

Deutscher Bundestag
Ausschuss für
Ernährung und Landwirtschaft

Ausschussdrucksache
19(10)107-D

ÖA "Tierschutzgesetz" 26.11.2018

16.11.2018

Stellungnahme des Einzelsachverständigen
Prof. Dr. Jens Bülte
Universität Mannheim,
Fakultät für Rechtswissenschaft
und Volkswirtschaftslehre,
Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht,
Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

für die 15. Sitzung
des Ausschusses für Ernährung und Landwirtschaft

öffentliche Anhörung zum:

Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD
Entwurf eines Vierten Gesetzes
zur Änderung des Tierschutzgesetzes
BT-Drucksache 19/5522

am Montag, dem 26. November 2018,
13:00 Uhr bis 15:00 Uhr

Marie-Elisabeth-Lüders-Haus,
Adele-Schreiber-Krieger-Straße 1, 10117 Berlin,
Sitzungsaal: 3.101

FAKULTÄT FÜR RECHTSWISSENSCHAFT
UND VOLKSWIRTSCHAFTSLEHRE

Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht,
Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
Prof. Dr. Jens Bülte



UNIVERSITÄT
MANNHEIM

Fakultät für Rechtswissenschaft
und Volkswirtschaftslehre

Schloss-Westflügel
Zimmer 140
68161 Mannheim
Telefon: 0621/181-1389
Telefax: 0621/181-1387
E-Mail: wistr@uni-mannheim.de
Homepage: www.jura.uni-mannheim.de/buelte/

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Ernährung
und Landwirtschaft
- PA 10 -
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Mannheim, 16. November 2018

**Schriftliche Stellungnahme zum Gesetzesentwurf vom 6.11.2018:
Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Tierschutzgesetzes
(BT-Drs. 19/5522)**

zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Ernährung und Landwirtschaft
des Deutschen Bundestages am 26.11.2018

Inhaltsverzeichnis

I. Gegenstand der schriftlichen Stellungnahme	3
II. Gesetzliche Ausgangslage (Stand 9.11.2018)	3
1. Amputationsverbot, Ausnahmen und Betäubungsgebot	3
2. Sondersituation bei der Kastration von Ferkeln	4
3. Verbot der betäubungslosen Ferkelkastration ab 1.1.2019	4
4. Bericht der Bundesregierung nach § 21 Abs. 1 S. 2 TierSchG	6
III. Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Tierschutzgesetzes vom 6.11.2018	8
1. Gesetzesantrag des Freistaates Bayern	8
2. Gesetzesentwurf der Fraktionen CDU/CSU und SPD	9
IV. Verfassungsrechtliche Bewertung des Gesetzesentwurfs	10
1. Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers	10
2. Verfassungsrechtliche Bedeutung der relevanten geschützten Interessen.....	12
a) Eigentumsgarantie des Art. 14 GG	12
b) Berufsfreiheit aus Art. 12 GG	13
c) Staatszielbestimmung des Art. 20a GG	14
(1) Unmittelbare Bindungswirkung der Staatszielbestimmung des Art. 20a GG	14
(2) Bedeutung des Tierschutzes als Verfassungsrechtsgut bei der Abwägung von Verfassungsgütern	15
(3) Gewährleistung des tierschutzrechtlichen ethischen Miniums als Zielkern des Art. 20a GG	16
3. Verfassungsrechtlich relevante Abwägungskriterien	17
a) Umkehrung der Rechtfertigungslast wegen vollständigen Zurücktretens der Tierschutzbelange	17
b) Intensität des Eingriffs in den Tierschutz durch die betäubungslose Kastration	18
4. Abwägung im Einzelfall.....	19
a) Grundrecht auf Eigentum nicht betroffen	19
b) Art. 12 Abs. 1 GG schützt nicht vor Kostensteigerung und vor Wettbewerb	19
c) Kein verfassungsrechtlich schwerwiegender Eingriff in das Berufsrecht	19
d) Argumente für eine Vermeidbarkeit	21
(1) Keine Indizien für flächendeckend existenzbedrohende Wirkungen des Verbots	21
(2) Finanzieller Ausgleich zur Abwendung von Härtefällen	21
(3) Bestehende Alternativen seit dem Bericht der Bundesregierung von 2016	21
(4) Tierschutzrechtlicher Rückschritt als Verstoß gegen unionsrechtliche Loyalitätspflicht	22
(5) Struktur der landwirtschaftlichen Betriebe hat keinen eigenständigen Verfassungswert	22
(6) Zweifelhaftes Argument: „Tierschutzverletzungen besser im Inland als im Ausland“	22
(7) Nichtberücksichtigung lebensmittelrechtlicher Zusammenhänge bei der Gewichtung der QS-Zertifizierung	23
V. Fazit	24

I. Gegenstand der schriftlichen Stellungnahme

- 1 Gegenstand der vorliegenden Stellungnahme ist Art. 1 Nr. 1 des Gesetzesentwurfs der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zu einem Vierten Gesetz zur Änderung des Tierschutzgesetzes vom 6.11.2018 (Drucksache 19/5522 des Deutschen Bundestages) zur Änderung von § 21 TierSchG. Dieser Entwurf wird im Folgenden auf seine Verfassungsmäßigkeit hin überprüft.

II. Gesetzliche Ausgangslage (Stand 9.11.2018)

1. Amputationsverbot, Ausnahmen und Betäubungsgebot

- 2 Nach dem Tierschutzgesetz (TierSchG) gilt ein grundsätzliches Amputationsverbot. § 6 Abs. 1 S. 1 TierSchG verbietet das vollständige oder teilweise Amputieren von Körperteilen oder das vollständige oder teilweise Entnehmen oder Zerstören von Organen oder Geweben eines Wirbeltieres. Die Kastration eines Tieres ist veterinärmedizinisch gesehen eine Amputation. Zulässig ist ein solcher schwerwiegender Eingriff grundsätzlich nur bei tierärztlicher Indikation im konkreten Einzelfall (§ 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 lit. a TierSchG).
- 3 Ausnahmen vom Verbot der indikationslosen Amputation gelten nach § 6 Abs. 1 S. 2 TierSchG u. a. für das Kastrieren männlicher Schweine, die noch keine acht Tage alt sind. Die Ausnahme nach dieser Vorschrift betrifft zunächst ausschließlich die Amputation als solche, nicht die Frage der Schmerzausschaltung. Grundsätzlich darf eine Amputation nur von einem Tierarzt vorgenommen werden. Eine Ausnahme vom Tierarztzwang für derartige Eingriffe gilt nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2a, S. 4 Nr. 2 TierSchG für das Kastrieren eines unter acht Tage alten männlichen Schweins.
- 4 § 5 TierSchG regelt die Betäubungspflicht. Nach § 5 Abs. 1 S. 1 TierSchG dürfen mit Schmerzen verbundene Eingriffe an einem Wirbeltier nur vorgenommen werden, wenn zuvor eine Schmerzausschaltung durch Betäubung¹ erfolgt ist. Diese Betäubung ist nach § 5 Abs. 1 S. 2 TierSchG bei warmblütigen Wirbeltieren, Amphibien und Reptilien von einem Tierarzt vorzunehmen, soweit die Schmerzausschaltung nicht durch äußerliche Anwendung eines Tierarzneimittels erfolgen kann. § 5 Abs. 2 TierSchG sieht Ausnahmen vom Betäubungserfordernis in Bagatellfällen vor – hierunter fällt eine Kastration nicht – und in solchen Fällen, in denen die Betäubung im Einzelfall nach tierärztlichem Urteil nicht durchführbar erscheint.
- 5 Darüber hinaus beinhaltet § 5 Abs. 3 TierSchG Ausnahmen vom Betäubungsverbot, die weder Bagatellfälle, noch die Unmöglichkeit der Betäubung betreffen. Es handelt sich dabei in § 5 Abs. 3 Nr. 1-6 TierSchG um die Kastration, das Enthornen, das Kürzen des Schwanzes, das Abschleifen der Eckzähne oder das „Absetzen“ von Krallen. Im Wesentlichen geht es um Amputationen bei besonders jungen Tieren.
- 6 Dass der Gesetzgeber solche schwerwiegenden Eingriffe an diesen besonders jungen Tieren ohne Betäubung zulässt, liegt darin begründet, dass im Jahr 1972, als das erste moderne TierSchG geschaffen wurde, davon ausgegangen wurde, das Schmerzempfinden sei bei Neugeborenen und Jungtieren noch nicht voll entwickelt; daher sei ein entsprechender Eingriff nicht mit dem bei älteren Tieren, aber auch bei Menschen vergleichbar.² Diese These wird allerdings heute als wissenschaftlich unhaltbar angesehen.³ Dass die betäubungslose Kastration bei einem Ferkel mit erheblichen und andauernden Schmerzen im Sinne von § 17 Nr. 2 lit. b TierSchG verbunden ist, wird nicht bestritten.⁴

¹ Zum Begriff der Betäubung *Hirt/Maisack/Moritz*, Tierschutzgesetz, 3. Aufl. 2016, § 5 TierSchG, Rn. 1f.

² Vgl. etwa noch *BVerwG* Urt. v. 27.8.1981 – C 3 37/80, *AgrarR* 1980, 101.

³ Vgl. die Nachweise *Hirt/Maisack/Moritz*, Tierschutzgesetz, 3. Aufl. 2016, § 5 TierSchG, Rn. 7.

⁴ Vgl. nur *BT-Drs.* 17/10572, S. 24.

2. Sondersituation bei der Kastration von Ferkeln

- 7 Eine Ausnahme für die Kastration von Schweinen sieht § 5 Abs. 3 TierSchG nicht mehr vor. Zunächst war insofern geregelt, dass auch für Schweine § 5 Abs. 3 Nr. 1 TierSchG mit seiner Ausnahme vom Betäubungsgebot galt und daher das Kastrieren von unter vier Wochen alten männlichen Schweinen ohne Betäubung vorgenommen werden durfte, sofern kein von der normalen anatomischen Beschaffenheit abweichender Befund vorlag.
- 8 Diese Regelung musste jedoch an die Vorgaben der Richtlinie 2001/93/EG der Kommission vom 9. November 2001 zur Änderung der Richtlinie 91/630/EWG über Mindestanforderungen für den Schutz von Schweinen⁵ angepasst werden. Denn nach Art. 2 in Verbindung mit Anhang I Kapitel I Nr. 8 der genannten Richtlinie waren die Mitgliedstaaten verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass alle Eingriffe verboten werden, die nicht therapeutischen oder diagnostischen Zielen oder der Identifizierung der Schweine in Übereinstimmung mit den geltenden Rechtsvorschriften dienen und die zur Beschädigung oder dem Verlust eines empfindlichen Teils des Körpers oder einer Veränderung der Knochenstruktur führen.⁶
- 9 Ausnahmen wurden ausdrücklich für die Kastration männlicher Schweine zugelassen, soweit die Kastration nicht durch das Herausreißen von Gewebe durchgeführt wurde. Voraussetzung für die Zulässigkeit war allerdings für die Kastration von Ferkeln nach dem siebten Lebensstag, dass diese ausschließlich durch einen Tierarzt unter Anästhesie und anschließender Verwendung schmerzstillender Mittel durchgeführt wird.
- 10 Der Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2001/93/EG⁷ führt als Begründung für das grundsätzliche Verbot medizinisch nicht indizierter Eingriffe, insbesondere ohne Betäubung aus:
- „Durch das Kupieren der Schwänze und Abkneifen oder Abschleifen der Zähne werden Schweinen akute und in manchen Fällen andauernde Schmerzen zugefügt. Kastration führt häufig zu anhaltenden Schmerzen, die sich durch Einreißen des Gewebes noch verschlimmern. Diese Praktiken schaden daher, vor allem wenn sie von inkompetenten bzw. unerfahrenen Personen durchgeführt werden, dem Wohlergehen der Schweine. Damit geeignetere Verfahren angewendet werden, sollten entsprechende Vorschriften erlassen werden.“*
- 11 Mit Blick auf diese Positionierung der Europäischen Union gegen medizinisch nicht notwendige Amputationen im Allgemeinen und betäubungslose Kastration im Besonderen war der deutsche Gesetzgeber unionsrechtlich verpflichtet, das Höchstalter für die betäubungslose Kastration auf sieben Tage abzusenken. Dies führte mit Gesetz vom 19.4.2006⁸ zur Änderung des § 5 Abs. 3 Nr. 1 TierSchG dahingehend, dass eine neue Nummer 1a eingefügt wurde, die eine entsprechende Regelung beinhaltet.

3. Verbot der betäubungslosen Ferkelkastration ab 1.1.2019

- 12 In der weiteren Entwicklung brachte die Bundesregierung den Entwurf vom 29.8.2012 für ein Drittes Gesetz zur Änderung des Tierschutzgesetzes⁹ ein, in dem es unter dem Topos „A. Problem und Ziel“ u.a. heißt:

„Daneben sollen eine betriebliche Eigenkontrolle im Hinblick auf den Tierschutz etabliert, die betäubungslose Ferkelkastration ab 2017 verboten, die Vorschriften zur Qualzucht geändert und ergänzt, der Schenkelbrand beim Pferd verboten [...] werden.“

⁵ [ABl. EG v. 1.12.2001, L 316/36.](#)

⁶ Vgl. nunmehr Art. 4 in Verbindung mit Anhang I, Kapitel I Nr. 8 der Richtlinie 2008/120/EG des Rates vom 18.12.2008 über Mindestanforderungen für den Schutz von Schweinen, [ABl. EU v. 18.2.2009, L 47/5.](#)

⁷ Wortgleich auch in Erwägungsgrund 11 der Richtlinie 2008/120/EG, [ABl. EU v. 18.2.2009, L 47/5.](#)

⁸ Art. 2 Nr. 1 des Gesetzes über die Reform hufbeschlagrechtlicher Regelungen und zur Änderung tierschutzrechtlicher Vorschriften vom 19.4.2006, [BGBl. I 2006, 900](#); vgl. auch [BR-Drs. 392/05](#), S. 20.

⁹ [BT-Drs. 17/10572, S. 1.](#)

Daher lautete der Art. 1 Nr. 5 des Gesetzesentwurfs:

„§ 5 Absatz 3 wird wie folgt geändert: a) Nummer 1a wird aufgehoben.“

Art. 1 Nr. 39 des Gesetzesentwurfs lautete:

§ 21 Absatz 1 wird wie folgt gefasst: Bis zum Ablauf des 31. Dezember 2016 ist § 5 Absatz 3 Nummer 1a in der bis zum [...] geltenden Fassung weiter anzuwenden.

