

Strafrechtliches Gutachten
zur Rechtmäßigkeit des Einstellungsbescheids der
Staatsanwaltschaft Gera vom 14.5.2018
in einem Ermittlungsverfahren
wegen Vergehens nach dem Tierschutzgesetz
Az.: 745 Js 41636/17

von

Univ.-Prof. Dr. Jens Bülte
Inhaber des Lehrstuhls
für Strafrecht, Strafprozessrecht,
Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
an der Universität Mannheim

erstellt im Auftrag von
Greenpeace e.V., Hongkongstraße 10, 20457 Hamburg

Inhaltsverzeichnis

A. Gutachtenauftrag	3
I. Zugrunde gelegter Sachverhalt: Strafanzeige und Einstellungsbescheid	3
II. Keine weitergehende Akteneinsicht	4
III. Überprüfung von strafrechtlicher Methodik und innerer Widerspruchsfreiheit	4
B. Begutachtung	5
I. Zur Struktur der Begründung des Einstellungsbeschlusses: Keine Ermittlungen wegen Vorsatzmangels	5
II. Objektive Rechtslage mit Blick auf die Haltung von Zuchtsauen	5
1. Irrtumsunterstellung durch die Staatsanwaltschaft	6
2. Tierschutzverwaltungsrechtliche Würdigung des Sachverhalts	7
a) Normenstruktur und -hierarchie der tierschutzrechtlichen Rechtslage bei der Haltung von Schweinen	7
(1) Tierschutz als Staatszielbestimmung mit grundrechtsgleichem Verfassungsrang	7
(2) Tierschutzgesetz als Tierschutzrecht im Rang eines Bundesgesetzes	9
(3) Verordnungen zur Konkretisierung von Bundesgesetzes unter dem Primat des einfachen Gesetzes	9
(4) Völker- und Unionsrecht zum Schutz von Nutztieren	10
(5) Erlasse und Verwaltungsvorschriften als für Gerichte unverbindliche Rechtsmeinungen	10
b) Darstellung der Rechtslage nach der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte	10
c) Anwendung dieser Rechtsprechung auf den betroffenen Betrieb	13
III. Tierschutzstrafrechtliche Würdigung des Sachverhalts	13
1. Erfüllung des objektiven Tatbestandes der Tierquälerei (§ 17 Nr. 2b TierSchG)	13
a) Verhältnis zu anderen Straf- und Bußgeldvorschriften des Tierschutzrecht und der „vernünftige Grund“ in § 17 Nr. 2b TierSchG	14
b) Tatbestandsmerkmale des § 17 Nr. 2b TierSchG	16
(1) Tauglichkeit des Mastschweins als Tatobjekt des § 17 Nr. 2b TierSchG	16
(2) Zufügen sich wiederholender oder länger andauernder erheblicher Schmerzen oder Leiden i.S.v. § 17 Nr. 2 TierSchG	16
(a) Begriff der Schmerzen und Leiden	16
(b) Erheblichkeit der Schmerzen oder Leiden i.S.d. § 17 Nr. 2 b TierSchG	17
(c) Längere Dauer oder Wiederholung der Schmerzen oder Leiden	19
(d) Verhältnis von Erheblichkeit des Leidens und längerer Dauer	19
(e) Kastenstandhaltung als schwere Beeinträchtigung im unionsrechtlichen Sinne	20
(3) Vernünftiger Grund in § 17 Nr. 2b TierSchG	21
c) Feststellung von tatbestandlicher Schmerzen und Leiden im Strafprozess	22
d) Anwendung auf die Haltung in bereits nach § 24 Abs. 4 TierSchNutztV unzulässigen Kastenständen	23
(1) Vorliegen hinreichender Anhaltspunkte für erhebliche Schmerzen und Leiden	24
(2) Längere Dauer der Zufügung von Schmerzen oder Leiden in den Kastenständen der [REDACTED] GmbH	25
2. Vorsätzliche Begehung und Irrtum: kein Tatbestandsirrtum i.S.v. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB	27
a) Voraussetzungen der vorsätzlichen Begehung der Tat nach § 17 Nr. 2b TierSchG	27
b) Irrtum über ein Merkmal des objektiven Tatbestands	27
(1) Irrtum über länger anhaltende erhebliche Leiden	28
(2) Irrtum über die Zulässigkeit der Haltung; kein Tatbestandsirrtum	29
c) Irrtum über den vernünftigen Grund als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal	29
3. Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit i.S.v. § 17 StGB	30
a) Verbots- bzw. Erlaubnisirrtum i.S.v. § 17 S. 1 StGB	30
b) Unvermeidbarkeit i.S.v. § 17 S. 1 StGB	31
(1) Anforderungen der Rechtsprechung an die Unvermeidbarkeit	31
(2) Vermeidbarkeit eines Irrtums über die Zulässigkeit der konkreten Art der Kastenstandhaltung	33
4. Keine tatsächliche Unmöglichkeit der Normbefolgung wegen Vorverschuldens	34
C. Fazit: Annahme fehlenden Tatverdachts unschlüssig und mangelhaft begründet	36
I. Gesamtergebnis	36
II. Schlussfolgerungen	36

A. Gutachtenauftrag

I. Zugrunde gelegter Sachverhalt: Strafanzeige und Einstellungsbescheid

- 1 Der wissenschaftlichen Begutachtung der Einstellungsentscheidung der Staatsanwaltschaft Gera vom 14.5.2018 (Anlage 1) liegt der Sachverhalt zugrunde, den Frau Rechtsanwältin *Dr. Davina Bruhn* in ihrer Namens und in Vollmacht des Greenpeace e.V. unter dem 13.12.2017 erstatteten Strafanzeige dargestellt hat (Anlage 2). Die Begutachtung beschränkt sich auf die Fragen des Tierschutzstrafrechts, betrugsstrafrechtliche Aspekte werden an dieser Stelle nicht erörtert.
- 2 Die zu begutachtende materielle Begründung der Staatsanwaltschaft Gera für die Einstellung des Verfahrens [wird hier sinngemäß wiedergegeben]:

Der Beschuldigte habe zur Sache keine Angaben gemacht. Soweit es jedoch Verstöße gegen § 17 Nr. 2 b TierSchG angehe, ergebe sich aus den der Anzeige beigefügten Lichtbildern, dass am 13.12.2017 40 und am 20.4.2018 drei Schweine in Kastenständen fotografiert wurden. Die Breite der Kastenstände lag zwischen 65 und 70 cm, die Schulterhöhe der Schweine betrug 80 cm und mehr. Es gebe in dem betreffenden Betrieb aber auch Kästen mit 70 und 80 cm Breite. In dem fraglichen Betrieb würden die Zuchtsauen nicht dauerhaft in Kastenständen gehalten, sondern nur in der Zeit zwischen der Besamung und dem Abferkeln, ansonsten würden die Tiere in Gruppen gehalten.

Die der Strafanzeige beigefügten Bilder zeigten nur den momentanen Zustand und machten ferner deutlich, dass die Tiere nicht ständig stehen mussten, sondern auch die Möglichkeit hatten, sich hinzulegen, zumindest, wenn sie wegen ihrer Größe und der Enge der Kastenstände die Hufen in die benachbarten, wenn auch mehrheitlich belegten Kastenstände ausstreckten.

Aufgrund der Ermittlungen lasse sich, unabhängig von der Frage, ob es überhaupt zu nach § 17 Nr. 2 b TierSchG strafrechtlich relevanten Verstößen gekommen sei, aber nicht mit der für eine Anklage erforderlichen Sicherheit nachweisen, dass der Beschuldigte vorsätzlich gehandelt habe.

Der Umstand, dass der Verordnungsgeber in der TierSchNutzV die Kastenständehaltung grundsätzlich als zulässig angesehen habe, lasse den Rückschluss zu, dass der Beschuldigte als Betreiber einer Zuchtanlage für Sauen durch die Kastenständehaltung nicht erkennbar gegen § 17 Nr. 2 b TierSchG verstoße. Die Vorschrift des § 24 TierSchNutzV sei nicht für nichtig erklärt worden. Daher könne der Betreiber eines solchen Zuchtbetriebs davon ausgehen, dass die Haltungsform der Kastenständehaltung legal sei, auch wenn sie die Tiere in ihrer Bewegungsfreiheit einschränke. Selbst wenn im konkreten Fall Verstöße gegen § 24 Abs. 4 Nr. 2 TierSchNutzV erfolgt seien, dürfe daraus nicht geschlossen werden, dass diese Verstöße vorsätzlich begangen worden seien.

II. Keine weitergehende Akteneinsicht

- 3 Mangels Vorliegens der Ermittlungsakte kann seitens des Gutachters weder beurteilt werden, welche Ermittlungsmaßnahmen vorgenommen worden sind, noch ob der vorgetragene Sachverhalt tatsächlich nachweisbar ist. Die wissenschaftliche Begutachtung beschränkt sich daher ausschließlich auf die Bewertung der methodischen Vorgehensweise, der inneren Schlüssigkeit und strafrechtlichen Folgerichtigkeit der Begründung der staatsanwaltschaftlichen Entscheidung. Es soll also ausschließlich beurteilt werden, ob und ggf. inwiefern die Ausführungen in der Begründung des Einstellungsbeschlusses innere Widersprüche aufweisen, ob sie strafrechtlich nachvollziehbar und vertretbar sind.
- 4 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass für die Bewertung der staatsanwaltschaftlichen Entscheidung letztlich nicht die Frage ausschlaggebend ist, ob tatsächlich Straftaten begangen worden sind, sondern vielmehr, ob ein hinreichender Tatverdacht bestand bzw. welche (weiteren) Ermittlungsmaßnahmen mit Blick auf einen bestehenden Anfangsverdacht erforderlich gewesen wären. Ein Anfangsverdacht setzt dabei lediglich voraus, dass nach allgemeiner kriminalistischer Erfahrung im konkreten Fall eine Straftat begangen worden sein könnte.¹ Die Staatsanwaltschaft hat hier zwar einen Anfangsverdacht angenommen und zumindest durch eine Beschuldigtenvernehmung ermittelt, aber die Ermittlungen sind auch in ihrem Inhalt, Umfang und ihrer Reichweite durch das Strafprozessrecht vorgegeben. Hier stellt sich die Frage, ob die Führung der Ermittlungen den gesetzlichen Vorgaben entsprach.

III. Überprüfung von strafrechtlicher Methodik und innerer Widerspruchsfreiheit

- 5 Insofern gilt zunächst [§ 152 Abs. 2 StPO](#), der das Legalitätsprinzip im Strafprozess normiert und vorgibt, dass die Staatsanwaltschaft – soweit nicht gesetzlich Ausnahmen vorgesehen sind – die Pflicht hat, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. Diese Vorschrift verpflichtet diese Strafverfolgungsbehörde, bei Vorliegen eines Anfangsverdachts alle notwendigen Ermittlungen vorzunehmen, um diesen Verdacht zu erhärten oder auszuräumen. Nach [§ 160 Abs. 1 StPO](#) hat die Staatsanwaltschaft einen Sachverhalt zu erforschen, soweit sie durch Anzeige oder auf anderem Wege von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält. Es besteht also ein Verfolgungszwang.² Die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft sollen sich auf alle Umstände erstrecken, die für die Bestimmung der Strafbarkeit und der Rechtsfolgen der Tat von Bedeutung sind ([§ 160 Abs. 3 StPO](#)).³ Inhaltlich werden damit erschöpfende Ermittlungen verlangt, die entweder zur Widerlegung oder zur Erhärtung des Verdachts führen müssen, also so weit reichen, dass die Staatsanwaltschaft eine Abschlussentscheidung treffen kann.⁴

¹ Vgl. nur *BVerfG* (Vorprüfungsausschuss), Beschl. v. 23.7.1982 – 2 BvR 8/82; *NStZ* 1982, 430; *BGH* Urt. v. 21.4.1988 – III ZR 255/86, *NJW* 1998, 96 (97); *MK-StPO/Peters* Band 2, 2016, § 152 Rn. 35; *Meyer-Goßner/Schmitt StPO/GVG* 61. Aufl. 2018, § 152 Rn. 4.

² *KK-StPO/Griesbaum*, 7. Aufl. 2013, § 160 Rn. 2.

³ Zu den Einzelheiten *KK-StPO/Griesbaum*, 7. Aufl. 2013, § 160 Rn. 26 ff.

⁴ *MK-StPO/Köllbel* Band 2, 2016, § 160 Rn. 74.

B. Begutachtung

I. Zur Struktur der Begründung des Einstellungsbeschlusses: Keine Ermittlungen wegen Vorsatzmangels

- 6 Die Staatsanwaltschaft Gera begründet ihre Entscheidung, das Strafverfahren mangels hinreichenden Tatverdachts nach [§ 170 Abs. 2 StPO](#) einzustellen, in dem Bescheid vom 14.5.2018 letztlich allein damit, dass dem Beschuldigten vorsätzliches Handeln nicht nachzuweisen sei. Es wird zu diesem Zweck zunächst kurz die Situation dargestellt, wie sie sich aus den Lichtbildern ergibt und dann darauf hingewiesen, dass sich die Zuchtsauen nur für einen bestimmten Zeitraum in Kastenhaltung befinden.
- 7 Im Folgenden argumentiert die Staatsanwaltschaft, es komme auf die Frage, ob die Haltung im konkreten Fall objektiv gegen Tierschutzrecht verstößt, deswegen nicht an, weil es für den Betreiber einer Sauenzuchtanlage nicht ohne weiteres erkennbar gewesen sei, dass die Kastenhaltung gegen [§ 17 Nr. 2 b\) TierSchG](#) verstoße. Vielmehr ergebe sich aus [§ 24 Tierschutz-Nutztierverordnung](#) aus dem Jahr 2001 (TierSchNutzV), dass die Kastenhaltung bei Zuchtsauen zulässig sei; und diese Vorschrift sei bislang nicht für nichtig erklärt worden. Daher dürfe der Betreiber eines Agrarunternehmens immer noch davon ausgehen, dass diese Haltungsform trotz der massiven Folgen, die sie für die Bewegungsfreiheit der Schweine habe, zulässig sei.
- 8 Den Mangel des Vorsatzes, der hier die Unterlassung weiterer Ermittlungen rechtfertigen soll, leitet die Begründung daraus ab, dass die den Ermittlungsbehörden übersandten Bildaufnahmen zum einen nur Momentaufnahmen darstellten und zum anderen aus den Bildern ersichtlich sei, dass die dort gezeigten Schweine durch die vorliegende, temporäre Kastenhaltung auch nicht gezwungen gewesen seien, beständig zu stehen und sich nicht legen zu können. Auch wenn die Tiere aufgrund ihrer Größe nicht in der Lage gewesen seien, ihre Hufe und Gliedmaßen jederzeit vollständig auszustrecken, weil die Breite des Kastenstandes dies nicht zugelassen habe, hätten sie doch die Gelegenheit gehabt, die Beine zumindest zeitweise in benachbarte, wenngleich überwiegend auch belegte Kastenstände auszustrecken. Daraus ergebe sich, dass der Betreiber nicht vorsätzlich gehandelt habe.
- 9 Dieser Begründungsansatz lässt den Schluss zu, dass die Staatsanwaltschaft keine Maßnahmen ergriffen hat, um den tatsächlichen Sachverhalt aufzuklären, weil sie zu der Überzeugung gelangt war, dass selbst, wenn sich das tatsächliche Vorbringen in der Anzeige bewahrheiten sollte, eine Straftat nicht vorliege, weil es an dem nach [§ 15 StGB](#) erforderlichen Tatvorsatz gefehlt habe.

II. Objektive Rechtslage mit Blick auf die Haltung von Zuchtsauen

- 10 In der Würdigung und Bewertung des vorliegenden Einstellungsbescheids soll es ausdrücklich nicht um die Frage gehen, ob die Kastenhaltung als solche mit dem Tierschutzgesetz vereinbar ist. Hierzu sind bereits umfassende Gutachten vorgelegt worden.⁵ Es ist nicht Aufgabe dieses ausschließlich *strafrechtswissenschaftlichen* Gutachtens, diese vor allem verfassungsrechtliche, aber auch unionsrechtliche Frage zu beurteilen. Vorliegend geht es allein darum festzustellen, ob die Begründung der Staatsanwaltschaft für die Ablehnung weiterer Ermittlungen und das Absehen von einer öffentlichen Klage nach [§ 170 Abs. 2 StPO](#) aus den im Einstellungsbeschluss genannten Gründen vertretbar erscheint.
- 11 Dazu ist es allerdings notwendig, zunächst die tierschutzverwaltungsrechtliche Lage im konkreten Fall der Haltung in dem Betrieb des Beschuldigten zumindest cursorisch darzustellen und zu be-

⁵ Dies grundsätzlich verneinend etwa *Bruhn/Wollenteit* NuR 2018, 160 ff., 234 ff.; *Wollenteit/Lemke* NuR 2013, 177 ff.; *Felde* NVwZ 2017, 368 ff.; offen gelassen von *BVerwG* Beschl. v. 8.11.2016 – 3 B 11.16, NuR 2017, 417 ff.

werten, um im Anschluss die hier maßgebliche Frage zu erörtern, ob nach den vorliegenden Informationen von einem Tatbestandsirrtum nach [§ 16 Abs. 1 S. StGB](#) ausgegangen werden kann. Die Frage nach dem Vorliegen eines solchen Irrtums ist insofern von zentraler Bedeutung, als sich die Begründung der Staatsanwaltschaft *ausschließlich* auf diese Beurteilung stützt. Ausweislich der Begründung des Einstellungsbeschlusses wurde nicht ermittelt, ob im konkreten Fall der objektive Tatbestand von [§ 17 Nr. 2 b\) TierSchG](#) erfüllt ist. Auf derartige Ermittlungen hat die Staatsanwaltschaft mit der Begründung verzichtet, mangels Irrtums komme ohnehin keine Strafbarkeit wegen Tierquälerei in Betracht. Das ist letztlich ein folgerichtiger und methodisch grundsätzlich plausibler Schluss, dessen Zulässigkeit aber von der Richtigkeit seiner Prämisse (Vorliegen des Irrtums) abhängt.

1. Irrtumsunterstellung durch die Staatsanwaltschaft

- 12 Mit Blick auf die Vorgehensweise der Staatsanwaltschaft ist vorwegzuschicken, dass sie zumindest prozessual ungewöhnlich ist, weil sie auf einer Irrtumsunterstellung basiert. Es werden aus dem Einstellungsbescheid oder der Strafanzeige keine Umstände ersichtlich, die darauf hindeuten, dass der Beschuldigte sich tatsächlich in einem Irrtum über den hier relevanten Sachverhalt oder die Zulässigkeit seines Handelns befunden hat. Es bleibt offen, wie die Staatsanwaltschaft ermittelt hat, dass der Beschuldigte glaubte, die Kastenhaltung in der Art, wie sie in dem von ihm geführten Unternehmen betrieben wurde, könne zulässig sein. Denn der Beschuldigte hat sich zur Sache nicht eingelassen, so dass der wichtigste Anhaltspunkt für einen solchen Irrtum – die Bekundung des Beschuldigten – fehlt. Es entspricht zumindest nicht der prozessualen Erfahrung des Unterzeichners, dass einem Beschuldigten, der von seinem Schweigerecht Gebrauch macht, ein Irrtum zugutegehalten wird, der nicht sehr naheliegt.
- 13 Insofern hat der *BGH* in seiner Entscheidung vom 8.9.2011⁶ festgestellt, für die Entscheidung über einen Irrtum des Beschuldigten bedürfe es der Gesamtwürdigung aller Umstände, die für das Vorstellungsbild maßgebend sind. Es sei jedoch weder im Hinblick auf den Zweifelsgrundsatz, noch ansonsten geboten, zugunsten eines Angeklagten Umstände oder Geschehensabläufe zu unterstellen, für deren Vorliegen keine Anhaltspunkte bestehen. Wenn aber bereits die reine Behauptung eines Angeklagten, er habe sich geirrt nach der Rechtsprechung des *BGH* grundsätzlich nicht geeignet ist, das Gericht zur Annahme eines relevanten Irrtums zu nötigen, dann muss das erst recht gelten, wenn der Beschuldigte sein Recht zu Schweigen in Anspruch nimmt. Staatsanwaltschaft und Gericht dürfen dem Beschuldigten keinen Irrtum unterstellen, sondern nur dann von einer Fehlvorstellung ausgehen, wenn für deren Vorliegen Anhaltspunkte vorliegen, die vernünftige Zweifel begründen, dass der Beschuldigte sich geirrt haben könnte. Aus dem vorliegenden Einstellungsbescheid ergeben sich solche Gründe jedoch nicht.
- 14 Auch außerhalb des Bescheids sprechen keine Gründe für eine solche Annahme. Wenn man berücksichtigt, dass die Unzulässigkeit der Kastenhaltung von Schweinen – sogar unter Einhaltung der Mindestbedingungen von [§ 24 TierSchNutztV](#) – spätestens seit der Entscheidung des *OVG Magdeburg* vom 24.11.2015⁷ intensiv diskutiert wurden, liegt ein solcher Irrtum sogar eher fern:
- In der Zeitschrift *top agrar*, Ausgabe 1/2016, S. 4 ([Anlage 3](#)) erschien ein Beitrag mit dem Titel „Kastenstände vor dem Aus?“ Im Text heißt es: „Gegenüber *top agrar* stellt das Ministerium klar: Alle Tiere dürfen mit ihren Gliedmaßen im Liegen nicht an Hindernisse stoßen! Tierhalter müssen alle Tiere in Augenschein nehmen und dann entscheiden, welche Kastenstandbreite die Sau braucht.“
 - Am 3.1.2017 berichtete zudem der Verband Schweinezucht und Schweinemast (SuS) auf seiner Internetseite über den Hessischen Erlass zu Kastenständen für Schweine, der eine Frist von sechs Monaten zur Vorlage eines Umbaukonzepts für herkömmliche Kastenstände für Schweine vorsehe ([Anlage 4](#)).

⁶ *BGH* Urt. v. 8.9.2011 – 1 StR 38/11, NStZ 2012, 160, 161.

⁷ *OVG Magdeburg* Urt. v. 24.5.2015 – 3 L 386/14, NuR 2017, 476 ff.

- Am 9.1.2017 fand vor der Stadthalle in Baunatal eine Protestkundgebung gegen die Umsetzung der Vorgaben aus der Entscheidung des *OVG Magdeburg* seitens des Hessischen Fachministeriums durch den Erlass zum Kastenstand statt, über den auf der Internetseite *agrarbeute* am 9.1.2017 berichtet wurde ([Anlage 5](#), [Anlage 6](#)).
- Am 25.1.2017 stellte die FDP im Hessischen Landtag den dringlichen Antrag, den Kastenstandserlass aufzuheben ([Anlage 6a](#)).

