebsform noch einer Betriebs-, Bestands- oder Gruppengröße zugeordnet werden.³⁷ Insbesondere der in der öffentlichen Diskussion mit dem Stichwort „Massentierhaltung“³⁸ und „industrielle Tierhaltung“ vielfach hergestellte enge Zusammenhang zwischen der Größe von Tierhaltungsbetrieben, d. h. der Zahl an Tieren in einem Stall und dem Tierschutzniveau, ist empirisch nicht belegbar. Hierzu bestehen eine Vielzahl von Theorien in der Tierhaltungswissenschaft: Von der Professionalisierungsthese, nach der mit dem Wachstum und der Spezialisierung der Betriebe Kompetenzvorteile einhergehen, die ausgeprägter sein können als etwaige größenbedingte Nachteile bis zur sog. Small is beautiful-These, nach der eine multifunktionale Ausrichtung, kleinräumige Zusammenhänge, eine hohe Motivation und die größere Kompetenz des Betriebsleiters/-leiterin sowie der mitarbeitenden Familienmitglieder für Vorteile kleinerer Familienbetriebe ohne angestellte Arbeitskräfte sorgen können.³⁹ Jedoch ist im Ergebnis die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der möglichen kausalen Beziehung zwischen Tier-

32 S. Welp, Untersuchungen zur Reduzierung der Ferkelverluste und zur Verbesserung der täglichen Zunahmen der Ferkel bei hochfruchtbaren Sauen, Gießen 2014, S. 107.

33 EFSA, Scientific opinion of the Panel on Animal Health and Welfare on a request from the Commission on the risks associated with tail biting in pigs and possible means to reduce the need for tail docking considering the different housing and husbandry systems, EFSA Journal 2007 611: 1-13.

34 S. Petermann, Aktuelle Probleme in der Haltung von Masthühnern, Amtstierärztlicher Dienst und Lebensmittelkontrolle: Fleischhygiene, Tierschutz, Tiergesundheit, Tierarzneimittel. Bd. 17 (2010), S. 251f.

35 D. Weitzenbürger/A. Vits, H. Hamman/O. Distl, Effect of furnished small group housing systems and furnished cages on mortality and causes of death in two layer strains, British Poultry Science 46 (2005), S. 553–559.

36 V. Sandilands, The laying hen and bone fractures. The Veterinary Record 169 (2011), S. 411-412.

37 Wissenschaftlicher Beirat (Fn. 6), S. 109-115.

38 Hierzu M. Kayser/ K. Schlieker/A. Spiller, Die Wahrnehmung des Begriffs „Massentierhaltung“ aus Sicht der Gesellschaft, in Berichte über Landwirtschaft 90 (2012), H. 3, S. 418ff.

39 Wissenschaftlicher Beirat (Fn. 6), S. 110f.

schutz und Bestandsgröße insbesondere auf empirischer Ebene vor allem angesichts der Relevanz des Arguments im öffentlichen Diskurs sehr gering.

B. Die Nutztierhaltung in der ethischen und gesellschaftlichen Kritik

Die landwirtschaftliche Tierhaltung steht aufgrund ihrer weitgehenden Ausrichtung auf Fleischproduktion unter einem besonderen ethischen Rechtfertigungsdruck. Die meisten ethisch begründeten Ernährungstabus beziehen sich auf das Essen von Fleisch.⁴⁰ Rechtliche Wertungen stehen regelmäßig in einem ausdrücklichen ethischen Kontext.⁴¹ So beginnt im Januar 2016 der Generalanwalt Nils Wahl seinen Schlussantrag zu einem tierschutzrelevanten Fall mit folgenden Worten: „Einem geläufigen, ungesichert Mahatma Gandhi zugeschriebenen Sprichwort zufolge lassen sich die Größe und der moralische Fortschritt einer Nation daran messen, wie sie ihre Tiere behandelt. Wenn dies zutrifft, dann verdient die vorliegende Rechtssache besondere Aufmerksamkeit.“⁴² Auch das Tierschutzgesetz unterstreicht seinen pathozentrischen Ansatz bereits in § 1 S. 1, indem es die Verantwortung des Menschen für das Tier als Mitgeschöpf unterstreicht, die es gebietet, dessen Leben und Wohlbefinden zu schützen.⁴³ Das BVerfG hat 1999 die Hennenhaltungsverordnung unter anderem mit der Begründung für nichtig erklärt, die Käfige ermöglichten den Tieren nicht die Befriedigung von Grundbedürfnissen. Das Tierschutzgesetz verpflichte den Ordnungsgeber auf die Vorstellungen eines ethisch begründeten Tierschutzes und kann nicht als Minimalprogramm entwickelt werden.⁴⁴ Vielmehr müsse er diesen begründeten Tierschutz bis an die Grenze des Übermaßverbots fördern.⁴⁵

Im fachwissenschaftlichen Ethikdiskurs haben in den letzten Jahren die Forderungen nach einem höheren Tierschutzniveau erheblich an Bedeutung gewonnen.⁴⁶

40 C. Discherl, Fleischkonsum und Tierhaltung in der aktuellen gesellschaftsethischen Debatte, Berichte über Landwirtschaft 91 (2013), S. 1; H. Grimm, Ethik in der Nutztierhaltung. Der Schritt in die Praxis, in: Grimm, H./Otterstedt, C. (Hrsg.): Das Tier an sich. Disziplinenübergreifende Perspektiven für neue Wege im wissenschaftsbasierten Tierschutz, Göttingen 2012, S. 276-296.

41 R. Binder, Beiträge zu aktuellen Fragen des Tierschutz- und Tierversuchsrechts, Baden-Baden 2010, S. 23.

42 EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts Nils Wahl vom 21. Januar 2016, Rs. C 469/14 - Masterrind GmbH gegen Hauptzollamt Hamburg-Jonas, ECLI:EU:C:2016:47.

43 A. Hirt/C. Maisack/J. Moritz, TierschG, 3. Aufl., München 2016, Einf. Rn. 24.

44 BVerfG, Urteil vom 6. 7. 1999 - 2 BvF 3/90, BVerfGE 101,1 Rn. 110.

45 BVerfG, Urteil vom 6. 7. 1999 - 2 BvF 3/90, BVerfGE 101,1, Rn. 111.

46 Papst Franziskus, Enzyklika Laudato si, 2015, Rn. 92; K. Remele, Die Würde des Tieres ist unantastbar: eine neue christliche Tierethik, Kevelaer 2016; P. Kunzmann, Wandel in Mensch-Tier-Beziehungen in: Rundschau für Fleischhygiene und Lebensmittelüberwachung, Bd. 68 (2016), 1, S. 12f. H. Sezgin, Artgerecht ist nur die Freiheit München 2015; C. Wustmans, Tierethik als Ethik des Artenschutzes: Chancen und Grenzen, Stuttgart 2015; J.-C. Wolf, Tierethik: "Menschenrechte, Tierrechte", Frankfurt/M. 2015; D. Ryan, Animal theory: a critical introduction, Edinburgh 2015; M. Rosenberger, Der Traum vom Frieden zwischen Mensch und Tier: eine christliche Tierethik, München 2015; A. Crary, Inside ethics: on the demands of moral thought, Cambridge, Mass. 2015.