Damit sollte die betäubungslose Ferkelkastration ab dem 1.1.2017 generell unzulässig sein.

- 13 Die Bundesregierung hatte damals bereits in der Begründung des Gesetzesentwurfs den Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft in dem Gesetzesentwurf beziffert. Sie war von 20 Millionen Ferkeln ausgegangen, die in Deutschland jährlich kastriert werden. Dabei wurde angenommen, dass die Notwendigkeit der Einbindung eines Tierarztes Kosten in Höhe von 4,40 € bis 7,10 € pro Ferkel und damit Mehrkosten von 100 Millionen € jährlich für die betroffenen Betriebe bedeuten würden, soweit die Kastration unter Narkose durchgeführt wird. Soweit auf Ebermast umgestellt werde, sei ebenfalls von einem dreistelligen Millionenbetrag auszugehen, der allerdings nur zum Teil jährlich zu leisten sei. Jedoch sei mit einer effizienteren Futtermittelverwertung und einem höheren Muskelfleischanteil zum Zeitpunkt der Schlachtung zu rechnen, der zu einem Mehrerlös im Verhältnis zu chirurgisch kastrierten Schweinen führen werde. Dieser Betrag sei gegenzurechnen.¹⁰
- 14 Bei der Immunokastration war die Bundesregierung von bis zu 10 € pro Ferkel ausgegangen, nahm allerdings auch hier an, dass es sich teilweise um einmaligen Umstellungsaufwand handeln werde. Da diese Tiere allerdings bis zur zweiten Impfung – etwa 4 Wochen vor der Schlachtung – als Junge gemästet würden, ergebe sich wie bei diesen eine effizientere Futtermittelverwertung und ein höherer Muskelfleischanteil. Auch hier habe dies voraussichtlich einen höheren finanziellen Ertrag für das Fleisch zur Folge.¹¹
- 15 Es heißt in der Begründung der Bundesregierung zu diesem Gesetzesentwurf weiter:

„Gemäß § 5 Absatz 1 Satz 1 darf an einem Wirbeltier ein mit Schmerzen verbundener Eingriff nicht ohne Betäubung vorgenommen werden. § 5 Absatz 3 Nummer 1a enthält eine Ausnahmeregelung für das Kastrieren von unter acht Tage alten männlichen Schweinen. Diese Ausnahmeregelung wird aufgehoben. Gemäß der Übergangsregelung in § 20 Absatz 1 soll sie aber noch bis zum 31. Dezember 2016 anwendbar sein. Die Durchführung des Eingriffs ohne Betäubung ist für das Ferkel mit Schmerzen verbunden. Gemäß § 1 Satz 2 darf niemand einem Tier ohne vernünftigen Grund Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügen. Inzwischen stehen mit der Durchführung des Eingriffs unter Narkose, der Immunokastration oder dem Verzicht auf die Kastration durch Ebermast verschiedene Alternativen zur betäubungslosen Kastration zur Verfügung, die die Belastung der Tiere reduzieren und auch die Praktikabilität und den Verbraucherschutz berücksichtigen. Ein vernünftiger Grund, Ferkeln durch den Verzicht auf eine Betäubung bei der chirurgischen Ferkelkastration Schmerzen zuzufügen, besteht daher nicht mehr.“¹²

- 16 In der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (10. Ausschuss) vom 11.12.2012¹³ wurde vorgeschlagen, dieses Verbot bis zum 1.1.2019 aufzuschieben. Ferner war vorgesehen, dass die Bundesregierung dem Deutschen Bundestag spätestens bis zum 31.12.2016 einen Bericht über den Stand der Entwicklung alternativer Verfahren und Methoden zur betäubungslosen Ferkelkastration liefern solle. Begründet wurde dieser Vorschlag einer Fristverlängerung damit, dass das ursprünglich geplante Verbot der betäubungslosen Ferkelkastration von 2017 auf 2019 notwendig sei,

„da überhaupt erst praktikable und wirtschaftliche Methoden für die betäubungslose Kastration von Ferkeln zur Verfügung stehen müssten. Tierschutz müsse stets im Einklang mit der Wirtschaftlichkeit stehen. Durch eine Vorreiterrolle Deutschlands beim Verbot der Ferkelkastration würde sich

¹⁰ [BT-Drs. 17/10572, S. 2.](#)

¹¹ [BT-Drs. 17/10572, S. 2.](#)

¹² [BT-Drs. 17/10572, S. 24.](#)

¹³ [BT-Drs. 17/11811, S. 17.](#)

*eine ähnliche Situation wie bei der jüngsten nationalen Umsetzung des europäischen Verbots der Käfighaltung bei Legebennen ergeben, wo durch die vorzeitige Umsetzung europäischer Vorgaben deutsche Unternehmen im Vergleich zu ihren Mitbewerbern Wettbewerbsnachteile am Markt erlitten hätten. Man dürfe Arbeitsplätze im Bereich der landwirtschaftlichen Nutztierhaltung nicht aus Deutschland verbannen, indem man einseitig oder voreilig Tierschutzstandards erhöhe.*¹⁴

- 17 Auf dieser Grundlage und mit Blick auf die entsprechenden wirtschaftlichen Erwägungen wurde das Verbot der betäubungslosen Ferkelkastration mit Art. 1 Nr. 6 Buchstabe b und Nr. 40 des Dritten Gesetzes zur Änderung des Tierschutzgesetzes vom 4.7.2013 zum 1.1.2019 beschlossen.¹⁵

4. Bericht der Bundesregierung nach § 21 Abs. 1 S. 2 TierSchG

- 18 Die Bundesregierung hat unter dem 1.12.2016 durch das Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft den durch § 21 Abs. 1 S. 2 TierSchG vorgesehenen Bericht über den Stand der Entwicklung alternativer Verfahren und Methoden zur betäubungslosen Ferkelkastration vorgelegt.¹⁶
- 19 Dort heißt es zum „Stand der Alternativen zu der betäubungslosen Ferkelkastration“ (Ziffer 2.1. S. 7 ff.) unter anderem:

2.1.2. „Injektionsnarkose:

Für die Injektionsnarkose bei Schweinen stehen zugelassene Tierarzneimittel mit den Wirkstoffen Ketamin und Azaperon zur Verfügung, die in Kombination angewendet werden. Es handelt sich um Wirkstoffe, mit denen langjährige Erfahrungen in der veterinärmedizinischen Praxis vorliegen. Die Injektionsnarkose bei der Ferkelkastration wird, abgesehen von der ökologischen Schweinehaltung, derzeit nur in wenigen Fällen eingesetzt. Das Verfahren bedarf keiner größeren initialen Investitionen. [...]“

„2.1.2 Inhalationsnarkose:

Bei der Inhalationsnarkose werden die Ferkel in einem Narkosegerät fixiert und das Narkosegas über eine Atemmaske zugeführt. Es stehen spezielle Narkosegeräte für die Durchführung der Ferkelkastration zur Verfügung, mit denen bis zu drei Ferkel gleichzeitig narkotisiert werden können. Als Narkosegas kommt in Deutschland Isofluran zur Anwendung. Isofluran ist zwar bislang nicht für die Tierart Schwein zugelassen, kann aber im Rahmen einer den arzneimittelrechtlichen Vorgaben entsprechenden sogenannten Umwidmung durch den Tierarzt bei Einzeltieren oder Tieren eines Bestandes angewendet werden. [...]“

„2.2.2 Impfung gegen den Ebergeruch/Immunokastration“:

Mit der Impfung der männlichen Ferkel, der sogenannten ‚Immunokastration‘ wird das Risiko des Auftretens von Ebergeruch weiter reduziert. Hierfür steht ein in der EU zugelassener Impfstoff zur Verfügung. Bei dem Verfahren werden die männlichen Schweine im Abstand von vier Wochen zweimal geimpft. Die zweite Impfung darf nicht weniger als vier bis sechs Wochen vor der Schlachtung erfolgen. Der Impfstoff besteht aus einem an ein Trägerprotein gebundenes Gonadotropin-Releasing-Hormon-Analogon. Dieses Antigen weist selbst keine hormonelle Wirksamkeit auf. Es führt nach Verabreichung zur Bildung von Antikörpern gegen das körpereigene Gonadotropin-Releasing-Hormon. Der Wegfall dieses Hormons bewirkt schlussendlich, dass die Androstenonproduktion im Hoden unterdrückt wird. Mit dieser Impfung wird zwar, wie bei der chirurgischen Ferkelkastration auch, auf den Hormonhaushalt eines männlichen Tieres Einfluss genommen, es handelt sich aber nicht um eine Hormonbehandlung. Der Impfstoff wirkt weder hormonell noch pharmakologisch ... Die Verbraucherbedenklichkeit und die Anwendersicherheit wurden im Rahmen der Zulassung nachgewiesen.“

- 20 Speziell zur Verbraucherakzeptanz immunokastrierter Jungeber wird in 4.1 (S. 16) ausgeführt:

¹⁴ [BT-Drs. 17/11811, S. 25.](#)

¹⁵ [BGBl. I 2013, 2181.](#)

¹⁶ [Bericht der Bundesregierung über den Stand der Entwicklung alternativer Verfahren und Methoden zur betäubungslosen Ferkelkastration gemäß § 21 des Tierschutzgesetzes vom 1.12.2016, BMEL, 1810112_Bericht Ferkelkastration.](#)

„Erfahrungen aus Ländern, in denen die Immunokastration angewandt wird, wie zum Beispiel Belgien, haben nicht bestätigt, dass das Verfahren bei Verbrauchern auf breite Ablehnung stößt. Entscheidend für die Verbraucherakzeptanz dürfte vielmehr die Verbraucherunbedenklichkeit einschließlich der Freiheit von Geruchsabweichungen sein. Die immunokastrierten männlichen Tiere weisen im Vergleich zu chirurgisch kastrierten Tieren einen höheren Muskelfleischanteil auf. Allerdings spielt auch die Futterzusammensetzung und -rationierung eine Rolle. Der Fachpresse ist zu entnehmen, dass in Belgien die geimpften Tiere aufgrund ihrer besseren Fleischqualität einen Preiszuschlag erzielen.“

21 Ferner heißt es im Fazit der Untersuchung unter Ziffer 6.1.1:

„Die Annahme des damaligen Gesetzgebers, vor deren Hintergrund die Neuregelung beschlossen wurde, hat sich im Grundsatz bestätigt. Nach wie vor stehen drei Alternativen zur betäubungslosen Ferkelkastration zur Verfügung: Die Durchführung des Eingriffs unter Narkose, die Immunokastration und die Jungebermast. Die Entwicklungen, Erörterungen und Praxiserfahrungen der vergangenen vier Jahre von 2012 bis 2016 haben weder dazu geführt, eine dieser drei Alternativen zu verwerfen, noch ist bisher eine vierte Alternative hinzugekommen.

Während sich die Überlegungen der Branche lange Zeit vor allem auf die Jungebermast fokussierten, zeichnet sich inzwischen ab, dass auch die Durchführung der chirurgischen Kastration unter Betäubung und die Immunokastration Bedeutung erlangen könnten. Expertenschätzungen geben sogar davon aus, dass die chirurgische Kastration einen Anteil von 50 % ausmachen könnte, mit regionalen Unterschieden. Dass bei den einzelnen Verfahren mit der zunehmenden Erprobung in der Praxis auch neue Fragestellungen aufkommen, ist nicht überraschend. Solche Fragestellungen müssen bewertet und bearbeitet werden. Die Bundesregierung wird dabei Unterstützung leisten.

Solche Fragestellungen müssen bewertet und bearbeitet werden. Die Bundesregierung wird dabei Unterstützung leisten. Die Bundesregierung beurteilt die vorhandenen Alternativen aus der Sicht des Tierschutzes, der Arzneimittelsicherheit und des Verbraucherschutzes als geeignet, die Praxis der betäubungslosen Ferkelkastration abzulösen. Alle Alternativverfahren weisen Vor- und Nachteile auf. Damit die Umstellung ohne größere Marktverwerfungen erfolgen kann, ist es wichtig, dass alle drei Alternativen auf allen Stufen der Lebensmittelkette gleichberechtigt Akzeptanz finden, um größtmögliche Flexibilität für alle Akteure zu erhalten.

Teilweise wird in der Branche der Bedarf gesehen, weitere Alternativen zu entwickeln, insbesondere solche, die der Landwirt selber durchführen kann, die möglichst wenig Veränderungen an der bisher üblichen Praxis erfordern und möglichst keine oder nur geringe Mehrkosten verursachen. Eine solche Alternative würde wirtschaftliche Erschwernisse, die insbesondere bei kleinen und mittleren Unternehmen durch das Verbot der betäubungslosen Ferkelkastration zum Tragen kommen können, vermeiden. Sollten sich Ansätze abzeichnen, die den Erfordernissen des Tierschutzes, der Arzneimittelsicherheit und des Verbraucherschutzes Rechnung tragen, ist die Bundesregierung bereit, die Entwicklung solcher Verfahren zu unterstützen.“

22 Zu Kosten heißt es unter Ziffer 6.1.2 (S. 24 f.):

„Der damalige Gesetzgeber ging von Mehrkosten von etwa 5 Euro (chirurgische Kastration unter Narkose), 10 Euro (Immunokastration) und mindestens 5 Euro (Jungebermast) pro männlichem Ferkel aus, wobei es sich teilweise um einmalige Investitionskosten handele und teilweise auch positive Effekte noch in Abzug zu bringen seien.

Aufgrund der nun vorliegenden Erfahrungen aus Praxiserprobungen, Feldversuchen und ökonomischen Analysen lassen sich die Mehrkosten genauer beziffern. Demnach liegen die Kosten bei der chirurgischen Kastration unter Narkose je nach Alter zwischen ca. 2,20 und 6,00 Euro (Inhalationsnarkose) bzw. zwischen ca. 1,50 und 6,00 Euro (Injektionsnarkose) je männlichem Schwein. Da sich hier, anders als bei der Jungebermast keine positiven Effekte über die verbesserte Leistung in der Mast ergeben, müssen die kastrierten Tiere zu einem höheren Preis verkauft werden, um kalkulatorische Verluste zu vermeiden.