- 15 Auch wenn die Agrarberufsverbände die Meinung der Rechtsprechung und des hessischen Ministeriums für Landwirtschaft pp. nicht teilen und die Kastenstände grundsätzlich nach wie vor für rechtmäßig halten sollten, ändert dies nichts daran, dass für einen Irrtum darüber, dass die Haltung, die in dem Betrieb, den der Beschuldigte führte, unzulässig sein könnte, keinerlei Anhaltspunkte sprechen, die die Annahme der Staatsanwaltschaft stützen würde, es habe eine Fehlvorstellung vorgelegen (zu den rechtlichen Auswirkungen und weiteren Nachweisen vgl. [Rz. 137 ff.](#)).
- 16 Daher liegt eine strafprozessuale unzulässige Beweisantizipation⁸ durch die Staatsanwaltschaft nahe, wenn sie von einem Irrtum des Beschuldigten ausgeht, nur weil eine Handlung nicht „per se erkennbar rechtswidrig“ war.

2. Tierschutzverwaltungsrechtliche Würdigung des Sachverhalts

- 17 Im Folgenden ist die verwaltungsrechtliche Rechtslage mit Blick auf die Haltung von Zuchtsauen in Kastenständen kurz darzustellen. Hierbei orientiert sich die Darstellung maßgeblich an dem Beschluss des *BVerwG* zu dieser Frage vom [8.11.2016](#)⁹ sowie an dem Urteil des *OVG Magdeburg* vom [24.11.2015](#)¹⁰ und ergänzend an dem für diesen Zusammenhang elementaren Grundsatzurteil des Zweiten Senats des *BVerfG* vom [6.7.1999](#)¹¹ zur Verordnung zum Schutz von Legehennen bei Käfighaltung vom 10.12.1987 ([Hennenhaltungsverordnung](#)).¹²

a) Normenstruktur und -hierarchie der tierschutzrechtlichen Rechtslage bei der Haltung von Schweinen

- 18 Vorab soll dabei kurz auf die maßgeblichen Rechtsgrundlagen eingegangen werden, deren Inhalt, Bedeutung und Verhältnis zueinander für die Auslegung der hier im Zentrum stehenden Vorschriften des Tierschutzgesetzes und der Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung maßgeblich sind. Insofern ist anzumerken, dass Sachverständigengutachten und Stellungnahmen von Interessengruppen rechtlich unverbindlich und irrelevant sind. Erstere können natürlich für die Feststellung des Sachverhalts und für die Bewertung von Tatbestandsmerkmalen wichtige Bedeutung haben, sind aber für die rechtliche Bewertung nur insoweit bindend, wie sie durch die Denkgesetze der Logik, der Wissenschaft und des Erfahrungswissens zwingend vorgegeben werden.¹³ Letztere können im Rahmen der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums eine gewisse Bedeutung gewinnen.

(1) Tierschutz als Staatszielbestimmung mit grundrechtsgleichem Verfassungsrang

- 19 Grundlage des Tierschutzes im deutschen Rechtssystem ist spätestens seit der Grundgesetzänderung vom 26. 7. 2002¹⁴ [Art. 20a GG](#), durch den der **Tierschutz ausdrücklich zur Staatszielbestimmung** erhoben wurde.¹⁵ Folge dieser verfassungsdogmatischen Stellung des Tierschutzes ist, dass er nicht nur den gleichen Rang genießt wie andere hochrangige Verfassungsgüter, sondern auch im Rahmen einer Abwägung auf der gleichen Stufe zu berücksichtigen ist wie die Grundrechte

⁸ Vgl. hierzu MK-StPO/*Peters* Band 2, 2016, § 152 Rn. 67.

⁹ *BVerwG* Beschl. v. 8.11.2016 – 3 B 11.16, NuR 2017, 471 ff.

¹⁰ *OVG Magdeburg* Urt. v. 24.5.2015 – 3 L 386/14, NuR 2017, 476 ff.

¹¹ *BVerfG* Urt. v. 6.9.1999 – 2 BvF 3/90, [BVerfGE 101, 1 ff.](#)

¹² BGBl. I S. 2622.

¹³ Zur Bedeutung dieser Denkgesetze und Regeln nur MüKo-StPO/*Miebach*, Band 2, 1. Aufl. 2016, § 261 StPO Rn. 96 ff.

¹⁴ BGBl. I S. 2862.

¹⁵ *Scholz* in Maunz/Dürig, GG, 81. EL September 2017, Art. 20a Rn. 1 f.

der Art. 2-19 GG.¹⁶ [Art. 20a GG](#) ist damit nicht mehr nur ein Handlungsauftrag an den Gesetzgeber oder ein Postulat, sondern hat objektiv rechtlichen Charakter mit unmittelbarer rechtlicher Bindungswirkung,¹⁷ der Tierschutz hat Verfassungsrang¹⁸ und ist nicht mehr nur bloßer Belang des Gemeinwohls.¹⁹ In der Begründung der Gemeinsamen Verfassungskommission zu dieser Grundgesetzänderung heißt es daher wie folgt:²⁰

„Die Verankerung des Tierschutzes in der Verfassung soll den bereits einfachgesetzlich normierten Tierschutz stärken und die Wirksamkeit tierschützender Bestimmungen sicherstellen. Ethischem Tierschutz wird heute ein hoher Stellenwert beigemessen. Entscheidungen verschiedener Gerichte lassen die Tendenz in der Rechtsprechung erkennen, diesem Bewußtseinswandel bei der Verfassungsauslegung Rechnung zu tragen. Die Rechtsprechung kann dies aber angemessen nur vollziehen, wenn der Gesetzgeber den Tierschutz ausdrücklich in das Gefüge des Grundgesetzes einbezieht. Dies dient der Rechtssicherheit“. „Dem ethischen Tierschutz wird ... Verfassungsrang verliehen“.²¹

- 20** Zudem unterstreicht der systematische Zusammenhang der Vorschrift „mit der Staatsfundamentalnorm des Art. 20 GG die Bedeutung des [Art. 20a GG](#) als grundlegendes Prinzip für alle Staatsgewalt“.²² Das Eintreten des Staates für den Erhalt der natürlichen Lebensgrundlagen seiner Bürger ist „längst zu einem wesentlichen Teil seiner Legitimationsgrundlage geworden“.²³ Der Staat hat daher den Auftrag und die Pflicht, in die Legislative, Exekutive und Judikative einbezogen sind,²⁴ allen Beeinträchtigungen von Tieren durch Privatpersonen effektiv²⁵ entgegenzutreten.²⁶ Der Tierschutz eröffnet damit die Möglichkeit zur Beschränkung auch vorbehaltlos gewährleisteter Grundrechte.²⁷ Staatszielbestimmungen sind bei der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe Auslegungs- und Abwägungshilfe, aber auch Interpretationsvorgabe.²⁸
- 21** Daraus folgt, dass *jede* Auslegung einer Vorschrift, die dem Tierschutz dienen soll oder deren Anwendung Auswirkungen auf das Wohlbefinden von Tieren hat, im Lichte dieser Staatszielbestimmung zu verstehen und zu interpretieren ist. Dies gilt insbesondere bei der Abwägung zwischen Belangen des Tierschutzes und des Grundrechts auf Eigentum ([Art. 14 GG](#)) sowie der freien Berufsausübung ([Art. 12 GG](#)). Hier wäre es bereits verfassungsdogmatisch verfehlt, von einem grundsätzlichen Vorrang oder auch nur von einem prinzipiell stärkeren Gewicht der Individualgrundrechte auszugehen.²⁹

¹⁶ *BVerfG Beschl. v. 13.4.1995 – 4 B 70/95*, NJW 1995, 2648, 2649; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke/Krings, GG 14. Aufl. 2017, Art. 20a GG Rn 11; Braun DÖV 2003, 488, 491 f.; Uhle JuS 1996, 96, 97.

¹⁷ Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke/Krings, GG 14. Aufl. 2017, Art. 20a GG Rn 7.

¹⁸ Münch/Kunig/Sommermann GG, 6. Aufl. 2012, Bd. 1, Art. 20a GG Rn 33 m. w. N.

¹⁹ *Obergfell* NJW 2002, 2296, 2297.

²⁰ Zitiert nach *Scholz* in Maunz/Dürig, GG, 81. EL September 2017, Art. 20a Rn. 59.

²¹ Vgl. auch BT-Drs. 14/8860, S. 1, 3; 14/9090, S. 2.

²² Hierzu und zum Folgenden *Bülte* GA 2018, 35, 50 f. m.w.N.

²³ Münch/Kunig/Sommermann GG, 6. Aufl. 2012, Bd. 1, Art. 20a GG Rn 1 m. w. N.

²⁴ Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke/Krings, GG 14. Aufl. 2017, Art. 20a GG Rn 10.

²⁵ Zu diesem Effektivitätsgebot *Iburg* NuR 2010, 395, 396.

²⁶ *Jarass/Pieroth* Art. 20a GG Rn. 13; Schmidt-Bleibtreu/Klein/Sannwald, GG 14. Aufl. 2017, Art. 20a GG Rn 5; *Erbguth/Schlacke* Jura 2009, 431; *BK-GG/Kloepfer* Art. 20a Rn 31; *Maisack* Zum Begriff des vernünftigen Grundes, 2006, S. 211.

²⁷ *BVerfG* Beschl. v. 10.10.1997 – 1 BvR 310/84, NJW 1998, 367 (368); Münch/Kunig/Sommermann GG, 6. Aufl. 2012, Art. 20a GG Rn 41, 49 f.; *Maisack* Zum Begriff des vernünftigen Grundes, 2006, S. 211; vgl. auch *KG* Beschl. v. 24.7.2009 – (4) 1 Ss 235/09 (150/09), NStZ 2010, 175 f.; a.A. wohl nur *Beckmann* NuR 2016, 384, 389.

²⁸ *BVerfGE* 125, 68; vgl. auch Schmidt-Bleibtreu/Klein/Sannwald GG, 14. Aufl. 2017, Art. 20a GG Rn 5.

²⁹ Vgl. auch *BVerfG* Urt. v. 24.11.2010 – 1 BvF 2/05, [BVerfGE 128, 1, 81 ff.](#)

(2) Tierschutzgesetz als Tierschutzrecht im Rang eines Bundesgesetzes

- 22 Im Range des einfachen Gesetzesrechts stehen die Vorschriften des Tierschutzgesetzes. Dabei ist nicht nur [§ 17 TierSchG](#) zu berücksichtigen, der bei strafrechtlichen Fragen naturgemäß im Zentrum der Betrachtung stehen muss, sondern für seine Interpretation und Würdigung sind insbesondere [§ 1](#) und [§ 2 TierSchG](#) in ihrem systematischen Kontext zu berücksichtigen.³⁰
- 23 Nach [§ 1 S. 2 TierSchG](#) darf niemand einem Tier ohne vernünftigen Grund Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügen. Aus dieser Grundregel ergibt sich, dass einem Tier ohne eine Rechtfertigung keinerlei, auch nicht leichte oder nur kurzzeitige Schmerzen, Leiden oder Schäden zugefügt werden dürfen. [§ 2 Nr. 1 TierSchG](#) gebietet dem Tierhalter eine Ernährung, Pflege und Unterbringung, die der Art des Tieres, seinen Bedürfnissen und seinem natürlichen Verhalten entspricht.³¹ [§ 2 Nr. 2 TierSchG](#) konkretisiert diese Vorgaben dahingehend, dass die Möglichkeit des Tieres zu artgemäßer Bewegung nicht so eingeschränkt werden darf, dass dem Tier vermeidbare Leiden oder Schäden zugefügt werden.³²
- 24 [§ 2a TierSchG](#) beinhaltet eine Ermächtigungsnorm, die dem Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft die Befugnis zuspricht, mit Zustimmung des Bundesrates Rechtsverordnungen zu erlassen, die die Anforderungen an die Haltung von Tieren, die im [§ 2 TierSchG](#) geregelt sind, näher zu bestimmen. Dabei ist hervorzuheben, dass solche Rechtsverordnungen ausweislich [§ 2a TierSchG](#) nur erlassen werden, soweit dies zum Schutz der Tiere erforderlich ist. Daraus folgt nach der Rechtsprechung des *BVerfG*, dass jede dieser Rechtsverordnungen an ihrem Schutzzweck, nämlich dem Tierschutz, orientiert auszulegen ist.³³

(3) Verordnungen zur Konkretisierung von Bundesgesetzes unter dem Primat des einfachen Gesetzes

- 25 Als eine solche Verordnung wurde zunächst im Jahr 1988 die [Schweinehaltungsverordnung](#)³⁴ erlassen, die in [§ 7 Abs. 1 Nr. 2](#) Mindestbedingungen für den Platzbedarf von Schweinen festlegte, und die dann mit dem Erlass der **Tierschutz-Nutztierverordnung** in den inhaltsgleichen [§ 24 TierSchNutztV](#) überführt wurde. Diese Regelungen dienen ausschließlich der Konkretisierung der Vorgaben des Tierschutzgesetzes, sie dürfen demnach nicht in einer Weise ausgelegt werden, die den Tierschutzgesetz in seinem Wortlaut oder Sinn und Zweck oder gar der Vorgabe von [Art. 20a GG](#) widersprechen würde.³⁵
- 26 Denn eine Auslegung der Verordnung in der Weise, dass das Schutzniveau für Tiere unter das Maß des [§ 2 TierSchG](#) abgesenkt würde, wäre nicht nur wegen Verstoßes gegen die verfassungsrechtliche Normenhierarchie unzulässig, sondern auch wegen der bindenden Zwecksetzung des [§ 2a TierSchG](#) und damit nach [Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG](#) unzulässig.³⁶ Dort ist normiert, dass das ermächtigende Gesetz Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung regeln muss und eine Verordnung, die gegen diese Vorgaben – hier **Zwecke des (besseren) Tierschutzes** – verstößt, würde auch gegen [Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG](#) verstoßen, weil es an einer Ermächtigung fehlen würde.³⁷

³⁰ Hierzu grundlegend *BVerfG* Urt. v. 6.7.1999 – 2 BvF 3/90, [BVerfGE 101, 1, 36 ff.](#)

³¹ Hierzu eingehend *BVerfG* Urt. v. 6.7.1999 – 2 BvF 3/90, [BVerfGE 101, 1, 36 ff.](#)

³² Vgl. *BVerfG* Urt. v. 6.7.1999 – 2 BvF 3/90, [BVerfGE 101, 1, 36 ff.](#)

³³ Vgl. *BVerfG* Beschl. v. 8.11.2016 – 3 B 11.16 Rn. 9, NuR 2017, 471.

³⁴ Verordnung vom 30.5.1988, BGBl I, S. 673.

³⁵ Vgl. bereits *AG Leverkusen* Urt. v. 24.4.1979 – 17 Ls 5 Js 120/77(178/78) E, AgrarR 1979, 229, 230.

³⁶ Vgl. auch *Felde* NVwZ 2017, 368, 369.

³⁷ Vgl. auch *Hirth/Maisack/Moritz* Tierschutzgesetz, 3. Aufl. 2016, [§ 2 TierSchG Rn. 51](#); ferner *BVerfG* Urt. v. 6.7.1999 – 2 BvF 3/90, [BVerfGE 101, 1, 31 ff.](#)

(4) Völker- und Unionsrecht zum Schutz von Nutztieren

- 27 Neben diesen nationalen Vorschriften sind zum einen das europäische [Übereinkommen zum Schutz von Tieren in landwirtschaftlichen Tierhaltungen vom 10. März 1976](#)³⁸ und die Empfehlungen des Ständigen Ausschusses zu diesem Übereinkommen und zum anderen die [RL 2008/120/EG](#) des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 18.12.2008 über Mindestanforderungen für den Schutz von Schweinen zu berücksichtigen. Mittelbare Bedeutung kommt ferner der sog. EU-Versuchstierrichtlinie ([RL 2010/63/EU](#)) zu. Sie gilt zwar nicht unmittelbar für Mast Schweine, hat aber für die unionsrechtskonforme Auslegung des Begriffs Leiden erhebliche Bedeutung (vgl. [Rz. 79](#)).
- 28 Insofern ist bedeutsam, dass die Vorgaben des europäischen Übereinkommens einschließlich des Anhangs als völkerrechtlichem Rechtsakt den Rang eines einfachen Gesetzes haben, also den Vorgaben der Tierschutz-Nutztierverordnung im Zweifel vorgehen und bei der Auslegung der Vorschriften des Tierschutzgesetzes zwingend zu berücksichtigen sind. Den in der [RL 2008/120/EG](#) festgelegten Mindestanforderungen kommt darüber hinaus der **Anwendungsvorrang des Unionsrechts** zu, sodass sie im Zweifel sogar dem nationalen Verfassungsrecht vorgehen können. Da es sich in beiden Fällen um Regelwerke handelt, die dem *Tierschutz* dienen, Art. 12 der [RL 2008/120/EG](#) die Vorgaben des Rechtsakt ausdrücklich als *Mindeststandards* deklariert und den Mitgliedstaaten erlaubt, strengere Bestimmungen für den Schutz von Schweinen beizubehalten oder zur Anwendung zu bringen, als sie in der Richtlinie vorgesehen sind,³⁹ kann die Anwendung dieser Regelwerke **keinesfalls zu einer Minderung des Tierschutzstandards** führen. Die [RL 2008/120/EG](#) ist im Rahmen der unionsrechtskonformen Auslegung stets ihrem Zweck gemäß zu berücksichtigen, den Schutz der als Nutztiere gehaltenen Schweine zu *erhöhen*.⁴⁰

(5) Erlasse und Verwaltungsvorschriften als für Gerichte unverbindliche Rechtsmeinungen

- 29 Schließlich werden im Bereich der Tierhaltung oftmals in der Praxis gefestigte und bewährte Verfahrensweisen zusammengefasst und als **Verwaltungsvorschriften** oder **Handlungsempfehlungen** von Behörden oder auch Berufsverbänden veröffentlicht. Dies gilt etwa für die vom Niedersächsischen Ministerium für Landwirtschaft zur Auslegung von [§ 24 Abs. 4 Nr. 2 TierSchNutztV](#) herausgegebenen „Ausführungshinweise Schwein“ vom 23.10.2010 ([Anlage 7](#)). Hierbei handelt es sich nach der Rechtsprechung des *BVerwG*⁴¹ um **Rechtsmeinungen**, die keine Verbindlichkeit beanspruchen können, sie sind also keine Rechtsnormen. Diese Handlungsanweisungen können aber faktische Bedeutung haben, weil sie sich naturgemäß auf die Vorstellung eines Nutztierhalters über die Rechtmäßigkeit von Haltungsbedingungen auswirken können.⁴²

b) Darstellung der Rechtslage nach der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte

- 30 Der 3. Senat des *BVerwG* hat sich in seiner Grundsatzentscheidung vom [8.11.2016](#)⁴³ mit dem – hier von der Staatsanwaltschaft angesprochenen – [§ 24 Abs. 4 Nr. 2 TierSchNutztV](#) auseinandergesetzt, der wie folgt lautet:

„Kastenstände müssen so beschaffen sein, dass jedes Schwein ungehindert aufstehen, sich hinlegen sowie den Kopf und in Seitenlage die Gliedmaßen ausstrecken kann.“

- 31 Das *BVerwG* legt diese Vorschrift in einem Leitsatz und der Kernaussage seines Beschlusses folgendermaßen aus:

³⁸ BGBl. II 1978, S. 113 ff.

³⁹ Vgl. hierzu auch EuGH Urt. v. 19.10.1995 – Rs. C-128/94, [Slg. I 1995 I-03389](#), zur RL 88/133/EWG; ferner *Hirth/Maisack/Moritz* Tierschutzgesetz, 3. Aufl. 2016, § 2 TierSchG Rn. 50.

⁴⁰ Zur Wirkung europäischen Tierschutzrechts für das deutsche Strafrecht *Bülte* GA 2018, 38, 53.

⁴¹ *BVerwG* Beschl. v. 8.11.2016 – 3 B 11.16, Rn. 23, NuR 2017, 471, 473.

⁴² Zu den Einzelheiten *Hirth/Maisack/Moritz* Tierschutzgesetz, 3. Aufl. 2016, § 2 TierSchG Rn. 55.

⁴³ *BVerwG* Beschl. v. 8.11.2016 – 3 B 11.16, NuR 2017, 471 ff.

„§ 24 Abs. 4 Nr. 2 der Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung enthält Anforderungen an die Beschaffenheit von Kastenständen, die gegenüber jedem einzelnen in einem Kastenstand gehaltenen Schwein zu erfüllen sind. Die Möglichkeit jedes Schweins, sich in einem Kastenstand hinzulegen und in Seitenlage die Gliedmaßen auszustrecken, muss jederzeit ungehindert gegeben sein und darf nicht auf eine Seite beschränkt werden.“

- 32 Zur Erläuterung und Ergänzung dieses Leitsatzes stellt der 3. Senat des *BVerwG* auf die Ausführungen des *OVG Magdeburg* in der Entscheidung vom [24.11.2015](#)⁴⁴ ab, die das *BVerwG* im Ergebnis für so überzeugend hält, dass es die Revision nicht zugelassen hat. Ob ein Schwein in einem Kastenstand **jederzeit** die Möglichkeit haben muss, sich **ungehindert auszustrecken**, bedürfe keiner Klärung. Diese Frage lasse sich „ohne weiteres mithilfe der üblichen Regeln der Gesetzesauslegung zweifelsfrei“ beantworten.⁴⁵
- 33 Das *BVerwG* konstatiert ferner, die Anforderung an Kastenstände, dass **jedes Schwein ungehindert aufstehen, sich hinlegen und dabei den Kopf sowie in Seitenlage die Gliedmaßen ausstrecken** kann, gelte für **jeden Kastenstand** und **jedes einzelne** in einem solchen Kastenstand gehaltene **Schwein**.⁴⁶ Die Vorgabe, die Möglichkeit des Tieres zu artgemäßer Bewegung nicht so einzuschränken, dass Schmerzen oder vermeidbare Leiden oder Schäden zugefügt werden, gelte als **Verpflichtung gegenüber jedem individuellen Tier**. Sie ergebe sich aus § 2 Nr. 1 und 2 TierSchG, dessen Konkretisierung [§ 24 TierSchNutztV](#) diene.⁴⁷
- 34 Das leitet der Senat insbesondere daraus her, dass es mit dem Sinn und Zweck des Tierschutzgesetzes, folglich mit geltendem Recht nicht vereinbar sei, wenn aus fachwissenschaftlichen Äußerungen, Kastenstände ließen sich bauartbedingt nicht flexibel anpassen, abgeleitet werde, es seien zum Nachteil einzelner Tiere Abstriche von den Anforderungen des [§ 24 Abs. 4 Nr. 2 TierSchNutztV](#) gerechtfertigt.⁴⁸ Das *BVerwG* stellt hierzu deutlich fest: „Standardisierungen sind nur insoweit zulässig, als sie die Anforderungen aller betroffenen Tiere erfüllen.“⁴⁹ Weiterhin führt das Gericht aus, dass nicht nur jedes Tier individuell und unbedingt geschützt sei, sondern der Schutz auch ohne zeitliche Einschränkung gelte:
- „Die Möglichkeit des Schweins, sich hinzulegen und in Seitenlage die Gliedmaßen auszustrecken, muss ungehindert jederzeit gewährleistet sein.“⁵⁰
- 35 Diese Absolutheit der Vorgaben ergibt sich nach Auffassung des Gerichts denkbareweise daraus, dass es sich nach dem historischen Willen des Gesetzgebers bzw. Verordnungsgebers um die Anforderungen an die Haltung von Nutztieren handelt,
- „die zum Schutz der Tiere unerlässlich schienen und nicht unterschritten werden dürfen. Diese Bedingungen sollen die Vorgaben des Tierschutzgesetzes konkretisieren und damit Rechtsunsicherheit beseitigen [...]. Das gebietet eine eng am Wortlaut orientierte Auslegung und steht einer einschränkenden Interpretation entgegen.“⁵¹
- 36 Man könnte also formulieren, dass es im Wesen von Mindestanforderungen liegt, dass nicht unterschritten werden dürfen. Dies ergibt sich letztlich mittelbar auch aus § 2a TierSchG, der den Erlass von Verordnungen nur soweit zulässt, wie es zum Schutz der Tiere **erforderlich** ist.