Ob dieses auch mit einem Wandel in den ethischen Vorstellungen der Gesellschaft einhergeht, ist hingegen nicht ausreichend empirisch untersucht worden. Eine der wenigen Untersuchungen stammt von der Senatskommission für tierexperimentelle Forschung der DFG aus dem Jahr 2004.⁴⁷ In ihrem Bericht hat die Kommission ein Spannungsfeld in der modernen Gesellschaft zwischen gemäßigt anthropozentrischer und abgeschwächt biozentrischer Positionen gesehen. Dieses führt dazu, dass im Allgemeinen zwar die Leidensfähigkeit der Tiere und ihr Recht auf Schutz vor vermeidbaren Schmerzen durchgängig anerkannt sind, gleichwohl eine Sonderposition des Menschen und eine Abstufung der Schutzwürdigkeit verschiedener Tierarten wahrgenommen werden.⁴⁸

Erkennbar nimmt die Diskussion um moralische Aspekte der Nutzung von Tieren aber seit einigen Jahren deutlich zu. Insbesondere in nordwesteuropäischen Ländern wie Skandinavien, Großbritannien, den Benelux-Staaten, Österreich, der Schweiz und Deutschland gibt es ausgeprägte gesellschaftliche Diskussionen um Tier- und Umweltschutz in der Nutztierhaltung,⁴⁹ oft verbunden mit Fragen der Ressourcenverteilung und der kritischen Bewertung von Massenkonsum und Massentierhaltung.⁵⁰ Die Forderungen zielen auf eine Umkehr der Orientierung der Tierhaltung von der ausschließlichen Fixierung auf Leistungssteigerung hin zu einer zum Teil religiös begründeten ökologischen bzw. Schöpfungsverantwortung.⁵¹ Moralische Reflektionen zu Tierhaltung und Konsum tierischer Produkte haben häufig religiöse Bezüge. Jedoch treten zunehmend andere gesellschaftliche Strömungen und Weltauffassungen gleichwertig neben diese zunächst religiöse Begründung, die das Töten von Tieren ablehnt und daher für eine vegetarische Ernährungsweise optiert. Schließlich greifen auch ganz pragmatische Gründe für einen derartigen Wertewandel: dazu gehört vorrangig eine Entfremdung von der landwirtschaftlichen Produktion. Sie ist bedingt durch die Strukturen moderner konventioneller Tierhaltung, die gekennzeichnet ist durch hohe Kapitalintensität, wachsende Betriebsgröße, abgeschirmte Stallhaltung, Arbeitsteilung, hohen Züchtungsfortschritt und eine Entkopplung von der Futtergrundlage. Hinzu tritt die Entfremdung durch eine zunehmende Urbanisierung, die Sorge um die Gesundheit

47 *Senatskommission für tierexperimentelle Forschung*, Tierversuche in der Forschung. DFG, Bonn. http://www.dfg.de/download/pdf/dfg_im_profil/geschaeftsstelle/publikationen/dfg_tierversuche_030304.pdf.

48 *Senatskommission für tierexperimentelle Forschung* (Fn. 39), S. 28.

49 A. Steiger, Tierschutz zwischen Ethik und Profit - Wandlungen der Mensch-Tier-Beziehungen in den letzten Jahrzehnten, Tagungsbericht DVG-Tagung „Verhaltenskunde, Tierhaltung und Tierschutz“ 12.-14. April 2007, München, DVG Service GmbH, S. 59-79; W. Verbeke, Stakeholders, citizens and consumer interest in farm animal welfare. In: *Animal Welfare* 18 (2009), S. 325-333; zur Schweiz D. Richter, Die Würde der Kreatur, *ZaöRV* 2007, 319 (328ff.).

50 C. Discherl (Fn. 33), S. 11.

51 A. Reller/H. Holdingshausen, Wir konsumieren uns zu Tode. Warum wir unseren Lebensstil ändern müssen, wenn wir überleben wollen, Frankfurt /M. 2011.

als Folge von Fleischskandalen sowie eine steigende Relevanz der Medienberichterstattung.⁵²

Einen gesellschaftlichen ethischen Ansatz verfolgt die Perspektive vom „New Deal“. Sie beruht auf dem kontrakttheoretischen Argument „*Wenn Tiere für unser Essen sterben müssen, sollen sie vorher gut gelebt haben*“.⁵³ In einer aktuellen Umfrage stimmten 85,2 % der Befragten dieser Wertung zu.⁵⁴ Der „New Deal“ - Ansatz bietet damit als eine Art impliziten Vertrag der Gesellschaft mit dem Tier eine Lösung für das moralische Dilemma, mit dem die Nutzung der Tiere und insbesondere der Fleischkonsum heute verbreitet verknüpft ist. Die dargelegten Defizite in der Tierhaltung gefährden jedoch diesen „New Deal“, was zu heftigen Abwehrreaktionen gegen die Verursacher, zuletzt jedoch gegen den gesamten Sektor und auch die nicht tierhaltende Landwirtschaft führt.

C. Die Defizite des Tierschutzrechts

Diesem Wertewandel und der damit verbundenen gesellschaftlichen Kritik muss sich das Recht stellen, da wesentliche Defizite im Tierschutz bei landwirtschaftlichen Nutztieren auf Steuerungsfehler des Rechts zurückzuführen sind. Diese setzen zunächst bereits in der gesetzlichen Ausformung des Tierschutzrechts an und setzen sich sodann im Vollzug durch die Verwaltung und die Gerichte fort.

I. Der normative Reformbedarf

Die normative Ausformung des Tierschutzrechts in Deutschland ist aus fünf Gründen defizitär: 1. Sonderregelung für Nutztiere; 2. Erhöhung der Tierschutzstandards 3. Wechsel auf tierbezogene Kriterien 4. Schaffung objektiver Eingriffsvoraussetzungen; 5. Beachtung des Parlamentsvorbehalts und 6. die Entwicklung eines differenzierten Katalogs an Sanktionsregelungen.

1. Sonderregelung für Nutztiere

Der Schutz landwirtschaftlicher Nutztiere bedarf eines gesonderten Kapitels im Tierschutzgesetz. Bislang finden sich eine Reihe von Bestimmungen, die als Ausnahmeregelungen abweichende Regelungen zulassen, die regelmäßig den Tierschutzstandard von Nicht-Nutztieren reduzieren.⁵⁵ Diese Regel-Ausnahme-Struktur geht dabei von der Prämisse aus, dass die Tierschutzstandards für Nutztiere genauso anwendbar sind wie für Nicht-Nutztiere. Dabei übersieht der Gesetzgeber,

52 M. Kayser/ J. Böhm/ A. Spiller, Die Agrar- und Ernährungswirtschaft in der Öffentlichkeit Eine Analyse der deutschen Qualitätspresse auf Basis der Framing-Theorie, in: Yearbook of Socioeconomics in Agriculture 2011, S. 59-83.

53 A. Zühlsdorf/ S. Kühl/ S. Gauly/ A. Spiller, (Fn. 4), S. 16; siehe die Beiträge in M. S. Dawkins/ R. Boney (Hrsg.), The Future of Animal Farming - Renewing the Ancient Contract; New York 2008.

54 A. Zühlsdorf/ S. Kühl/ S. Gauly/ A. Spiller, (Fn. 4), S. 16.

55 Siehe zum Bereich der Tierhaltung und Eingriffe § 2a Abs. 1, 5 Abs. 3 und 4; § 6 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 TierschG.

dass in einer marktwirtschaftlich orientierten Tierhaltung Besonderheiten gelten, die auf die Gruppenhaltung zurückzuführen sind und der Sicherung der Tiergesundheit und der Lebensmittelhygiene dienen. Zugleich verhindert die fehlende durchgehende Kategorisierung, einen umfassenden positiven Verhaltens- und Pflichtenkatalog für den Tierhalter zu formulieren. Stattdessen hat sich der Gesetzgeber auf Generalklauseln zurückgezogen, die ein Übermaß an Wertungswidersprüchen auslösen⁵⁶ und die – wie noch darzulegen sein wird – den Vollzug erheblich schwächen.

Dabei liegt eine formelle Kategorisierung im Tierschutzrecht nahe, soweit sie keinen ethischen Wertungsunterschied impliziert, so wie sie dem Europäischen Übereinkommen zum Schutz von Tieren in landwirtschaftlichen Tierhaltungen⁵⁷ zugrunde liegt.⁵⁸ Das TierschG geht zwar zunächst von einem einheitlichen Tierbegriff und damit einer einheitlichen Schutzsphäre aus, jedoch unterscheidet bereits das TierschG implizit beide Kategorien. So erwähnt das Tierschutzgesetz punktuell das Nutztier als Kategorie und ermächtigt den Ordnungsgeber zur detaillierten Regelung.⁵⁹ Eine ausdrückliche Definition findet sich indes in § 2 Nr. 1 TierSch-NutztV.⁶⁰ Danach sind Nutztiere alle warmblütigen Wirbeltiere, die zur Erzeugung von Nahrungsmitteln, Wolle, Häuten oder Fellen oder zu anderen landwirtschaftlichen Zwecken gehalten werden oder deren Nachzucht zu diesen Zwecken gehalten werden soll. Umfasst werden damit alle Säugetiere und Vögel. Unter diese Definition von „Nutztiere“ fallen auch Pelztiere, obwohl sie nach dem TierSchG mangels Domestikation eher den Wildtieren zuzuordnen sind.