Bei der Immunokastration liegen die Mehrkosten bei ca. 3,50 bis 4,00 Euro je männlichem Schwein. Hier können die Mehrkosten aufgrund der verbesserten Leistung in der Mast sowie u.a. durch Einsparungen

(z. B. Kastrationsverzicht, bessere Mastleistung) kompensiert werden, so dass sich dieses Verfahren im Vergleich zu der herkömmlichen Ferkelkastration ohne Betäubung hinsichtlich des kalkulatorischen Gewinns so gut wie nicht unterscheidet.

Die Jungebermast verursacht, abgesehen von einer eventuellen Investition in eine geeignete Fütterungsanlage, keine zusätzlichen Kosten. In Abhängigkeit von den Voraussetzungen (siehe Kapitel 3) kann ein kalkulatorischer Gewinn zwischen ca. 1,00 und 9,00 Euro erzielt werden.

Die damaligen Kostenannahmen, vor deren Hintergrund die Neuregelung beschlossen wurde, waren demnach bei der Immunokastration und der Jungebermast überschätzt. Die Mehrkosten der Kastration mit Vollnarkose variieren in der Literatur sehr stark, so dass hier ein belastbarer Vergleich nicht möglich ist. Insgesamt waren die damaligen Kostenannahmen, vor deren Hintergrund die Neuregelung beschlossen wurde, demnach eher über- als unterschätzt.“

III. Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Tierschutzgesetzes vom 6.11.2018

- 23 Mit der geplanten Änderung des Tierschutzgesetzes durch den Entwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vom 6.11.2018¹⁷ soll unter anderem eine Verlängerung der Ausnahme vom Betäubungserfordernis bei der Kastration von Ferkeln bis zum achten Lebenstag nach § 21 Abs. 1 TierSchG erfolgen.

1. Gesetzesantrag des Freistaates Bayern

- 24 Vorläufer dieses Entwurfs war ein Gesetzesantrag des Freistaats Bayern im Bundesrat vom 22.8.2018.¹⁸ Darin war eine Verlängerung der Übergangsregelung bis zum 31.12.2023 vorgesehen. Diese Verschiebung des Verbots sei „*zwingend erforderlich aus verschiedenen Gründen, die im Voraus nicht absehbar waren*“.¹⁹
- 25 Die Begründung (S. 3) ging davon aus, dass derzeit lediglich eine Schmerzausschaltung durch Injektionsnarkose zur Verfügung stehe. Diese könne aber aufgrund der hohen Narkoserisiken für die Kastration junger männlicher Ferkel nicht empfohlen werden. Die sogenannte Inhalationsnarkose mit Isofluran stehe für den flächendeckenden Einsatz zur Ferkelkastration noch nicht zur Verfügung.

„Da eine chirurgische Kastration der unter acht Tage alten männlichen Ferkel unter Narkose zurzeit in Deutschland flächendeckend nicht durchgeführt werden kann, können diese Tiere nach dem geltenden Tierschutzgesetz ab dem 1. Januar 2019 durch den Sauenhalter nur an Schweinemäster abgegeben werden, die eine Jungebermast oder eine Immunokastration der männlichen Tiere mittels Improvac durchführen. Die Anwendung der Immunokastration trifft auf eine geringe Akzeptanz im Markt. Daher wird nur ein geringer Teil der Mäster die Möglichkeit der Immunokastration nutzen und stattdessen voraussichtlich kastrierte Ferkel aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union für die Mast verwenden. Mit dem erwarteten millionenfachen Verbringen von – mit in Deutschland nicht zugelassenen Betäubungsverfahren kastrierten – Ferkeln aus Dänemark und den Niederlanden sind umfangreiche Langstrecken-Tiertransporte verbunden, die aus Tierschutzsicht unerwünscht sind und vermeidbar wären.

Die Verschiebung des Inkrafttretens des Verbotes der betäubungslosen Kastration auf den 31. Dezember 2023 ist insofern erforderlich, um die Ergebnisse der derzeit laufenden Studien auszuwerten sowie in die Praxis umzusetzen und zudem gleichzeitig durch gemeinsame Anstrengungen von Erzeugern, Politik und Verbraucherverbänden eine breitere Akzeptanz für die Immunokastration zu erreichen. Ein Inkrafttreten des Verbots der betäubungslosen Kastration zum 01. Januar 2019 würde erhebliche Strukturveränderungen

¹⁷ [BT-Drs. 19/5522](#).

¹⁸ [BR-Drs. 405/18](#).

¹⁹ [BR-Drs. 405/18, S. 1](#).

in der Schweinehaltung zur Folge haben. Insbesondere die Auswirkungen auf die Sauenhalter, die eine entscheidende Rolle bei der Erhaltung und Weiterentwicklung einer integrierten, nachhaltigen und regionalen Schweineproduktion in Deutschland haben, wären gravierend.“

Der Gesetzesentwurf fand im Bundesrat jedoch keine Mehrheit.²⁰

2. Gesetzesentwurf der Fraktionen CDU/CSU und SPD

- 26** Im Entwurf der Fraktionen CDU/CSU und SPD vom 6.11.2018 heißt es unter „I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen“ zur Begründung der Fristverlängerung:

„Als Alternative zur betäubungslosen Kastration unter acht Tage alter männlicher Ferkel sind zurzeit die chirurgische Kastration unter Betäubung sowie die Impfung gegen Ebergeruch und die Jungebermast möglich.

Für die Inhalations-Narkose mit Isofluran liegt eine arzneimittelrechtliche Zulassung für die Anwendung beim Schwein bislang nicht vor, wird aber in einem überschaubaren Zeitraum erwartet. Die Methode ist grundsätzlich geeignet, die tierschutzfachlichen Erwartungen an eine Kastration mittels Betäubung zu erfüllen, sobald offene Fragen zur praktischen Anwendung in Bezug auf Dosierung des Narkosegases und das Design der Inhalationsmasken geklärt sind. Zudem ist es notwendig, die rechtlichen Voraussetzungen zu schaffen, damit Isofluran durch den Landwirt selbst angewendet werden kann. Es ist ebenfalls notwendig, im Rahmen der arzneimittelrechtlichen Zulassung die Voraussetzungen zu schaffen, um den Gesundheitsschutz der Anwender sicherzustellen.

Da eine chirurgische Kastration der unter acht Tage alten männlichen Ferkel unter Narkose zurzeit in Deutschland flächendeckend nicht durchgeführt werden kann, können diese Tiere nach dem geltenden Tierschutzgesetz ab dem 1. Januar 2019 durch den Sauenhalter nur an Schweinemäster abgegeben werden, die eine Jungebermast oder eine Immunokastration durch Impfung der männlichen Tiere mittels Improvac oder eines anderen Impfstoffes durchführen. Nachdem die privatwirtschaftliche Qualität und Sicherheit GmbH zugelassen hat, dass Ferkel, die nicht nach dem Standard des deutschen Tierschutzgesetzes kastriert wurden, im deutschen Markt unter dem Qualitätssiegel gemästet und vermarktet werden dürfen, besteht die Gefahr, dass deutsche Ferkelerzeuger aus dem Markt gedrängt werden und vor allem kleine und mittlere Betriebe in existenzielle Not geraten.

- 27** Zur Begründung von Art. 1 Nr. 1 zu § 21 Abs. 1 S. 1 TierSchG, der die hier gegenständliche Verlängerung vorsieht, heißt es im Entwurf zudem:

„Die Verlängerung der Übergangsfrist für die Geltung des Verbots der betäubungslosen Ferkelkastration um zwei Jahre ist mit höherrangigem Recht vereinbar. Der parlamentarische Gesetzgeber ist nicht nur bei der Wahl der Mittel zur Erreichung von Tierschutzzielen frei. Er ist auch nicht gebindert, in Reaktion auf auftretende Problemlagen Änderungen an einem bereits gesetzlich geregelten Tierschutzkonzept vorzunehmen und in diesem Rahmen eine festgelegte Übergangsfrist in einem angemessenen Rahmen letztmalig zu verlängern. Das Staatsziel Tierschutz nach Artikel 20a des Grundgesetzes steht einer Verlängerung der Übergangsregelung in § 21 Absatz 1 Satz 1 des Tierschutzgesetzes um zwei Jahre nicht entgegen. Das Staatsziel Tierschutz ist mit anderen Rechtsgütern, hier die Grundrechte der betroffenen Ferkelerzeuger, abzuwägen und praktisch auszugleichen. Die zu befürchtenden Strukturveränderungen in der deutschen Schweinehaltung – insbesondere im Hinblick auf die Ferkelerzeuger – wären mit massiven Eingriffen in grundrechtlich geschützte Positionen (Artikel 12 und 14 des Grundgesetzes) der landwirtschaftlichen Unternehmer verbunden. Diese drohenden Grundrechtseingriffe sind im Rahmen des genannten Ausgleichs in Rechnung zu stellen.

Mit dem Erlass der Verordnung nach § 6 Absatz 6 des Tierschutzgesetzes wird sichergestellt, dass die Voraussetzungen für die Anwendung alternativer Verfahren und Methoden zur betäubungslosen Ferkelkastration, wie beispielsweise Isofluran, durch den Landwirt oder sachkundige Dritte geschaffen werden.

²⁰ TOP 5 der 970. Sitzung am 21.09.2018; Beschl. v. 21.9.2018, [BT-Drs. 405/18](#).

Die Unterrichtspflicht durch das Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft trägt dazu bei, jederzeit auf dem Weg zur Beendigung der betäubungslosen Ferkelkastration nachsteuern zu können. Sie dient zugleich der parlamentarischen Kontrolle des Regierungshandelns.“²¹

IV. Verfassungsrechtliche Bewertung des Gesetzesentwurfs

- 28 Mit Blick auf diese Ausgangslage sollen im Folgenden die wesentlichen Aspekte aufgezeigt werden, die bei der verfassungsrechtlichen Bewertung des hier gegenständlichen Gesetzesentwurfs zu berücksichtigen und abzuwägen sind.

1. Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers

- 29 Der Gesetzesentwurf²² weist völlig zu Recht darauf hin, dass dem Gesetzgeber eine weite Einschätzungsprärogative in der Frage zukommt, welche Interessen er mit welchen Mitteln schützt und dabei grundsätzlich frei wählen kann, ob er rechtlichen Zwang und Verbote zur Anwendung bringt oder nicht.²³ Daher sind legislative Akte nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einer nur eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterworfen.²⁴
- 30 Das Bundesverfassungsgericht beansprucht aber das grundsätzliche Recht zur Überprüfung gesetzgeberischer Entscheidungen, selbst wenn diese auf Prognosen beruhen, die naturgemäß unsicher sein müssen. Die Kontrolle ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass „*die Auswirkungen eines Gesetzes in einer ungewissen Zukunft unsicher*“ sind.²⁵ Das Gericht geht jedoch von einem Recht des Gesetzgebers aus, auch Entscheidungen mit hoher Relevanz auf unsicherer Tatsachengrundlage zu treffen:

„Prognosen enthalten stets ein Wahrscheinlichkeitsurteil, dessen Grundlagen ausgeniesen werden können und müssen; diese sind einer Beurteilung nicht entzogen. Im Einzelnen hängt die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers von Faktoren verschiedener Art ab, im Besonderen von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter.“²⁶

- 31 Dennoch ist der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers nicht völlig frei und stets gleichermaßen weit. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann die verfassungsgerichtliche Kontrolle von einer bloßen Evidenzkontrolle²⁷ über eine Vertretbarkeitskontrolle bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle reichen.²⁸ Die Kontrolldichte hängt insofern auch von der Komplexität der Materie ab; mit der Komplexität und Schwierigkeit der Materie weitet sich auch der Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers aus.²⁹
- 32 Bei Prognoseentscheidungen – etwa über die wirtschaftlichen Auswirkungen einer Maßnahme, wie sie hier in Betracht kommt – ist zu beachten, dass eine schwierige Entscheidungslage, die durch Zeitnot verursacht ist, nicht zur Erweiterung des Spielraums führt, wenn diese Lage vom Gesetz-

²¹ [BT-Drs. 19/5522, S. 6.](#)

²² [BT-Drs. 19/5522, S. 6.](#)

²³ Vgl. *BVerfG* Beschl. v. 29.10.1987, 2 BvR 624/83, 2 BvR 1080/83, 2 BvR 2029/83, BVerfGE 77, 170 (215); Urt. v. 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, BVerfGE 88, 203 (262); Beschl. v. 9.3.1994 – 2 BvL 43/92, 2 BvL 51/92, 2 BvL 63/92, 2 BvL 64/92, 2 BvL 70/92 u.a., BVerfGE 90, 145 (173).

²⁴ *BVerfG* v. 23.7.2014 – 1 BvL 10, 12/12, BvR 1691/13, BVerfGE 137, 34 (73); *BVerfG* Urt. v. 19.9.2018 – 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15, Rn. 173 jeweils m.w.N.

²⁵ Vgl. etwa *BVerfG* Urt. v. 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99, BVerfGE 109, 279 (336); Beschl. v. 26.10.2004 – 1 BvR 911/00, 1 BvR 927/00, 1 BvR 928/00, BVerfGE 111, 333 (356).

²⁶ *BVerfG* Urt. v. 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290 (332 f).

²⁷ Vgl. hierzu *BVerfG* Urt. v. 14.2.2012 – 2 BvL 4/10, BVerfGE 130, 263 (294).

²⁸ *BVerfG* Urt. v. 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290 (332 f); Urt. v. 10.6.2009 – 1 BvR 706/08, 1 BvR 814/08, 1 BvR 819/08, 1 BvR 832/08, 1 BvR 837/08, BVerfGE 123, 186 (241).

²⁹ *BVerfG* Beschl. v. 14.10.2008 – 1 BvF 4/05, BVerfGE 122, 1 (34).

geber selbst verursacht ist. Im Regelfall genügt der Gesetzgeber aber seinen Pflichten zur Sachverhaltsaufklärung, wenn er die ihm zugänglichen oder erreichbaren Erkenntnisquellen ausschöpft, um die voraussichtlichen Auswirkungen seiner Regelung so zuverlässig wie möglich abzuschätzen und einen angemessenen Interessenausgleich zu gewährleisten und so einen Verstoß gegen Verfassungsrecht zu vermeiden.³⁰

33 Daraus folgt im Umkehrschluss, dass ein Gesetz dann verfassungswidrig ist, wenn der Gesetzgeber sich nicht an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung des erreichbaren Informationsmaterials orientiert hat, wenn etwa zugängliche Erkenntnisquellen grob unzureichend eruiert oder in nicht nachvollziehbarer Weise ausgewertet werden.