⁴⁴ *OVG Magdeburg* Urt. v. 24.11.2015 – 3 L 386/14, NuR 2017, 476 ff.

⁴⁵ *BVerwG* Beschl. v. 8.11.2016 – 3 B 11.16, Rn. 4, NuR 2017, 471.

⁴⁶ *BVerwG* Beschl. v. 8.11.2016 – 3 B 11.16 Rn. 12 ff., NuR 2017, 471, 472.

⁴⁷ *BVerwG* Beschl. v. 8.11.2016 – 3 B 11.16 Rn. 14, NuR 2017, 471, 472; davon ebenfalls ausgehend *BVerfG* Urt. v. 6.7.1999 – 2 BvF 3/90, [BVerfGE 101, 1, 36 ff.](#)

⁴⁸ In diesem Sinne auch *BVerfG* Urt. v. 6.7.1999 – 2 BvF 3/90, [BVerfGE 101, 1, 36 ff.](#)

⁴⁹ *BVerwG* Beschl. v. 8.11.2016 – 3 B 11.16 Rn. 15, NuR 2017, 471, 472.

⁵⁰ *BVerwG* Beschl. v. 8.11.2016 – 3 B 11.16 Rn. 16, NuR 2017, 471, 472.

⁵¹ *BVerwG* Beschl. v. 8.11.2016 – 3 B 11.16 Rn. 17, NuR 2017, 471, 472; vgl. auch [BR-Drs. 159/88, S. 19](#); [BR-Drs. 119/06, 19](#).

- 37 Die insbesondere gegen die Notwendigkeit, dass die Tiere sich **jederzeit** ausstrecken können, angeführte grammatikalisch-systematische Auslegung (Vergleich zu § 26 Abs. 1 Nr. 2 TierSchNutzV) widerlegt der Senat mit historischen Argumenten. Zudem stützt sich das *BVerwG* auf eine völkerrechtskonforme Auslegung, weil im Anhang II der Empfehlungen für das Halten von Schweinen des Ständigen Ausschusses nach dem Europäischen Übereinkommen zum Schutz von Tieren in landwirtschaftlichen Tierhaltungen ([Anlage 7a](#))⁵² ausdrücklich festgehalten ist, dass die Tiere, die nach den Vorschriften des Übereinkommens auch nur ausnahmsweise in Einzelbuchten gehalten werden dürfen, sich in diesen Buchten „*mübelos umdrehen können*“ müssen.
- 38 Ferner macht der Beschluss des *BVerwG* deutlich, dass es auch nicht ausreichend ist, wenn das Tier nur auf *einer* Seite liegend seine Gliedmaßen ungehindert – insbesondere nicht durch Tiere gehindert, die in einem benachbarten Kastenstand liegen oder stehen – ausstrecken kann. Es fehle „an jeglichem Anhaltspunkt für die Annahme, es reiche aus, diese Ruheposition auf nur einer Seite einnehmen zu können“.⁵³
- 39 Diese Anforderungen hatte bereits das *OVG Magdeburg* in den Leitsätzen seiner Entscheidung vom [24.11.2015](#) formuliert:
- „1. Aus § 24 Abs. 4 Nr. 2 TierSchNutzV ergibt sich zwingend, dass den in einem Kastenstand gehaltenen (Jung)Sauen die Möglichkeit eröffnet sein muss, jederzeit in dem Kastenstand eine Liegeposition in beiden Seitenlagen einzunehmen, bei der ihre Gliedmaßen auch an dem vom Körper entferntesten Punkt nicht an Hindernisse stoßen.*
- 2. Die Vorgabe des § 24 Abs. 4 Nr. 2 TierSchNutzV erfüllen nur Kastenstände, deren Breite mindestens dem Stockmaß (d.h. der Widerristhöhe bzw. der Entfernung vom Boden zum höchsten Punkt des stehenden Schweins) des darin untergebrachten Schweins entspricht oder Kastenstände, welche dem Tier die Möglichkeit eröffnen, die Gliedmaßen ohne Behinderung in die beiden benachbarten leeren Kastenstände oder beidseitige (unbelegte) Lücken durchzustecken.“*
- 40 Schließlich setzt sich die Entscheidung auch mit dem Argument auseinander, zu große Kastenstände führten vermehrt zu Verletzungen, wenn Tiere sich umzudrehen versuchen. Insofern konstatiert das *BVerwG*, es sei Aufgabe der Tierhalter, beide Voraussetzungen zu erfüllen, die in § 24 Abs. 4 TierSchNutzV als **kumulative Mindestvoraussetzung** für die Haltung in Kastenständen geregelt sind. Der Ordnungsgeber fordere in Konkretisierung der gesetzlichen Vorgaben sowohl eine gewisse Mindestgröße, als auch ein auf das Minimum reduziertes Verletzungsrisiko. Ein möglicher Zielkonflikt, sei so aufzulösen, dass beiden Anforderungen Rechnung getragen werde, für eine einschränkende Auslegung gebe es keinen Grund, weil nicht erkennbar sei, warum es nicht möglich sein soll, Kastenstände zu schaffen, die ausreichend Platz bieten und dennoch kein erhöhtes Verletzungsrisiko aufweisen.⁵⁴
- 41 Mit diesen Entscheidungen macht die Verwaltungsgerichtsbarkeit über die Sachentscheidung hinaus verfahrensrechtlich deutlich, dass es nicht Sache von Ethologen und Veterinären ist, Rechtsvorschriften auszulegen.⁵⁵ Soweit in der naturwissenschaftlichen Literatur vertreten wird, § 24 TierSchNutzV schreibe nicht vor, dass eine Zuchtsau ihre Gliedmaßen ganz (rechtwinklig) ausstrecken können müsse,⁵⁶ hat das *BVerwG* diesem Auslegungsversuch eine klare Absage erteilt.⁵⁷

⁵² Abgedruckt in BAnZ Nr. 161 v. 26.8.2006, S. 5930.

⁵³ *BVerwG* Beschl. v. 8.11.2016 – 3 B 11.16 Rn. 22, NuR 2017, 471, 473.

⁵⁴ *BVerwG* Beschl. v. 8.11.2016 – 3 B 11.16 Rn. 26, NuR 2017, 471, 473.

⁵⁵ Vgl. bereits *OLG Hamm* Urt. v. 25.5.1958, 1 Ss 25/58, GA 1958, 377; *AG Leverkusen* Urt. v. 24.4.1979 – 17 Ls 5 Js 120/77(178/78) E, AgrarR 1979, 229, 230; ferner *OLG Frankfurt a.M.* Beschl. v. 12.4.1979 – 4 Ws 22/79, NJW 1980, 409; vgl. auch *OLG Düsseldorf* Urt. v. 15.5.1976 – 15 U 29/76, Rdl 1977, 42, 43.

⁵⁶ So ausdrücklich *Hoy Gestaltung des Besamungszentrums unter besonderer Berücksichtigung der Haltung der Sauen in Kastenständen, in Schweinhaltung – zukunftsorientiert, aber wie?, Tagungsband – Schweinefachtagung – Jahrestagung 2016, S. 41.*

⁵⁷ Vgl. auch *Felde* NVwZ 2017, 368, 369.

c) Anwendung dieser Rechtsprechung auf den betroffenen Betrieb

- 42 Legt man den Sachverhalt, von dem die Staatsanwaltschaft ausgegangen ist, hier zugrunde, so entspricht die Haltung in Kastenständen im Betrieb des Beschuldigten ohne jeden Zweifel nicht den Vorschriften von § 24 Abs. 4 Nr. 2 TierSchNutzV.
- 43 Die Tiere hatten nach den Ausführungen des Einstellungsbescheids zwar die Möglichkeit, „die Hufe zumindest zeitweise durch das Hindurchstrecken in den benachbarten, wenngleich überwiegend auch belegten Kästen, auszustrecken“. Das ist nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung jedoch eindeutig nicht genug, um den Anforderungen der TierSchNutzV gerecht zu werden. Weil nicht *jedes* Tier *jederzeit* die Möglichkeit hatte, „die Gliedmaßen ohne Behinderung in die benachbarten Kastenständen oder Lücken – jeweils unbelegt – durchzustecken“.⁵⁸ Es lag also nach dem Sachverhalt, von dem die Staatsanwaltschaft ausgegangen ist, ein klarer Verstoß gegen § 24 TierSchNutzV und damit zwangsläufig auch gegen § 2 TierSchG vor.
- 44 Der Tierschutzwidrigkeit der Zustände in der Anlage des Beschuldigten steht auch nicht entgegen, dass es sich „nur um Momentaufnahmen“ gehandelt haben könnte. Abgesehen davon, dass offen bleibt, warum die Staatsanwaltschaft hier trotz zweifacher Bilddokumentation im Abstand von einigen Monaten von „Momentaufnahmen“ ausgeht, ist die Rechtsprechung auch insofern eindeutig: *Jedes* Tier muss *jederzeit* die Möglichkeit haben, seine Gliedmaßen in der liegenden Ruheposition – auf beiden Seiten – vollständig auszustrecken. Wenn die Staatsanwaltschaft hier also von einem Verstoß gegen Tierschutzrecht im Konjunktiv spricht, macht dies eine unzutreffende rechtliche Bewertung deutlich.
- 45 An einem Verstoß gegen Tierschutzrecht durch die Haltung in dem von dem Beschuldigten geführten Betrieb kann vorliegend angesichts der Vorgaben der einheitlichen obergerichtlichen und höchstgerichtlichen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung sowie mit Rücksicht auf die Judikatur des *BVerfG* kein Zweifel bestehen.

III. Tierschutzstrafrechtliche Würdigung des Sachverhalts

- 46 Dem Grunde nach zutreffend ist der dem Einstellungsbescheid zugrundeliegende Ansatz, dass nicht jeder Verstoß gegen § 24 Abs. 4 Nr. 2 TierSchNutzV gleichsam die **Erfüllung des objektiven Tatbestandes** von [§ 17 Nr. 2b TierSchG](#) bedeutet. Nicht jede Verletzung von Tierschutzrecht erfüllt den Tatbestand der Tierquälerei. Die strafrechtliche Würdigung des Sachverhalts erfordert daher die Beantwortung zweier Fragen:
- 47 Zum einen muss erörtert werden, ob die Haltung der fotografierten Tiere in den Kastenständen den objektiven Tatbestand der Tierquälerei im Sinne von [§ 17 Nr. 2b TierSchG](#) erfüllen könnte und wie mit dem Hinweis der Staatsanwaltschaft auf eine Momentaufnahme umzugehen ist ([Rz. 74 ff.](#)). Zum anderen ist die Frage zu beantworten, wie die Ausführungen der Staatsanwaltschaft zum Irrtum des Beschuldigten zu würdigen und zu bewerten sind (vgl. [Rz. 116 ff.](#) und [Rz. 129 ff.](#)).

1. Erfüllung des objektiven Tatbestandes der Tierquälerei (§ 17 Nr. 2b TierSchG)

- 48 Die Staatsanwaltschaft Gera hat in ihrem Einstellungsbescheid die Frage nach Vorliegen des objektiven Tatbestandes der Tierquälerei nach [§ 17 Nr. 2b TierSchG](#) unbeantwortet gelassen, weil sie davon ausgegangen ist, es habe jedenfalls an einer vorsätzlichen Handlung des Beschuldigten gefehlt. Um diese Überlegungen auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen, ist zunächst zu erörtern, worauf der **Vorsatz der Tierquälerei** bezogen sein muss und ob – die Richtigkeit der Annahme der Staatsanwaltschaft hinsichtlich der **inneren Haltung des Beschuldigten** zu den Vorgängen unterstellt – tatsächlich keine vorsätzliche Handlung gegeben war.

⁵⁸ *OVG Magdeburg* Urt. v. 24.11.2015 – 3 L 386/14, NuR 2017, 476, 477.

a) **Verhältnis zu anderen Straf- und Bußgeldvorschriften des Tierschutzrecht und der „vernünftige Grund“ in § 17 Nr. 2b TierSchG**

- 49 Dazu ist zunächst die Struktur des in [§ 17 Nr. 2b TierSchG](#) formulierten Tatbestandes kurz zu analysieren. Die Vorschrift droht Strafe für den Fall an, dass jemand einem Wirbeltier vorsätzlich **länger anhaltende oder sich wiederholende erhebliche Schmerzen oder Leiden** zufügt.
- 50 Diese Vorschrift ist in ihrer Auslegung im Kontext von [§ 17 Nr. 2a TierSchG](#) zu verstehen, der unter Strafe stellt, einem Wirbeltier aus Rohheit erhebliche Schmerzen oder Leiden zuzufügen. Zudem ist für die systematische Auslegung [§ 18 Abs. 2 TierSchG](#) relevant, der denjenigen mit Geldbuße bedroht, der einem Tier – gleich welchem Tierstamm es angehört, also nicht nur Wirbeltiere – ohne vernünftigen Grund erhebliche Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügt.
- 51 Die systematische Auslegung – auch im Verhältnis zu [§ 17 Nr. 1 TierSchG](#) – ergibt, dass der **vernünftige Grund in § 17 Nr. 2 TierSchG kein Tatbestandsmerkmal** ist, sodass die Zufügung von länger anhaltenden oder sich wiederholenden Schmerzen oder Leiden bei einem Wirbeltier auch dann den objektiven Tatbestand des Strafgesetzes erfüllt, wenn dies aus einem Grund geschehen sollte, der im Sinne von [§ 17 Nr. 1 TierSchG](#) allgemein als vernünftiger Grund angesehen würde. Der Grund dafür, warum einen Tier länger anhaltender oder sich wiederholende erhebliche Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, kann daher in dieser Begehungsvariante der Tierquälerei allenfalls und ausschließlich im Rahmen der Rechtfertigung nach [§§ 32, 34 StGB](#) eine Rolle spielen.⁵⁹
- 52 Dies ergibt sich zunächst aus der **Gesetzessystematik**: In [§ 1 S. 2 TierSchG](#) wird die allgemeine Regel normiert, dass niemand einem Tier ohne vernünftigen Grund Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügen darf. Diese Vorschrift steht nicht unmittelbar im Zusammenhang mit der Tierhaltung, sondern gilt für alle Tiere, ob Wildtiere, Haustiere oder sog. Nutztiere. Sie bringt den Leitgedanken zum Ausdruck, dass Tieren grundsätzlich keine vermeidbaren, das unerlässliche Maß übersteigenden Schmerzen, Leiden oder Schäden zugefügt werden dürfen.⁶⁰ So ist auch die Feststellung des *BVerfG* in der Entscheidung zur Legehennen-Verordnung⁶¹ zu verstehen, als Gebot der Verhältnismäßigkeitsabwägung bei der Zufügung von Nachteilen:

„[A]us dem in § 1 Satz 1 TierSchG niedergelegten Grundsatz des ethisch begründeten Tierschutzes folgt, daß nicht jede Erwägung der Wirtschaftlichkeit der Tierhaltung aus sich heraus ein "vernünftiger Grund" im Sinne des § 1 Satz 2 TierSchG sein kann. Notwendig ist vielmehr auch insoweit ein Ausgleich zwischen den rechtlich geschützten Interessen der Tierhalter einerseits und den Belangen des Tierschutzes andererseits.“

- 53 Dieser allgemeine Grundsatz des Tierschutzrechts wird in [§ 2 Nr. 1 und 2 TierSchG](#) für den Regelungsbereich der Haltung und Betreuung von Tieren konkretisiert. Dementsprechend hatte die Landesregierung im Normenkontrollverfahren vor dem *BVerfG* gegen die Legehennenverordnung argumentiert: [§ 2 TierSchG](#) steht nicht unter dem Vorbehalt des vernünftigen Grundes im Sinne von [§ 1 S. 2 TierSchG](#). Das Gesetz differenziert erkennbar zwischen Vorgaben, von deren Einhaltung bei Vorliegen eines vernünftigen Grundes abgesehen werden kann und solchen, für die eine solche allgemeine Einschränkung nicht gilt, weil der Gesetzgeber bereits eine abschließende Interessenabwägung vorgenommen hat, die nur in Ausnahmefällen (gesetzliche Sonderregelungen, Notstand etc.) aufgebrochen werden darf.⁶²

⁵⁹ Hierzu auch *Bülte* GA 2018, 35, 41; vgl. ferner *Caspar* NuR 1997, 577 (578); *Cirsovius* NuR 2017, 665 ff.; *Hirt/Maisack/Moritz* TierSchG, 3. Aufl. 2016, § 17 Rn 9; *Löök* Das Tierschutzstrafrecht nach Einfügung der Staatszielbestimmung »Tierschutz« in das Grundgesetz (Art. 20a GG), 2016, S. 105 f. m.w.N.; i.E. auch *Pfobl* in MK-StGB, Band 6, Nebenstrafrecht I, 3. Aufl. 2017, § 17 TierSchG Rn. 91; eingehend zum vernünftigen Grund im TierSchG *Maisack* Zum Begriff des vernünftigen Grundes, 2006, passim.

⁶⁰ Vgl. auch *BVerfG* Beschl. v. 20.6.1978 – 1 BvL 14/77, *BVerfGE* 48, 376; ferner *Erbs/Kohlhaas/Metzger* TierSchG, 218. EL Januar 2018, § 1 Rn. 22.

⁶¹ *BVerfG* Urt. v. 6.7.1999 – 2 BvF 3/90, *BVerfGE* 101, 1, 36 ff.

⁶² Widergegeben in *BVerfG* Urt. v. 6.7.1999 – 2 BvF 3/90, *BVerfGE* 101, 1, 16.

- 54 Dies wird für [§ 2 TierSchG](#) daran deutlich, dass der Gesetzgeber klar zwischen der angemessenen Versorgung des Tiers und der Vermeidbarkeit von Beeinträchtigungen unterscheidet. Es handelt sich in beiden Fällen um Ausprägungen des auch hinter dem Merkmal des vernünftigen Grundes stehenden Verhältnismäßigkeitsprinzips, wobei jedoch [§ 2 Nr. 1 und 2 TierSchG](#) höhere und spezifischere Anforderungen stellen, weil sie den Sonderfall der Tierhaltung betreffen. Die angemessene Pflege und Ernährung und verhaltensgerechte⁶³ Unterbringung nach § 2 Nr. 1 TierSchG mag keine optimale Versorgung fordern, verlangt aber die nach Abwägung der beteiligten Interessen bestmögliche. Diese besonderen Anforderungen an den Tierhalter sind auch insofern gerechtfertigt, als er selbst die ethische und rechtliche Verantwortung für die von ihm gehaltenen Tiere übernommen hat; er hat die Tiere durch die tatsächliche Übernahme in seine Obhut genommen. Der **Tierhalter ist Garant** – auch im strafrechtsdogmatischen Sinne – **für den Tierschutz**, soweit er den von ihm gehaltenen Tieren zusteht. Daher ist es angemessen und geboten, ihm gegenüber nicht nur das allgemeine Schädigungsverbot des § 1 S. 2 TierSchG aufzustellen, sondern von ihm mehr zu verlangen, nämlich die angemessene Pflege und Ernährung sowie die verhaltensgerechte Unterbringung.
- 55 § 2 Nr. 2 TierSchG **verbietet Bewegungseinschränkungen, die zu (irgendwelchen) Schmerzen oder vermeidbaren Leiden oder Schäden führen**. Hier wird die Differenzierung ebenfalls deutlich: Bewegungseinschränkungen, die zu Schmerzen führen, sind verboten, ohne dass es auf die Vermeidbarkeit ankäme. Hier ist die Abwägung zugunsten des Tierschutzes durch den Gesetzgeber getroffen, eine Rechtfertigung durch vernünftige Gründe kommt ausweislich des Gesetzestextes nicht in Betracht. Führen die Einschränkungen der Bewegungsmöglichkeit⁶⁴ zu Leiden oder Schäden, so ist dies nur in einem Maß zulässig, das unvermeidbar ist. Damit sind die Anforderungen ebenfalls nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzips zu bestimmen, doch fordert Unvermeidbarkeit mehr als einen „vernünftigen“ Grund.⁶⁵
- 56 Daraus folgt für den vorliegenden Zusammenhang, dass die Mastviehhaltung als solche in den Grenzen des vernünftigen Grundes zulässig sein soll, während für die Mastbedingungen im Einzelnen die Verbote des [§ 2 TierSchG](#) nicht der Beschränkung des vernünftigen Grundes, sondern nur den strengeren Anforderungen der Angemessenheit bzw. der Unvermeidbarkeit unterworfen sind.
- 57 Für die Verbote von [§ 3 Nr. 1 bis 13 TierSchG](#) und für [§ 17 Nr. 2a und b TierSchG](#) gilt im Umkehrschluss keine weitergehende Einschränkung. Hier wird nicht auf einen vernünftigen Grund, die Unvermeidbarkeit oder die Angemessenheit abgestellt, sondern allenfalls auf Notlagen als Ausnahmesituationen.⁶⁶ Dieser Ausschluss einer Tatbestandslosigkeit oder Rechtfertigung durch einen vernünftigen Grund ist auch insofern folgerichtig, als die tatbestandlichen Anforderungen in [§ 17 Nr. 2 TierSchG](#) hoch sind: Nur das Quälen des Tieres mit **erheblichen** und **andauernden** oder sich **wiederholenden Schmerzen** und **Leiden** oder das Zufügen erheblicher Schmerzen aus **Rohheit** sind tatbestandlich. Dass *vernünftige* Gründe für die Zulässigkeit dieser massiven Eingriffe, aus denen ihrerseits keinerlei Nutzen entsteht, nicht ausreichend können, liegt auf der Hand. Das ergibt sich letztlich auch aus dem Umkehrschluss aus [§ 18 TierSchG](#), der wiederum in Absatz 1 Nr. 1 und Absatz 2 vernünftige Gründe als Ausschlussgrund für die Straffreiheit ausreichen lässt.⁶⁷

⁶³ Zum Begriff der Verhaltensgerechtigkeit *OVG Schleswig-Holstein* Urt. v. 28.6.1994 – 4 L 152/92 NuR 1995, 480 ff.; *Felde NVwZ* 2017, 368, 369 m.w.N.