Das Konzept des Nutztieres selbst impliziert damit die wirtschaftliche Nutzung der Tiere. Die Nutzung der Tiere umfasst die Haltung, Eingriffe in die körperliche Integrität, den Transport und auch die Schlachtung. Damit wird deutlich, dass Nutztiere kraft ihrer funktionellen Definition zunächst Betriebsmittel sind, die der landwirtschaftlichen Nutzung dienen. Die genannten Grundnutzungsformen der Nutztiere bedürfen daher grundsätzlich keiner spezifischen gesetzlichen Rechtfertigung oder Erlaubnis.⁶¹ Diese Reduzierung des Tieres auf die Funktion als Güterlieferant

56 R. Binder, (Fn. 39), S. 41.

57 Europäisches Übereinkommen zum Schutz von Tieren in landwirtschaftlichen Tierhaltungen vom 10. März 1976, ETS Nr. 87; Änderungsprotokoll zu dem Europäischen Übereinkommen zum Schutz von Tieren in landwirtschaftlichen Tierhaltungen vom 6. Feb. 1992, ETS Nr. 145.

58 Siehe hierzu in Ansätzen die Definition von landwirtschaftlichen Nutztieren in § 4 Nr. 6 Tierschutzgesetz Österreichs (BGBl. I Nr. 118/2004), zuletzt geändert in BGBl. I Nr. 80/2013.

59 § 5 Abs. 3 Nr. 7 lit. e); § 7a Abs. 1 Nr. 2 lit. c); § 11 Abs. 1 Nr. 5, Nr. 8 lit. a); § 11 Abs. 8; § 13a Abs. 1, Abs. 2; § 16 Abs. 1 Nr. 1; § 16 Abs. 7; § 21 Abs. 5 Nr. 2 TierschG.

60 Verordnung zum Schutz landwirtschaftlicher Nutztiere und anderer zur Erzeugung tierischer Produkte gehaltener Tiere bei ihrer Haltung, in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. August 2006 (BGBl. I S. 2043), zuletzt geändert durch Verordnung vom 14. April 2016 (BGBl. I S. 758).

61 Anders hingegen J. Caspar, Der vernünftige Grund im Tierschutzgesetz, NuR 1997, 577 (580), nach dem diese Maßnahmen ebenso rechtfertigungsbedürftig sind.

mag bislang mit guten Gründen als moralisch fragwürdig angesehen werden; sie ist aber tierschutzgesetzkonform und -geboten.⁶² Derzeit wird diese Perspektive jedoch zunehmend mit dem Argument bestritten, es bestünde kein vernünftiger Grund mehr im Sinne des § 1 S. 2 TierschG zur landwirtschaftlichen Nutztierhaltung.⁶³ Zudem widerspräche es einer als Prämisse zugrunde gelegten Würde des Tieres, das Tier zum Objekt einer menschlichen Nutzung zu degradieren.⁶⁴ Damit wird die Kategorie „Nutztier“ selbst in Frage gestellt. So hat zuletzt der Landwirtschaftsminister von Schleswig-Holstein die Nutzung der Tiere zu Ernährungszwecken in Frage gestellt. Es bestünde keine ethische Rechtfertigung mehr, da über Ersatzstoffe das vitale Ernährungsbedürfnis des Menschen gestillt werden könnte. Deshalb müssten die Halter eine neue und gesellschaftlich akzeptable Begründung für ihr Handeln liefern.⁶⁵ Dem ist vor dem Hintergrund der dargelegten Struktur des Tierschutzrechts entgegenzuhalten, dass die Grundnutzung eines Nutztieres (Halten, Füttern, Transportieren, Schlachten) selbst nicht rechtfertigungsbedürftig im Sinne des § 1 S. 2 TierschG ist. Es benötigt keinen zusätzlichen vernünftigen Grund, eine über Jahrhunderte zum Zwecke der menschlichen Nutzung gezüchtete Tierart als Nutztier zu kategorisieren und dieser Nutzung zukommen zu lassen.⁶⁶

Die Kategorisierung als Nutztier kann sich aber nicht auf die Anwendbarkeit und den Grad der tierschutzrechtlichen Standards auswirken. In Umkehrung der sachenrechtlichen Zuordnung der Tiere in § 90 BGB heißt das, dass Nutztiere zwar Betriebsmittel sind, aber nicht als solche behandelt werden können.⁶⁷ Ihre Nutzung muss derart ausgestaltet sein, dass ihnen im Sinne des § 1 S. 2 TierschG ohne vernünftigen Grund weder Schmerzen, Leiden noch Schäden zugefügt wird. Damit wird deutlich, dass die wirtschaftliche Nutzung der Nutztiere tierschutzrechtskonform sein muss.

2. Erhöhung der Tierschutzstandards

Häufig wird von deutscher Seite angeführt, die bestehenden Bestimmungen seien im internationalen Vergleich besonders streng. Tatsächlich ist festzustellen, dass

62 R. Binder, (Fn. 39), S. 101f.

63 Dabei ist die Reduzierung der Nutzung auf die Gewinnung von Nahrungsmittel (so H.G. Kluge/E. v. Loeper, Tierschutz in der EU, in: J. Bergmann Handlexikon der EU, 4. Aufl., Baden-Baden 2012, S. 881), zu eng, da sie die Nutzung als unersetzbarer Rohstofflieferant für Kleidung und pharmazeutische Produkte nicht ausreichend würdigt.

64 J. Caspar, Staatsziel "Tierschutz" - Auswirkungen der Grundgesetzänderung auf die landwirtschaftliche Nutztierhaltung, Kritischer Agrarbericht 2003, 225; M. Rosenberger, Mit Noah in der Arche, Neuere Ansätze der theologischen Tierethik, in: Herwig Grimm, Carola Otterstedt (Hrsg.), Das Tier an sich, Göttingen 2012, S. 14-36 (22).

65 Schleswig-Holsteins Landwirtschaftsminister Dr. Robert Habeck: Tötung von Nutztieren ist nicht mehr zu rechtfertigen (April 2016): www.topagrar.com/news/Schwein-News-Schwein-Mit-Tierwohl-neue-Perspektiven-fuer-deutsche-Tierhaltung-schaffen-3074140.html.

66 R. Binder, Würde erster und zweiter Klasse?, TIERethik, 3. Jg. 3(2011), S. 32 (40).

67 Vgl. C. Raspé, Die tierliche Person, Berlin 2013, S. 273ff.

bei der Umsetzung der EU-Richtlinien zum Tierschutz in einzelnen Punkten über die Mindestanforderungen hinausgegangen wurde, was bei den süd- und osteuropäischen Ländern nicht der Fall ist.⁶⁸ Deutschland nimmt beim Tierschutz innerhalb Europas im Gegensatz zur allgemeinen Annahme keine Vorreiterposition ein, sondern befindet sich „im gehobenen Mittelfeld“, vergleichbar mit den west- und nordeuropäischen Ländern.⁶⁹ Dies gilt sowohl für die Vollständigkeit von Detailregelungen im Bereich der Nutztierhaltung als auch für das Regelungsniveau und ebenso für die Anzahl und den Umsetzungsstand bzw. die Ausgestaltung freiwilliger Programme für bestimmte Marktsegmente. Die rechtlichen Grundlagen zur Regelung des Tierschutzes in der landwirtschaftlichen Nutztierhaltung sind das Tierschutzgesetz sowie die Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung. In der Verordnung sind neben allgemeinen Vorschriften für jegliche Art von Nutztierhaltungen Details zur Haltung von Kälbern, Schweinen, Legehennen, Masthühnern, Kaninchen und Pelztieren geregelt. Für andere Nutztierarten finden sich bisher allenfalls Leitlinien, Empfehlungen oder Vereinbarungen auf Bundes- oder Landesebene. Mit Ausnahme der Pelztiere und Kaninchen, die wirtschaftlich in Deutschland keine große Rolle spielen, bestehen nur für solche Tierarten und Nutzungsrichtungen konkrete Vorschriften, für die eine Regelungspflicht aufgrund von entsprechenden EU-Richtlinien bestand. Dies verdeutlicht die zurückhaltende Position des deutschen Gesetzgebers. Diese wird umso deutlicher, wenn man den Blick auf die EU-Staaten Österreich und Schweden sowie die Schweiz als Nicht-EU-Staat richtet, die konkrete Regelungen für alle wesentlichen Nutztierarten und Nutzungsrichtungen getroffen haben.

Gegenüber der Schweiz oder Schweden sind die Bestimmungen allerdings nicht nur deutlich Stückhafter, sondern auch erheblich weniger streng. So gibt es sowohl in Schweden als auch der Schweiz ein Genehmigungssystem mit neuen Vorgaben an die Stallhaltungssysteme, die sich durch eine unterschiedliche Regelungstiefe auszeichnen.⁷⁰ Auch in Österreich befindet sich ein solches System im Aufbau.