34 Zu dieser Pflicht des Gesetzgebers, nur sachgerechte Entscheidungen aufgrund einer belastbaren Tatsachengrundlage zu treffen, hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Existenzminimum vom 23.7.2014 (Rz. 78) ausgeführt:

„Das Grundgesetz schreibt insofern auch keine bestimmte Methode vor, wodurch der dem Gesetzgeber zustehende Gestaltungsspielraum begrenzt würde. Es kommt dem Gesetzgeber zu, die Methode zur Ermittlung der Bedarfe und zur Berechnung der Leistungen zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz im Rahmen der Tauglichkeit und Sachgerechtigkeit selbst auszuwählen (vgl. BVerfGE 125, 175 <225>). Die getroffene Entscheidung verändert allerdings nicht die grundrechtlichen Maßstäbe. Daher darf keine Methode gewählt werden, die Bedarfe von vornherein ausblendet, wenn diese ansonsten als existenzsichernd anerkannt worden sind (vgl. BVerfGE 132, 134 <162 f., Rn. 71>). Werden hinsichtlich bestimmter Personengruppen unterschiedliche Methoden zugrunde gelegt, muss dies sachlich zu rechtfertigen sein (vgl. BVerfGE 125, 175 <225>).“⁶¹

35 Das Gericht konstatiert damit, dass es zwar nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts sei, zu überprüfen, ob der Gesetzgeber die gerechteste, zweckmäßigste oder vernünftigste Lösung gewählt hat.³² Der Gesetzgeber sei nur politisch, nicht aber rechtlich verpflichtet, alle denkbaren Faktoren in seine Entscheidung einzubeziehen, um eine optimale Entscheidung zu treffen.³³ Überprüfen könne und müsse das Bundesverfassungsgericht im Wege einer Gesamtschau jedoch, ob die Entscheidung des Gesetzgebers „auf der Grundlage verlässlicher Zahlen“ ergangen ist und sich nachvollziehbar und sachlich differenziert tragfähig begründen lässt.³⁴

„Auch ein politisch ausgehandelter Kompromiss darf nicht zu sachlich nicht begründbaren Ergebnissen führen, wobei schlicht gegriffene Zahlen ebenso wie Schätzungen ins Blaue hinein den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügen (vgl. BVerfGE 125, 175 <237 f.>; 132, 134 <170 f., Rn. 90 f.>).“⁶⁵

36 Bezogen auf die Ermittlung der Grundlagendaten für das Existenzminimum ergänzt das Bundesverfassungsgericht:

„Die Art und die Höhe der Leistungen müssen sich mit einer Methode erklären lassen, nach der die erforderlichen Tatsachen im Wesentlichen vollständig und zutreffend ermittelt werden und nach der sich die Berechnungsschritte mit einem nachvollziehbaren Zahlenwerk innerhalb dieses Verfahrens im Rahmen des Vertretbaren bewegen.“⁶⁶

37 Verfassungswidrigkeit eines Gesetzgebungsakts ist schließlich – unabhängig von der Rationalität und Validität der Begründung – gegeben, wenn der Gesetzgeber in der Sache keine Abwägung der

³⁰ Vgl. BVerfG Urt. v. 19.9.2018 – 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15, Rn. 174.

³¹ BVerfG v. 23.7.2014 – 1 BvL 10, 12/12, BvR 1691/13, BVerfGE 137, 34 (73 f.).

³² Vgl. auch BVerfG Urt. v. 14.2.2012 – 2 BvL 4/10, BVerfGE 130, 263 (294).

³³ BVerfG Urt. v. 23.7.2014 – 1 BvL 10, 12/12, BvR 1691/13, BVerfGE 137, 34 (73 f.).

³⁴ Vgl. BVerfG Urt. v. 23.7.2014 – 1 BvL 10, 12/12, BvR 1691/13, BVerfGE 137, 34 (75).

³⁵ BVerfG Urt. v. 23.7.2014 – 1 BvL 10, 12/12, BvR 1691/13, BVerfGE 137, 34 (75), Rn. 83.

³⁶ BVerfG Urt. v. 23.7.2014 – 1 BvL 10, 12/12, BvR 1691/13, BVerfGE 137, 34 (75), Rn. 84.

betroffenen Interessen durchgeführt hat oder die beteiligten Verfassungsgüter offenkundig unrichtig oder willkürlich gewichtet hat. Eine solche Entscheidung des Gesetzgebers ist unvertretbar, weil evident sachwidrig und damit nicht verfassungsgemäß.³⁷

2. Verfassungsrechtliche Bedeutung der relevanten geschützten Interessen

- 38 Vorliegend begründet der Gesetzesentwurf die Verlängerung der Ausnahmeerlaubnis in Art. 1 Nr. 1 des Entwurfs für die betäubungslose Kastration von männlichen Ferkeln damit, dass Eingriffe in Art. 12 und Art. 14 GG, denen die landwirtschaftlichen Unternehmer ausgesetzt sind, die Schweinehaltung betreiben, nur auf diese Weise vermieden werden und der Tierschutz und die Grundrechte der Unternehmer durch die erneut befristete Ausnahme hinreichend gegeneinander abgewogen und in einen angemessenen Ausgleich gebracht würden.³⁸

a) Eigentumsgarantie des Art. 14 GG

- 39 Der Entwurf geht damit davon aus, dass das Verbot einer betäubungslosen Kastration von Ferkeln einen Eingriff in das Grundrecht auf Eigentum der betroffenen Agrarunternehmer darstellt. Das ist jedoch zweifelhaft, weil Art. 14 Abs. 1 GG zwar als Institutsgarantie das Eigentum als solches schützt, sich die Schranken des Eigentumsrechts aber aus dem normativen Zuordnungsverhältnis ergeben. Das Eigentum als Form der rechtlichen Herrschaft über die Güterordnung kann sich nur im Rahmen der Gesetze entfalten. Zum Eigentum gehört damit – abgesehen von einem engen verfassungsfesten Kern – nur das, was das einfache Recht als Eigentum anerkennt:

„Nur die gesetzlich geprägten und anerkannten, zur Rechtsposition erhobenen, also durch das Normensystem als subjektive Rechte konkretisierten vermögenswerten Positionen sind verfassungsrechtlich geschütztes Eigentum im Sinne des Art. 14 Abs. 1.“³⁹

- 40 Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Rechtsprechung einem einseitig privatrechtlichen Eigentumsverständnis zugunsten einer verfassungsrechtlichen Ansatzes eine Absage erteilt, gleichzeitig aber die Notwendigkeit einer gesetzlichen Ausgestaltung der Rechte und Pflichten des Eigentümers betont.⁴⁰ Der Schutz des Eigentums reicht damit nicht weiter als die mit ihr zulässigerweise verbundene, gesetzlich definierte Befugnis zur Nutzung des Eigentums. Insofern gilt ein verfassungsrechtlicher Eigentumsbegriff.⁴¹ Das bedeutet nicht, dass der Gesetzgeber – vorbehaltlich der Institutsgarantie – bei der Bestimmung des Eigentums, seines Inhalts und seiner Grenzen völlig frei wäre. Aber wenn die Inhalts- und Schrankenbestimmung, durch die das Eigentum verfassungsrechtlich umschrieben und damit erst konstituiert wird, nicht unverhältnismäßig ist, ist sie wirksam. Jenseits dieser Grenzen existiert keine Eigentumsgarantie.
- 41 Das bedeutet vorliegend, dass das Recht des Unternehmers, ein Ferkel betäubungslos zu kastrieren nicht in den Schutzbereich des Eigentums fällt. Art. 14 GG kann nicht verletzt sein. Natürlich besteht das Eigentum an dem Ferkel, und auch die Kastration als solche könnte in den Schutzbereich des Eigentums fallen, weil es eine Verwendung des Eigentums ist. Dennoch ist nicht jede Verwendung des Eigentums von Art. 14 Abs. 1 GG geschützt. Wenn das Tierschutzgesetz die Kastration ohne Betäubung verbietet, dann handelt es sich um eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums am Tier. Das ergibt sich letztlich auch unmittelbar aus § 90a BGB und § 903 S. 2 BGB:

„Der Eigentümer eines Tieres hat bei der Ausübung seiner Befugnisse die besonderen Vorschriften zum Schutz der Tiere zu beachten.“⁴²

42

³⁷ Vgl. BVerfG Urt. v. 14.2.2012 – 2 BvL 4/10, BVerfGE 130, 263 (294).

³⁸ BT-Drs. 19/5522, S. 6.

³⁹ Papier/Shirvani in Maunz/Dürig, GG Kommentar, 83. EL April 2018, Art. 14, Rn. 148, auch zum Vorstehenden.

⁴⁰ Papier/Shirvani in Maunz/Dürig, GG Kommentar, 83. EL April 2018, Art. 14, Rn. 150.

⁴¹ Papier/Shirvani in Maunz/Dürig, GG Kommentar, 83. EL April 2018, Art. 14, Rn. 150.

⁴² Vgl. Brückner in MK-BGB, Band 7, 7. Auflage 2017, § 903 BGB, Rn. 66.

Folgerichtig hat auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Schächtungsverbot⁴³ die Frage nach einem Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG nicht gestellt. Dies hätte jedoch nahelegen, wenn man davon hätte ausgehen können, dass die betäubungslose Tötung eines Tieres in den Schutzbereich des Art. 14 GG fallen würde.

- 43 Das Verbot der betäubungslosen Kastration von Tieren greift daher nicht in Art. 14 GG, sondern nur in die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG ein. Dieses Grundrecht tritt jedoch hinter dem spezielleren Grundrecht aus Art. 12 GG (dazu sogleich) zurück.

b) Berufsfreiheit aus Art. 12 GG

- 44 Das hier gegenständliche Verbot greift in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG ein. Dieses Grundrecht kann durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes beschränkt werden. Hier wird zwischen drei Stufen der Einschränkung unterschieden. Die vorliegende Einschränkung durch das Betäubungsgebot bewegt sich auf der Stufe des geringsten Eingriffs, der Berufsausübungsregelung auf der Ebene von Hygienevorschriften, Auskunftspflichten, wettbewerbsrechtlichen Verhaltenspflichten etc. Solche Vorgaben für die Berufsausübung sieht das Verfassungsrecht als abstrakt wenig bedeutsam an, sie sind prinzipiell durch „vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohl“ gerechtfertigt.⁴⁴ Dass der Tierschutz einen besonders wichtigen Belang des Allgemeinwohls darstellt, stand schon vor der Aufnahme der Staatszielbestimmung in Art. 20a GG in der Rechtsprechung außer Frage.⁴⁵
- 45 Zwar wäre eine generelle Bewertung einer Berufsausübungsregelung allein auf abstrakter Ebene und damit stets als geringfügigen Eingriff unangemessen, weil auch Berufsausübungsregelungen zu schwerwiegenden Einschränkungen bis hin zur Existenzvernichtung führen können. Daher muss grundsätzlich weniger die „Stufe“ der Grundrechtsbeeinträchtigung als mehr ihre tatsächliche Bedeutung und Wirkung für die konkrete Berufsausübung berücksichtigt werden.
- 46 Doch ist dabei auch zu berücksichtigen, in welcher Weise und welchem Umfang der Schutzbereich des Grundrechts betroffen ist. Ein Grundrechtseingriff mit wirtschaftlich gravierenden Folgen kann sich als in der verfassungsrechtlich gebotenen Abwägung weniger gewichtig erweisen, wenn der Eingriff zwar die wirtschaftlichen Folgen kausal herbeiführt, diese aber außerhalb des Schutzbereichs von Art. 12 Abs. 1 GG liegen. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Beschränkung der Berufsfreiheit zu Nachteilen im Wettbewerb führt, die mittelbar durch den staatlichen Eingriff entstehen.
- 47 Insofern ist auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu Arzneimittelfestbeträgen⁴⁶ hinzuweisen, die den Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 GG konkretisiert:

„In der bestehenden Wirtschaftsordnung umschließt das Freiheitsrecht des Art. 12 Abs. 1 GG auch das berufsbezogene Verhalten der Unternehmen am Markt nach den Grundsätzen des Wettbewerbs. Die Reichweite des Freiheitschutzes wird dabei durch die rechtlichen Regeln mitbestimmt, die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen. Insofern sichert Art. 12 Abs. 1 GG die Teilhabe am Wettbewerb.

Die Wettbewerber haben aber keinen grundrechtlichen Anspruch darauf, dass die Wettbewerbsbedingungen für sie gleich bleiben. Insbesondere gewährleistet das Grundrecht keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb oder auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten (vgl. BVerfGE 24, 236 [251]; 34, 252 [256]). Vielmehr unterliegen die Wettbewerbspositionen und damit auch der Umsatz und die Erträge dem Risiko laufender Veränderung je nach den Marktverhältnissen.“⁴⁷

- 48 Daraus folgt, dass der einzelne Unternehmer sich zwar mit Blick auf das Verbot der betäubungslosen Kastration von männlichen Ferkeln auf das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG berufen kann

⁴³ BVerfG Urt. v. 15.1.2002 – 1 BvR 1783/99, BVerfGE 104, 337 ff.

⁴⁴ Zur Drei-Stufen-Theorie des Bundesverfassungsgerichts Scholz in Maunz/Dürig, GG Kommentar, 83. EL April 2018, Art. 12, Rn. 335 ff.

⁴⁵ Vgl. nur BVerwG Urt. v. 27.8.1981 – 3 C 37/80, AgrarR 1982, 101 f.

⁴⁶ BVerfG Urt. v. 17.12.2002 – 1 BvL 28, 29, 30/95 u.a., BVerfGE 106, 275 (298 f.).