⁶⁴ Daher ist der Einwand, Tiere bewegten sich typischerweise nicht in einer bestimmten Weise (nur jede fünfte Sau schläft auf der Seite, vgl. *OVG Magdeburg* Urt. v. 24.5.2015 – 3 L 386/14, NuR 2017, 476, 477) aus Rechtsgründen irrelevant.

⁶⁵ Vgl. Erbs/Kohlhaas/*Metzger* TierSchG, 218. EL Januar 2018, § 2 Rn. 15.

⁶⁶ Eingehend hierzu *Hirth/Maisack/Moritz* Tierschutzgesetz, 3. Aufl. 2016, § 17 TierSchG Rn. 8, 113.

⁶⁷ Wie hier *OLG Celle* Urt. v. 6.6.1997 – 23 Ss 50/97, NStZ-RR 1997, 381; Urt. v. 12.1.1993 – 1 Ss 297/92, NStZ 1992, 291 f.; Erbs/Kohlhaas/*Metzger* TierSchG, 218. EL Januar 2018, § 17 Rn. 38; in diesem Sinne auch *OLG Hamm*, Urt. v. 27.2.1985 – 4 Ss 16/85, NStZ 1985, 275 wobei der Senat die Frage letztlich ausdrücklich offen lässt.

58 Daraus folgt insbesondere, dass eine Fehlvorstellung darüber, dass ein „vernünftiger Grund“ für die Zufügung tatbestandlicher Schmerzen oder Leiden vorliege in [§ 17 Nr. 2 TierSchG](#) kein Tatbestandsirrtum sein kann, weil sich diese Fehlvorstellung nicht auf ein *Tatbestandsmerkmal*,⁶⁸ sondern auf die *Erlaubtheit* der Tat bezieht.⁶⁹ Ein solcher Irrtum kann allenfalls als Erlaubnisirrtum im Sinne von [§ 17 StGB](#) Relevanz erlangen, wenn der Täter die Möglichkeit, dass sein Handeln rechtlich unerlaubt sein könnte, nicht erkannt oder nicht ernsthaft in Rechnung gestellt hat. Das gilt im Übrigen selbst dann, wenn man den vernünftigen Grund als gesamtbewertendes Tatbestandsmerkmal auch in [§ 17 Nr. 2 b TierSchG](#) anerkennt⁷⁰ (vgl. auch [Rz. 126 ff.](#)).

b) Tatbestandsmerkmale des § 17 Nr. 2b TierSchG

59 Als Tathandlungen kommt in [§ 17 Nr. 2b TierSchG](#) die *Zufügung von länger andauernden oder sich wiederholende erheblichen Schmerzen oder Leiden bei einem Wirbeltier* in Betracht.

(1) Tauglichkeit des Mastschweins als Tatobjekt des § 17 Nr. 2b TierSchG

60 Voraussetzung für die Tatbestandserfüllung ist zunächst, dass einem *Wirbeltier* Schmerzen oder Leiden zugefügt werden. Bei Mastschweinen handelt es sich um Wirbeltiere,⁷¹ sodass die hier in dem Betrieb des Beschuldigten gehaltenen Tiere taugliche Tatobjekte der Tierquälerei sind.

(2) Zufügen sich wiederholender oder länger andauernder erheblicher Schmerzen oder Leiden i.S.v. § 17 Nr. 2 TierSchG

(a) Begriff der Schmerzen und Leiden

61 Unter Schmerzen sind nach Rechtsprechung und Literatur ausschließlich **körperliche Schmerzen** zu verstehen.⁷² Das bedeutet die unangenehme sensorische und gefühlsmäßige Erfahrung, die mit akuter oder potentieller Gewebeschädigung einhergeht oder in Form solcher Schädigungen beschrieben wird.⁷³ Eine Schädigung oder eine Abwehrreaktion sind jedoch nicht Voraussetzung für das Vorliegen von Schmerz, ist also hinreichende, aber nicht notwendige Bedingung.⁷⁴

62 Dass Wirbeltiere im Allgemeinen in der Lage sind, Schmerz zu empfinden und zu erleiden, wird durch die Formulierung des Gesetzes vorausgesetzt, sodass eine anderslautende wissenschaftliche Behauptungen oder Feststellung juristisch irrelevant wäre, zumal diese Tatsache auch naturwissenschaftlich anerkannt ist, mögen auch die Einzelheiten noch nicht abschließend geklärt sein. Zudem wäre es fernliegend, Schweinen aus wissenschaftlicher Perspektive die Fähigkeit abzusprechen, Schmerz zu empfinden. Darüber hinaus ist eine solche Auffassung auch mit dem Unionsrecht unvereinbar, denn der Erwägungsgrund 11 der [RL 2008/120/EG](#) geht selbstverständlich davon

⁶⁸ Sogar die Stimmen, die das Nichtvorliegen eines vernünftigen Grundes in § 17 Nr. 2b TierSchG verlangen, sehen den vernünftigen Grund als Rechtfertigungsgrund an (vgl. nur *OLG Koblenz* NStZ-RR 2000, 155), so dass allenfalls ein Erlaubnistatbestandsirrtum in Betracht käme, der aber auch nicht vorliegen kann, wenn der Täter den Sachverhalt kennt; *Rönnau* in Leipziger Kommentar, Band. 2, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 StGB Rn. 35 spricht hinsichtlich § 17 Nr.1 TierSchG von einer „Rechtswidrigkeitsregel“.

⁶⁹ Vgl. *Rönnau* in Leipziger Kommentar, Band. 2, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 StGB Rn. 41.

⁷⁰ So *OLG Koblenz* Beschl. v. 17.9.1999 – 2 Ss 198/99, NStZ-RR 2000, 155; vgl. ferner *Pfobl* in MK-StGB, Band 6, Nebenstrafrecht I, 3. Aufl. 2017, § 17 TierSchG Rn. 91, wobei die für eine Annahme eines Tatbestandsmerkmals angeführte Rechtsprechung z.T. eher eine Rechtfertigung nach allgemeinen Kategorien für möglich hält, wie etwa *OLG Düsseldorf* Beschl. v. 20.4.1993 – 5 Ss 171/92, NStZ 1994, 43; *OLG Frankfurt a.M.* Beschl. v. 14.9.1984 – 5 Ws 2/84, NStZ 1985, 130 („Rechtfertigungsgrund des vernünftigen Grundes“).

⁷¹ Vgl. zu den Einzelheiten des Tatobjekts in § 17 TierSchG *Pfobl* in MK-StGB, Band 6, Nebenstrafrecht I, 3. Aufl. 2017, § 17 TierSchG Rn. 25 ff.

⁷² *Pfobl* in MK-StGB, Band 6, Nebenstrafrecht I, 3. Aufl. 2017, § 17 TierSchG Rn. 67 m.w.N.

⁷³ *Pfobl* in MK-StGB, Band 6, Nebenstrafrecht I, 3. Aufl. 2017, § 17 TierSchG Rn. 67; *Hirth/Maisack/Moritz* Tierschutzgesetz, 3. Aufl. 2016, § 1 TierSchG Rn. 12; *Lorz/Metzger* Tierschutzgesetz, 6. Aufl. 2008, § 1 Rn. 20.

⁷⁴ *Pfobl* in MK-StGB, Band 6, Nebenstrafrecht I, 3. Aufl. 2017, § 17 TierSchG Rn. 67; *Hirth/Maisack/Moritz* Tierschutzgesetz, 3. Aufl. 2016, § 1 TierSchG Rn. 12.

aus, dass Schweine Schmerzen beim Kupieren der Schwänze oder Abschleifen der Zähne sowie bei der Kastration empfinden.⁷⁵

- 63 Der Begriff des **Leidens** umfasst nach der Rechtsprechung alle nicht bereits vom Begriff des Schmerzes umfassten Beeinträchtigungen im Wohlbefinden eines Tieres, soweit sie über ein schlichtes Unbehagen hinausgehen und eine nicht ganz unwesentliche Zeitspanne fort dauern.⁷⁶ Unter *Wohlbefinden* ist nach der Rechtsprechung des [OLG Karlsruhe](#)⁷⁷ ein Zustand physischer und psychischer Harmonie des Tieres in sich und mit der Umwelt, entsprechend seinen angeborenen Lebensbedürfnissen zu verstehen. Ausgelöst werden Leiden in aller Regel durch Lebensumstände, die der Wesensart, Instinkten, dem Selbst- und Arterhaltungstriebes des Tieres zuwiderlaufen.⁷⁸
- 64 Leiden können *sowohl körperlicher* – dann dürften oftmals aber Schmerzen vorliegen – als auch *seelischer Natur* sein. Insofern ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass Angst, Panik, starke Aufregung, Erschöpfung, Trauer, innere Unruhe, starkes Unwohlsein oder auch die psychische Belastung durch starke Durst oder Hungergefühle von Tieren empfunden werden können und Leiden darstellen.⁷⁹ Das *BVerfG* hat ferner in der Entscheidung zur Hennenhaltungsverordnung deutlich gemacht, dass nicht nur vorübergehender Schlafentzug ebenfalls Leiden in diesem Sinne darstellt.⁸⁰
- 65 Dementsprechend formulierte das *OLG Düsseldorf* bereits in seiner Entscheidung vom 25.10.1979:
- „Denn unter Leiden im Sinne dieser Vorschrift sind vornehmlich der Wesensart des Tieres zuwiderlaufende, instinktwidrige und vom Tier gegenüber seinem Selbst- oder Arterhaltungstrieb als lebensfeindlich empfundene Einwirkungen und Beeinträchtigungen des Wohlbefindens zu verstehen, die in Verhaltensstörungen oder Verhaltensanomalien ihren Ausdruck finden können.“*⁸¹

- 66 Es kommt also nicht darauf an, dass eine Krankheit im veterinärmedizinischen Sinne vorliegt. Das *OLG Karlsruhe* konstatiert dazu im ersten Leitsatz zum seinem Urteil vom [29.10.2015](#)⁸²:

„1. Leiden im Sinne des Tierschutzgesetzes (§ 17 Nr. 2 und § 18 Abs. 1 Nr. 1) können auch durch nicht artgerechte Haltung entstehen, insbesondere wenn das Tier Verhaltensbeschränkungen unterworfen wird, die eine Befriedigung elementarer Verhaltensbedürfnisse unmöglich machen.“

(b) Erheblichkeit der Schmerzen oder Leiden i.S.d. § 17 Nr. 2 b TierSchG

- 67 Nur **erhebliche** Schmerzen oder Leiden können unter den Tatbestand des [§ 17 Nr. 2 b TierSchG](#) subsumiert werden. Der Begriff der Erheblichkeit ist zunächst von seiner strafrechtsdogmatischen und systematischen Bedeutung her zu beleuchten. Nach herrschender Auffassung dient dieses Tatbestandsmerkmal dazu Bagatellfälle und geringfügige Beeinträchtigungen aus dem Bereich der Tatbestandserfüllung auszuschließen.⁸³ Erheblich ist danach als Synonym für beträchtlich, gravierend oder gewichtig zu verstehen. Dabei geht die Rechtsprechung davon aus, dass das Vorliegen der

⁷⁵ Vgl. auch Erwägungsgrund 2 Empfehlung der Kommission (EU) 2916/336, [ABl. EU v. 9.3.2016, L 62/20](#).

⁷⁶ *BGH* Ur. v. 18.2.1987 – 2 StR 159/86, NJW 1987, 1833, 1834 f.; *VGH Mannheim* Ur. v. 15.12.1992 – 10 S 3230/91, NuR 1994, 487, 488; *OLG Karlsruhe* v. 29.10.2015 – 3 Ss 433/15, Die Justiz 2016, 348, 349; vgl. auch die Nachweise bei *Pföhl* in MK-StGB, Band 6, Nebenstrafrecht I, 3. Aufl. 2017, § 17 TierSchG Rn. 70.

⁷⁷ *OLG Karlsruhe* v. 29.10.2015 – 3 Ss 433/15, Die Justiz 2016, 348 unter Verweis auf *Lorz/Metzger* Tierschutzgesetz, 6. Aufl. 2008, § 1 Rn. 9; *Hirth/Maisack/Moritz* Tierschutzgesetz, 3. Aufl. 2016, § 1 TierSchG Rn. 18.

⁷⁸ *OLG Karlsruhe* Ur. v. 29.10.2015 – 3 Ss 433/15, 3 Ss 433/15 – AK 170/15, Die Justiz 2016, 348, 349; *VG Frankfurt a.M.* Ur. v. 23.5.2001 – 2 E 1506/99 (2), NVwZ 2001, 1320, 1322.

⁷⁹ *Pföhl* in MK-StGB, Band 6, Nebenstrafrecht I, 3. Aufl. 2017, § 17 TierSchG Rn. 70.

⁸⁰ *BVerfG* Ur. v. 6.7.1999 – 2 BvF 3/90, [BVerfGE 101, 1, 38](#).

⁸¹ *OLG Düsseldorf* Ur. v. 25.10.1979 – 5 Ss 461/79 I, NJW 1980, 411; vgl. auch *VGH Mannheim* Ur. v. 15.12.1992 – 10 S3230/91, Rn. 23, NuR 1994, 487, 488.

⁸² *OLG Karlsruhe* Ur. v. 29.10.2015 – 3 Ss 433/15, 3 Ss 433/15 – AK 170/15, Die Justiz 2016, 348.

⁸³ *OLG Karlsruhe* Ur. v. 29.10.2015 – 3 Ss 433/15, 3 Ss 433/15 – AK 170/15, Die Justiz 2016, 348, 349.

Erheblichkeit von Schmerzen und Leiden im Wesentlichen eine im Einzelfall zu beurteilende Tatfrage sei, an deren Feststellung aber insbesondere mit Blick auf die tatbestandliche Funktion des Merkmals *keine hohen Anforderungen* gestellt werden dürfen.⁸⁴

- 68 Maßgeblich sind für die Beurteilung dieser Frage die Entwicklungshöhe der betroffenen Tiergattung, das betroffene Sinnesorgan, das Alter und der Gesundheitszustand des jeweiligen Tieres.⁸⁵ Bejaht wurde die Überschreitung der **Erheblichkeitsschwelle** etwa beim Dauerstress, dem Fische ausgesetzt wurden, die in Setzkäschern gehältert wurden,⁸⁶ ferner beim Kupieren von Hundeohren oder beim übermäßigen Einsatz von Gerte, Sporen und Zügeln im Rahmen von Dressurtrainings.⁸⁷ Das *OLG Karlsruhe*⁸⁸ hat weiterhin angenommen, es stelle ein erhebliches Leiden für ein Tier dar, wenn es aufgrund mangelhaften oder unterlassenen Ausmistens eines Stalls in Kot und Gülle stehen und keinen trockenen Liegeplatz einnehmen kann. Das *OLG Düsseldorf* hat bereits im Jahr 1987 angenommen, dass das „Einpferchen“ von Legehennen „unter Mißachtung ihres art- und naturgemäß Verhaltens bis zur völligen oder nahezu völligen Bewegungsunfähigkeit“ so offenkundig erhebliche Leiden darstellt, dass sich diese Tatsache „nach der Auffassung des Senats ernsthaft schwerlich in Zweifel ziehen“ lässt.⁸⁹
- 69 Damit stellt sich die Frage, ob die hier in Betracht kommenden Verletzungen, Krankheiten oder anderen Nachteile für die physische und psychische Gesundheit, denen Schweine in Kastenstandhaltung ausgesetzt sind, ausschließlich Bagatellen darstellen oder erhebliche Beeinträchtigungen darstellen können. Die Beantwortung dieser Frage erfordert eine juristische Bewertung unter Berücksichtigung der wissenschaftlichen Erkenntnisse der Ethologie und der Veterinärmedizin, wobei das Primat der Entscheidung über die Gesetzesauslegung der Rechtswissenschaft zukommt.
- 70 Zu den Folgen der Kastenstandhaltung für die psychische und physische Gesundheit der betroffenen Schweine wird in der Wissenschaft medizinisch und ethologisch u.a. wie folgt Stellung genommen:
- 71 Bereits durch die Studie der Europäischen Union „*The welfare of intensively kept pigs*“ vom 30.9.1997 ([Anlage 8](#)) S. 97 ff., aber auch im Übrigen sind in der Wissenschaft⁹⁰ eine Reihe von Erkrankungen, Verletzungen und psychischer Nachteile als Folgen der Kastenhaltung ausgemacht worden, die als ernst zu nehmen und keineswegs nur nebensächlich bewertet werden, weil sie unter anderem grundlegende Auswirkungen auf die Persönlichkeit der Tiere und ihr gesamtes Verhalten haben (vgl. auch [Rz. 98 ff.](#)).
- 72 Auch die grundsätzlich sehr zurückhaltend formulierten Empfehlungen des *Friedrich-Loeffler-Instituts* für „Kastenstandhaltung von Sauen im Deckungszentrum“ vom 17.7.2015 S. 8 ([Anlage 9](#)) zeigen in diesem Zusammenhang deutlich die Risiken für die Gesundheit der betroffenen Tiere auf:
- „Die Haltung in Kastenständen bedeutet für Sauen eine erhebliche Einschränkung verschiedener Verhaltensweisen und birgt Risiken für Aspekte ihrer Gesundheit. Es liegen nur wenige wissenschaftliche Untersuchungen zu Auswirkungen der Aufenthaltsdauer in Kastenständen auf die Sauen vor. Grundsätzlich ist jedoch davon auszugehen, dass sich mit zunehmender Dauer der Haltung im Kastenstand die Auswirkungen verstärken.“*
- 73 Es kommt vorliegend auch nicht darauf an, ob die Kastenhaltung stets mit solchen Folgen verbunden ist. Maßgeblich ist in diesem Zusammenhang vielmehr, dass eine Kastenhaltung unter den Bedingungen, wie sie sich aus der Strafanzeige ergeben, von denen auch die Staatsanwaltschaft

⁸⁴ *OLG Karlsruhe* v. 29.10.2015 – 3 Ss 433/15, Die Justiz 2016, 348; ebenso *Pfobl* in MK-StGB, Band 6, Nebenstrafrecht I, 3. Aufl. 2017, § 17 TierSchG Rn. 74; vgl. auch *BGH* Beschl. v. 18.2.1987 – 2 StR 159/86, NJW 1987, 1833.

⁸⁵ *Pfobl* in MK-StGB, Band 6, Nebenstrafrecht I, 3. Aufl. 2017, § 17 TierSchG Rn. 74.

⁸⁶ *OLG Koblenz* vom 17.9.1999 – 2 Ss 198/99, NStZ-RR 2000 155.

⁸⁷ Vgl. die Nachweise bei *Pfobl* in MK-StGB, Band 6, Nebenstrafrecht I, 3. Aufl. 2017, § 17 TierSchG Rn. 74.

⁸⁸ *OLG Karlsruhe* v. 29.10.2015 – 3 Ss 433/15, Die Justiz 2016, 348;

⁸⁹ *OLG Düsseldorf* v. 25.10.1979 – 5 Ss 461/79 I, NJW 1980, 411.

⁹⁰ Vgl. nur die Nachweise bei *Wollenteit/Lemke* NuR 2013, 177, 180.

ausgegangen ist, und die objektiv rechtswidrig ist, weil sie die Vorgaben des [§ 24 Abs. 4 Nr. 2 TierSchNutzV](#) nicht einhält, typischerweise zu solchen Gesundheitsnachteilen führt.

(c) Längere Dauer oder Wiederholung der Schmerzen oder Leiden

- 74 Weitere Voraussetzung für die Erfüllung des objektiven Tatbestandes von [§ 17 Nr. 2 b TierSchG](#) ist, dass die Schmerzen oder Leiden *länger anhalten oder wiederholt zugefügt* werden. Durch dieses Tatbestandsmerkmal wird die Strafbarkeit nur kurzfristiger Störungen des Wohlbefindens ausgeschlossen und die Strafbarkeit auf solche Schmerzen oder Leiden begrenzt, die aufgrund ihrer zeitlichen Dauer eine gewisse Erheblichkeit haben.
- 75 Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Zeitdauer nicht absolut zu messen ist, sondern relativ zur Intensität der Schmerzen betrachtet werden muss. „Je schlimmer die Schmerzen oder Leiden sind, desto kürzer ist die verlangte Zeitdauer zu bemessen“.⁹¹ Dabei kommt es nicht darauf an, wie lange die Tathandlung, also etwa die Misshandlung des Tieres, andauert, sodass auch ein einmaliges, kurzzeitiges Handeln zu länger andauernden Schmerzen führen kann. Die ständige Rechtsprechung gibt insofern vor, dass es für die Subsumtion nicht auf das Zeitempfinden von Menschen ankommen kann, sondern auf das wesentlich geringere Vermögen von Tieren abzustellen ist, psychischem oder physischem Druck standzuhalten.⁹²
- 76 Eine abstrakte Aussage, wann Leiden im Sinne von [§ 17 Nr. 2 b TierSchG](#) *länger anhalten*, wird allerdings allgemein als kaum möglich angesehen,⁹³ so dass regelmäßig nur eine kasuistische Betrachtung und Beurteilung vorgenommen wird. Die Rechtsprechung hat etwa eine längere Zeitdauer i.S.v. [§ 17 Nr. 2b TierSchG](#) angenommen, bei einem Transport von Fischen während einer Zeitdauer von 30-60 Sekunden an einem Angelhaken.⁹⁴ Das *OLG Karlsruhe* hat für die Haltung von Rindern, die mehrere Tage lang keine Möglichkeit hatten, sich hinzulegen, ohne sich mit ihren Exkrementen zu verunreinigen, ein länger anhaltendes Leiden bejaht.⁹⁵ Das *OLG Düsseldorf* hat länger anhaltende Leiden bei Legehennen angenommen, die nahezu Zeit ihres vollständigen Lebens in Käfige gesperrt waren, die ihnen nicht genug Platz ließen, um sich ungestört zum Schlafen hinzulegen.⁹⁶

(d) Verhältnis von Erheblichkeit des Leidens und längerer Dauer

- 77 Der *BGH* hat in seiner Entscheidung vom 18.2.1987⁹⁷ zu den erheblichen Leiden von Legehennen in sogenannten Legebatterien festgestellt, dass es sich bei den Merkmalen der Erheblichkeit und dem längeren Anhalten von Leiden um zwei unterschiedliche Merkmale handele, bei dem das erste die Intensität des Leidens als solche beschreibe und das zweite die Dauer. Daher sei es nicht zulässig, bei der Auslegung des Merkmals der Erheblichkeit auch darauf abzustellen, dass die Tiere ihren angeborenen Verhaltensweisen Zeit ihres Lebens überhaupt nicht nachkommen können. Die Erheblichkeit dürfe also nicht allein aus der Dauer der Beeinträchtigung abgeleitet werden.
- 78 Diese Rechtsprechung wird in der Literatur kritisiert, insbesondere deswegen, weil der *BGH* selbst im Rahmen der Erheblichkeit darauf abstellt, ob das Leiden „eine nicht ganz unwesentliche Zeitspanne fort dauert“.⁹⁸ Dennoch werden für die Auffassung des *BGH* die grammatikalische Auslegung und die praktische Erwägung vorgebracht, dass eine Berücksichtigung der Dauer bei der Beurteilung der Erheblichkeit zu Abgrenzungsproblemen führe.⁹⁹ Das trifft grundsätzlich zu, ändert aber na-

⁹¹ *Pfobl* in MK-StGB, Band 6, Nebenstrafrecht I, 3. Aufl. 2017, § 17 TierSchG Rn. 83.