Auch beim Thema der schmerzhaften Eingriffe an Nutztieren zeigt sich, dass Deutschland keineswegs mit vorbildhaften Regelungen aufwarten kann und sich eher im Mittelfeld bezüglich der Tierschutzstandards befindet. Wiederum sind es die Schweiz und Schweden, die den umfassendsten Schutz der Nutztiere in dieser Hinsicht gewähren. So wird in Deutschland eine Ausnahmemöglichkeit vom EU-weiten Verbot des routinemäßigen Kürzens der Schwänze von Ferkeln weithin ge-

68 Eine weltweite Übersicht über die Tierschutzgesetzgebung ist abrufbar unter <https://www.globalanimallaw.org/database/national/index.html>.

69 *Wissenschaftlicher Beirat* (Fn. 6), S. 106, 118.

70 J. Hultgren, Animal welfare risk assessment and management from a national perspective, in: F. Smulders/ B. Algers (Hrsg.), *Welfare of production animals: assessment and management of risks. Food safety assurance and veterinary public health*, Vol. 5, Wageningen 2009, S. 461-482.

nutzt, während solche Ausnahmemöglichkeiten in der Schweiz und Schweden nicht bestehen und Schwanzkürzen dort tatsächlich nicht praktiziert wird. Auch beim Enthornen von Rindern setzt Deutschland die Regelungen des Europarates nicht vollständig um, wonach beim Entfernen der Hornanlagen bei über 4 Wochen alten Kälbern eine Anästhesie durchgeführt werden muss. Während die meisten süd- und osteuropäischen Länder gar keine Regelungen hierzu getroffen haben, setzen zwei Länder die Europaratsempfehlungen exakt um (Finnland und Tschechien), Deutschland mit einer höheren Altersgrenze von 6 Wochen. Acht EU-Staaten haben deutlich strengere Regelungen, nämlich eine ausnahmslose (Bulgarien, Dänemark, Niederlande, Schweden, Slowenien) oder fast ausnahmslose Betäubungspflicht (Irland, Österreich, Vereinigtes Königreich)⁷¹

3. Der Wechsel auf tierbezogene Kriterien

Bis heute werden für die Einschätzung des Tierwohls praktisch ausschließlich die Umweltbedingungen, wie Flächenangebot oder Bodengestaltung, herangezogen. Dieses Vorgehen wird auch als „Tierschutz mit dem Zollstock“ bezeichnet. Der Vorteil dieser haltungs- und managementbezogenen Messgrößen (Indikatoren) des Wohlergehens liegt in ihrer meist einfacheren Erfassbarkeit als bei tierbezogenen Messgrößen der Gesundheit und des Verhaltens, sowohl hinsichtlich des zeitlichen Aufwands als auch der notwendigen Kenntnisse der erhebenden Person. Auch die Übereinstimmung der erhobenen Daten zwischen verschiedenen Beurteilern (Inter-Beurteiler-Reliabilität) oder zwischen verschiedenen Beurteilungen durch dieselbe Person (Intra-Beurteiler-Reliabilität) ist häufig höher. Der große Nachteil der haltungs- und managementbezogenen Messgrößen liegt aber in ihrer potenziell geringen Validität, also dem häufig geringen Erklärungswert einzelner Umweltfaktoren für das Wohlergehen der Tiere. Dies liegt vor allem an den komplexen Interaktionen mit weiteren haltungs- und managementbezogenen Einflussgrößen und dem Tier (inkl. Genotyp) selbst.⁷² Zunehmend wird daher anerkannt, dass eine reine Bezugnahme auf Umweltbedingungen und auch Zuchtmerkmale nicht ausreicht, die Lebensqualität der Tiere zutreffend zu beurteilen.⁷³

71 Cozzi (Fn. 22).

72 EFSA, Statement on the use of animal-based measures to assess welfare of animals. Panel on Animal Health and Welfare (AHAW), in: EFSA Journal (2012), 2767, S. 1-29; S. Waiblinger/ U. Knierim/ C. Winckler, The development of an epidemiologically based on-farm welfare assessment system for use with dairy cows, in: Acta Agriculturae Scandinavica, Section A — Animal Science 51 (2001), S. 73-77; U. Knierim, Ansätze aus dem EU-Projekt Welfare Quality zur Beurteilung des Wohlergehens landwirtschaftlicher Nutztiere. Vorträge und Kurzfassungen: Aktuelle Probleme des Tierschutzes. Hannover 2010, S. 7-12.

73 EFSA, Statement on the use of animal-based measures to assess welfare of animals. Panel on Animal Health and Welfare (AHAW), in: EFSA Journal (2012), 2767, S. 1-29; H. Blokhuis/ R. Jones /R. Geers / M. Mielel/ Veissier, Measuring and monitoring animal welfare: transparency in the food product quality chain, in: Animal Welfare 12 (2003), S. 445.

Auch in Rechtsvorschriften zum Tierschutz wurden bislang ausschließlich hal- tungs- und managementbezogene Anforderungen festgelegt. Erste Ansätze zur Ein- beziehung tierbezogener Kriterien finden sich in der EU-Masthühner-Richtli- nie⁷⁴ und der EU-Schlacht-Verordnung.⁷⁵ In der Strategie der EU für den Schutz und das Wohlergehen von Tieren 2012 bis 2015 wird die mögliche ergänzende Verwendung wissenschaftlich validierter, ergebnisbasierter Indikatoren (= outcome-based indicators, = tierbezogene Messgrößen) explizit erwähnt.⁷⁶

4. Objektive Eingriffsvoraussetzungen

Wie auch andere ordnungsrechtliche Systeme enthält das Tierschutzgesetz eine ge- neralklauselartige Gebotsnorm in § 1 S. 2, nach der niemand ohne vernünftigen Grund einem Tier Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügen darf. Ein vernünftiger Grund liegt nach gefestigter Rechtsprechung vor, wenn er triftig, einsichtig und von einem schutzwürdigen Interesse getragen ist und er zusätzlich unter den kon- kreten Umständen schwerer wiegt als das Interesse des Tieres an seiner Unversehr- heit und an seinem Wohlbefinden.⁷⁷

Die generalklauselartigen Eingriffsvoraussetzungen haben die Funktion im Ord- nungsrecht, unvorhergesehene Sachverhalte zu erfassen und einer Steuerung im Lichte der Aufgabennorm zuzuführen. Die grundrechtliche Dimension des Ein- griffs in die Freiheitssphäre des Tierhalters gebietet es aber auch hier, dass diese Eingriffsnormen möglichst bestimmt, zumindest aber mit der juristischen Metho- dik bestimmbar sind. Diese Anforderungen werden durch Art. 103 Abs. 2 GG ver- schärft, wenn sich an die Nichtbeachtung der Voraussetzungen der Generalklausel strafrechtliche Sanktionen knüpfen. Das BVerfG hat den Generalklauseln die hin- reichende rechtsstaatliche Bestimmtheit attestiert, soweit sie „in jahrzehntelanger Entwicklung durch Rechtsprechung und Lehre nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend präzisiert, in ihrer Bedeutung geklärt und im juristischen Sprachge- brauch verfestigt“ sind.⁷⁸ Soweit sich beim Konzept des vernünftigen Grundes be- stimmte Fallgruppen gebildet hatten, entfaltete das Konzept bislang auch eine rechtstaatliche Steuerungswirkung, weil für den Adressaten eine bestimmte Verhal- tenspflicht erkennbar war.⁷⁹

74 Richtlinie 2007/43/EG des Rates vom 28. Juni 2007 mit Mindestvorschriften zum Schutz von Mast- hühnern, ABl. EG Nr. L 182 vom 12.7.2007, S. 19.

75 Verordnung (EG) Nr. 1099/2009 des Rates vom 24. September 2009 über den Schutz von Tieren zum Zeitpunkt der Tötung, ABl. EG Nr. L 303 vom 18.11.2009, S. 1.

76 *Europäische Kommission*, Strategie der Europäischen Union für den Schutz und das Wohlergehen von Tieren 2012-2015, COM(2012) 6 final/2, S. 8.

77 OLG Nürnberg, OLGR Nürnberg 2002, 258 (258); OLG Naumburg, Beschluss v. 28.6.2011, Az.: 2 Ss 82/11, Juris-Rz. 12; M. Pfobl in: Münchener Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch, Band 6, Nebenstra- frecht I, 2. Auflage, § 17 TierSchG, Rz. 38.