⁴⁷ Vgl. ferner BVerfG Beschl. v. 1.11.2010 – 1 BvR 261/10; NZS 2011, 580 (581); Beschl. v. 4.2.2010 – 1 BvR 2918/09, NVwZ-RR 2011, 385 (386 f.).

und es sich bei dem Verbot um einen Eingriff in dieses Grundrecht handelt. Jedoch darf bei der Gewichtung der Grundrechtsbeschränkung nur mit untergeordneter Bedeutung berücksichtigt werden, welche Wettbewerbsnachteile er als mittelbare Folge des Eingriffs erleiden würde. Auf gleichbleibende Wettbewerbsbedingungen besteht ebenso wenig ein Anspruch aus Art. 12 Abs. 1 GG wie auf einen Schutz vor Wettbewerb oder (ausländischer) Konkurrenz.⁴⁸

- 49 Diese Beschränkung des Schutzbereichs der Berufsfreiheit hat das *Schleswig-Holsteinische OVG* in seinem Urteil vom 4.12.2014⁴⁹ deutlich gemacht. Hier wurde mit Blick auf die Nerztierhaltung ausgeführt, dass zwar die gesteigerten Anforderungen an die Mindestgrundfläche der Haltungseinrichtungen eine Beschränkung der Berufsfreiheit des Tierhalters darstellen könne. Doch sei bei der Veranschlagung der dem Tierschutz gegenläufigen Interessen des Nerzfarmbetreibers, der wegen des vergrößerten Flächenbedarfs und der höheren Kosten für größere Haltungseinrichtungen finanzielle Einbußen hinnehmen müsse, verfassungsrechtlich zu berücksichtigen, dass künftige Erwerbsmöglichkeiten als solche nicht dem Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG unterfallen.⁵⁰

c) Staatszielbestimmung des Art. 20a GG

- 50 Diesen Grundrechten der Agrarunternehmer muss in der Würdigung des Gesetzgebers bei der Gestaltung des Gesetzes der Tierschutz als Verfassungsrechtgut gegenübergestellt werden. In Art. 20a GG ist die Staatszielbestimmung des Tierschutzes festgelegt.⁵¹ Dieser Verfassungssatz tritt neben das Demokratie-, Rechtsstaats-, Sozialstaats- und Bundesstaatsprinzip und formuliert eine verfassungsrechtliche Zielsetzung.⁵²

(1) Unmittelbare Bindungswirkung der Staatszielbestimmung des Art. 20a GG

- 51 Art. 20a GG enthält damit unmittelbar geltendes verbindliches Verfassungsrecht.⁵³ Diese Verpflichtung gilt objektiv, sodass der einzelne Bürger zwar keine Rechte daraus herleiten kann,⁵⁴ dennoch bindet die Staatszielbestimmung alle staatliche Gewalt in der Weise, dass die fortdauernde Beachtung des Schutzes der Tiere gesetzlich vorzuschreiben ist und die fundamentale Bedeutung für Staat und Gesellschaft hervorgehoben wird.⁵⁵ Die Verfassung selbst verpflichtet den Gesetzgeber durch Art. 20a GG, geeignete Vorschriften für den Tierschutz zu erlassen,⁵⁶ und den Tierschutz in allen Bereichen des eigenen Handelns zu beachten.⁵⁷
- 52 Die Staatszielbestimmung formuliert damit eine rechtsverbindliche Direktive für das gesamte staatliche Handeln, auch für die Auslegung von Gesetzen und sonstigen Rechtsvorschriften.⁵⁸ Art. 20a GG formuliert ferner ein Optimierungsgebot: Der Tierschutz ist so gut wie rechtlich und faktisch möglich zu verwirklichen, ohne die Verwirklichung gegenläufiger Prinzipien unmöglich zu machen. Daraus folgt, dass das Tierschutzprinzip nicht allen anderen Prinzipien vorrangig wäre, aber er ist zumindest gleichrangig. Die Industriegesellschaft soll durch Art. 20a GG nicht beseitigt werden, sondern der Tierschutz soll in dieser Gesellschaft seine Wirkung entfalten.⁵⁹
- 53 Dabei unterliegen alle Tierschutzaktivitäten dem Rahmen der verfassungsgemäßen Ordnung. Das bedeutet aber keineswegs, dass der Tierschutz einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt unterfiele; er ist vielmehr im Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung zu sehen, in sie einzugliedern und in

⁴⁸ Vgl. auch *BVerwG* Urt. v. 30.4.2009 – 7 C 14/08, NVwZ 2009, 1441 (1444).

⁴⁹ *OVG Schleswig-Holstein* Urt. v. 4.12.2014 – 4 LB 24/12, AuR 2015, 71 ff.

⁵⁰ *OVG Schleswig-Holstein* Urt. v. 4.12.2014 – 4 LB 24/12, AuR 2015, 71 (74).

⁵¹ Zur Qualifizierung des Tierschutzes als Staatszielbestimmung vgl. nur *BVerwG* Beschl. v. 5. 11. 2001 – 9 B 50/01, NVwZ-RR 2002, 217.

⁵² *Schulze-Fielitz* in Dreier, Grundgesetz, Band 1, 3. Aufl. 2018, Art. 20a GG, Rn. 23; *Sammwald* in Schmidt-Bleibtreu/Klein, Grundgesetz, 12. Aufl. 2011, Art. 20a GG, Rn. 4.

⁵³ Vgl. auch BT-Drs. 14/8860, S. 3; 14/9090, S. 2.

⁵⁴ Vgl. *Faber*, UPR 2002, 378.

⁵⁵ *Schulze-Fielitz* in Dreier, Grundgesetz, Band 1, 3. Aufl. 2018, Art. 20a GG, Rn. 25.

⁵⁶ *BVerfG* Beschl. v. 3.7.2007 – 1 BvR 2186/06, BVerfGE 119, 59 (83).

⁵⁷ *Jarass* in Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 14. Aufl. 2016, Art. 20a GG, Rn. 18.

⁵⁸ *Schulze-Fielitz* in Dreier, Grundgesetz, Band 1, 3. Aufl. 2018, Art. 20a GG, Rn. 25.

⁵⁹ *Schulze-Fielitz* in Dreier, Grundgesetz, Band 1, 3. Aufl. 2018, Art. 20a GG, Rn. 26.

einen Ausgleich mit anderen Interessen zu bringen.⁶⁰ Grundsätzlich ist hier eine Selbstverständlichkeit zum Ausdruck gebracht worden.⁶¹

- 54 Aus Art. 20a GG ergibt sich das Gebot für jede staatliche Gewalt, alle lebenden Tiere als einzelne Lebewesen zu schützen.⁶² Tiere sind damit „*individuell sowohl in ihrer Existenz als auch in ihrem tierischen Dasein und Wohlbefinden vom grundgesetzlichen Schutzauftrag erfasst*“.⁶³ Daraus folgt zunächst, dass eine Unterlassungspflicht des Staates besteht: Die staatliche Gewalt darf grundsätzlich nichts tun, was zu Schmerzen, Leiden, Angst oder sonstigen Schäden an einzelnen Tieren führt. Sie muss „*Regelungen unterlassen, die den Weg zur Tierquälerei erleichtern*.“⁶⁴ Art. 20a GG erlegt dem Staat darüber hinaus aber auch „*positive Handlungspflichten auf, Maßnahmen zum Schutz der Tiere vor Beeinträchtigungen durch Private zu ergreifen. Es handelt sich um eine Schutzpflichtendimension, wie sie für menschliche Grundrechtsträger zuerst aus Art. 2 Abs. 2 GG abgeleitet (...) und später als objektivrechtliche Dimension für alle Grundrechte verallgemeinert worden ist*“.⁶⁵

(2) *Bedeutung des Tierschutzes als Verfassungsrechtsgut bei der Abwägung von Verfassungsgütern*

- 55 Dem Gesetzgeber bleibt zwar bei der Verwirklichung des Tierschutzes – wie bei jeder Gesetzgebung – ein weiter Ermessensspielraum, dennoch ist er verpflichtet zu Gunsten eines jeden einzelnen Tieres ein „*ethisches Mindestmaß*“ an Schutz zu gewährleisten.⁶⁶ Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass dieses Staatsziel auch die Möglichkeit eröffnet, Grundrechte einzuschränken, die vorbehaltlos gewährleistet sind.⁶⁷ Nicht nur Eingriffe in die Berufsfreiheit, das Eigentum oder die allgemeine Handlungsfreiheit können durch Art. 20a GG geboten sein, sondern sogar in die Religionsfreiheit oder die Wissenschaftsfreiheit. Damit wird der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers spätestens dann überschritten, wenn der Tierschutz ohne sachliche, das heißt ohne ihn überwiegende verfassungsrechtlich relevante Interessen preisgegeben wird.
- 56 Bei der Abwägung ist eine praktische Konkordanz herzustellen, die zu einem möglichst schonenden Ausgleich zwischen den Belangen des Tierschutzes und dem jeweiligen Grundrecht führt.⁶⁸ Durch Abwägung zwischen dem betroffenen Grundrecht der Unternehmer einerseits und dem Verfassungsrechtsgut des Tierschutzes andererseits muss eine Lösung gefunden werden, die den beteiligten Interessen so weit wie möglich gleichermaßen gerecht wird. Dabei ist der Grad der jeweiligen Betroffenheit, also das konkrete Ausmaß, in dem das Grundrecht bzw. der Tierschutz durch die eine oder andere Entscheidungsvariante betroffen sind, abzuwägen und zu würdigen.
- 57 Der Tierschutz gewinnt dabei als Abwägungsgesichtspunkt nach Maßgabe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit Gewicht. Durch die Aufnahme „*der Tiere*“ in Art. 20a GG⁶⁹ wurde der Tierschutz zum Verfassungsrechtsgut aufgewertet, dass „*nicht nur die Einschränkung von Grundrechten, sondern nun auch die wechselseitig begrenzende Zuordnung von vorbehaltlos garantierten Grundrechten und Tierschutzinteressen durch den Gesetzgeber rechtfertigen kann*“.⁷⁰ Ziel der Änderung von Art. 20a GG war es ausdrücklich, den Schutz des einzelnen Tieres vor Leiden, Schäden und Schmerzen zu verbessern und die Verwirklichung eines wirksamen Tierschutzes durch die ausdrückliche Verankerung in der Verfassung zu verbessern.⁷¹

⁶⁰ Vgl. auch BT-Drs. 14/8860, S. 3.

⁶¹ Vgl. *Sannwald* in Schmidt-Bleibtreu/Klein, Grundgesetz, 12. Aufl. 2011, Art. 20a GG, Rn. 26.

⁶² Vgl. *Sannwald* in Schmidt-Bleibtreu/Klein, Grundgesetz, 12. Aufl. 2011, Art. 20a GG, Rn. 22; ferner *Faber* UPR 2002, 378 (379).

⁶³ *Faber*, UPR 2002, 378 (379).

⁶⁴ *Schulze-Fielitz* in Dreier, Grundgesetz, Band 1, 3. Aufl. 2018, Art. 20a GG, Rn. 58.

⁶⁵ *Schulze-Fielitz* in Dreier, Grundgesetz, Band 1, 3. Aufl. 2018, Art. 20a GG, Rn. 59.

⁶⁶ *Schulze-Fielitz* in Dreier, Grundgesetz, Band 1, 3. Aufl. 2018, Art. 20a GG, Rn. 59.

⁶⁷ Vgl. *Sannwald* in Schmidt-Bleibtreu/Klein, Grundgesetz, 12. Aufl. 2011, Art. 20a GG, Rn. 8.

⁶⁸ *Hirt/Maisack/Moritz*, Tierschutzgesetz, 3. Aufl. 2016, Art. 20a GG, Rn. 9.

⁶⁹ Vgl. hierzu bereits [BT-Drs. 12/6000](#), S. 68 ff.; ferner [BT-Drs. 14/207](#); [BT-Drs. 14/279](#); [BT-Drs. 14/8860](#); [BT-Drs. 14/9090](#).

⁷⁰ *Schulze-Fielitz* in Dreier, Grundgesetz, Band 1, 3. Aufl. 2018, Art. 20a GG, Rn. 61.

⁷¹ [BT-Drs. 14/9090, S. 2](#).

- 58 Daher heißt es in der Begründung des gemeinsamen Entwurfs der Fraktionen der SPD, CDU/CSU, BÜNDNIS 90/Die GRÜNEN und FDP für die Neufassung von Art. 20a GG vom 23.4.2002:

„Für die gebotene Abwägung zwischen den Interessen der Tiernutzung und dem Anspruch der Tiere auf Schutz vor Leiden, Schäden und Schmerzen ist es notwendig, die Rechtsebenen anzugleichen, das heißt, dem Tierschutz Verfassungsrang zu geben.“⁷²

Darin liegt eine Selbstbindung des Gesetzgebers bei der „einfachen Gesetzgebung“ die Interessen des Tierschutzes grundsätzlich gleichberechtigt mit den Grundrechten der Bürger zu berücksichtigen.

- 59 Maßgeblich bei der Abwägung ist das Gewicht des entgegenstehenden Rechtsguts in Ansehung der konkreten Konfliktsituation. Die Staatszielbestimmung des Tierschutzes bindet also den Gesetzgeber, der einen adäquaten Interessenausgleich zu gewährleisten hat.⁷³ Dabei ist zu beachten, dass Art. 20a GG nicht unter einem Gesetzesvorbehalt steht, sondern den Gesetzgeber verbindlich und vorbehaltlos zum Handeln verpflichtet.⁷⁴

(3) *Gewährleistung des tierschutzrechtlichen ethischen Minimums als Zielkern des Art. 20a GG*

- 60 Der Gesetzgebung bleibt nach h.M. ein breiter Gestaltungsspielraum, der sich in der Praxis nur selten zu einer Handlungspflicht verdichtet. Danach sei auch eine partielle Rücknahme von Tierschutzgesetzen grundsätzlich zulässig, jedoch dürfe es nicht zu einer beliebigen Aufhebung von Schutznormen kommen, die im Ergebnis eine stärkere Gefährdung zulassen. Ein völliger Rückzug des Gesetzgebers aus dem Tierschutz ist jedoch fraglos unzulässig. Das tierschutzrechtliche Minimum muss gewährleistet sein, um nicht gegen das verfassungsrechtliche Untermaßverbot zu verstoßen.⁷⁵

- 61 Bei der verfassungsrechtlichen Bewertung von Eingriffen in den Tierschutz ist ferner zu beachten, dass keinesfalls der Zielkern von Art. 20a GG angetastet werden darf.⁷⁶ Die Begründung für die Aufnahme des Tierschutzes in das Grundgesetz beschreibt den Zielkern als „*ethisches Mindestmaß für das menschliche Verhalten*“.⁷⁷ Dieses ethische Minimum kann anhand des Kerngehalts des einfachen Tierschutzrechts bestimmt werden, der der Verfassungsänderung gedanklich zugrunde lag. Zu diesem Kerngehalt des Art. 20a GG gehört der Gedanke des § 1 S. 2 TierSchG, den auch der Entwurf zur Änderung der Verfassungsnorm als zentrales Anliegen des Tierschutzes beschreibt:

„Niemand darf einem Tier ohne vernünftigen Grund Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügen.“⁷⁸

Daraus ergibt sich, dass ohne vernünftigen Grund zugefügte Leiden im verfassungsrechtlichen Sinne vermeidbar sind. Es handelt sich bei diesem Zielkern also um die elementare Gewährleistung des Schutzes eines jeden Tiers vor vermeidbaren Leiden, Schäden und Schmerzen.