⁹² Vgl. *Pfobl* in MK-StGB, Band 6, Nebenstrafrecht I, 3. Aufl. 2017, § 17 TierSchG Rn. 81.

⁹³ So *OLG Karlsruhe* Urt. v. 29.10.2015 – 3 Ss 433/15, 3 Ss 433/15 – AK 170/15, Die Justiz 2016, 348, 350.

⁹⁴ Vgl. die Nachweise bei *Pfobl* in MK-StGB, Band 6, Nebenstrafrecht I, 3. Aufl. 2017, § 17 TierSchG Rn. 83.

⁹⁵ *OLG Karlsruhe* Urt. v. 29.10.2015 – 3 Ss 433/15, 3 Ss 433/15 – AK 170/15, Die Justiz 2016, 348, 350; *OLG Koblenz* Beschl. v. 17.9.1999 – 2 Ss 198/99, NStZ-RR 2000, 155 f.

⁹⁶ Urt. v. 25.10.1979 – 5 Ss 461/79 I, *OLG Düsseldorf* NJW 1980, 411 f.

⁹⁷ *BGH* Urt. v. 18.2.1987 – 2 StR 159/86, NJW 1987, 1388.

⁹⁸ Vgl. zur Kritik *Pfobl* in MK-StGB, Band 6, Nebenstrafrecht I, 3. Aufl. 2017, § 17 TierSchG Rn. 82.

⁹⁹ *Pfobl* in MK-StGB, Band 6, Nebenstrafrecht I, 3. Aufl. 2017, § 17 TierSchG Rn. 82.

turgemäß nichts daran, dass sich die Erheblichkeit von Schmerzen oder Leiden auch daraus ergeben kann, dass die physischen und psychischen Folgen einer bestimmten Behandlung mit der Zeitdauer intensiver werden und sich somit nach und nach die Erheblichkeit entwickeln kann. Im Ergebnis wäre eine gegenteilige Sichtweise zumindest für die Haltung von Mastschweinen mit europäischem Recht kaum vereinbar.

(e) Kastenstandhaltung als schwere Beeinträchtigung im unionsrechtlichen Sinne

79 Denn die erheblichen Bewegungseinschränkungen, die den Zuchtsauen zugefügt wird, dürften zudem als solche auch im Rahmen einer **unionsrechtskonformen Auslegung** bereits als schwere und länger andauernde Leiden anzusehen sein. Dies ergibt sich aus der Bewertung von Bewegungseinschränkungen für Tiere durch die [RL 2010/63/EU](#). Nach Anhang VIII [RL 2010/63/EU](#) sind die Auswirkungen, die ein Versuch für ein Tier hat, wie folgt zu klassifizieren:

„Der Schweregrad eines Verfahrens wird nach dem Ausmaß von Schmerzen, Leiden, Ängsten oder dauerhaften Schäden festgelegt, die das einzelne Tier während des Verfahrens voraussichtlich empfindet bzw. erleidet.“

80 Für die Zuordnung der Beeinträchtigungen gelten vier verschiedene Stufen: „keine Wiederherstellung der Lebensfunktion“ (Tötung); gering, mittel und schwer. Bei der Einstufung eines Versuchsverfahrens und seiner Auswirkungen sind nach der Richtlinie folgende Kriterien zu beachten:

„Zu den mit dem Verfahren zusammenhängenden Faktoren gehören:

- *Art der Manipulation, Handhabung,*
- *Art des Schmerzes, des Leidens, der Ängste oder des dauerhaften Schadens, die durch das Verfahren (unter Berücksichtigung aller Elemente) sowie dessen Intensität, Dauer und Häufigkeit und die Anwendung mehrerer Techniken verursacht wird,*
- *kumulatives Leiden während eines Verfahrens,*
- *Verhinderung natürlichen Verhaltens, einschließlich Einschränkungen bei Unterbringung, Haltung und Pflegestandards.“*

82 Als einen Beispielsfall einer geringen Einwirkung sieht die Richtlinie das kurzfristige (bis zu 24h) Einsperren in einen sogenannten **Stoffwechsellkäfig** an. Mit „Stoffwechsellkäfig“ wird eine allseitig begrenzte, teilweise vergitterte und plan befestigte Haltungseinrichtung für Labortiere bezeichnet, die über ein separates Auffangbehältnis für Kot und Urin verfügt, um das qualitative und quantitative Erfassen von verschiedenen Stoffwechsellaten zu ermöglichen. Es handelt sich also letztlich um einen kleinen Käfig oder ein sonstiges Behältnis, in dem die Tiere eingesperrt sind, sich aber noch in einem gewissen Umfang bewegen können.

81 Das Einsperren eines Tieres für einen Zeitraum von mehr als **fünf Tagen** in einen solchen Käfig gilt nach Anhang VIII [RL 2010/63/EU](#) als **schwere Beeinträchtigung**. Der Richtliniengeber geht also davon aus, dass das Leiden des Tieres, insbesondere durch die Verhinderung natürlichen Verhaltens, einschließlich der Einschränkung bei der Unterbringung den schwersten Grad des Leidens erreicht, den die Richtlinie kennt.

82 Diese unionsrechtliche Bewertung ist auch für die strafrechtliche Auslegung von erheblicher Bedeutung. Die nationalen Gerichte sind aufgrund der ständigen Rechtsprechung des EuGH verpflichtet, Vorschriften des nationalen Rechts unionsrechtskonform auszulegen, soweit es sich bei der Anwendung des Rechts des Mitgliedstaats um die Durchführung von Unionsrecht handelt. Da die Europäische Union bzw. die Europäische Gemeinschaft beim Schutz von Schweinen vor tierschutzwidriger Haltung durch Erlass der [RL 2008/120/EG](#) von ihrer Rechtssetzungskompetenz Gebrauch gemacht hat, handelt es sich auch bei der Anwendung des deutschen Tierschutzrechts und letztlich auch Tierschutzstrafrechts um die „Durchführung von Unionsrecht“ in diesem

Sinne.¹⁰⁰ Dass im Unionsrecht keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten vorgesehen sind, die Mindeststandards der Richtlinie auch mit wirksamen, abschreckenden und angemessenen Sanktionen durchzusetzen, ändert nichts daran, dass die nationalen Vorschriften zum Schutz von Schweinen in der Tierhaltung **unionsrechtskonform auszulegen** sind, weil die mitgliedstaatlichen Regelungen der Umsetzung der Richtlinie [RL 2008/120/EG](#) dienen. Insofern ist jeder Mitgliedstaat im Sinne der Unionsloyalität aus Art. 4 Abs. 3 EUV verpflichtet, nationales Recht im Lichte des Unionsrechts auszulegen.

- 83 Eine Interpretation von § 17 Nr. 2b TierSchG, die das Halten in Kastenständen, wie in den vorliegenden, nicht als Zufügung schwerer Leiden ansehen würde, dürfte daher mit dem Unionsrecht nur schwer vereinbar sein. Insofern gibt der **Anwendungsvorrang des Unionsrechts** die Auslegung des deutschen Tierschutzrechts und Tierschutzstrafrechts für die Haltung von Mastschweinen vor. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Bewertung des Leidens als schwer nicht im Kontext der Richtlinie über die Schweinemast erfolgt ist, sondern mit Blick auf Versuchstiere. Denn dass im Hinblick auf Schweine andere Anforderungen an Leiden, Schmerzen und Ängste gestellt werden sollen, als bei Primaten, Ratten, Mäusen, Katzen und Hunden im Labor, erscheint nicht einsichtig.
- 84 Schließlich lässt sich aus dem Unionsrecht ein weiterer wichtiger Aspekt ersehen, der bei der Bewertung von Leiden von Tieren elementare Bedeutung hat: Das europäische Recht geht davon aus, dass mehrere **kumulative Leidensformen nicht isoliert betrachtet werden** dürfen. Aus dem Anhang der Versuchstierrichtlinie [RL 2010/63/EU](#) ergibt sich deutlich, dass eine Gesamtbetrachtung zu erfolgen hat. Leiden, die isoliert betrachtet noch nicht als erheblich anzusehen wären, können bei kumulativem Auftreten als erheblich i.S.v. [§ 17 Nr. 2b TierSchG](#) anzusehen sein.

(3) Vernünftiger Grund in § 17 Nr. 2b TierSchG

- 85 Wie bereits angedeutet ([Rz. 49 ff.](#)), stellt der vernünftige Grund nach wohl herrschender Auffassung¹⁰¹ und entgegen einiger Entscheidungen der Rechtsprechung¹⁰² kein Tatbestandsmerkmal in § 17 Nr. 2b TierSchG dar. Eine andere Auffassung erscheint im Hinblick auf die Neufassung von [Art. 20a GG](#) und die erhebliche Aufwertung des Tierschutzes in der Verfassung auch nur noch schwer vertretbar, weil der Tierschutz damit einer allgemeinen Abwägung im Sinne einer Sozialadäquanzprüfung unterworfen würde.¹⁰³ Das würde weder der dogmatischen Stellung noch dem verfassungsrechtlichen Gewicht des Tierschutzes als Staatszielbestimmung gerecht. Der vernünftige Grund müsste daher – wenn man ihn als Tatbestandsmerkmal ansehen wollte – von Verfassungswegen so weit relativiert werden, dass er sich nicht mehr von einer Rechtfertigung nach § 34 StGB unterscheiden würde.¹⁰⁴ Es gibt also keinen plausiblen Grund in [§ 17 Nr. 2b TierSchG](#) entgegen Wortlaut und Systematik des Gesetzes ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal hineinzuinterpretieren.
- 86 Letztlich kommt es im vorliegenden Fall auf diese Frage jedoch auch nicht an, weil ein **sozialadäquates Verhalten** und damit auch ein vernünftiger Grund nicht vorliegen können, wenn die **zwingenden Mindestvorgaben der TierSchNutzV verletzt** werden. Die Verletzung ausdrücklich zum Schutz bestimmter Interessen aufgestellter staatlicher Rechtsregeln kann nicht in diesem Sinne sozialadäquat sein, auch dann nicht, wenn sie allgemein üblich oder berufstypisch sein sollte. Denn

¹⁰⁰ Zur unionsrechtskonformen Auslegung vgl. nur *Dannecker/Bülte* in Wabnitz/Janovsky, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 4. Aufl. 2014, 2. Kapitel Rn. 286 ff.

¹⁰¹ Vgl. nur *OLG Celle* Ur. v. 6.6.1997 – 23 Ss 50/97, NStZ-RR 1997, 381; Ur. v. 12.1.1993 – 1 Ss 297/92, NStZ 1992, 291 f.; *Erbs/Kohlhaas/Metzger* TierSchG, 218. EL Januar 2018, § 17 Rn. 38; in diesem Sinne auch *OLG Hamm* Ur. v. 27.2.1985 – 4 Ss 16/85, NStZ 1985, 275

¹⁰² Vgl. die Nachweise bei *OLG Koblenz* Beschl. v. 17.9.1999 – 2 Ss 189/99, NuR 2000, 236, 237.

¹⁰³ Vgl. *Bülte* GA 2018, 35, 41 ff.; ferner zum Streitstand *Pfobl* in MK-StGB, Band 6, Nebenstrafrecht I, 3. Aufl. 2017, § 17 TierSchG Rn. 91.

¹⁰⁴ So auch *Pfobl* in MK-StGB, Band 6, Nebenstrafrecht I, 3. Aufl. 2017, § 17 TierSchG Rn. 91.

sozialadäquat kann nur die **Schaffung eines rechtlich gebilligten Risikos** sein. Sie bleibt daher per se ein Rechtsverstoß, wenn – wie hier – ein unerlaubtes Risiko geschaffen wird.¹⁰⁵

87 Daher formuliert *Pfobl* zutreffend:

*„Bleibt offen, ob ein vernünftiger Grund vorliegt oder nicht, ist die fragliche Verhaltensweise unzulässig. Keine rechtfertigende Wirkung entfaltet der gesellschaftlich vermittelte vernünftige Grund, wenn eine Rechtsvorschrift bestimmtes Verhalten untersagt oder einen bestimmten Umgang mit dem Tier befiehlt.“*¹⁰⁶

88 Ein gesetzlich ausdrücklich verbotenes Verhalten kann also grundsätzlich nicht durch einen vernünftigen Grund erlaubt werden. Damit darf der Begriff der Sozialadäquanz nicht im Sinne des allgemein Üblichen verstanden werden, denn die **Häufigkeit** und die **soziale Akzeptanz** eines Verhaltens ist **nur ein Indiz für seine Zulässigkeit**.¹⁰⁷

c) Feststellung von tatbestandlicher Schmerzen und Leiden im Strafprozess

89 Für die **Feststellung von Schmerzen** im Strafprozess wird ein zulässiger prozessualer Analogieschluss vorgenommen, in dem für Reize, die für den Menschen schmerzhaft sind, angenommen wird, dass sie auch beim Tier zu Schmerzen führen.¹⁰⁸ Insofern kann von äußeren Merkmalen oder Erkrankungen ebenso wie von bestimmten Reaktionen im Verhalten eines Tieres darauf geschlossen werden, dass es Schmerzen erleidet.

90 Ebenso wird bei der Feststellung von **Leiden** der Tiere verfahren. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass das Leiden – anders als etwa Wunden – nicht körperlich unmittelbar augenscheinlich sein muss und daher meist eine Verhaltensbeobachtung vorgenommen werden muss.¹⁰⁹ Darüber hinaus ist zu betonen, dass Leiden nicht zwingend körperlicher Natur sein müssen. Wie bereits dargestellt, können auch psychische Beeinträchtigungen wie Angst, Panik, starke Aufregung, Erschöpfung, Trauer, innere Unruhe, starkes Unwohlsein ebenso Leiden darstellen, wie psychische Belastungen durch starke Durst- oder Hungergefühle.¹¹⁰ Also handelt es sich insbesondere bei den psychischen Folgen, die ein Tier erfährt, wenn seine natürlichen Verhaltensweisen bei der Haltung unter besonders beengten räumlichen Bedingungen nicht nur kurzfristig unterdrückt werden, um Leiden im Sinne von § 17 Nr. 2b TierSchG.

91 Das wird – wie ebenfalls bereits gezeigt – auch durch die unionsrechtskonforme Auslegung von § 17 TierSchG bestätigt (vgl. [Rz. 80](#)), denn das Unionsrecht lässt keinen Zweifel daran, dass Angst und Stress bei Tieren als Leiden anzusehen sind. Auch wenn dieser Begriff des Leidens ein unionsrechtlicher Begriff im Kontext der Versuchstierrichtlinie ist, liegt eine Übertragung dieser Wertung auf das Strafrecht zumindest nahe.

92 Äußerlich wahrnehmbare Auffälligkeiten im Verhalten des Tieres sind als taugliche Anzeichen, als „*starkes Indiz*“¹¹¹, für das Vorliegen eines Leidens anzusehen.¹¹² Typische Verhaltensauffälligkeiten sind insbesondere Leerlaufhandlungen, Apathie, Fluchtbemühungen, abnorme Bewegungsabläufe oder ähnliches.¹¹³ Jedoch stellt das *OLG Karlsruhe* insofern in seinem 2. Leitsatz zu Entscheidung vom [29.10.2015](#) fest, dass es solcher Erscheinungen nicht bedarf, um strafprozessual von Leiden im Sinne des Tierschutzstrafrechts auszugehen:

¹⁰⁵ Vgl. hierzu *BGH* Urt. v. 13.11.1963 – 4 StR 267/63, *BGHSt* 19, 152, 154; ferner *Rönna* JuS 2011, 311, 312.

¹⁰⁶ *Pfobl* in MK-StGB, Band 6, Nebenstrafrecht I, 3. Aufl. 2017, § 1 TierSchG Rn. 27.

¹⁰⁷ Vgl. nur *AG Leverkusen* Urt. v. 24.4.1979 – 17 Ls 5 Js 120/77(178/78) E, *AgrarR* 1979, 229, 230.

¹⁰⁸ *Pfobl* in MK-StGB, Band 6, Nebenstrafrecht I, 3. Aufl. 2017, § 17 TierSchG Rn. 69.

¹⁰⁹ *Pfobl* in MK-StGB, Band 6, Nebenstrafrecht I, 3. Aufl. 2017, § 17 TierSchG Rn. 73.

¹¹⁰ *Pfobl* in MK-StGB, Band 6, Nebenstrafrecht I, 3. Aufl. 2017, § 17 TierSchG Rn. 70.

¹¹¹ So *OLG Karlsruhe* Urt. v. 29.10.2015 – 3 Ss 433/15, 3 Ss 433/15 – AK 170/15, *Die Justiz* 2016, 348, 349.

¹¹² *OLG Celle* v. 28.12.2010 – 32 Ss 154/10 (juris).

¹¹³ *OLG Karlsruhe* Urt. v. 29.10.2015 – 3 Ss 433/15, 3 Ss 433/15 – AK 170/15, *Die Justiz* 2016, 348, 349.

„Verhaltensstörungen, Funktionsstörungen oder andere äußerliche Anzeichen sind ein starkes Indiz für solche Leiden, für deren Nachweis jedoch nicht zwingend notwendig. Genügen können vergleichbare Feststellungen zu dem arttypischen Verhalten des Tieres unter natürlichen Bedingungen bzw. den Bedingungen ordnungsgemäßer Haltung sowie zu den konkreten Haltungsbedingungen.“¹¹⁴

- 93 Damit hat die moderne Rechtsprechung zum Tierschutzstrafrecht der früher zum Teil vertretenen Ansicht, **ohne äußerlich wahrnehmbare Auffälligkeiten im Verhalten von Tieren**, könne kein Leiden vorliegen,¹¹⁵ eine ausdrückliche und deutliche Absage erteilt. Erhebliche Leiden können nach dieser Rechtsprechung des 3. Strafsenats des OLG Karlsruhe

„trotz Fehlens von äußeren Anzeichen auch dann schon vorliegen, wenn es hier über einen nicht geringfügigen Zeitraum Verhaltensrestriktionen unterworfen ist, die eine elementare Bedürfnisbefriedigung unmöglich machen [...]. Auch eine nicht artgerechte Haltung, die sich beispielsweise in einer (dauernden) Entbehrung angebotener Verhaltens zeigt, vermag erhebliche Leiden zu begründen (VG Frankfurt, NVwZ 2001, 1320)“.¹¹⁶

- 94 Insofern wird typischerweise – aber nicht in jedem Fall¹¹⁷ – ein Sachverständigengutachten eines Tierarztes bzw. eines Verhaltenswissenschaftler erforderlich oder zumindest vorteilhaft sein. Dabei darf aber nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Begriff der **Schmerzen** und **Leiden** in § 17 Nr. 2b TierSchG ein **Rechtsbegriff** und kein Begriff aus der Tiermedizin oder Ethologie ist. Daher muss das Gericht die Subsumtion vornehmen und nicht der Sachverständige. Denn es handelt sich bei den Merkmalen der länger anhaltenden oder sich wiederholenden Schmerzen und Leiden um normative Tatbestandsmerkmale, deren Inhalt das Gericht zu bestimmen hat.¹¹⁸

d) Anwendung auf die Haltung in bereits nach § 24 Abs. 4 TierSchNutztV unzulässigen Kastenständen

- 95 Hier stellt sich nun die Frage, ob die vorliegenden Informationen ausreichende Anhaltspunkte geben, um eine Fortführung des Strafverfahrens und weitergehende Ermittlungen zu rechtfertigen, oder ob die Einstellung des Verfahrens aufgrund der Informationen, die die Strafanzeige beinhaltete bzw. die sich aus dem Einstellungsbeschluss entnehmen lassen, gerechtfertigt war.
- 96 Mit Blick auf die Begründung der Staatsanwaltschaft im Einstellungsbescheid kann davon ausgegangen werden, dass über den Versuch, den Beschuldigten zur Sache zu vernehmen hinaus, keine weiteren Ermittlungen stattgefunden haben. Der Beschuldigte hat sich ausweislich der Einstellungs begründung nicht zur Sache eingelassen. Weil die Staatsanwaltschaft einen Tatbestandsirrtum angenommen hat, erscheint es folgerichtig, dass sie sich nicht verpflichtet gesehen hat, weitere Ermittlungen zu unternehmen.
- 97 Im Folgenden soll die Frage beantwortet werden, ob die in der Strafanzeige vorgetragene Anhaltspunkte grundsätzlich hinreichend waren, um weitere Ermittlungen erforderlich werden zu lassen. Dabei wird hier die Frage des Irrtums zunächst ausgeklammert (vgl. zum Irrtum [Rz. 116 ff.](#)) und nur erörtert, inwieweit nach der Informationen der Strafanzeige eine Tierquälerei nach [§ 17 Nr. 2b TierSchG](#) nahelag.

¹¹⁴ Pfohl in MK-StGB, Band 6, Nebenstrafrecht I, 3. Aufl. 2017, § 17 TierSchG Rn. 73.

¹¹⁵ So wohl noch BGH Beschl. v. vom 18.02.1987 – 2 StR 159/86, NJW 1987, 1833, 1834; OLG Celle Beschl. v. 28.12.2010 – 32 Ss 154/10, Rn. 10 (juris) unter irriger Berufung auf OLG Koblenz Beschl. v. 17.9.1999 – 2 Ss 198/99, NuR 2000, 236 f.

¹¹⁶ OLG Karlsruhe Urt. v. 29.10.2015 – 3 Ss 433/15, 3 Ss 433/15 – AK 170/15, Die Justiz 2016, 348, 349.

¹¹⁷ Vgl. nur OLG Düsseldorf Urt. v. 25.10.1979 – 5 Ss 461/79 I, NJW 1980, 411 f.