78 *BVerfG*, Beschl. vom 23. Mai 1980, 2 BvR 854/79, BVerfGE 54, 143 (144 f.).

79 Siehe hierzu die umfangreichen Nachweise bei A. Hirt/C. Maisack/J. Moritz (Fn. 35), § 1 Rn. 30ff.

Wie bereits dargelegt, ist derzeit ein Wertewandel erkennbar, der eine gefestigte ethische Bewertung bestimmter Handlungsformen nicht mehr ermöglicht. In rechtsnormgelösten, auf sozialen Wertungen basierenden Konzepten wie „öffentliche Ordnung“ oder - wie im vorliegenden Fall - des „vernünftigen Grundes“ erfordert dies von der rechtsstaatlich gebundenen Verwaltung und den Gerichte, dass sie für den konkreten Sachverhalt die Sozialnormen und die Mehrheitsanschauungen der Bevölkerung in einem bestimmten Gebiet mit den Mitteln der empirischen Sozialforschung, d. h. durch demoskopische Erhebungen feststellen.⁸⁰ Derartiges findet aber nicht statt und kann auch angesichts der beschriebenen Schwierigkeit bei der Erhebung dieser Daten den Rechtsanwendern nicht zugemutet werden. Daraus ziehen die Verwaltung und die Gerichte in der Praxis derzeit zwei alternative Konsequenzen: Sie geben entweder ihre eigenen Anschauungen als ethische Normen und Mehrheitsanschauungen aus. Dieses rechtsnormgelöste Werten führt zu einer hohen ideologischen Anfälligkeit des Begriffs des „vernünftigen Grundes“. Oder aber sie wenden die Eingriffsnormen mangels Bestimmtheit und Bestimmbarkeit dieser Tatbestandsvoraussetzung nicht an. Rechtsstaatlich führen beide Alternativen zu einer Fehlsteuerung des Rechts und zu einer weiteren Senkung der Tierschutzstandards in Deutschland. Hier ist der Gesetzgeber gefordert, präzise gesetzliche Standards an die Tierhalter zu setzen.

Dieses Problem kann am Beispiel des sog. Küken-Schreddern verdeutlicht werden. Aus ökonomischen Gründen werden in der Geflügelhaltung die männlichen Küken aussortiert, da sie weder Eier legen noch ausreichend Brustfleisch ansetzen, weshalb ihre Aufzucht als Masthähnchen weniger rentabel ist. Das Töten von Eintagsküken erfolgt üblicherweise durch Gasvergiftung oder durch Zerschreddern.

Die Verwaltung hat jahrzehntelang dieses Verhalten als tierschutzkonform gewertet, da ein vernünftiger Grund vorlag. Auch die Bundesregierung hat diese Rechtfertigung anerkannt, solange keine ökonomisch gleichwertige Alternative, wie die In-Ovo-Geschlechtsbestimmung, praktisch einsetzbar war.⁸¹ Mit Bezug auf eine gefestigte Literaturansicht, nach der das Töten von Eintagsküken gemäß § 17 Nr. 1 TierSchG strafbar sei,⁸² jedoch ohne eine empirische Studie zum Wertewandel vorzunehmen, erhob die Staatsanwaltschaft Münster Anklage gegen einen Tierhalter. Danach macht sich strafbar, wer ein Wirbeltier ohne vernünftigen Grund tötet.

80 B. Pieroth/B. Schlink/M. Kniesel, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 8. Aufl., München 2014; § 8. Schutzgüter Rn. 47; M. Pfobl (Fn. 76), Rz. 35; J. Caspar, (Fn. 60), S. 582.

81 BT-Drs. 12/4242, S. 45; 18/6663, S. 11.

82 J.-D. Ort, *Zur Tötung unerwünschter neonater und juveniler Tiere*, NuR 2010, 853 (855-857); J.-D. Ort/K. Reckewell in: Kluge, *Kommentar zum Tierschutzgesetz*, § 17 TierSchG, Rz. 168; J. Caspar, (Fn. 60), S. 582f.; Metzger in: Lorz, *Tierschutzgesetz*, 5. Auflage, Anhang zu § 1 Rz. 17; M. Pfobl (Fn. 76), Rz. 53; a.A. R. Steiling, *Zu der Tötung von Eintagsküken – Fehlt es tatsächlich an einem vernünftigen Grund?*, AUR 2015, 7 (9).

Das LG Münster hat den Antrag auf Eröffnung des Hauptverfahrens aus rechtlichen Gründen abgelehnt.⁸³

Die Begründung ist deutlich: „Die Kammer gewinnt die Überzeugung, dass angetrieben durch geänderte Wertvorstellungen der Gesellschaft, die schließlich auch zur Aufnahme der Belange der Tiere in Verfassungsrang geführt haben, ein vormals unbeanstandet gebliebener Sachverhalt nunmehr wegen eines geänderten Bewusstseins unter die Strafnorm subsumiert werden soll, um das gesellschaftlich gewünschte Ergebnis zu erzielen, dass die als verwerflich empfundene Tätigkeit nunmehr unterbleibt. Folgte man dem, würde das bedeuten, dass bloß durch eine Änderung gesellschaftlicher Vorstellungen Sachverhalte der Strafbarkeit unterfallen, die zuvor nicht als strafbar angesehen worden sind, und zwar, ohne dass der Strafgesetzgeber insoweit tätig geworden ist. Dass aber ein Sachverhalt durch Zeitablauf und den Wandel ethisch-gesellschaftlicher Anschauungen ohne gesetzgeberisches Tätigwerden gleichsam in eine Strafbarkeit hineinwachsen kann, begegnet vor dem Hintergrund der dargestellten verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit strafrechtlicher Normen und der Vorhersehbarkeit der strafrechtlichen Folge durchgreifenden Bedenken“⁸⁴

Dem Gericht ist im Ergebnis zuzustimmen, auch wenn die Begründung einer Präzisierung bedarf: Ein Wandel der ethischen Wertvorstellungen der Gesellschaft ist auch dann strafbegründend zu beachten, wenn die Strafnorm an diese Wertvorstellung anknüpft. Jedoch muss dieser Wandel eindeutig feststellbar und für den Normadressaten erkennbar sein. Soweit der Wandel sich graduell vollzieht und selbst die empirischen Wissenschaften bislang nicht in der Lage sind, diesen Wandel festzustellen, kann dieser gefühlte oder medial behauptete Wandel nicht einer strafrechtlichen Verurteilung zugrunde gelegt werden.

Für das Tierschutzrecht bedeutet dieses, dass der Wertewandel in der Gesellschaft entweder durch den Gesetzgeber aufgegriffen wird und in ausdrückliche Gebote und Verbote umgesetzt wird oder dieser Wertewandel rechtlich grundsätzlich unberücksichtigt bleiben muss. Nur dann können die Verwaltung und die Gerichte ihn zugrunde legen, wenn sie die zu Grunde liegenden sozialen Anschauungen und dem kulturellen Selbstverständnis eines überwiegenden Teils der Bevölkerung nachweisen.

83 LG Münster, Beschl. vom 7. 3.2016 - 2 KLs 7/15, 2 KLs 540 Js 290/15 - 7/15 -, Rn. 1, AUR 2016, 143. Siehe zu den parallelen verwaltungsgerichtlichen Verfahren bis zu den rechtskräftigen Urteilen des OVG Münster S. *Stucki*, Die Nutzung kommt vor dem Schutz (in diesem Heft).