- 62 Soweit – aus welchen Erwägungen auch immer – dieser hinter der Staatszielbestimmung Tierschutz stehende zentrale Grundsatz, unbeachtet bleibt, stellt dies den Tierschutz als solchen infrage und verletzt damit den Zielkern des Art. 20a GG. Ein solcher Rechtsakt wäre verfassungswidrig, weil

⁷² [BT-Drs. 14/8860, S. 1.](#)

⁷³ Statt vieler Jarass in Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 14. Aufl. 2016, Art. 20a GG, Rn. 14.

⁷⁴ Schulze-Fielitz in Dreier, Grundgesetz, Band 1, 3. Aufl. 2018, Art. 20a GG, Rn. 67 ff.

⁷⁵ Schulze-Fielitz in Dreier, Grundgesetz, Band 1, 3. Aufl. 2018, Art. 20a GG, Rn. 71.

⁷⁶ Hirt/Maisack/Moritz, Tierschutzgesetz, 3. Aufl. 2016, Art. 20a GG, Rn. 11.

⁷⁷ Vgl. auch BT-Drs. 14/9090, S. 2: „Die Leidens- und Empfindungsfähigkeit insbesondere von höher entwickelten Tieren ... erfordern dringend ein ethisches Mindestmaß für das menschliche Verhalten.“; BT-Drs. 14/8860 S. 3: „Daraus folgt die Verpflichtung, Tiere in ihrer Mitgeschöpflichkeit zu achten und ihnen vermeidbare Leiden zu ersparen. Diese Verpflichtung ... umfasst drei Elemente, nämlich: den Schutz der Tiere vor nicht artgemäßer Haltung, vermeidbaren Leiden sowie der Zerstörung ihrer Lebensräume.“

⁷⁸ [BT-Drs. 14/8860, S. 3.](#); vgl. auch Hirt/Maisack/Moritz, Tierschutzgesetz, 3. Aufl. 2016, Art. 20a GG, Rn. 11.

er keine Abwägung im Einzelfall mehr darstellt, sondern die Entscheidung des Verfassungsgebers für das Grundrecht oder das Staatsziel selbst in Frage stellt.

„Für diese Kerngehalte gilt ein Verschlechterungsverbot. Rechtsnormen, die davon abweichen, die ihre Aussagekraft mindern oder die das von ihnen vorgegebene Schutzniveau abschwächen, sind also grundsätzlich verboten.“⁷⁹

3. Verfassungsrechtlich relevante Abwägungskriterien

63 Betrachtet man das vorliegend beteiligten Grundrechte und Verfassungsrechtsgüter sowie die Anforderungen an die Abwägung in der praktischen Konkordanz des Verfassungsrechts, so ist zunächst mit Blick auf das verfassungsrechtliche Untermaßverbot festzuhalten, dass die Regelung, die im hier gegenständlichen Gesetzesentwurf vorgeschlagen wurde, nur dann verfassungswidrig ist, wenn die vom Gesetzgeber gewählte Lösung als unvertretbar anzusehen ist. Verfassungswidrig ist das vorgeschlagene Gesetz also nur, wenn der Gesetzgeber entweder gar keine Abwägung vorgenommen, mithin eine willkürliche Entscheidung getroffen und seine Einschätzungsprärogative nicht erkannt oder nicht genutzt hat oder die vorgenommene Abwägung zu einem schlechterdings unvertretbaren Ergebnis führt.

a) Umkehrung der Rechtfertigungslast wegen vollständigen Zurücktretens der Tierschutzbelange

64 Ausgangspunkt muss im vorliegenden Fall mit Blick auf den oben dargestellten Zielkern von Art. 20a GG (hier [Rn. 57 ff.](#)) die Frage sein, ob es sich bei der Zulassung der betäubungslosen Ferkelkastration um vermeidbare Schäden, Leiden oder Schmerzen für die betroffenen Tiere handelt. Bei dieser Bewertung ist der Begriff der Vermeidbarkeit verfassungsrechtlich zu verstehen, denn dass die Kastration als solche tatsächlich vermeidbar ist, dürfte außer Frage stehen. Im Rahmen der Bewertung der Vermeidbarkeit ist daher eine Abwägung der beteiligten Verfassungsrechtsgüter dahingehend vorzunehmen, dass sie in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden müssen, also weitest möglich ein Kompromiss zwischen den beteiligten Interessen gefunden wird.

65 Insofern ist vorliegend hervorzuheben, dass die derzeit noch geltende und nach dem Gesetzesentwurf vom 6.11.2018 bis ins Jahre 2021 geplante Rechtslage dazu führen würde, dass nicht nur die Amputation durch die Kastration weiterhin zulässig ist, sondern darüber hinaus auch die Vornahme des körperlichen Eingriffs ohne Betäubung. Nach bislang geltendem Recht und nach dem Gesetzesentwurf findet insofern kein Ausgleich zwischen dem Grundrecht der Agrarunternehmer aus Art. 12 Abs. 1 GG und dem Verfassungsrechtsgut des Tierschutzes statt, sondern Letzterer bleibt weitgehend unberücksichtigt. Lediglich für die Zukunft wird eine Berücksichtigung der Belange des Tierschutzes in Aussicht gestellt, und diese Erwartung ist mit Rücksicht auf die geplante Verlängerung der Frist für die betäubungslose Kastration eher als vage zu bewerten. Der Tierschutz tritt daher nahezu vollständig zurück; es wird also keine praktische Konkordanz herbeigeführt, weil die Interessen nicht gegeneinander abgewogen werden, sondern den Interessen der Agrarunternehmer vollständiger Vorrang gewährt wird.

66 Eine solche Lösung, die den Interessen einer Seite uneingeschränkt Rechnung trägt, kann aus verfassungsrechtlicher Sicht nur dann gerechtfertigt sein, wenn eine Abwägung aus der Natur der Sache heraus nicht möglich ist, wie bei Rechtsgütern, die nur vollständig oder gar nicht gewahrt werden können (wie z.B. das Leben) oder, wenn nur ein vollständiges Zurücktreten des nachrangigen Interesses dazu führt, dass das überwiegende Interesse hinreichend gewahrt werden kann.

67 Ersteres ist hier nicht der Fall, weil grundsätzlich auch graduelle Einschränkungen der Berufsfreiheit möglich sind. Letzteres würde erfordern, dass jede Einschränkung der Ausnahme vom Verbot der betäubungslosen Kastration zu einem unzumutbaren Grundrechtseingriff für die betroffenen Agrarunternehmer oder für andere Verfassungsgüter führen würde.

⁷⁹ Hirt/Maisack/Moritz, Tierschutzgesetz, 3. Aufl. 2016, Art. 20a GG, Rn. 11.

- 68 Damit sprechen bereits im Ausgangspunkt Indizien dafür, dass der Gesetzgeber, der den Tierschutz vollständig zurücktreten lässt, um die Berufsfreiheit des Unternehmers zu wahren, eine unzureichende Abwägung vorgenommen hat. Gerechtfertigt wäre diese den Tierschutz völlig verdrängende Verlängerung der Ausnahme nur, wenn das Betäubungsgebot auch mit Rücksicht auf alle anderen diskutierten Optionen, ggf. auch in Kombination oder in Abstufungen eine für den Unternehmer unzumutbare Grundrechtsbeeinträchtigung bedeuten würde.
- 69 Damit kehrt sich bereits im Ausgangspunkt der verfassungsrechtlichen Abwägung die Begründungslast für die Verfassungswidrigkeit um und wird zur Rechtfertigungslast für die Verfassungsmäßigkeit: Die Ausnahme, dass eine der abzuwägenden Interessen völlig verdrängt wird, ist bereits als Ausnahme, als verfassungsrechtliche „Ausschließlichkeitsentscheidung“ für eine Seite der betroffenen Belange methodisch begründungsbedürftig.

b) Intensität des Eingriffs in den Tierschutz durch die betäubungslose Kastration

- 70 Betrachtet man zudem den Eingriff, dem die Tiere ausgesetzt sind, auch in seiner Bedeutung für die körperliche Unversehrtheit des einzelnen Tieres sowie für den Tierschutz in seiner Gesamtheit aufgrund der Dimension aufgrund der Vielzahl der Fälle, wird deutlich, dass es sich sowohl um eine besonders schwerwiegende Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens des einzelnen Tieres, als auch um einen besonders intensiven Eingriff in das Verfassungsrechtsgut des Tierschutzes handelt.
- 71 Die Kastration ist – unabhängig von der Frage der Betäubung – eine irreversible und mit erheblichen Schmerzen im Nachhinein verbundene Operation an einem Tier, die medizinisch nicht indiziert ist. Grundsätzlich sind solche Behandlungen von Tieren daher auch verboten. Nur für Nutztiere werden sie aus wirtschaftlichen Gründen zugelassen. Aus eben jenen wirtschaftlichen Gründen geht das Tierschutzgesetz bei einer Reihe von Tieren sogar noch einen Schritt weiter und lässt nicht nur die Amputation als solche ohne medizinische Indikation zu, sondern verzichtet auch auf die ansonsten grundsätzlich rechtlich zwingende Schmerzausschaltung.
- 72 Diese Ausnahmeregelung betrifft eine Handlung, die § 17 Nr. 2 lit. b TierSchG zudem als grundsätzlich strafbare Handlung qualifiziert. Denn den Tieren werden durch das betäubungslose Kastrieren erhebliche und zugleich länger anhaltende Schmerzen zugefügt.⁸⁰ Der Eingriff in das Wohl des Tieres und damit in das Rechtsgut des Tierschutzes wird also etwa bei Haustieren als so schwerwiegend und zu den grundlegenden Regeln der Rechtsgemeinschaft in so gravierendem Widerspruch stehend angesehen, dass der Staat sich gezwungen sieht, auf solche Handlungen mit der schärfsten Sanktion zu reagieren, die dem Rechtsstaat zur Verfügung steht, mit Kriminalstrafe.
- 73 Die Regelung des § 5 Abs. 3 TierSchG ebenso wie das hier in Rede stehende Gesetz zur Verlängerung der betäubungslosen Kastration sind also Regelungen, die strafbare Handlungen ausnahmsweise erlauben. Doch bezieht sich diese Ausnahme nicht wie im Strafrecht bei Rechtfertigungsgründen üblich (§§ 32, 34 StGB) auf eine Handlung in einer akuten Ausnahmesituation des Einzelfalls, sondern hier wird ein Verhalten, das der Gesetzgeber generell als strafrechtlich relevantes Unrecht ansieht, aus wirtschaftlichen Gründen generalisiert legalisiert. Diese im Strafrecht – ansonsten beispiellose – Lösung verwundert zudem angesichts der Regelung in § 7a Abs. 2 Nr. 4 TierSchG, die es in Abwägung der vorbehaltlos gewährten Wissenschaftsfreiheit bei Tierversuchen ausdrücklich verbietet, Tieren bei solchen aus Gründen der Arbeits-, Zeit- oder Kostenersparnis Schmerzen, Leiden oder Schäden zuzufügen.
- 74 Mit Blick auf das Gewicht dieses grundsätzlich durch § 17 Nr. 2 lit. b TierSchG kriminalisierten Eingriffs in das Verfassungsrechtsgut des Tierschutzes wird deutlich, welches überragende Gewicht Interessen haben müssen, die die generelle Zulässigkeit prinzipiell strafbaren Verhaltens begründen sollen. Es müsste sich um Interessen handeln, deren Beeinträchtigung bereits den Bestand

⁸⁰ Zur Dauer der Schmerzen vgl. EU-Kommission, Erwägungsgrund Nr. 4 zur Richtlinie 2001/93/EG v. 9. 11. 2001, ABl. EG Nr. L 316 S. 36: häufig anhaltende Schmerzen.

des Staates, des Wirtschaftssystems oder die Grundlagen des gesellschaftlichen Zusammenlebens gefährden können.

- 75 Das führt dazu, dass sich die hier bereits umgekehrte Rechtfertigungslast noch zusätzlich erhöht: Will der Gesetzgeber eine prinzipiell strafbare Handlung erlauben, so muss die Ausnahme vom Verbot der Zufügung erheblicher Leiden plausibel und mit verfassungsrechtlich validen Argumenten begründet werden. Die Zulassung eines als grundsätzlich strafbar erkannten und normierten Verhaltens muss die absolute Ausnahme sein und kann nur in unabweisbaren Fällen in Betracht kommen.