¹¹⁸ Vgl. OLG Düsseldorf Urt. v. 25.10.1979 – 5 Ss 461/79 I, NJW 1980, 411.

(1) Vorliegen hinreichender Anhaltspunkte für erhebliche Schmerzen und Leiden

- 98 Zu den **Schmerzen und Leiden**, die Tiere bei der Kastenhaltung – selbst unter den Bedingungen, die [§ 24 Abs. 4 TierSchNutztV](#) nennt – erleiden, heißt es bei *Wollenteit/Lemke*:¹¹⁹

„Die Haltung in Kastenständen beschränkt nicht nur die Bewegungsfreiheit, das Nestbauerhalten und die Interaktionsmöglichkeit der Sau mit dem Ferkeln, sondern führt durch und im Zusammenhang mit weiteren Faktoren (Bodenbeschaffenheit) zu schmerzhaften Erkrankungen und Verletzungen wie Atemwegserkrankungen, Gebärmutter- und Gesäugeentzündungen (sog. Mastitis-Metris-Agalaktie-Syndrom), Erkrankungen des Bewegungsapparates sowie Bein- und Klauenverletzung. Sämtliche dieser Erkrankungen sind mit Schmerzen verbunden. Auf der durch die Haltung in Kastenständen verursachte Stress und die daraus resultierenden längeren Geburtsvorgänge wurden in der Literatur und auch im Rahmen des EU-SVC-Reports Schweine bereits 1997 als tierschutzrechtlich relevante Schmerzen i.S.v. § 2 Nr. 2 TierSchG angesehen.“

- 99 Diese Feststellungen wurden bereits zuvor durch Untersuchung der zuständigen Expertenkommission der Europäischen Union in einer Untersuchung aus dem Jahr 1997 („The welfare of intensively kept pigs“ vom 30.9.1997 [[Anlage 8](#)] S. 97 ff.) ausdrücklich bestätigt, in der es heißt:

„The major disadvantages for sow welfare of housing them in stalls are indicated by high levels of stereotypes, of unresolved aggression and of inactivity associated with unresponsiveness, weaker bones and muscles and the clinical conditions mentioned above. Some serious welfare problems for sows persist even in the best stall-housing system.“ (S. 145).

- 100 Hier wurde also bereits gravierende Skepsis gegenüber der Kastenhaltung als solcher deutlich, wenn schwerwiegende Gesundheitsprobleme auch bei der Haltung in den besten Kastenhaltungssystemen als immanent, also unvermeidbar angesehen werden.

- 101 Das Niedersächsische Landesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit stellt in seiner Information ([Anlage 10](#)) „Tierschutzrechtliche und tierschutzfachliche Aspekte der Kastenstandhaltung von Sauen“ fest:

*„Bereits seit 2006 führt der Nationale Bewertungsrahmen Tierhaltungsverfahren des KTBL aus, dass Sauen in Kastenständen in nahezu allen ihren Verhaltensweisen stark eingeschränkt sind bzw. bestimmte Verhaltensweisen nicht ausgeführt werden können. Weiterhin sieht der nationale Bewertungsrahmen ein verfahrensspezifisch erhöhtes Risiko für eine Vielzahl von Erkrankungen (z. B. Klauenkrankheiten, reduzierte Knochendichte und Herz-Kreislaufstörungen), die sich kaum oder nur mit einem erheblichen Managementaufwand beheben lassen. Außerdem wird ein erhöhtes Risiko für Verhaltensstörungen wie z. B. Leerkauen und Stangenbeißen konstatiert.“*¹²⁰

- 102 Der Bericht der *European Food Safety Authority* (EFSA) formuliert in der Zusammenfassung seines Reports von 2007 ([ESFA Journal \[2007\] 572, 1-13](#)) ([Anlage 11](#)) ähnlich und spricht von schweren Gesundheitsgefahren durch die Kastenstandhaltung:

„Housing of farrowing sows in crates is concluded to severely restrict their freedom of movement increasing the risk of frustration. Nest building is concluded to be triggered by internal hormonal factors because the motivation for nest building is high. As a consequence, lack of material for nest building is very likely to cause stress and impaired welfare.“

- 103 Wie bereits dargestellt ([Rz. 72](#)), geht schließlich auch das *Friedrich-Loeffler-Institut* davon aus, dass die Haltung in Kastenständen „erhebliche Einschränkungen verschiedener Verhaltensweisen“ der Schweine mit sich bringt „und Risiken für Aspekte ihrer Gesundheit“ birgt.

- 104 Insofern ist darauf hinzuweisen, dass auch von den grundsätzlichen Befürwortern der Haltung in Kastenständen die Risiken für die Gesundheit der Schweine oder die Verursachung von Leiden keineswegs in Abrede gestellt wird. Doch wird diese Haltungsform als notwendig angesehen, da

¹¹⁹ *Wollenteit/Lemke* NuR 2013, 177, 180.

¹²⁰ Vgl. hierzu auch *Hirth/Maisack/Moritz* Tierschutzgesetz, 3. Aufl. 2016, § 17 TierSchG Rn. 130.

nur auf diese Weise verhindert werden könne, dass die Sau ihre Ferkel erdrückt oder sich verletzt.¹²¹ Dass aber die rechtlichen Anforderungen der Bewegungsfreiheit und der Verletzungsfreiheit kumulativ und nicht alternativ zu verstehen sind, hat das *BVerwG* (vgl. [Rz. 30 ff.](#)) klargestellt. Insofern ändert der Grund, warum die Kastenständerhaltung eingeführt wurde und nach Auffassung der Befürworter beibehalten werden sollte, nichts daran, dass bei dieser Haltungsform, die auch in dem Betrieb des Beschuldigten angewendet wird, **typischerweise erhebliche und länger anhaltende Leiden und Schmerzen** zugefügt werden.

- 105 Berücksichtigt man in diesem Zusammenhang zudem die bereits erörterte ([Rz. 63 ff.](#)) Rechtsprechung des *OLG Karlsruhe*¹²² und des *OLG Düsseldorf*¹²³, so ist davon auszugehen, dass die Kastenhaltung bei Schweinen grundsätzlich geeignet ist, bei den Tieren erhebliche Schmerzen und Leiden hervorzurufen, solche erheblichen Schmerzen und Leiden ja sogar mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit zugefügt werden. Damit lag es im hier zu beurteilenden Fall allein aufgrund der Haltung in **rechtswidrig zu kleinen Kastenständen** besonders nahe, dass den dort gehaltenen Tieren aufgrund der Haltungsbedingungen erhebliche Schmerzen und Leiden zugefügt wurden und werden.
- 106 Es mag zutreffen, dass Mastschweine in dieser Art der Haltung nicht stets erhebliche Schmerzen erleiden oder erheblichen Leiden ausgesetzt sind. Mit Blick auf die wissenschaftlichen Untersuchungen zu dieser Haltungsform besteht jedoch eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass es regelmäßig zum Erleiden von Schmerzen kommt. Das muss zumindest dann gelten, wenn – wie im vorliegenden Fall – nicht einmal die minimalen Bedingungen von [§ 24 Abs. 4 Nr. 2 TierSchNutzV](#) eingehalten worden sind. Es liegt auf der Hand, dass in solchen Fällen, in denen der Tierhalter die vom Ordnungsgeber als absolute Minimalbedingungen angesehenen Platzvorgaben nicht einhält, die Entstehung von erheblichen Schmerzen oder Leiden bei einer längeren Haltung unter diesen Bedingungen sehr wahrscheinlich, wenn nicht gar unausweichlich ist. Selbst wenn aus einem Verstoß gegen die spezifischen Haltungsregeln dieser Verordnung nicht stets auf eine Zufügung von erheblichen Schmerzen geschlossen werden können sollte, liegt doch in einem solchen **Zu widerhandlungsfall die Zufügung erheblicher Schmerzen und Leiden** sehr nahe.

*(2) Längere Dauer der Zufügung von Schmerzen oder Leiden in den Kastenständen der
[REDACTED] GmbH*

- 107 Nachdem festgestellt ist, dass bei der in dem Betrieb des Beschuldigten durchgeführten – objektiv unzulässigen, weil [§ 24 Abs. 4 Nr. 2 TierSchNutzV](#) widersprechenden – Haltung der Schweine hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die in den Kastenständen befindlichen Schweine erhebliche Schmerzen oder Leiden ertragen müssen, stellt sich die Frage nach der **längeren Dauer der zugefügten Schmerzen oder Leiden**.
- 108 Hierzu heißt es in der Begründung des Einstellungsbeschlusses, die übersandten Bildaufnahmen stellten lediglich **Momentaufnahmen** dar. Dass es sich bei Lichtbildern nur um die Aufnahme eines einzigen Moments handelt, liegt im Wesen von Fotografien und ist nicht zu bestreiten. Dennoch lassen die Bildaufnahmen durchaus Schlüsse auf die Zustände in dem Betrieb in dem konkreten Zeitpunkt der Aufnahme des Bildes zu. Zumindest in diesem Moment waren alle Kastenstände belegt und die Tiere konnten sich nicht ausstrecken. Die Zustände waren also nach den oben dargestellten Maßstäben der Rechtsprechung des *BVerwG* rechtswidrig und fügten den Tieren mit hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Leiden zu.
- 109 Die Staatsanwaltschaft hätte hier ferner ohne Weiteres ermitteln können, wie **viele Tiere in dem Betrieb** gehalten werden, wie viele davon Zuchtsauen waren und zum maßgeblichen Zeitpunkt in Kastenständen gehalten wurden. Da es in der Anlage offensichtlich üblich ist, die Tiere in bestimmten, immer wiederkehrenden Zeiträumen in Kastenständen zu halten, wäre es nur eine Frage der Berechnung gewesen, festzustellen, ob **ausreichend Platz für eine rechtmäßige Haltung** zur

¹²¹ Vgl. zu den entsprechenden Untersuchungen *Felde NVwZ* 2017, 368, 369.

¹²² *OLG Karlsruhe* Urt. v. 29.10.2015 – 3 Ss 433/15, 3 Ss 433/15 – AK 170/15, *Die Justiz* 2016, 348 ff.

¹²³ Vgl. *OLG Düsseldorf* Urt. v. 25.10.1979 – 5 Ss 461/79 I, *NJW* 1980, 411.

Verfügung gestanden hat. Alle notwendigen Daten hätte die Staatsanwaltschaft mit hoher Wahrscheinlichkeit aus Bestandslisten, Buchführung und den sonstigen Geschäftsunterlagen des Betriebs ohne weiteres entnehmen können. Diese Unterlagen hätten ggf. beschlagnahmt und ausgewertet werden können und müssen.

- 110 Soweit nach diesen Daten festgestanden hätte, dass in irgendeinem Zeitpunkt eine Belegung der Kastenständen durch Zuchtsauen nicht mehr in der Weise möglich war, dass immer nur jeder zweite Kastenstand belegt war, weil zu viele Tiere in der Anlage gehalten wurden, wäre bereits der von vernünftigen Zweifeln freie und damit i.S.v. [§ 261 StPO](#) hinreichende, weil rechnerische Nachweis erbracht, dass es zu einer Überbelegung und damit zu einem Verstoß gegen die Mindestvorgaben des Tierschutzrecht gekommen ist.
- 111 In diesem Fall wäre zweifelsfrei davon auszugehen, dass diese Überbelegung nicht nur eine Momentaufnahme darstellte, sondern Teil des Geschäftsmodells war und damit zumindest für den fraglichen Zeitraum eine unzulässige Kastenhaltung stattgefunden hat. Darauf, dass es in der fraglichen Anlage auch Kästen mit einer Breite von 70 und 80 cm gibt, wie der Einstellungsbescheid feststellt, kommt es insofern nicht an, weil das Stockmaß der Schweine ausweislich der Lichtbilder deutlich mehr als 80 cm betrug, sodass auch ein Kastenstand von 80 cm Breite, das Hinlegen und Ausstrecken der Gliedmaßen nicht ohne weiteres ermöglicht hätte.
- 112 Die Zeit, in der die Zuchtsauen in unzulässiger Weise gehalten worden sind, lässt sich letztlich auch aus den Zuchtzyklen ableiten. Hierzu führt der Einstellungsbescheid aus, die Zuchtsauen befänden sich in dem fraglichen Betrieb nicht durchgehend, sondern ausschließlich in der Zeit zwischen der Besamung und dem Abferkeln in den Kastenständen. Während der übrigen Zeit würden sie in Gruppen gehalten. Betrachtet man diese Zeiträume, so summiert sich die **Haltung in einem Kastenstand** bei einer durchschnittlichen Zahl von 2,3 Würfen jährlich auf **etwa 5 Monate**. Die Sauen werden bis zu vier Wochen nach dem Decken, ab ca. einer Woche vor dem voraussichtlichen Abferkeltermin und über die Säugezeit (drei bis vier Wochen) einzeln in Kastenständen gehalten. Damit ergibt sich bei jedem Wurf eine Zeit von bis zu neun Wochen in Kastenstandehaltung. Auf diese Weise werden die Tiere zumindest viermal im Jahr jeweils vier bis fünf Wochen in den Kastenständen gehalten.¹²⁴
- 113 Damit folgt bereits aus der Darstellung der Staatsanwaltschaft, dass die Zustände, die in der Strafanzeige dargestellt worden sind, **mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit keine Momentaufnahmen** sind. Dafür spricht zudem, dass die späteren Lichtbilder, die dem Schreiben vom 20.4.2018 beigelegt waren, den Zustand bestätigt haben und zum anderen, dass kein Grund ersichtlich ist, warum die Tiere nur im konkreten Moment der Bildaufnahmen in dieser rechtswidrigen und mit hoher Wahrscheinlichkeit straftatbestandlichen Art gehalten worden sein sollten.
- 114 Insgesamt kann daher festgehalten werden, dass aufgrund der Informationen, über die die Staatsanwaltschaft durch die Strafanzeige vom 13.12.2017, das Schreiben vom 20.4.2018 und die beigelegten Lichtbilder verfügte, eine Vielzahl von Anhaltspunkten dafür vorlag, dass **der objektive Tatbestand der Tierquälerei nach [§ 17 Nr. 2b TierSchG](#) mit zumindest überwiegender Wahrscheinlichkeit erfüllt** ist.
- 115 Die Staatsanwaltschaft hätte, um ihrem gesetzlichen Verfolgungsauftrag aus dem Legalitätsprinzip nachzukommen, ermitteln müssen, ob die in den Betrieb gehaltenen Tiere die typischerweise mit der im konkreten Fall unzulässigen Haltungsform einhergehenden Verletzungen, Erkrankungen physischer und psychischer Art oder erhebliche Verhaltensanomalien aufweisen. Hierzu hätte neben einer **Durchsuchung der Betriebsräume, Vernehmungen der Mitarbeiter des Unternehmens und der Mitarbeiter des Veterinäramts** erfolgversprechende Beweismittel zutage fördern können.

¹²⁴ Vgl. auch *Felde* NVwZ 2017, 368, 369.

116 Die Staatsanwaltschaft hätte feststellen müssen, ob es entweder körperlich sichtbare Anzeichen für erhebliche und länger andauernde Schmerzen und Leiden der Tiere gab oder aufgrund der Hal- tungsbedingungen und mit Blick auf die wissenschaftliche Forschung bzw. aufgrund von Erfah- rungssätzen von tatbestandlichen Schmerzen oder Leiden der Tiere auszugehen war. Zu diesem Zweck war es mit Blick auf die Rechtsprechung des *OLG Celle*¹²⁵ **nicht nur naheliegend**, sondern **unumgänglich** einen **ethologischen Sachverständigen** mit der Begutachtung des Zustands der Tiere zu **beauftragen**. Denn nach der Auffassung dieser Rechtsprechung kann die Frage nach dem Vorliegen von Verhaltensauffälligkeiten bei Tieren aufgrund der Hal- tungsbedingungen in der Regel nur von einem Sachverständigen mit hinreichender Expertise auf dem Gebiet der Verhaltensfor- schung beantwortet werden.¹²⁶

2. Vorsätzliche Begehung und Irrtum: kein Tatbestandsirrtum i.S.v. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB

117 Weitere Ermittlungen hielt der zuständige Dezernent jedoch nicht für notwendig, weil er die Straf- barkeit des Verhaltens des Beschuldigten mangels Vorsatzes verneint hat. Diese Begründung ist im Folgenden zu prüfen und zu bewerten.

a) Voraussetzungen der vorsätzlichen Begehung der Tat nach § 17 Nr. 2b TierSchG

118 Die Strafbarkeit gemäß [§ 17 TierSchG](#) setzt in allen Varianten vorsätzliches Handeln voraus. **Be- dingter Vorsatz** ist **ausreichend**, also dass der Täter hinsichtlich aller Merkmale des objektiven Tatbestandes zumindest die **Möglichkeit erkennt**, dass diese erfüllt sein könnten und sich damit **abfindet**.¹²⁷ Er muss den Eintritt der Tatbestandserfüllung billigend in Kauf nehmen, wobei dieses „Billigen“ im Rechtssinne zu verstehen ist, sodass auch ein Erfolg oder ein anderer Umstand, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, gebilligt werden kann, wenn er dem Täter höchst uner- wünscht ist.¹²⁸ Voraussetzung für einen Tatbestandsirrtum nach [§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB](#) ist, dass der Täter einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört.

b) Irrtum über ein Merkmal des objektiven Tatbestands

119 Zum gesetzlichen Tatbestand gehört im Falle des [§ 17 Nr. 2b TierSchG](#) neben dem Umstand, dass es sich bei den Schweinen um Wirbeltiere im Sinne des Gesetzes handelt, die Zufügung von er- heblichen Schmerzen oder Leiden, die länger andauern oder sich wiederholen. Es handelt sich bei den vorgenannten Merkmalen der *erheblichen und länger andauernden Schmerzen und Leiden* um **norma- tive Tatbestandsmerkmale**, also solche Merkmale, die nicht ohne weiteres aufgrund der Formu- lierung sofort bestimmbar sind, sondern durch eine Bewertung ausgefüllt werden müssen.¹²⁹ Das Vorliegen dieser Tatbestandsmerkmale muss der Täter erkannt haben, ohne eine rechtlich exakte Einordnung vornehmen zu müssen.¹³⁰

120 Nach ständiger Rechtsprechung und der herrschenden Ansicht in der Literatur reicht es für die Erfüllung des Vorsatzes aus, dass der Täter hinsichtlich dieser wertenden Tatbestandsmerkmale

¹²⁵ *OLG Celle* Beschl. v. 28.12.2010 - 32 Ss 154/10 (juris).

¹²⁶ Vgl. auch *Hirth/Maisack/Moritz* Tierschutzgesetz, 3. Aufl. 2016, § 15 TierSchG Rn. 5.

¹²⁷ Std. Rspr. seit *BGH* Urt. v. 22.4.1955 – 5 StR 35/55, *BGHSt* 7, 363, 369; vgl. ferner *BGH* Urt. v. 26.7.1967 – 2 StR 368/67, *BGHSt* 21, 283; Urt. v. 4.11.1988 – 1 StR 262/88, *BGHSt* 36, 9; sowie die Nachweise bei *Fischer* StGB, 65. Aufl. 2018, § 15 Rn. 9b.

¹²⁸ Vgl. nur *BGH* Urt. v. 22.4.1955 – 5 StR 35/55, *BGHSt* 7, 363 ff.; ferner *Vogel* in *Leipziger Kommentar*, Band. 1, 12. Aufl. 2006, § 15 StGB Rn. 107.

¹²⁹ Vgl. zu den normativen Tatbestandsmerkmalen *Walter* in *Leipziger Kommentar*, Band. 1, 12. Aufl. 2006, Vor § 13 StGB Rn. 42.

¹³⁰ *Vogel* in *Leipziger Kommentar*, Band. 1, 12. Aufl. 2006, § 16 StGB Rn. 25 ff.

den sozial-normativen Bedeutungsgehalt erfasst hat, also die Bedeutung der Umstände im Rechtsverkehr richtig einordnet; die sogenannte „Parallelwertung in der Laiensphäre“ richtig vornimmt.¹³¹

(1) Irrtum über länger anhaltende erhebliche Leiden

- 121 Für den Fall der Tierquälerei nach [§ 17 Nr. 2b TierSchG](#) bedeutet das, dass der Täter neben der Sachverhaltskenntnis im Übrigen auch erkennen muss, dass er den Tieren durch die Haltungsform **Nachteile in ihrer physischen oder psychischen Gesundheit zufügen könnte** und es sich bei diesen Beeinträchtigungen **nicht nur um zeitlich vorübergehende und in ihrer Intensität zu vernachlässigende Eingriffe** handelt. Ein Vorsatzausschluss nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB kommt damit dann in Betracht, wenn der Täter die Beeinträchtigung in ihrer Intensität unterschätzt oder fälschlich davon ausgeht, dass sie nur kurzzeitig wirken werde. Für einen solchen Irrtum gibt es vorliegend jedoch keinerlei Anhaltspunkte. Auch die Staatsanwaltschaft ist offenkundig nicht davon ausgegangen, dass der Beschuldigte sich über die Zufügung von Schmerzen oder Leiden, deren Erheblichkeit oder deren Dauer geirrt hat, sie unterstellte lediglich einen Irrtum über die Zulässigkeit der konkreten Haltung.
- 122 Die Rechtsprechung – im Kontext der Haltung von Legehennen in Käfigbatterien – hatte in der Vergangenheit gelegentlich Zweifel am Vorsatz des Agrarunternehmers geäußert, weil sie nicht habe festgestellt werden können, dass er die von ihm gehaltenen Tiere mit den Haltungsbedingungen „quäle“. Um Vorsatz diesbezüglich annehmen zu können, müsse der Täter gewusst und gewollt haben, dass den Tieren durch die von ihm praktizierte Haltungsform erhebliche Leiden zugefügt werden. Wenn anerkannte Wissenschaftler darüber stritten, ob solche Leiden tatsächlich objektivierbar seien, dann könne dem Angeklagten der bedingte Vorsatz kaum nachgewiesen werden.¹³² Anders als im vorliegenden Fall haben die Gerichte damals den Irrtum daraus hergeleitet, dass keine Rechtsverordnung zur näheren Regelung der Haltungsbedingungen für Legehennen erlassen worden war, stützten sich also auf die Untätigkeit des Gesetzgebers.¹³³ Hinsichtlich der Kastenstände ist der Ordnungsgeber allerdings tätig geworden, und der Beschuldigte hat selbst diese „unerlässlichen“ Minimalanforderungen verletzt. Daher kann auch aus dieser mittlerweile überholten Rechtsprechung kein Tatbestandsirrtum für den vorliegenden Fall abgeleitet werden.
- 123 Mit Blick auf die Rechtsprechung des *OLG Düsseldorf* zur Haltung von Legehennen, die ein Parallelproblem betrifft, gibt es keinen Grund für Zweifel am Vorsatz hinsichtlich der Wirkungen der Tathandlung:

„Ob der Angekl. seinen in der Batterie III untergebrachten Hennen Leiden bewusst hat zufügen wollen oder deren Leiden billigend in Kauf genommen hat, ist entgegen den Ausführungen im angefochtenen Urteil für die Annahme vorsätzlichen Handelns nicht allein ausschlaggebend. Bei den Begriffen „länger anhaltende oder sich wiederholende Leiden“ in § 17 Nr. 2b TierschutzG handelt es sich um normative, d.h. wertausfüllungsbedürftige Tatbestandsmerkmale. Zu deren Erfüllung reicht aus, daß der Täter ein solches Merkmal in seiner, in der gesetzlichen Bezeichnung zum Ausdruck kommenden sozialen Sinnbedeutung kennt und daher zwar vielleicht auch nicht rechtlich genau, aber in der Laiensphäre parallel richtig wertete (...). Von einem vorsätzlichen Handeln ist auch dann auszugehen, wenn dem Angeklagten die Unterbringungsverhältnisse seiner Hennen in der Batterie III, deren Zustand und Verhaltensauffälligkeiten bekannt gewesen sind und er gleichwohl pflichtwidrig nichts unternommen hat, den erkannten Leidenszustand der Hennen durch Anpassung an die in den Batterien I und II bestehenden günstigeren Verhältnisse zu ändern.“

- 124 Insofern kann also hier kein Irrtum über das erhebliche und länger anhaltende Schmerzen oder Leiden vorliegen, weil der Beschuldigte wusste, wie breit die von ihm verwendeten Kastenstände

¹³¹ Vgl. nur BGHSt 3, 248, 255; 4, 347, 352, BGHNJW 2018 1486, 1489; ferner *Fischer* StGB 65. Aufl. 2018, § 16 Rn. 14 m.w.N.; *Vogel* in *Leipziger Kommentar*, Band. 1, 12. Aufl. 2006, § 16 StGB Rn. 25 ff.