84 LG Münster, Beschluss vom 07. März 2016 - 2 KLs 7/15, 2 KLs 540 Js 290/15 - 7/15 -, Rn. 39-41, AUR 2016, 144.

5. Beachtung des Parlamentsvorbehalts

Das Regelungssystem zum Schutz der Nutztiere findet sich fast ausschließlich auf der Verordnungsebene, hier jedoch wiederum nur punktuell, unvollständig und unausgewogen. Die TierSchNutztV wurde auf der Rechtsgrundlage des § 2a TierSchG erlassen. Neben der Konkretisierung der Haltungsvorschrift des § 2 TierSchG dient die Verordnung auch dem Umsetzen der folgenden Handlungsrichtlinien der EU:

- Richtlinie 98/58/EG des Rates vom 20. Juli 1998 über den Schutz landwirtschaftlicher Nutztiere⁸⁵
- Richtlinie 2007/43/EG des Rates vom 28. Juni 2007 mit Mindestvorschriften zum Schutz von Masthühnern⁸⁶
- Richtlinie 1999/74/EG des Rates vom 19. Juli 1999 zur Festlegung von Mindestanforderungen zum Schutz von Legehennen⁸⁷
- Richtlinie 2008/120/EG des Rates vom 18. Dezember 2008 über Mindestanforderungen für den Schutz von Schweinen⁸⁸
- Richtlinie 2008/119/EG des Rates vom 18. Dezember 2008 über Mindestanforderungen für den Schutz von Kälbern⁸⁹

Wenn zusätzliche Spezialregeln für einzelne (landwirtschaftliche) Nutztierarten vom Verordnungsgeber auf der Grundlage des TierSchG erlassen werden sollen, sind diese ausschließlich in dieser TierSchNutztV zu bestimmen. Die TierSchNutztV hat daher die schwierige Prämisse, den Schutz der Tiere mit den Interessen der Halter in ein angemessenes Verhältnis zu bringen. Auf der einen Seite dürfen Mindestanforderungen an Haltungseinrichtungen, an die Versorgung sowie an die Kontrolle der Tiere, die die TierSchNutztV aufstellt, nicht - auch nicht um wichtiger Nutzungsziele willen - eingeschränkt werden. Auf der anderen Seite ist es aber auch nicht vollkommen ausgeschlossen, dass die Behörde weitergehende Anforderungen an die Haltung von Tieren setzt. Es bleibt der Behörde dennoch verwehrt, den Regelungsgehalt der TierSchNutztV durch Einzelfallregelungen obsolet zu machen. Die Regulierung auf Verordnungsebene missachtet jedoch den Parlamentsvorbehalt und erschwert dadurch in der Praxis erheblich die Durchsetzung des Tierschutzrechts.

Mit dem Rückgriff auf die Verordnungsebene liegt das Tierschutzrecht in einer Linie mit den vergleichbaren ordnungspolitischen Systemen des Umwelt- und Naturschutzes. Die Erforderlichkeit eines Rückgriffs auf den Verordnungsgeber ist in diesen Rechtsgebieten unbestritten. Der Staat soll die Möglichkeit erhalten, flexibel

85 ABL EG Nr. L 221 vom 8.8.1998, S. 23.

86 ABL EG Nr. L 182, vom 12.7.2007, S. 19.

87 ABL EG Nr. L 203 vom 3.8.1999, S. 53.

88 ABL EG Nr. L 47 vom 18.2.2009, S. 5.

89 ABL EG Nr. L 10 vom 15.1.2009, S. 7.

und schnell auf sich ändernde Sachverhalte und Rechtsfragen reagieren zu können. Zugleich ist aber auch eine Tendenz des Gesetzgebers erkennbar, sich im Bereich des Nutztier-Tierschutzes der Verordnungsmächtigung zu bedienen, ohne die Erforderlichkeit oder gar die Verfassungsmäßigkeit zu hinterfragen. Folge ist, dass auch die materiellen Voraussetzungen für Berufsverbote, die den Kernbereich der Berufswahlfreiheit betreffen, dem Ordnungsgeber überlassen werden. Dieses Problem ist zuletzt vermehrt Gegenstand gerichtlicher Verfahren gewesen, die die Nichtumsetzung des Tierschutzrechts zur Folge hatten. So hat das OVG Schleswig deutlich die Notwendigkeit einer Ordnungsgebung unterstrichen, jedoch zugleich auch die verfassungsrechtlichen Grenzen einer parlamentarischen Delegation definiert.⁹⁰ Dem Urteil lag ein „typischer“ tierschutzrechtlicher Sachverhalt zugrunde: Die Klägerin betreibt eine Nerzfarm. Als Folge einer Änderung des § 45 Abs. 31 TierSchNutzV kam es zu einer Verschärfung der Anforderungen an die Haltungseinrichtung. Sie betraf hier eine wesentliche Erhöhung der Mindestgrößen der Haltungseinrichtungen. Trotz Übergangsfrist sah sich die Klägerin nicht in der Lage, den Betrieb umzurüsten, da mangels eines Marktes für „ökologische Pelztierhaltung“ dieses ökonomisch nicht mehr tragfähig war. Darauf widerrief die Behörde die Erlaubnis der gewerbsmäßigen Haltung von Nerzen und untersagte die Fortführung ihres Betriebes. Die vom OVG zunächst genannten Grenzen überraschen nicht: Erforderlich sei eine ausreichend bestimmte Ermächtigung durch den parlamentarischen Gesetzgeber, die den Ordnungsgeber inhaltlich hinreichend begrenzt. Eine derartige Grenze besteht nach Ansicht des OVG zu Recht im vorliegenden Fall in den Regelungen im Tierschutzgesetz. So ist die Festlegung einer Mindestgröße der Grundfläche für Haltungseinrichtungen grundsätzlich über die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage des § 2 a Abs. 1 TierSchG verfassungsrechtlicher Hinsicht ausreichend gedeckt. Soweit also mit der TierSchNutzV dem erforderlichen Schutz der Tiere entsprochen werden soll, ist der Gesetzgeber zur Verordnungsmächtigung berechtigt. Bei der Konkretisierung des erforderlichen Tierschutzes verfügt der Ordnungsgeber über ein Regelungsermessen, das allein durch die Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf die betroffenen Grundrechte der Tierhalter eine Grenze findet.

Von Bedeutung für die künftige Rechtspraxis sind indes die Ausführungen des OVG zu den weiteren Grenzen des verfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehaltes aus Art. 80 Abs. 1 GG. Mit Bezug auf die Rechtsprechung des BVerfG⁹¹ unterliegt die grundsätzliche Zulässigkeit einer Art von Tierhaltung dem Parlamentsvorbehalt, da diese von wesentlicher Bedeutung für die Grundrechte der Tierhalter aus

90 OVG Schleswig, Urt. V. 4. 12.2014 - 4 LB 24/12 -, AuR 2015, 71.

91 BVerfG, Urt. v. 6.7.1999 - 2 BvF 3/90 -, BVerfGE 101, 1 ff., Rn. 117 ff.; Beschl. v. 24.8.2011 - 1 BvR 1611/11, NVwZ 2012, 104; Beschl. v. 2.10.1973 - 1 BvR 459/72, 1 BvR 477/72 -, BVerfGE 36, 47.

Art. 12 und Art. 14 GG ist sowie des Weiteren tatbestandsbegründend für Straftaten wie Tierquälerei sein können. Die Anforderungen an den parlamentarischen Gesetzgeber hat das BVerfG begrenzt, um die Steuerungsfähigkeit des Rechtsbereichs weiter zu ermöglichen. So reicht es aus, wenn der parlamentarische Gesetzgeber die grundsätzliche Art der Tierhaltung, wie zum Beispiel die Intensivtierhaltung oder die Freilandhaltungen vorgibt. Die Spezifizierung der technischen Anforderungen hingegen kann er dem Ordnungsgeber überlassen, soweit dieser das Verhältnismäßigkeitsgebot berücksichtigt und es sich bei diesen Spezifizierungen um Regelungen der Berufsausübung handelt. Berufswahlregelungen hingegen müssen einem formellen Gesetz vorbehalten bleiben.

Wie ist aber der Fall zu beurteilen, wenn sich die Wirkung der Verordnung von einer berufsausübenden Regelung hin zu einer Berufswahlregelung wandelt, weil sich entweder der Sachverhalt geändert hat oder aber weil sie von Anbeginn vom parlamentarischen Gesetzgeber unzutreffend bewertet wurde? Diese Frage spielt in der Praxis eine wichtige Rolle, da die existenzgefährdende und damit berufswahlregelnde Wirkung von Verordnungen von externen dynamischen Faktoren (z. B. Zusammenbruch eines Marktes, Preisverfall) abhängen. Sie erfordern eine umfassende Rechtsfolgebewertung durch den Gesetzgeber, die entweder unterbleiben oder aber in ihrer Prognose fehlerhaft sein kann. Das OVG Schleswig sieht hier die Grenze der Konkretisierungsbefugnis durch den Ordnungsgeber dann überschritten, wenn die Anforderungen „nicht mehr das „Wie“ der Nutztierhaltung sondern das „Ob“ der Nutztierhaltung betreffen, weil ein ökonomisch auskömmlicher Betrieb bei ihrer Einhaltung - für den Normgeber bei entsprechender Aufklärung erkennbar - nicht mehr möglich ist.“⁹² Die zunächst auf eine Berufsausübung zielende Regelung wandelt sich in eine Berufswahlregelung und ist damit ausschließlich dem Parlamentsgesetzgeber vorbehalten. Dieser Ansicht ist vollumfänglich zuzustimmen: Die Zuordnung einer staatlichen Regelung als berufsausübungsregelnd oder berufswahlregelnd kann nicht von der Intention des Gesetzgebers abhängig gemacht werden, sondern allein von ihrer faktischen Wirkung. Wirkt sich eine als Berufsausübung „getarnte“ Berufsausübungsregelung als Berufswahlregelung aus, gelten materiell die Kriterien für Letztere. Der Gesetzgeber soll nicht frei sein, den Grenzen des Art. 80 GG und des dort enthaltenen Parlamentsvorbehalts durch definitorische Spitzfindigkeiten zu entgehen. Den bestehenden strukturellen Vollzugsdefiziten beim Tierschutz in der Nutztierhaltung kann daher nur wirksam durch eine „Parlamentarisierung“ des Tierschutzrechts begegnet werden. Im Lichte der Vorgaben des BVerfG wird dies nicht zur Folge haben, dass die Funktionsfähigkeit des parlamentarischen Gesetzgebers durch Detailregelungen beeinträchtigt würde.