4. Abwägung im Einzelfall

- 76 Diese erhöhten Anforderungen an eine generelle Zulassung eines grundsätzlich strafbaren Verhaltens unter vollständiger Verdrängung des strafrechtlich geschützten Verfassungsrechtsguts erfüllt die Gesetzesbegründung nicht. Die Abwägung im Einzelfall ergibt sogar, dass es im vorliegenden Gesetzesentwurf nicht gelungen ist, verfassungsrechtlich valide Argumente zu benennen, um die weitere Zulässigkeit der betäubungslosen Kastration von Ferkeln zu rechtfertigen.

a) Grundrecht auf Eigentum nicht betroffen

- 77 Das Grundrecht auf Eigentum ist durch ein Verbot der betäubungslosen Kastration von Ferkeln schon nicht betroffen. Die Feststellung in der Begründung des Gesetzesentwurfs, die drohenden Grundrechtseingriffe seien im Rahmen des genannten Ausgleichs in Rechnung zu stellen, ist damit insofern nicht plausibel, als vorliegend kein Eingriff in Art. 14 GG droht. Art. 14 GG schützt das Eigentumsrecht an einem Tier, nicht aber das Recht, mit einem Tier in jeder vom Eigentümer gewünschten Art und Weise zu verfahren. Art. 14 Abs. 1 GG ist demgemäß für die Abwägung hier irrelevant.

b) Art. 12 Abs. 1 GG schützt nicht vor Kostensteigerung und vor Wettbewerb

- 78 Der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG ist vorliegend ein Abwägungskriterium und daher bei der Herstellung praktischer Konkordanz zu berücksichtigen. Jedoch muss die Einschränkung des Grundrechts auf Berufsfreiheit losgelöst von dem Gewicht der möglichen Wettbewerbsnachteile für Unternehmer betrachtet werden, weil Art. 12 Abs. 1 GG den Unternehmer nicht vor Wettbewerb und Konkurrenz schützt. Mit dem Schutz von Grundrechten der Unternehmer steht der Wettbewerbsnachteil also nur in einem mittelbaren Zusammenhang. Insofern kann der Gesetzgeber durchaus die Funktionsfähigkeit einer bestimmten Branche oder die Wettbewerbsfähigkeit eines bestimmten Unternehmenszweiges als Argument für eine Regelung anführen. In diesem Fall müsste allerdings darlegt werden, dass die Folgen durch die Unterlassung des Gesetzes gesamtwirtschaftlich gravierend wären. Dieser Vorgabe kommt der Gesetzesentwurf nicht nach.

c) Kein verfassungsrechtlich schwerwiegender Eingriff in das Berufsrecht

- 79 Damit stellt das Verbot der betäubungslosen Kastration aus verfassungsrechtlicher Sicht nur einen geringfügigen Eingriff in die Berufsfreiheit dar. Zwar muss bei der Bewertung eines solchen Grundrechtseingriffs auch die Folge für den einzelnen Unternehmer berücksichtigt werden; etwa ob die Ausübung seiner Tätigkeit mit Blick auf die einschränkende Regelung überhaupt noch möglich ist. Führt eine Berufsausübungsregelung flächendeckend zur Unmöglichkeit der Berufsausübung, so hat sie so erhebliches Gewicht, dass sie auch bei der Abwägung der Interessen in besonderer Weise zu berücksichtigen wäre. Vorliegend geht es aber letztlich darum, dass lediglich ein Kostenfaktor bei der Ausübung des Berufs erhöht wird. Es ergibt sich die mögliche existenzvernichtende Wirkung des Verbots damit nicht aus der gesetzlichen Regelung, sondern erst daraus, dass weitere Faktoren die Tätigkeit möglicherweise unwirtschaftlich werden lassen.
- 80 Das Bundesverwaltungsgericht hat in vergleichbarem Zusammenhang bereits am 27.8.1981⁸¹ entschieden, dass Regelungen über die Ausübung eines Berufs als „Kastrierer von Tieren“ nicht nur

⁸¹ *BVerwG* Urt. v. 27.8.1981 – 3 C 37/80, *AgrarR* 1982, 101 f.

die Freiheit der Berufsausübung, sondern sogar die Freiheit der Berufswahl einschränken können, wenn die wirtschaftlichen Folgen im Einzelfall derart gravierend sind, dass eine Berufsausübung wirtschaftlich sinnvollerweise nicht mehr möglich ist. Dennoch ging der erkennende 3. Senat davon aus, dass selbst ein so gravierender Eingriff in die Berufsfreiheit, der die Berufsausübung unmöglich macht, unumgänglich sein kann, wenn damit das vom Gesetzgeber angestrebte Ziel eines besseren Tierschutzes erreicht wird. Daher billigte das Gericht die Ablehnung einer Genehmigung zur Kastration von zwei Ponyhengsten durch einen seit 1945 als Kastrierer tätigen Tierheilpraktiker, obwohl dies für diesen das wirtschaftliche Aus bedeutete.

- 81 Die Gefahr der Existenzvernichtung ist nach der Rechtsprechung also selbst dann nicht stets ausreichend, um einen Eingriff in den Tierschutz zu rechtfertigen, wenn sie nachgewiesen ist. Dabei hat besondere Bedeutung, dass diese Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vor der Aufnahme des Tierschutzes als Staatszielbestimmung in das Grundgesetz ergangen ist.
- 82 Dementsprechend hat auch der 9. Senat des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs in einer Entscheidung vom 7.1.2013 festgestellt, dass die behördliche Anordnung zur Verkleinerung einer Schafherde aus Gründen des Tierschutzes auch dann nicht unverhältnismäßig ist, wenn sie dazu führen sollte, dass der Betrieb nicht mehr wirtschaftlich geführt werden kann. In einer weiteren Entscheidung vom 7.1.2013 bezeichnete der 9. Senat zudem das Vorbringen eines Tierhalters, er werde durch ein Haltungsverbot seiner Lebensgrundlage beraubt und könne den Unterhaltungspflichten gegenüber seiner Familie nicht mehr nachkommen, als irrelevant.
- „Der Umstand, dass ein Betroffener droht, sozialhilfebedürftig zu werden, begründet nicht die Unverhältnismäßigkeit eines Haltungs- und Betreuungsverbots gemäß § 16a Satz 2 Nr. 3 TierSchG“.*
- 83 In diesem Zusammenhang ist ferner festzuhalten, dass es sich beim Tierschutz nach der Rechtsprechung um ein „*überragend wichtiges Gemeinschaftsgut*“⁸² handelt,⁸³ „*was schon daraus erkennbar wird, dass die durch diese Regelung zu schützenden Gemeinwohlbelange des Tierschutzes selbst im Verfassungsrang stehen*“.⁸⁴ Daher sei sogar die schwerste denkbare Einschränkung der Berufsfreiheit, die Beschränkung der Berufswahl mit Blick auf den Tierschutz zulässig.
- 84 Damit wird deutlich, dass nach der Rechtsprechung nicht nur die mögliche Existenzgefährdung, sondern sogar die sichere Vernichtung der wirtschaftlichen Lebensgrundlage durch das Interesse des Tierschutzes gerechtfertigt sein kann.
- 85 Mit Blick auf die lange Übergangszeit, die allen Unternehmern, die von der Neuregelung betroffen sind, gewährt wurde, erscheint der drohende Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG zudem weniger gewichtig, weil kein Unternehmer darauf vertrauen durfte, dass die betäubungslose Ferkelkastration nach dem 1.1.2019 noch zulässig sein würde. Es hätte hinreichend Zeit zur Verfügung gestanden, um nach Wegen zu suchen, die finanziellen Folgen eines Verbots der betäubungslosen Ferkelkastration zu vermeiden.
- 86 Im vorliegenden Fall sind die möglichen existenzbedrohenden Folgen des Verbots der betäubungslosen Kastration weiterhin zwar von den Agrarverbänden behauptet, aber nicht substantiiert dargelegt worden. Auf solche Angaben darf sich ein Gesetzesentwurf nicht stützen; der Gesetzgeber muss wissenschaftlich belastbare Angaben auswerten (vgl. auch hier Rn. [88 f.](#)).

⁸² So *OVG Magdeburg* Beschl. v. 27. 10. 2017 – 3 M 240/17, LKV 2018, 80 (85); *VGH München* Beschl. v. 7.1.2013 – 9 ZB 11.2455, NuR 2013, 211 (212); *VG Gelsenkirchen* Urt. v. 1.7.2015 – 7 K 52527/13, juris Rn. 25; *VG Köln* Beschl. v. 28.8.2018 – 21 L 1543/18, juris Rn. 51; ferner BR-Drs. 565/11, Anlage S. 2.

⁸³ *BVerfG* Beschl. v. 3.7.2007 – 1 BvR 2186/06, BVerfGE 119, 52 (83) spricht von einem besonders wichtigen Gemeinschaftsgut.

⁸⁴ Vgl. auch *OVG Schleswig-Holstein* Urt. v. 4.12.2014 – 4 LB 24/12, AuR 2015, 71 ff.

d) Argumente für eine Vermeidbarkeit

87 Für die Vermeidbarkeit der Schmerzen und Leiden der betroffenen Tiere und damit für die Verfassungswidrigkeit der vorgeschlagenen Regelung spricht im Folgenden eine Reihe von Argumenten:

(1) Keine Indizien für flächendeckend existenzbedrohende Wirkungen des Verbots

88 Der Gesetzesentwurf geht offenbar von einer nicht nur vereinzelt existenzvernichtenden Wirkung des Verbots der betäubungslosen Kastration aus. Es bleibt allerdings offen, worauf diese Annahme gestützt werden könnte. Eine wissenschaftliche Grundlage für diese These wird nicht genannt. Aus dem Bericht der Bundesregierung Ziffer 6.1.2 (hier Rz. [22 ff.](#)) ergibt sich eher das Gegenteil. Auch das Gutachten des *Thünen-Instituts* zu den betriebswirtschaftlichen Auswirkungen eines Verbots der betäubungslosen Ferkelkastration vom 15.12.2016⁸⁵ lässt den Schluss auf eine nicht nur im Einzelfall existenzvernichtende Wirkung kaum zu.

89 Soweit es die wirtschaftlichen Bedenken gegen die Immunokastration betrifft, die auf eine geringe Verbraucherakzeptanz stoßen könne, ist ergänzend anzumerken, dass die möglichen Vorbehalte der Verbraucher durch Fehlinformationen bedingt sind.⁸⁶ Die Möglichkeit durch sachgerechte Aufklärung einer ggf. bestehenden Aversion der Verbraucher gegen Fleisch von so behandelten Tieren entgegenzuwirken und die wirtschaftlichen Folgen zu mindern, muss bei der Bewertung Eingriffsintensität berücksichtigt werden.

(2) Finanzieller Ausgleich zur Abwendung von Härtefällen

90 Der Gesetzgeber kann zudem ggf. entstehende existenzbedrohende Folgen des Verbots durch finanzielle Leistungen in Härtefällen ausgleichen. Der Staat darf sich bei der Beeinträchtigung des wichtigen Verfassungsrechtsguts Tierschutz nicht darauf berufen, dass dessen Kosten durch die Agrarunternehmer zu tragen seien. Art. 20a GG nimmt den Staat auch finanziell in die Pflicht.

(3) Bestehende Alternativen seit dem Bericht der Bundesregierung von 2016

91 Aus dem Bericht der Bundesregierung von 2016 ergibt sich, dass bereits damals hinreichende Alternativen bestanden und die Kosten, von denen der Gesetzgeber im Jahr 2012 ausgegangen war, sogar zu hoch geschätzt waren. Es gibt also keinen sachlichen Grund von dem zuvor gefundenen Kompromiss, der eine Fortsetzung der betäubungslosen Kastration bis zum Ablauf des Jahres 2018 vorsah, abzuweichen. Soweit der bayerische Gesetzesentwurf ausführt, es seien nicht voraussehbare zwingende Gründe für die Verlängerung der Ausnahme gegeben,⁸⁷ bleibt offen, welche Gründe dies sein sollen.

92 Dass Alternativen zur betäubungslosen Ferkelkastration bestehen, wird nicht bestritten. Dabei dürfte aber auch die grundsätzliche tatsächliche Anwendbarkeit der drei Methoden Impfung, Kastration unter Vollnarkose und Ebermast unbestritten sein. Diskutiert wird lediglich über deren Anwendbarkeit im Einzelfall, Wirksamkeit und Effektivität. Es geht also um die Frage der Vermarktbarkeit des Fleisches und der Kapazitäten der Behandlungsarten. Diese Aspekte müssen bei einer Abwägung berücksichtigt werden. Wenig plausibel wäre es jedoch zu behaupten, dass keine Alternativen zur betäubungslosen Kastration bestehen. Dass diese Methoden für die Unternehmer Nachteile haben, liegt in der Natur der Sache einer verfassungsrechtlichen Abwägung und führt

⁸⁵ [Verbaagh/Deblitz, Betriebswirtschaftliche Auswirkungen von Alternativen zur betäubungslosen Ferkelkastration in Deutschland, Thünen Working Paper 64.](#)

⁸⁶ Vgl. Werner Schwarz, Vizepräsident des Deutschen Bauernverbands lt. [Rheinischer Post online v. 18. 8. 2018](#): „Es gibt noch eine Alternative zur Kastration: Hormone zu spritzen, damit die Geschlechtsreife des Ebers hinausgezögert wird, bis das Tier zum Schlachter kommt, also bevor es durch die Geschlechtsreife anfängt, unangenehm zu riechen, was den Fleischgenuss zerstört. Aber wollen wir hormonbehandeltes Fleisch?“. Der Bericht der Bundesregierung von 2016 stellt unter der Ziffer 2.2.2 fest: „... es handelt sich aber nicht um eine Hormonbehandlung. Der Impfstoff wirkt weder hormonell noch pharmakologisch.“

⁸⁷ [BR-Drs. 405/18, S. 1.](#)

keineswegs dazu, dass von der Alternativlosigkeit der betäubungslosen Ferkelkastration auszugehen wäre.

- 93 Die Gesetzesmaterialien zum hier gegenständlichen Gesetzesvorschlag legen ferner den Schluss nahe, dass der Gesetzesentwurf auf einer unzureichenden Berücksichtigung der relevanten Informationen beruht. Für die Inhalationsnarkose mit Isofluran wird zwar darauf hingewiesen, dass eine arzneimittelrechtliche Zulassung für die Anwendung beim Schwein bislang nicht vorliege, aber unerwähnt gelassen, dass Isofluran durch den Tierarzt dennoch im Rahmen einer den arzneimittelrechtlichen Vorgaben entsprechenden Umwidmung bei Einzeltieren oder Tieren eines Bestandes angewendet werden kann.⁸⁸ Soweit es die Immunokastration betrifft, bleiben die positiven Erfahrungen, die man in anderen Ländern, z. B. in Australien, Neuseeland und in Belgien bezüglich der Verbraucherakzeptanz des Fleisches der geimpften Tiere gemacht hat, gänzlich außer Betracht.