¹³² So *AG Leverkusen* Urt. v. 24.4.1979 – 17 Ls 5 Js 120/77(178/78) E, *AgrarR* 1979, 229, 230; ebenso *OLG Frankfurt a.M.* Beschl. v. 12.4.1979 – 4 Ws 22/79, *NJW* 1980, 409, 410.

¹³³ Zur mangelnden Validität dieser Argumentation *OLG Düsseldorf* Urt. v. 25.10.1979 – 5 Ss 461/79 I, *NJW* 1980, 411.

sind und, dass er nicht nur jeden zweiten Kastenstand mit einem Tier belegt hat. Er hatte damit auch Kenntnis darüber, welche Beeinträchtigungen er den Tieren zufügte und welche – in der Sache auch unbestrittenen ([Rz. 61 ff.](#)) – Verhaltens Einschränkungen und -störungen diese Haltungsform zur Folge hat.¹³⁴

(2) Irrtum über die Zulässigkeit der Haltung: kein Tatbestandsirrtum

- 125** Außerdem steht hier kein Irrtum über die psychischen und physischen Folgen der Kastenständerhaltung im Raum. Der von der Staatsanwaltschaft **angenommene Irrtum betrifft allein die Zulässigkeit der Kastenstandhaltung**. Dies ergibt sich zweifelsfrei aus den Formulierungen in der Begründung des Einstellungsbeschlusses auf Seite 2 in den letzten beiden Absätzen: Der Beschuldigte habe als Betreiber der Sauenzuchtanlage davon ausgehen können, dass die die Bewegungsfreiheit der Schweine einschränkende Kastenhaltung grundsätzlich zulässig sei. Darüber hinaus wird der Irrtum nicht näher begründet, sondern lediglich ergänzend ausgeführt, dass es am Vorsatz fehle, weil die Schweine die Möglichkeit hatten, „ihre Hufe zumindest teilweise durch das Hindurchstrecken in den benachbarten, wenngleich überwiegend auch belegten Kästen, auszustrecken“.
- 126** Soweit die Staatsanwaltschaft hier davon ausgeht, dass der Beschuldigte die Kastenhaltung grundsätzlich für zulässig hielt, erschließt sich nicht, warum es sich insofern um einen Tatbestandsirrtum handeln sollte.¹³⁵ Die **Zulässigkeit der Kastenhaltung** als solche **ist nicht Tatbestandsmerkmal** des [§ 17 Nr. 2b TierSchG](#).

c) Irrtum über den vernünftigen Grund als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal

- 127** Allenfalls könnte man erwägen, ob sich der Beschuldigte **über das Vorliegen eines vernünftigen Grundes geirrt** haben könnte, wenn man den vernünftigen Grund als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des [§ 17 Nr. 2b TierSchG](#) ansähe, was von der zutreffenden Ansicht abgelehnt wird.
- 128** Der vernünftige Grund in [§ 17 Nr. 1 TierSchG](#) wird als gesamtbewertendes Tatbestandsmerkmal angesehen,¹³⁶ hinsichtlich dessen der Täter vorsätzlich handelt, wenn er **alle Umstände kennt, auf denen die Gesamtbewertung** beruht. Es ist nicht erforderlich, dass der Täter die Gesamtbewertung selbst nachvollzieht und in Kenntnis aller Sachumstände ebenfalls zu dem Ergebnis kommt, dass kein vernünftiger Grund vorliegt, um von vorsätzlicher Begehung auszugehen. Es besteht vielmehr Einigkeit darüber, dass *kein* Tatbestandsirrtum vorliegt, wenn der Täter sein Handeln als von einem vernünftigen Grund getragen bewertet.¹³⁷ Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn der Täter bereits die Maßstäbe, die das deutsche Recht an das jeweilige Handeln anlegt, nicht kennt und an die Stelle dieser Vorgaben der deutschen Rechtsordnung seine eigenen Maßstäbe setzt.¹³⁸ Als Beispiel wird hier „grausame Ritualtötung eines Wirbeltieres“ durch eine Person genannt, die aufgrund ihrer Herkunft (noch) nicht damit vertraut ist, „was aus deutscher Sicht vernünftige Gründe für die Tötung eines Tieres sind“.¹³⁹
- 129** Dass der Beschuldigte vorliegend aufgrund vergleichbarer Umstände grundlegend andere Wertmaßstäbe an sein Handeln angelegt hat als die Rechtsordnung sie vorsieht, also völlig anders sozialisiert ist, erscheint fernliegend. Vielmehr ist davon auszugehen, dass er aufgrund fehlerhafter

¹³⁴ Für einen vergleichbaren Fall bei Legehennen hat das *LG Darmstadt* in seiner Entscheidung vom 4.10.1983 seine zuvor vertretene These des Tatbestandsirrtums mit Blick auf genau diese Kenntnis des Sachverhalts auch ausdrücklich aufgegeben, *LG Darmstadt* Beschl. v. 4.10.1983 – 5 Kls 4 Js 29471/81, NStZ 1984, 173, 174.

¹³⁵ So hatte aber bereits das *OLG Frankfurt a.M.* Beschl. v. 12.4.1979 – 4 Ws 22/79, NJW 1980, 409, 410 argumentiert.

¹³⁶ Vgl. *Vogel* in *Leipziger Kommentar*, Band. 1, 12. Aufl. 2006, § 16 StGB Rn. 50.

¹³⁷ *Vogel* in *Leipziger Kommentar*, Band. 1, 12. Aufl. 2006, § 16 StGB Rn. 50; vgl. auch ferner *BGH* NJW 1954, 480; *Puppe* GA 1990, 145, 172; *Roxin* Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl. 2004, § 12 Rn. 105.

¹³⁸ *Vogel* in *Leipziger Kommentar*, Band. 1, 12. Aufl. 2006, § 16 StGB Rn. 50 unter Bezugnahme auf *BGH* Urt. v. 22.4.2005 – 2 StR 310/04, NJW 2005, 1876, 1879.

¹³⁹ *Vogel* in *Leipziger Kommentar*, Band. 1, 12. Aufl. 2006, § 16 StGB Rn. 50.

Überbewertung seiner wirtschaftlichen Interessen zu dem Schluss gekommen sein könnte, sein Handeln sei zulässig. Darin liegt allerdings kein vorsatzausschließender Irrtum über den vernünftigen Grund, selbst wenn man diesen als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal anerkennen wollte. Es liegt vielmehr ein **unbeachtlicher Subsumtionsirrtum** nahe.¹⁴⁰

3. Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit i.S.v. § 17 StGB

- 130** Letztlich kommt jedoch noch ein Verbotsirrtum in Betracht. Ein solcher Irrtum liegt vor, wenn dem **Täter bei der Begehung der Tat die Einsicht fehlt, Unrecht** zu tun. Die Unrechtseinsicht, das Verständnis der Rechtswidrigkeit der Tat, wird seit der Grundsatzentscheidung des Großen Senats des *BGH*¹⁴¹ als ein **Element der Schuld** angesehen, und die Neufassung des StGB zum 1.1.1975 bestätigt diese Auffassung.¹⁴² Voraussetzung für die Straffreiheit ist die **Unvermeidbarkeit** des Verbotsirrtums. Soweit ein solcher Irrtum also vermeidbar ist, kommt allenfalls eine (fakultative) Schuldminderung, nicht aber Straffreiheit in Betracht (vgl. [§ 17 S. 2 StGB](#)).
- 131** In diesem Zusammenhang sind also zwei Aspekte scharf voneinander zu trennen: Es muss denotwendig zunächst ein **Verbotsirrtum** vorliegen, erst dann kann die Frage nach seiner **Vermeidbarkeit** beantwortet werden.

a) Verbots- bzw. Erlaubnisirrtum i.S.v. § 17 S. 1 StGB

- 132** Ein Verbotsirrtum liegt vor, wenn der Täter der Auffassung ist, sein Handeln sei **rechtlich zulässig**. Unrechtsbewusstsein fehlt jedoch nicht nur dann, wenn der Täter positiv zu wissen glaubt, kein Unrecht zu tun, sondern bereits dann, wenn ihm schlicht das Bewusstsein des Unrechts fehlt,¹⁴³ etwa, weil er sich keine Gedanken über die Rechtmäßigkeit seines Vorhabens macht. Allerdings dürfte in einem solchen Fall von Rechtsblindheit regelmäßig ein vermeidbarer Irrtum vorliegen und eine Strafmilderung nach [§ 17 S. 2 StGB](#) eher ausgeschlossen sein.
- 133** **Unrechtsbewusstsein** hat allerdings derjenige, der für **möglich hält und in Kauf nimmt**, dass seine **Handlung gegen verbindliches Recht verstößt**,¹⁴⁴ ein Verbotsirrtum scheidet in diesem Fall aus. Das bedeutet, dass nach ständiger Rechtsprechung¹⁴⁵ das Bewusstsein eines Verstoßes gegen die rechtliche Ordnung ausreichend ist, um Unrechtsbewusstsein zu begründen und demnach ein Erlaubnisirrtum abzulehnen ist. Damit kommt es in solchen Fällen auf die Vermeidbarkeit nicht mehr an, weil der Anwendungsbereich von [§ 17 StGB](#) schon nicht eröffnet ist. Es gibt dann keinen Irrtum, den man hätte vermeiden können. Um festzustellen, ob das Unrechtsbewusstsein fehlt, bedarf es nach der Rechtsprechung des *BGH*¹⁴⁶ einer Gesamtwürdigung aller Umstände, die für das Vorstellungsbild des Täters von Bedeutung sind.
- 134** Zwar wird in der Literatur vereinzelt die Auffassung vertreten, dass für die Bildung strafrechtlichen Unrechtsbewusstseins zumindest die **Kenntnis der Möglichkeit der Strafbarkeit** des geplanten Handelns gegeben sein muss,¹⁴⁷ doch wird diese Auffassung von der herrschenden Ansicht, insbesondere von der Rechtsprechung abgelehnt. Für diesen Ansatz bietet weder die Entstehungsgeschichte der Vorschrift, noch der Wortlaut des Gesetzes einen Anhaltspunkt oder ein Argument;

¹⁴⁰ Vgl. auch *Rönau* in Leipziger Kommentar, Band. 2, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 StGB Rn. 41.

¹⁴¹ *BGH* Urt. v. 18.3.1952 – GSt 2/51, [BGHSt 2, 194 ff.](#)

¹⁴² Vgl. nur *Fischer* StGB, 65. Aufl. 2018, § 16 Rn. 20 ff.

¹⁴³ Vgl. nur *BGH* Urt. v. 18.3.1952 – GSt 2/51, *BGHSt* 2, 194, 201; Urt. v. 6.12.1956 – 4 StR 234/56, *BGHSt* 10, 35, 41; Urt. v. 19.5.1999 – 2 StR 86/99, *BGHSt* 45, 97; *Fischer* StGB, 65. Aufl. 2018, § 17 Rn. 2.

¹⁴⁴ *BGH* Urt. v. 23.12.1952 – 2 StR 612/52, *BGHSt* 4, 4; Urt. v. 25.6.2008 – 5 StR 109/07, *BGHSt* 52, 307, 313; Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, NJW 2009, 3173; Beschl. v. 24.2.2011 – 5 StR 514/09, NJW 2011, 1236, 1239; Urt. v. 3.4.2008 – 3 StR 394/07; NStZ-RR 2009, 13; ferner Urt. v. 19.5.1999 – 2 StR 86/99, *BGHSt* 45, 97.

¹⁴⁵ Vgl. nur *BGH* Urt. v. 30.5.2008 – 1 StR 166/07, *BGHSt* 52, 227, 239 f.; Urt. v. 13.12.1995 – 3 StR 514/95, NStZ 1996, 236, 237; Beschl. v. 2.4.2008 – 5 StR 354/07, NJW 2008, 1827, 1830; Beschl. v. 24.2.2011 – 5 StR 514/09, NJW 2011, 1236, 1239; ferner *Fischer* StGB, 65. Aufl. 2018, § 17 Rn. 2.

¹⁴⁶ *BGH* Urt. v. 11.10.2012 – 1 StR 213/10, NJW 2013, 93, 96 m.w.N.

¹⁴⁷ Vgl. *Neumann* in Nomos-Kommentar StGB, Band 1, 5. Aufl. 2017, § 17 Rn. 21 ff.

zudem würde die generalpräventive Wirkung der Strafvorschriften mit einer solchen Ansicht stark relativiert werden.¹⁴⁸ Daher besitzt Unrechtsbewusstsein, wer die Vorstellung hat, möglicherweise Unrecht zu tun und diese Möglichkeiten in seinen Willen aufgenommen hat.¹⁴⁹ Das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit darf also nicht mit dem Bewusstsein der Strafbarkeit gleichgesetzt werden. Die Kenntnis der Normwidrigkeit, der Gesetzwidrigkeit reicht also in der Regel aus. Auf ethische und moralische Wertungen kommt es hier nicht an.¹⁵⁰ Das führt dazu, dass Unrechtsbewusstsein in dieser bedingten Form bereits dann vorliegt, wenn der Täter Zweifel an der Erlaubtheit hat und durch eine Auskunft leicht Klarheit über die Rechtswidrigkeit seines Vorhabens hätte erlangen können.

- 135 Wenn die Staatsanwaltschaft vorliegend ausführt, der Betreiber einer Sauenzuchtanlage dürfe davon ausgehen, dass die Kastenhaltung nicht per se erkennbar gegen [§ 17 Nr. 2b TierSchG](#) verstößt, so erscheint dies angesichts der einheitlichen Verwaltungsrechtsprechung zumindest sehr zweifelhaft. Mit Blick auf diese Judikatur verstieß die von dem Beschuldigten praktizierte Tierhaltung offenkundig gegen [§ 24 Abs. 4 Nr. 2 TierSchNutztV](#), sie war zweifellos rechtswidrig.
- 136 Dafür, dass der Beschuldigte dies **nicht gewusst** oder zumindest die **Möglichkeit eines Verstoßes nicht erkannt** haben könnte, sind vorliegend **keinerlei Indizien** zu erkennen, zumal die maßgeblichen und eindeutigen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte durch die Berufsverbände im Agrarbereich bekannt gemacht und intensiv diskutiert worden sind (vgl. nur [Rz. 151](#)).
- 137 Dass der Beschuldigte diese Entscheidungen zum maßgeblichen Zeitpunkt im Jahr 2017 nicht gekannt haben soll, ist fernliegend. Die Rechtsprechung und auch der durch das Landwirtschaftsministerium Hessen geschaffene Kastenständerlass, der diese Vorgaben umsetzen sollte, wurden von den Agrarverbänden intensiv diskutiert und kritisiert (vgl. zur Diskussion in den Berufsverbänden die Nachweise unter [Rz. 151](#)). Daher erscheint es wenig plausibel, *irgendein* Agrarunternehmer könne nicht gewusst haben, dass die Haltung in Kastenständen, wie der Beschuldigte sie betreibt, möglicherweise rechtswidrig sein könnte. Da das Erkennen der Möglichkeit Unrecht zu tun ausreicht, um den Irrtum nach § 17 StGB auszuschließen, spricht hier nichts für einen Irrtum des Beschuldigten.

b) Unvermeidbarkeit i.S.v. § 17 S. 1 StGB

- 138 Aber selbst wenn man davon ausginge, dass der Beschuldigte sich tatsächlich im Irrtum über die Zulässigkeit der von ihm praktizierten Kastenstandhaltung befunden hat, müsste dieser **Irrtum unvermeidbar** sein, damit die Entscheidung der Staatsanwaltschaft vertretbar gewesen wäre, das Strafverfahren gegen den Beschuldigten ohne weitere Ermittlungen nach [§ 170 Abs. 2 StPO](#) und damit mangels Tatverdachts einzustellen. Dass die Rechtswidrigkeit sich nicht aufdrängt, „nicht per se erkennbar“ ist, besagt über die Vermeidbarkeit wenig.
- 139 Unvermeidbar ist ein Verbotsirrtum nämlich ausschließlich dann, wenn der Täter zum Zeitpunkt der Tathandlung unter Berücksichtigung seiner Fähigkeiten und Kenntnissen **keinen Anlass hatte, über die Rechtswidrigkeit seines Vorhabens nachzudenken** oder sich zu **erkundigen** oder dieses Nachdenken und Erkundigen nicht dazu geführt hätte, dass er Unrechtseinsicht erlangt hätte.¹⁵¹

(1) Anforderungen der Rechtsprechung an die Unvermeidbarkeit

- 140 Insofern stellt die Rechtsprechung an den Täter von jeher sehr hohe Anforderungen, indem sie verlangt, dass er „**alle seine Erkenntniskräfte und sittlichen Wertvorstellungen**“¹⁵² einsetzt

¹⁴⁸ *Vogel* in Leipziger Kommentar, Band 1, 12. Aufl. 2006, § 17 Rn. 19.

¹⁴⁹ BGH Beschl. v. 1.6.1977 – KRB 3/76, BGHSt 27, 196, 202; Urt. v. 11.10.2012 – 1 StR 213/10, NJW 2013, 93, 96.

¹⁵⁰ Vgl. BGH Urt. v. 20.5.1952 – 1 StR 490/52, JR 1952, 285; Urt. v. 24.09.1957 – 5 StR 519/57 (juris); ferner zu den Einzelheiten *Dannecker/Bülte* in Behr's Kommentar zum Lebensmittelrecht, Vor § 58 LFGB, Stand 11/2016, Rn. 153.

¹⁵¹ *Fischer* StGB, 65. Aufl. 2018, § 17 Rn. 7.

¹⁵² BGH Urt. v. 18.3.1952 – GSt 2/51, BGHSt 2, 194.

und zwar auf der Grundlage der Vorstellungen seiner Rechtsgemeinschaft.¹⁵³ Es sind demnach an die Bemühungen des Täters zur Vermeidung rechtswidriger Handlungen weit höhere Anforderungen zu stellen, als an eine Vermeidung eines Fahrlässigkeitsvorwurfs.¹⁵⁴

- 141 Es kommt insofern auf die jeweiligen Umstände, auf die **individuellen Verhältnisse** und die **Persönlichkeit des Täters** an, zum Beispiel seinen Bildungsstand, seinen Erfahrungshorizont, seine berufliche Stellung, seine sprachlichen Kenntnisse etc.¹⁵⁵ Dabei sind die persönlichen Voraussetzungen des Täters im Hinblick auf die konkret verletzte Verbotsnorm zu bewerten.¹⁵⁶ Die Rechtsprechung stellt insofern an den Täter den Anspruch, dass er **Zweifel an der Rechtmäßigkeit seines Handelns beseitigt** und sich nicht vorschnell auf die Richtigkeit eines ihm günstigen Standpunkts verlassen und die Augen vor gegenteiligen Ansichten und Entscheidungen verschließen kann.¹⁵⁷
- 142 In Rechtsbereichen, die durch eine Vielzahl von nicht immer aus sich selbst heraus verständlichen Regelungen bestimmt sind – wie dies im Tierschutzrecht der Fall ist – bestehen **erweiterte Prüfungs- und Erkundungspflichten**. Denn die Anstrengung der geistigen Kräfte trägt hier oftmals wenig zu der Erkenntnis bei, wie eine bestimmte Rechtsfrage geregelt und ob eine bestimmte Haltungsform erlaubt ist. Daher darf der Täter nicht ohne weiteres auf die eigene Rechtsauffassung vertrauen.¹⁵⁸ Er hat vielmehr alle zumutbaren Erkundungsmöglichkeiten auszuschöpfen, wenn die eigenen Erkenntnismöglichkeiten möglicherweise nicht ausreichen.¹⁵⁹
- 143 Insofern sieht die Rechtsprechung einen Verbotsirrtum als vermeidbar an, wenn sich bei der gebotenen Anspannung der Erkenntniskräfte dem **verantwortungsvoll Handelnden die Notwendigkeit aufgedrängt** hätte, die **erforderlichen Auskünfte** von fachkundiger Stelle **einzuholen** und eine solche Erkundigung die Information erbracht hätte, dass die Handlung unzulässig ist. Auch in diesem Zusammenhang betont der BGH in ständiger Rechtsprechung, dass an die Unvermeidbarkeit hohe Anforderungen zu stellen sind und **Rechtsblindheit nicht straffausschließend** wirken könne.¹⁶⁰
- 144 Diese besondere Informationsbeschaffungs- und Informationspflicht lässt sich für den Tierhalter auch unmittelbar aus dem Gesetz herleiten. Nach [§ 2 Nr. 3 TierSchG](#) muss der Tierhalter „über die für eine angemessene Ernährung, Pflege und verhaltensgerechte Unterbringung des Tieres erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügen“. Diese Sachkunde
- „umfasst die durch Studium, Ausbildung und/oder praktische Betätigung erworbenen Spezialkenntnisse, die vorausgesetzt werden müssen um sicherzustellen, dass eine Tätigkeit im Einklang mit der Rechtsordnung und ohne Gefährdung des Gemeinwohls ausgeübt wird [...]. Fehlt dem Halter, Betreuer oder Betreuungspflichtigen die erforderliche Sachkunde, muss er die Betreuung des Tiers auf eine sachkundige Person übertragen, weil die Obhut durch ihn gesetzwidrig ist“.*¹⁶¹
- 145 Damit normiert das TierSchG ausdrücklich eine besondere Informations- und Weiterbildungspflicht, die deutlich macht, dass mangelnde Rechtskenntnis nur im extremen Ausnahmefall zur Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums führen kann.
- 146

¹⁵³ BGH Beschl. v. 23.12.1952 – 2 StR 612/52, BGHSt 4, 1, 5.