92 OVG Schleswig, Urt. V. 4. 12.2014 – 4 LB 24/12 -, AuR 2015, 71, Rn. 79.

6. Entwicklung eines differenzierten Sanktionskatalogs

Damit einher geht die Feststellung, dass das Sanktionssystem im Tierschutzrecht unterkomplex ist. Nach § 18 TierSchG sind Verstöße gegen spezifische Bestimmungen des Tierschutzes bußgeldbewehrt. Die in § 18 Abs. 4 TierSchG geregelten Obergrenzen von maximal 5.000 € für einfache Fälle bzw. von 25.000 € für besonders schwere Fälle erweisen sich aber teilweise im Verhältnis zu den Erträgen in sehr großen Tierhaltungsbetrieben oder bei Schlachtung und Transport als zu niedrig, weshalb diese Sanktionen dann keine ausreichend spezial- und generalpräventive Wirkung entfalten. Zwar kann bei der Festsetzung der Geldbuße der wirtschaftliche Vorteil insoweit berücksichtigt werden, dass das gesetzliche Höchstmaß in dieser Höhe überschritten wird, der Nachweis des spezifischen wirtschaftlichen Vorteils durch die Verletzung der Tierschutzbestimmungen ist aber regelmäßig schwierig. Gleichzeitig ist die Festsetzung angemessener Bußgeldhöhen für die zuständigen Behörden ohnehin nicht immer leicht, beispielsweise wenn es darum geht, den Geldwertvorteil von bestimmten Verstößen bei Tiertransporten einzuschätzen, um mit der Bußgeldhöhe oberhalb der so erzielten Gewinne zu liegen. Schließlich ist die Anordnung eines Tierhaltungsverbots im Strafbefehlswege nicht möglich⁹³

II. Vollzugsdefizite in der Verwaltung

Die Durchsetzung des Tierschutzes im Bereich der landwirtschaftlichen Nutztierhaltung leidet schließlich unter Vollzugsdefiziten, die verwaltungsorganisatorischer und rechtspolitischer Art sind. Verwaltungsorganisatorisch ist zunächst quantitativ festzustellen, dass die Kontrollfrequenz im Ergebnis niedrig ist. Im Jahre 2012 wurden bei den hauptsächlich in Deutschland gehaltenen Nutztierarten nur zwischen 2,0 % und 9,1 % aller nutztierhaltenden Betriebe kontrolliert.⁹⁴ Die Regelkontrollen erfolgen entsprechend der Verordnung (EG) Nr. 882/2004 risikoorientiert.⁹⁵ Allerdings liegen den zuständigen Behörden nur sehr begrenzte Informationen vor, die eine angemessene Risikoklassifizierung ermöglichen, sei es zu den Tierbeständen, Abgängen, Antibiotikaeinsatz sowie den eingesetzten Haltungssystemen. Die Kontrolle mancher, zunächst einfach erscheinender Vorgaben, wie z. B. von maximalen Besatzdichten, ist zudem in großen und komplexen Betrieben nur schwer realisierbar. Hierfür müssen die Tiergewichte und Abmessungen der ver-

93 Siehe hierzu und zu weiteren Defiziten des Tierschutzstrafrechts U. Iburg, Mängel des geltenden Tierschutzstrafrechts aus der Sicht der Staatsanwaltschaft, NuR 2010, S. 395 (397).

94 BMELV, Jahresbericht 2012 der Bundesrepublik Deutschland zum mehrjährigen nationalen Kontrollplan nach Verordnung (EG) Nr. 882/2004, S. 73, http://www.bvl.bund.de/SharedDocs/Downloads/01_Lebensmittel/06_mnkp_dokumente/mnkp_Jahresbericht_2012.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

95 Vgl. zu den Kontrollen in den Schlachthöfen auf der Grundlage der VO 882/2004: T. Reymann, Vergleichende Überprüfung des Tierschutzes in Schlachthöfen anhand rechtlicher Vorgaben und fachlicher Leitparameter, München 2016, S. 200.

fügbaren Fläche erfasst werden. Bei Geflügel ist beispielsweise eine Zählung der Tiere im Stall i. d. R. nicht möglich. Insofern ist hier nur eine Überprüfung auf Basis der betrieblichen Dokumentation einschließlich der Schlacht- und Transportdaten möglich. Darüber hinaus beklagt der Bundesrechnungshof in seinem Gutachten 2011 eine Überforderung der dezentralen Strukturen, die den zunehmend komplexen und internationalen Wertschöpfungsketten nicht mehr entsprechen.⁹⁶

Rechtspolitisch entstehen Kontrolllücken durch einseitige Ausübung des Entschließungsermessens zugunsten des Tierhalters bei relativ offenkundiger Nichteinhaltung gesetzlicher Anforderungen. Beispiele sind die nicht-kurativen Eingriffe am Tier, die eigentlich (de lege lata) nur im begründeten Ausnahmefall zulässig sind. Die routinemäßige Durchführung solcher Maßnahmen ist den Behörden bekannt, wird aber nicht geahndet. Ein solches Vollzugsdefizit wirkt sich nachteilig auf die Einstellung der Adressaten der Gesetze, aber auch auf Verwaltungsbehörden aus. Dies trifft umso stärker zu, wenn Vollzugsdefizite zentrale Regelungsfelder des Tierschutzes wie die Einhaltung der Integrität der Tiere betreffen. Ursachen für diese Vollzugsdefizite sind der unverhältnismäßige Aufwand zur Erfassung des Sachverhalts und rechtspolitische Opportunität.⁹⁷

D. Die Reform im Lichte der abwägungsbedürftigen öffentlichen Interessen

Die Entwicklung der nächsten Jahre wird vor diesem Hintergrund durch eine Erhöhung der bestehenden Standards geprägt sein. Die Erhöhung der Standards wäre aber begleitet von einem Rückgang der Tierhaltung und damit von einer Entkopplung der standarderhöhenden Länder vom globalen Wachstumstrend der modernen Tierhaltung. Im Lichte dieser zu erwartenden Entwicklung ist das Argument, Sinn und Zweck des Tierschutzgesetzes sei es, einer an ökonomischen Gesichtspunkten ausgerichteten Tiernutzung Grenzen zu setzen, zu hinterfragen.⁹⁸ Das Tierschutzgesetz strebt nicht an, Tieren jegliche Beeinträchtigung ihres Wohlbefindens zu ersparen, sondern wird beherrscht von der, dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechenden Forderung, Tieren nicht ohne vernünftigen Grund vermeidbare, das unerlässliche Maß übersteigende Schmerzen, Leiden oder Schäden zuzufügen.⁹⁹ So hat das BVerfG in Entscheidungen zum TierSchG ausgeführt, dass „ethische Forderungen einerseits und wirtschaftliche sowie wissenschaftliche Forderungen andererseits, die sich auf dem Gebiet des Tierschutzes häufig gegenüberstehen,

96 Bundesrechnungshof, Organisation des gesundheitlichen Verbraucherschutzes (Schwerpunkt Lebensmittel), Bonn, S. 114, http://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/Ernaehrung/2011-248-PM_BWV-Gutachten.pdf?__blob=publicationFile.