(4) Tierschutzrechtlicher Rückschritt als Verstoß gegen unionsrechtliche Loyalitätspflicht

- 94 Aus unionsrechtlicher Sicht besteht kein Zwang ein Verbot der betäubungslosen Kastration von Ferkeln zu statuieren. Dennoch ist hier zu berücksichtigen, dass die Europäische Union in der Richtlinie 2008/120/EG das deutliche Ziel definiert hat, die Kastration von Ferkeln überhaupt und insbesondere die betäubungslose Kastration zu beenden. Das führt dazu, dass die Verlängerung der betäubungslosen Ferkelkastration mit Blick auf das bereits beschlossene Verbot zum 1.1.2019 zwar keinen Verstoß gegen die Richtlinie als solche bedeutet, allerdings ein Verstoß gegen die Unionsloyalität im Raum steht. Ein Mitgliedstaat, der sich durch seine Gesetzgebung von dem einmal eingeschlagenen Weg zur Umsetzung unionsrechtlicher Ziele wieder entfernt, könnte gegen Art. 4 Abs. 3 EUV verstoßen. Er beeinträchtigt durch seine Gesetzgebung nämlich insofern die Umsetzung der Unionspolitik.

(5) Struktur der landwirtschaftlichen Betriebe hat keinen eigenständigen Verfassungswert

- 95 Soweit die Begründung des Gesetzesentwurf mit dem Hinweis auf die Strukturveränderungen in der deutschen Schweinehaltung Bezug auf das Argument im bayerischen Entwurf nimmt, der offensichtlich der Struktur der Schweinehaltung in Deutschland einen eigenständigen Wert beimisst, so ist festzuhalten, dass bestimmte Industriestrukturen keine eigenständige verfassungsrechtliche Bedeutung haben. Sie sind bei der verfassungsrechtlichen Abwägung daher nicht zu berücksichtigen. Darüber hinaus wäre es – soweit man diesen Strukturen doch eigenständige Bedeutung beimessen wollte – konsequenter gewesen, die betäubungslose Ferkelkastration nur für kleine und kleinste Betriebe weiterhin zuzulassen und in allen anderen Betrieben zu untersagen. Auf diese Weise wäre es möglich, der durch die Zulassung von Großbetrieben im Agrarsektor bereits eingetretenen Strukturveränderungen aktiv entgegenzutreten.

(6) Zweifelhafte Argument: „Tierschutzverletzungen besser im Inland als im Ausland“

- 96 Das Argument, mit der Regelung werde für den Tierschutz kein Fortschritt erreicht, weil dann kastrierte Ferkel aus dem Ausland importiert würden und damit die Tierquälerei ins Ausland verlagert würde, ist grundlegend bedenklich. Aus methodischer Sicht erscheint es kaum plausibel, die Verletzung von Verfassungsvorgaben damit zu rechtfertigen, dass sich ansonsten die Verletzungen dieser Werte ins Ausland verlagerten. Eine solche Argumentation könnte andernfalls nahezu jeden Rechtsverstoß rechtfertigen.
- 97 In tatsächlicher Hinsicht ist zwar zutreffend, dass ohne inländische Ferkelaufzucht keine Umsetzung inländischer Tierschutzstandards möglich ist, aber die Erhaltung der Existenz der von der Umstellung betroffenen kleinen und mittleren Betriebe ist auch durch finanzielle Unterstützung durch den Staat möglich.

⁸⁸ Vgl. [Bericht der Bundesregierung 1810112_Ferkelkastration, 2.1.2.](#)

(7) *Nichtberücksichtigung lebensmittelrechtlicher Zusammenhänge bei der Gewichtung der QS-Zertifizierung*

- 98 Im Zusammenhang mit der möglichen Verlagerung von Tierquälerei ins Ausland ist auf einen Aspekt im Gesetzesentwurf einzugehen, der aufzeigt, dass dem Entwurf keine grundlegende Analyse der Ausgangslage zugrundliegt. In der Begründung zum Entwurf des § 21 Abs. 1 TierSchG wird darauf hingewiesen, dass die privatwirtschaftliche *Qualität und Sicherheit GmbH (QS)* zugelassen habe bzw. zulassen werde, dass Ferkel, die nicht nach dem Standard des deutschen Tierschutzgesetzes kastriert wurden, im deutschen Markt unter dem Qualitätssiegel gemästet und vermarktet werden dürfen. Die Begründung des Gesetzesentwurfs sieht darin eine Gefahr für deutsche Ferkelerzeuger, die dadurch einem Verdrängungswettbewerb ausgesetzt werden könnten.
- 99 Dieses Argument muss näher beleuchtet werden, weil es sich praktisch als wenig belastbar herausstellen dürfte. Selbst wenn QS bereit sein sollte, Fleisch von Tieren, die als Ferkel im Ausland entgegen deutschen Tierschutzrechtsstandards kastriert worden sind, mit der Kennzeichnung QS versehen zu lassen, wäre ein Inverkehrbringen von Fleisch, das von solchen Tieren stammt, zumindest dann unzulässig, wenn dieses Fleisch mit einem Tierwohllabel gekennzeichnet würde, das die Tierhaltung als den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend kennzeichnet.
- 100 Fleisch von einem Schwein, das als Ferkel in einem anderen europäischen Mitgliedstaat entgegen den Vorgaben des deutschen Tierschutzrechts kastriert worden ist, darf nicht als „den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend gehalten“ gekennzeichnet werden. Eine solche Kennzeichnung dieses Fleisches wäre irreführend. Sie würde beim Verbraucher den Eindruck erwecken, das Fleisch werde von Tieren gewonnen, die im vollständigen Einklang mit den in Deutschland geltenden Vorschriften gehalten worden sind.
- 101 Zu den Haltungsbedingungen, die mit der Kennzeichnung ausgewiesen werden, gehört auch die Einhaltung der gesetzlichen Regelungen über die Kastration, denn auch sie ist Bestandteil der Tierhaltung. Die insofern verbindlichen Vorgaben der Richtlinie 2008/120/EG fassen den Begriff der Haltung weit und verstehen darunter jede Behandlung der Tiere bei der Aufzucht und Mast (vgl. Art. 1 RL 2008/120/EG). In Art. 4 RL 2008/120/EG heißt es zudem: „Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass die Bedingungen für die Haltung von Schweinen im Einklang mit den in Anhang I festgelegten allgemeinen Vorschriften stehen.“ Zu diesen allgemeinen Vorschriften des Anhang I gehören auch die Regeln über die Kastration von Ferkeln.
- 102 Das Verbot, irreführend gekennzeichnete Lebensmittel in den Verkehr zu bringen, ergibt sich im nationalen Lebensmittelrecht aus § 11 Abs. 1 Nr. 1 des Lebensmittel-, Futtermittel- und Bedarfsgegenständegesetzes (LFGB) in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 lit. a der Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 (LMIV).⁸⁹ Danach dürfen Informationen über Lebensmittel nicht irreführend sein, insbesondere in Bezug auf die Eigenschaften des Lebensmittels wie Art, Identität, Zusammensetzung, Menge, Haltbarkeit, Ursprungsland oder Herkunftsort und Methode der Herstellung oder Erzeugung. Zu diesen Informationen über die Herstellung von Lebensmitteln gehören auch solche, die sich auf die Haltung von Tieren beziehen, von denen die Lebensmittel gewonnen worden sind. Das folgt unmittelbar aus Art. 3 Abs. 1 LMIV, der die Endverbraucher auch in seiner Entscheidung nach umweltbezogenen, sozialen und ethischen Gesichtspunkten vor Irreführung schützen soll. Lebensmittel mit irreführenden oder unrichtigen Angaben über die Haltungsbedingungen

⁸⁹ Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 1924/2006 und (EG) Nr. 1925/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 87/250/EWG der Kommission, der Richtlinie 90/496/EWG des Rates, der Richtlinie 1999/10/EG der Kommission, der Richtlinie 2000/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, der Richtlinien 2002/67/EG und 2008/5/EG der Kommission und der Verordnung (EG) Nr. 608/2004 der Kommission, ABl. EU v. 22.11.2011, L 304/18.

von Tieren dürfen demnach nicht in den Verkehr gebracht werden. Der Verstoß gegen diese Vorgabe ist nach § 59 Abs. 1 Nr. 7 LFGB bei vorsätzlicher Begehung strafbar und bei fahrlässiger Begehung eine Ordnungswidrigkeit nach § 60 Abs. 1 Nr. 2 LFGB.⁹⁰

- 103** Dieser Bewertung kann auch nicht entgegengehalten werden, dass die Haltung bei der Kastration mit dem Recht des Kastrationsorts im Einklang gestanden haben mag, weil es nicht um die Anwendbarkeit des deutschen Tierschutzrechts geht, über die der Verbraucher getäuscht wird. Vielmehr entsteht der Eindruck, dass im Interesse des Tiers jederzeit mindestens die deutschen gesetzlichen Standards eingehalten worden seien. Ob sie rechtlich wirksam waren, ist dem Verbraucher erfahrungsgemäß gleichgültig und daher für die Verbrauchererwartung, die hier maßgeblich ist, irrelevant, weil das Verbraucherinformationsrecht der Europäischen Union die ethisch-soziale Entscheidung des Verbrauchers und nicht die Geltung der Rechtsordnung schützen soll.
- 104** Es wäre also verboten und gegebenenfalls strafrechtlich bzw. ordnungswidrigkeitenrechtlich relevant, ein Tierwohllabel zu verwenden, das die Tierhaltung unter Beachtung der gesetzlichen Bestimmungen suggeriert, wenn das Tier im Ausland entgegen deutschem Tierschutzrecht betäubungslos kastriert worden wäre.

V. Fazit

- 105** Im Ergebnis muss bei der Gegenüberstellung der beteiligten und abzuwägenden Interessen konstatiert werden, dass der Gesetzesentwurf vorliegend einen besonders gravierenden Eingriff in das Verfassungsrechtsgut Tierschutz vorschlägt. Zur Rechtfertigung dieser schwerwiegenden Maßnahme wird in der Sache allein angeführt, sie sei notwendig, um eine Kostensteigerung für Agrarunternehmen zu verhindern, die zu Wettbewerbsnachteilen führen würde.
- 106** Sowohl die Begründung des Gesetzesentwurfs, als auch die Sachentscheidung leiden unter so schwerwiegenden Mängeln, dass die avisierte Gesetzesänderung, mit der die Ausnahme für die betäubungslose Kastration um zwei Jahre verlängert werden soll, schlechthin unvertretbar wären. Es würde sich aus folgenden Gründen um eine sachwidrige und damit letztlich willkürliche Entscheidung handeln:
1. In der Begründung des Gesetzesentwurfs wird mit dem Eigentumsrecht ein Grundrecht der Unternehmer berücksichtigt, dessen Schutzbereich mit Blick auf das Recht zur betäubungslosen Kastration nicht eröffnet ist.
 2. Die Erwägungen zur Kostensteigerung und damit zur Begründung des Gewichts des Eingriffs in die Berufsfreiheit sind nicht plausibel oder gar substantiiert dargelegt, es findet nicht einmal eine griffweise Schätzung oder Berechnung statt. Die im Gesetzesentwurf für die Annahme eines Grundrechtseingriffs zugrunde gelegte Annahme hat keine valide Basis.
 3. Für eine über den Einzelfall hinausgehende existenzbedrohende Wirkung gibt es keine belegten Anhaltspunkte. Die in der Entwurfsbegründung genannten Faktoren, aus denen sich die Nachteile für die Agrarunternehmer ergeben sollen, bleiben unklar und sind bei näherer Betrachtung auch nicht nachhaltig belastbar.
 4. Tatsächlich auftretende existenzbedrohende Auswirkungen für kleine und mittlere Betriebe können durch staatliche Finanzunterstützung abgewendet werden.
 5. Vertrauensschutz in die Fortgeltung der günstigen Rechtslage kann auf Seiten der Unternehmer nicht bestehen, weil das Gesetz mit einem eindeutigen Ablaufdatum versehen wurde. Zudem wurde eine fünfjährige Übergangsfrist für die Umstellung auf die betäubungslose Ferkelkastration gewährt.

⁹⁰ Näher hierzu auch *Bülte Food und Recht Praxis*, 3/2018, 17 ff.; ferner *ders.* [Tierwohllabel: Tierschutz durch strafrechtlichen Täuschungsschutz](#), Editorial Juni 2018, [Behr's Kommentar zum Lebensmittelrecht](#).

6. Die bestehenden Alternativen zur Fortsetzung der betäubungslosen Ferkelkastration sind von der Bundesregierung bereits in ihrem Bericht von 2016 als ausreichend bezeichnet worden. Dennoch werden diese Alternativen ausweislich der Begründung des Gesetzesentwurfs nicht berücksichtigt, sondern ohne inhaltliche Würdigung und belastbare Begründung und Abwägung verworfen.
 7. Es findet keine Abwägung der beteiligten Interessen zur Herbeiführung praktischer Konkordanz statt, sondern eine vollständige Zurücksetzung der Interessen des Tierschutzes zugunsten der uneingeschränkten Wahrung der wirtschaftlichen Interessen der Agrarunternehmer. Sachgründe für diese absolute Entscheidung werden nicht genannt und sind auch nicht erkennbar.
- 107** Der Gesetzesentwurf hält aus diesen Gründen auch einer unter sehr strengen Anforderungen durchgeführten verfassungsrechtlichen Evidenzkontrolle nicht stand. Die betäubungslose Kastration von männlichen Ferkeln stellt aus verfassungsrechtlicher Sicht vermeidbares Tierleid dar, so dass das Kernziel des Art. 20a GG verletzt ist. Art. 1 Nr. 1 des hier gegenständlichen Gesetzes wäre verfassungswidrig, weil die Verlängerung der betäubungslosen Ferkelkastration nicht nur eine Beschränkung, sondern eine Verletzung des Art. 20a GG bedeuten würde. Die Staatszielbestimmung des Tierschutzes als Verfassungsrechtsgut würde dem Grunde nach in Frage gestellt. Das steht dem Gesetzgeber ohne Verfassungsänderung nicht zu.
- 108** Im Ergebnis steht damit fest, dass die Begründung des Gesetzesentwurfs in der Bundestagsdrucksache 19/5522 des Gesetzesentwurfes der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, „Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Tierschutzgesetzes“ verfassungsrechtlich nicht belastbar ist. Der in Art. 1 Nr. 1 des Entwurfs vorgeschlagene § 21 TierSchG wäre verfassungswidrig.