¹⁵⁴ BGH Beschl. v. 23.4.1953 – 3 StR 219/52, BGHSt 4, 237; Beschl. v. 27.01.1966 – KRB 2/65, BGHSt 21, 20; weitere Nachweise bei Fischer StGB, 65. Aufl. 2018, § 17 Rn. 8.

¹⁵⁵ Vgl. Fischer StGB, 65. Aufl. 2018, § 17 Rn. 8.

¹⁵⁶ BayObLG Beschl. v. 8.5.2003 – 2 ObOWi 43/03, NJW 2003, 2253 f.

¹⁵⁷ OLG Köln Urt. v. 25.7.1995 – Ss 340/95, NJW 1996, 472, 473.

¹⁵⁸ Vgl. nur OLG Stuttgart Urt. v. 7.9.1966 – 1 Ss 314/66, NJW 1967, 122.

¹⁵⁹ Vgl. OLG Hamm Urt. v. 6.5.1970, 5 Ws OWi 52/70, ZfZ 1971, 340, 341.

¹⁶⁰ Vgl. nur BGH Urt. v. 18.3.1952 – GStSt 2/51, BGHSt 2, 194, 208.

¹⁶¹ Erbs/Kohlhaas/Metzger TierSchG, 218. EL Januar 2018, § 2 Rn. 28 f.; ebenso Hirth/Maisack/Moritz Tierschutzgesetz, 3. Aufl. 2016, § 2 TierSchG Rn. 49.

Durch die ausdifferenzierte Rechtsprechung zum Lebensmittelstrafrecht – und diese Grundsätze sind mit Blick auf die ausdrückliche Pflichtenvorgabe des [§ 2 Nr. 3 TierSchG](#) auf das Tierschutzstrafrecht übertragbar – wurde zunächst festgestellt,¹⁶² dass die Gewissensanspannung und das zur Beseitigung aufkommender Zweifel anzuwendende Maß an Sorgfalt nicht davon abhängig ist, ob der Täter durch die Einstellung des Verkaufs wirtschaftlich nur leicht oder schwer getroffen würde.¹⁶³

- 147 Es kommt bei der Ermittlung der Vermeidbarkeit ferner zunächst darauf an, ob der Täter überhaupt einen **Anlass** hatte, seine **Rechtsauffassung** zu überprüfen, nur wenn ein solcher Anlass bestand, kommt eine Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums in Betracht. Der hinreichende Anlass ergibt sich allerdings nicht erst aus der Kenntnis des Verbotenseins, sondern regelmäßig bereits aus der Kenntnis der Tatumstände. Es kommt also nicht darauf an, dass der Beschuldigte den Anlass für Erkundigungen selbst gesehen hat, sondern es reicht aus, wenn die ihm bekannten Tatsachen einem **sorgfältigen und verständigen Menschen** in seiner konkreten Rolle **Anlass zu Zweifeln an der Legalität** seines Vorhabens und zu Erkundigungen über die Rechtslage gegeben hätten.
- 148 Ein hinreichender Anlass wird üblicherweise angenommen, wenn **ausdrückliche Hinweise** auf die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines bestimmten Verhaltens durch **Aufsichtsbehörden, Untersuchungsanstalten** oder **Staatsanwaltschaften** gegeben werden. In diesen Fällen ist ein Irrtum regelmäßig vermeidbar, wenn keine nähere Erkundigung erfolgt. Auch allgemeine Erkundigungspflichten können die Vermeidbarkeit eines Irrtums begründen.
- 149 Zudem gilt für jeden Unternehmer die Pflicht, das für seinen Berufszweig **maßgebliche Fachwissen** zu **erwerben**, zu **aktualisieren** und die rechtliche Entwicklung, die den entsprechenden Tätigkeitsbereich betrifft, zu verfolgen. Dementsprechend gehört es zu den Pflichten eines Agrarunternehmens, sich mit dem geltenden Vorschriften und der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, soweit sie ihn betreffen, vertraut zu machen. Die Unkenntnis der maßgeblichen Vorschriften und ihrer Auslegung ist daher grundsätzlich vermeidbar.¹⁶⁴ Sowohl das regelmäßige Lesen einer Fachzeitschrift, als auch die Teilnahme an Informationsveranstaltungen über rechtliche Grundlagen des Betriebs kann in diesem Zusammenhang erwartet werden, gegebenenfalls sogar das Lesen einschlägiger gesetzlicher Vorschriften.¹⁶⁵ Eine Vorwerfbarkeit im Sinne eines Übernahmeverschuldens kann daher bereits an einem **Mangel an berufsrechtlicher Fortbildung** liegen, der berechtigte Zweifel an der Rechtmäßigkeit eines Vorhabens nicht hat aufkommen lassen.¹⁶⁶
- 150 In objektiven Zweifelsfällen – also unabhängig davon, ob der Täter tatsächlich Zweifel entwickelt hat – gilt, dass sich ein **Unternehmer nicht auf sein eigenes Urteil verlassen darf**. Er muss vielmehr die erforderlichen Auskünfte einholen. Dabei reicht es nicht aus, wenn er sich auf eine bestehende Verkehrssitte verlässt oder damit begnügt, frühere Gewohnheiten, die sich inzwischen als möglicherweise unzulässig herausgestellt haben könnten – etwa durch neue Rechtsprechung oder eine neue Verwaltungspraxis –, weiterhin als zulässig unterstellt.¹⁶⁷

(2) Vermeidbarkeit eines Irrtums über die Zulässigkeit der konkreten Art der Kastenstandhaltung

- 151 Vor dem Hintergrund dieser strengen Rechtsprechung, ist zunächst davon auszugehen, dass ein Agrarunternehmer, der die **Vorgaben der einschlägigen Verordnung** für seinen Arbeitsbereich

¹⁶² Zu dieser Rechtsprechung im Einzelnen *Dannecker/Bilte* Behr's Kommentar zum Lebensmittelrecht, Vor § 58 LFGB, Stand 11/2016, Rn. 153.

¹⁶³ OLG Bremen Ur. v. 30.09.1959 – Ss 54/59, NJW 1960, 163, 164; ferner OLG Oldenburg Ur. v. 28.9.1965 – 2 Ss 212/65, LRE 4, 367, 371.

¹⁶⁴ Vgl. BayObLG Ur. v. 22.10.1959 – RReg. 4 St 199/1959, LRE 2, 261 f.; SchlHolstOLG Ur. v. 30.7.1958 – Ss 154/58, LRE 2, 145, 146 f.; OLG Oldenburg Ur. v. 28.9.1965 – Ss 212/65, LRE 4, 367, 371.

¹⁶⁵ OLG Oldenburg Ur. v. 1.12.1959 – 1 Ss 350/59, LRE 2, 310, 312.

¹⁶⁶ Vgl. KG Berlin Ur. v. 27.3.1958 – (2) 1 Ss 41/58 (28/58), LRE 1, 266, 273.

¹⁶⁷ KG Ur. v. 27.3.1958 – (2) 1 Ss 41/58 (28/58), LRE 1, 260, 273.

mit Blick auf die Auslegung der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte nicht einhält, **hinreichenden Anlass** hat, sich darüber zu erkundigen, ob sein Verhalten rechtmäßig ist.

- 152 Dies ergäbe sich für den Beschuldigten schon daraus, dass die Rechtsprechung des *VG Magdeburg* vom [3.3.2014](#) die Vorschrift des [§ 24 Abs. 4 Nr. 2 TierSchNutzV](#) so interpretiert, dass die Haltung in einem wie von dem Beschuldigten geführten Betrieb nicht den Vorgaben dieser Verordnung entsprach. Denn diese Entscheidung des Verwaltungsgerichts vom 3.3.2014 wurde ebenso wie die bestätigenden Entscheidungen des *OVG Magdeburg* vom 24.11.2015 und des *BVerwG* vom 8.11.2016 in der allgemeinen Presse und in der Fachpresse intensiv diskutiert.
- Am [25.11.2015](#) berichtete die *Bauernzeitung* in ihrer Onlineausgabe über das Urteil des *OVG Magdeburg*.
 - Am [27.11.2015](#) berichtete die Internetseite *top agrar* unter dem Titel „Gravierendes Urteil: Bisherige Kastenstände zu klein“ über die Entscheidung des *OVG Magdeburg*.
 - Am [8.12.2015](#) berichtete der *Verband SUS – Schweinezucht und Schweinemast* auf seiner Internetseite unter dem Titel „Streitpunkt Kastenstand“ über das Verfahren und die Diskussion.
 - Am 24.11.2016 berichteten die Internetseite [Agrarheute](#) sowie die Internetseite des [Verbands SUS – Schweinezucht und Schweinemast](#) über die Entscheidung des *BVerwG*.
 - Am 25.11.2016 berichtete die [Internetseite des ISN - Interessengemeinschaft der Schweinehalter Deutschlands e.V.](#) ebenfalls über diese Entscheidung.
 - Am [12.6.2017](#) berichtete die [Internetseite top agrar](#) über die laufende Diskussion und die Pläne, die Rechtsprechung durch eine neue Verordnung umzusetzen.
- 153 Vor diesem Hintergrund ist von einem hinreichenden Anlass für den Beschuldigten auszugehen, an der Rechtmäßigkeit der Kastenhaltung von Zuchtsauen, wie sie in dem von ihm geführten Betrieb praktiziert wurde, grundlegend zu zweifeln.
- 154 Hätte sich der Beschuldigte bei einer geeigneten Auskunftsperson, also bei einem versierten Rechtsanwalt, der Veterinärbehörde oder auch bei einem Berufsverband erkundigt, so hätte er mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Auskunft erhalten, dass die Rechtsprechung die Haltung in Kastenständen, wie sie in dem von ihm geführten Betrieb praktiziert wird, als rechtswidrig ansieht.¹⁶⁸ Damit war der – hier unterstellte – Irrtum vermeidbar, weil die Unkenntnis auf dem basierte, was die Rechtsprechung als **Rechtsblindheit** bezeichnet.

4. Keine tatsächliche Unmöglichkeit der Normbefolgung wegen Vorverschuldens

- 155 Es wäre im vorliegenden Fall denkbar, die Strafbarkeit mit der Argumentation abzulehnen, der Beschuldigte habe tatsächlich gar nicht die Möglichkeit, den Bestand an Tieren, über den er verfügte – nach den Angaben in der Strafanzeige 13.12.2017 etwa 9000 Tiere – so unterzubringen, wie es die Minimalbedingungen der Tierschutz-Nutztierverordnung vorsehen. Doch diese Argumentation kann – selbst wenn sie inhaltlich zutreffend sein sollte – nicht dazu führen, dass Straffreiheit mangels Tatbestandserfüllung oder wegen Schuldlosigkeit im Hinblick auf eine Unmöglichkeit der Normbefolgung eintreten würde. Denn in einem solchen Fall wäre von einem erheblichen Vorverschulden auszugehen. Der Beschuldigte hätte nämlich die rechtswidrige Situation gar nicht erst entstehen lassen dürfen. Spätestens ab 23.11.2016, der Tag, an dem das *BVerwG* seine [Presseerklärung 97/2016](#) über die rechtskräftig gewordene Entscheidung zur Auslegung von [§ 24 Abs. 4 Nr. 2 TierSchNutzV](#) veröffentlichte, hätte der Beschuldigte sich unverzüglich darum kümmern müssen, auch in seinem Betrieb rechtmäßige Zustände herzustellen. Er hätte Umbaumaßnahmen vornehmen oder die Tiere, die nicht ordnungsgemäß untergebracht werden konnten, abgeben müssen. Zudem hätte er keinesfalls Tiere zukaufen dürfen.

¹⁶⁸ Vgl. zu der insofern strafprozessual zulässigen Annahme der Richtigkeit einer hypothetischen Auskunft durch eine berufene Auskunftsperson bereits *OLG Oldenburg* Urt. v. 28.9.1965 – 2 Ss 212/65, LRE 4, 367, 371 f.

- 156 Sollte der Beschuldigte also tatsächlich im Zeitpunkt der Tatbegehung nicht in der Lage gewesen sein, alle in dem Betrieb befindlichen Tiere unter Einhaltung des geltenden Tierschutzrechts unterzubringen, so hat er diese Situation durch seine Versäumnisse im Vorfeld selbst verschuldet; die Unmöglichkeit der Normbefolgung aufgrund dieses Vorverschuldens ist daher irrelevant und kann weder eine Strafausschließung noch eine Strafmilderung begründen.¹⁶⁹
- 157 Dass diese tatbestandliche Zurechnung aufgrund Vorverschuldens **keinen Verstoß gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit** aus [Art. 12 GG](#) oder das **Grundrecht der Eigentumsgarantie** aus [Art. 14 GG](#) darstellt, ergibt sich schon daraus, dass der Gesetzgeber in den Vorschriften des Tierschutzgesetzes und der Verordnungsgeber in der TierSchNutzV eine Abwägung zwischen den Grundrechten des Agrarunternehmens und der Staatszielbestimmung des Tierschutzes durchgeführt haben. Diese Abwägung hat ergeben, dass der Agrarunternehmer nur unter bestimmten Bedingungen Eingriffe in den Tierschutz vornehmen darf und nur insofern seine Eigentumsrechte und das Recht auf die Berufsausübung vorgehen sollen, wie die Vorgaben des Tierschutzrecht eingehalten sind. Dass Agrarunternehmer durch die Vorgaben des Tierschutzrechts in ihren wirtschaftlichen Interessen hinter den Interessen der Allgemeinheit zurückstehen müssen und dadurch berufliche Nachteile erleiden, ist auch keine rechtswidrige Beeinträchtigung, sondern eine zwangsläufige Folge der gesetzgeberischen Interessenabwägung.¹⁷⁰
- 158 Die wirtschaftlichen Interessen eines Agrarunternehmens bei der Anwendung der tierschutzrechtlichen Vorschriften noch einmal zu berücksichtigen, würde bedeuten die vom Gesetzgeber vorgegebene Abwägung, die zum Vorrang der Interessen des Tierschutzes führte, zu ignorieren. Der Gesetzgeber hat die **Mindestvorgaben unter Berücksichtigung der Interessen des Agrarunternehmens festgelegt** und entsprechend den Tierschutz auf das reduziert, was mit Blick auf die Verfassung als unerlässlich angesehen wurde, um die Grundrechte der Agrarunternehmer hinreichend zu schützen. Diese Grundrechte würden doppelt gewichtet, wenn nunmehr bei der Auslegung der tierschutzrechtlichen Vorschriften die wirtschaftlichen Interessen des Agrarunternehmens ein weiteres Mal Berücksichtigung fänden. Es wäre daher bereits methodisch unzulässig, aber auch verfassungsrechtlich höchst bedenklich, die wirtschaftlichen Interessen des Agrarunternehmens hier noch einmal zu berücksichtigen.
- 159 Soweit für die Haltung in Kastenständen angeführt würde, dass es ein **billigenswertes Interesse des Allgemeinwohls** sei, mit besonders **preiswerten tierischen Produkten** versorgt zu werden, so kann man dem Grunde nach daran zweifeln, ob es sich hierbei tatsächlich um ein rechtlich erhebliches Interesse handelt. In jedem Fall gilt hier aber das bereits für die wirtschaftlichen Interessen des Beschuldigten ausgeführte. Der Gesetzgeber hat alle abwägenswerten und abwägungsbedürftigen Interessen bei der Gesetzgebung einbezogen und sich für die in [§ 2 TierSchG](#) gesetzte Grenze entschieden. Die weitergehende Berücksichtigung der bereits abgewogenen Interessen würde die gesetzgeberische Entscheidung und damit den Willen des Gesetzgebers ignorieren und das verfassungsrechtliche Gleichgewicht missachten.
- 160 Diese Erwägungen werden auch in der Entscheidung des *BVerwG* deutlich, das ausdrücklich unter Würdigung der beteiligten Grundrechte **keine Übergangsvorschriften** für die Einhaltung der Vorgaben der TierSchNutzV für erforderlich gehalten hat. Der erkennende Senat führt insofern aus, dass diese Vorgaben dieser Verordnung bereits auf die Schweinehaltungsverordnung vom 30.5.1988 zurückgehen, die eine Übergangsfrist vorsah, die bereits seit langer Zeit abgelaufen ist. Hier eine weitere Übergangsfrist zu gewähren, würde letztlich bedeuten, das **Vertrauen eines Unternehmers in die fortgesetzte Duldung seines rechtswidrigen Handelns** zu schützen und dabei das entgegenstehende Verfassungsgut des Tierschutzes mit Rücksicht auf wirtschaftliche Einzelinteressen nicht zu berücksichtigen. Daher kommt es auf die strafrechtsdogmatische Frage der Verortung einer solchen Unmöglichkeit im Verbrechensaufbau nicht an.

¹⁶⁹ Vgl. auch *Hirth/Maisack/Moritz* Tierschutzgesetz, 3. Aufl. 2016, § 17 TierSchG Rn. 13.

¹⁷⁰ Grundlegend hierzu *BVerfG* Urt. v. 6.7.1999 – 2 BvF 3/90, [BVerfGE 101, 1, 37](#).

C. Fazit: Annahme fehlenden Tatverdachts unschlüssig und mangelhaft begründet

I. Gesamtergebnis

- 161 Das Gutachten kommt daher auf der Grundlage der vorliegenden Informationen zu folgenden Schlussfolgerungen:
1. Die durch die Strafanzeige und die Lichtbilder dokumentierte Haltung der Mastschweine durch den Beschuldigten verstößt gegen geltendes Tierschutzverwaltungsrecht (§ 2 Nr. 1, 2 TierSchG, § 24 TierSchNutzV) (Rz. 17 ff.).
 2. Die dokumentierten Umstände lassen den Schluss zu, dass den so untergebrachten Tieren mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche und länger andauernde Schmerzen und Leiden zugefügt worden sind, so dass der Beschuldigte den objektiven Tatbestand des § 17 Nr. 2b TierSchG erfüllt hat (Rz. 48 ff.).
 3. Für den von der Staatsanwaltschaft angenommenen Irrtum des Beschuldigten über die Zulässigkeit der von ihm praktizierten Haltungsform sprechen keine Anhaltspunkte. In der Unterstellung eines Irrtums liegt – soweit ersichtlich – eine strafprozessual unzulässige Beweisantizipation (Rz. 12 ff.). Alle zur Verfügung stehenden Informationen deuten auf ein vorsätzliches Handeln hin, weil der Beschuldigte die Umstände, unter denen die Tiere gehalten wurden, umfassend kannte (Rz. 117 ff.).
 4. Ein Tatbestandsirrtum scheidet bereits deswegen aus, weil ein Irrtum über die Zulässigkeit einer Haltungsform oder der konkreten Haltung kein Irrtum über ein Tatbestandsmerkmal des § 17 Nr. 2b TierSchG ist, sondern allenfalls ein Erlaubnisirrtum sein kann, der nach h.M. den Vorsatz unberührt lässt. Anhaltspunkte für einen Irrtum über ein Tatbestandsmerkmal sind nicht ersichtlich (Rz. 119 ff.).
 5. Selbst wenn der Beschuldigte geglaubt hätte, er sei zu dieser Form der Tierhaltung berechtigt – wofür angesichts der intensiven Diskussionen über die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte zur Kastenständerhaltung nichts spricht – wäre ein solcher Irrtum nicht zuletzt auch mit Blick auf § 2 Nr. 3 TierSchG vermeidbar gewesen, weil er aufgrund der öffentlichen und berufsverbandsbezogenen Diskussion über dieses Thema allenfalls auf Rechtsblindheit beruhen konnte (Rz. 130 ff.).

II. Schlussfolgerungen

- 162 Aus diesen Befunden lässt sich der Schluss ableiten, dass die Staatsanwaltschaft hat ihre **Ermittlungs- und Verfolgungspflicht** aus § 160 StPO **offenkundig und schwerwiegend** verletzt hat: Die Annahme eines Tatbestandsirrtums widerspricht der anerkannten Strafrechtsdogmatik und den gesetzlichen Vorschriften, zumal keine Hinweise auf einen Irrtum gegeben sind. Die Entscheidung des *BVerwG* hat die Rechtslage klargestellt und dies auch deutlich zum Ausdruck gebracht. Ein etwaiger Verbotsirrtum des Beschuldigten wäre ohne jeden Zweifel vermeidbar gewesen.¹⁷¹ Der Einstellungsbeschluss vom 14.5.2018 ist daher insofern nicht plausibel und strafrechtlich fehlerhaft begründet.

¹⁷¹ Sofern manche Landkreise die Rechtsprechung nicht umsetzen, sondern die Kontrollen verringert haben, weil die Rechtslage unklar sei (vgl. Bericht von *topagrar* vom 25.4.2018: [Viele Kreise setzen Magdeburger Urteil zu Kastenständen nicht um](#)), dürfte dieses Verhalten regelmäßig rechtswidrig sein und könnte im Einzelfall eine strafbare Beihilfe zur Tierquälerei durch Unterlassen darstellen. Relevante Irrtümer über die verwaltungsrechtliche Rechtslage hinsichtlich der Breite von Kastenständen sind hier angesichts der eindeutigen Judikatur nur ausnahmsweise vorstellbar.

163 Aufgrund der dem Unterzeichner vorliegenden Informationen wären bei rechtmäßiger und sachgerechter Verfahrensführung zumindest folgende weitere Ermittlungsmaßnahmen durchzuführen gewesen:

1. Vernehmung von Zeugen (Mitarbeitern, amtliche Kontrollpersonen etc.),
2. Betreten der betrieblichen Räumlichkeiten und Dokumentieren der dortigen Zustände (Lichtbilder etc.),
3. Durchsuchungen von Betriebsräumen zur Beschlagnahme von Geschäftsunterlagen zur späteren Durchsicht,
4. Beauftragung eines Sachverständigen mit hinreichender Expertise in der Verhaltensforschung.

D. Abschließende Erklärung zum Prüfungsumfang und wissenschaftlichen Standards

Dieses Gutachten ist vom Unterzeichner nach bestem Wissen und nach rechtswissenschaftlichen Standards verfasst worden. Es wurde allein der oben dargestellte Sachverhalt (Rn. 1 f.) zur Begutachtung zugrunde gelegt.

Mannheim, den 17.08.2018

Prof. Dr. Jens Bülte