97 Wissenschaftlicher Beirat, (Fn. 6), S. 251.

98 J. Caspar, (Fn. 60), S. 580.

99 OLG Celle, Urt. vom 12.10.1993, Az.: 2 Ss 147/93, juris Rz. 13.

miteinander in Einklang zu bringen“ sind.¹⁰⁰ Das Übermaßverbot ist am Maßstab der Grundrechte der Tierhalter in Verbindung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen. Die Grenze ist regelmäßig erreicht, „wo die Haltung des Tieres nicht mehr seinen essentiellen Bedürfnissen gerecht wird.“¹⁰¹

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit ist zunächst die über die Berufsfreiheit und das Eigentumsrecht geschützte Rechtstellung des einzelnen Tierhalters zu berücksichtigen. Darüber hinaus muss die verfassungsrechtliche Schutzdimension zugunsten des Erhalts leistungsfähiger landwirtschaftlicher Betriebe und damit des Wirtschaftsbereichs Landwirtschaft besonders beachtet werden. Die Landwirtschaft nimmt zwar als besonderer Wirtschaftszweig teil am verfassungsrechtlichen Schutz der allgemeinen Eigentums- bzw. Wirtschaftsordnung. Die Landwirtschaft ragt aber in verfassungsrechtlich erheblicher Weise gegenüber anderen Wirtschaftszweigen heraus. Diese herausragende Bedeutung ist durch die Rechtsprechung des BVerfG und des BGH herausgearbeitet worden: Die Landwirtschaft weist naturgemäß bereits durch ihren Bezug zum Grund und Boden eine besondere Gemeinschaftsbezogenheit aus, die die individualistische Betrachtung zurückstellt. Diese gesellschaftliche Dimension des landwirtschaftlichen Bodens hat das BVerfG in seiner Entscheidung zum Grundstückverkehrsgesetz¹⁰² deutlich formuliert: „Die Tatsache, daß der Grund und Boden unvermeidbar und unentbehrlich ist, verbietet es, seine Nutzung dem unübersehbaren Spiel der freien Kräfte und dem Belieben des Einzelnen vollständig zu überlassen; eine gerechte Rechts- und Gesellschaftsordnung zwingt vielmehr dazu, die Interessen der Allgemeinheit beim Boden in weit stärkerem Maße zur Geltung zu bringen als bei anderen Vermögensgütern.“¹⁰³

Die Landwirtschaft ist damit ein besonderes Rechtsgut, das aufgrund seiner faktischen Einzigartigkeit einen funktionalen Verfassungsrang hat. Die Rechtsprechung hat daher mangels gesetzlicher Vorgaben das abstrakte Konzept des leistungsfähigen landwirtschaftlichen Betriebs entwickelt. So hat das BVerfG¹⁰⁴ die spezifischen erbrechtlichen Regelungen im Höferecht, die der Zerschlagung bäuerlicher Betriebe, der Zersplitterung des Bodens und der bei der Abfindung der weichenden Erben drohenden Gefahr der Überschuldung entgegen wirkten, mit dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung leistungsfähiger Höfe in bäuerlichen Familien gerechtfertigt, da diese erforderlich seien, um die Volksernährung sicherzustellen.

100 BVerfG, Urt. v. 2.10.1973 - 1 BvR 459/72, BVerfGE 36, 47 (57); BVerfG Urt. v. 6.7.1999 - 2 BvF 3/90, BeckRS 1999, 21881, Rn. 139.

101 BT-Drs. 10/3158, 18.

102 Grundstückverkehrsgesetz in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 7810-1, zuletzt geändert durch Gesetz vom 17. 12. 2008 (BGBl. I S. 2586).

103 BVerfGE 21, 73/82 f.

104 BVerfG NJW 1985, 1329, 1330.

Das BVerfG hat diese Zielsetzungen in seinen Entscheidungen zur Verfassungsmäßigkeit der Höfeordnung weiter präzisiert. Diese Sonderregelung seien nur gerechtfertigt durch das "öffentliche Interesse an der Erhaltung leistungsfähiger Höfe in bäuerlichen Familien".¹⁰⁵ Das private Interesse des Landwirts an der Erhaltung des Betriebes kann somit rechtlich nicht berücksichtigt werden. Gesetzeszweck einer erbrechtlichen Sonderregelung zu Gunsten der Landwirtschaft darf daher nach der Rechtsprechung des BVerfG allein die Erhaltung eines leistungsfähigen landwirtschaftlichen Betriebes sein.¹⁰⁶

Als Folge dessen trifft den Verfassungsstaat eine Förderpflicht zu Gunsten der Landwirtschaft, die sich zumindest zu einer institutionellen Garantie der Landwirtschaft als privat organisierte Bewirtschaftung von landwirtschaftlich genutzten Grundstücken verdichtet.¹⁰⁷ Die Landwirtschaft wird somit durch das Grundgesetz nicht nur gefördert, sondern - unausgesprochen - auch in ihrer Institution als solches geschützt. Allerdings kann aus einer derartigen verfassungsrechtlichen Interpretation nicht der Schutz einer spezifischen landwirtschaftlichen Betätigung entnommen werden. Anders ausgedrückt: Das Verfassungsrecht schützt die Landwirtschaft, nicht eine bestimmte landwirtschaftliche Nutzung oder Betriebsform.

Die Tierhaltung nimmt an dieser Förderpflicht teil, soweit sie den Bodenbezug aufweist, der für die Landwirtschaft charakteristisch ist. So umfasst der Landwirtschaftsbegriff in § 201 BauGB die Tierhaltung nur, soweit das Futter überwiegend auf den zum landwirtschaftlichen Betrieb gehörenden, landwirtschaftlich genutzten Flächen erzeugt werden kann.¹⁰⁸ Intensivtierhaltungsanlagen weisen diesen Flächenbezug notwendigerweise nicht auf. Sie sind daher weder im baurechtlichen Sinne als Landwirtschaft zu verstehen, noch besteht ein besonderes öffentliches Interesse am Erhalt dieser spezifischen Betriebsformen und -größen. Eine besondere Berücksichtigung im Rahmen der Interessenabwägung bei künftigen Reformen ist daher jenseits der grundrechtlichen Dimension nicht geboten.

Der Gesetzgeber ist damit angehalten, bei gebotenen Reformen des Tierschutzes die wesentlichen Elemente einer mit Gewinnerzielungsabsicht erfolgten bodengeprägten Tierhaltung in kleinen und mittleren Betrieben zu berücksichtigen. Dazu gehört die Haltung in größeren Einheiten mit einem auf die artgemäßen Erfordernisse begrenztem Platzangebot in zunehmend automatisierten Betriebsformen. Zeitlich folgt daraus, dass für notwendigen - zum Teil erheblichen - Reformen den Tierhaltern sowohl durch den Gesetzgeber als auch die Verwaltung und

105 BVerfGE 15, 337; 67, 348.

106 BVerfGE 60, 250.

107 So auch für Bayern: J.F. Lindner, in Lindner/ Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, München 2009, Vorb. Art. 164-165 Rdnr. 8.

108 P. Nüssle/H. Wedemeyer, (Fn. 3), S. 427.

die Gerichte eine angemessene Übergangsfrist eingeräumt werden muss, um das Überleben der mittleren und kleinen Betriebe zu sichern.¹⁰⁹

Diese verfassungsrechtliche Dimension steht einer - wie dargelegt - gebotenen Verschärfung der Tierschutzstandards und der Sanktionsregelungen nicht entgegen. Denn die Leistungsfähigkeit des landwirtschaftlichen Betriebes definiert sich insbesondere durch die Beachtung der rechtlichen Tier- und Umweltstandards. Vielmehr wird eine derartige Anpassung des Tierschutzrechts an die neuen Erkenntnisse in den Fachwissenschaften, insbesondere der Ethologie,¹¹⁰ sowie an einen sich wandelnden gesellschaftlichen Ethos die Konsistenz des Rechts der landwirtschaftlichen Nutztierhaltung stärken und zu einer verstärkten gesellschaftlichen Akzeptanz der landwirtschaftlichen Nutztierhaltung führen.

109 Umfassend hierzu OVG Münster, Urteil vom 16. Juni 2015 - 20 A 2235/12, AuR 2015, 393; vgl. BVerfG, Beschl. V. 14. 1. 2010 - 1 BvR 1627/09, NVwZ 2010, 771; siehe ebenso der Beschluss des Landtages von Brandenburg vom 18.3.2015 zur Errichtung eines Landestierschutzplans für Brandenburgs mit Übergangsfristen (GVBl. I Nr. 11 vom 26.3.2015).

110 Siehe die Beiträge im grundlegenden Werk von S. Hoy, Nutztierethologie, Stuttgart 2009, S. 39ff; 64ff.