

ex/ante

Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforscher
Revue des jeunes chercheurs en droit
Journal for young legal academics

Ausgabe – numéro – issue 2/2017

Nahrung
alimentation
food

CHARLOTTE BLATTNER

**Tiere lebend essen: Tierschutzstrafrechtliche Analyse
eines wachsenden Food-Trends**

SEBASTIAN REICHLÉ / ROMAN SCHISTER

Sittenwidrigkeit des Sexdienstleistungsvertrags?

STEPHANIE BERNET

**Das Kindeswohl im Spannungsfeld zwischen
Elternrechten und staatlichem Bildungsauftrag**

 **DIKE**

Weitere Infos zur Zeitschrift: www.ex-ante.ch

Für Abonnemente und Einzelhefte: verlag@dike.ch

Herausgeber / éditeurs

Stephanie Bernet
Kaspar Ehrenzeller
Nadia Kuźniar
Roman Schister

Redakteure / rédacteurs

Gabriel Gertsch
Rehana Harasgama
Alex Kistler
Natalie Lisik
Fiona Savary
Axel Schmidlin
Martin Seelmann

Vertrieb und Abonnementsverwaltung /

Diffusion et abonnements

Dike Verlag AG
Weinbergstrasse 41, CH-8006 Zürich
Tel. 044 251 58 30, E-Mail verlag@dike.ch, www.dike.ch
Erscheint zweimal pro Jahr (Juni, Dezember) / Parution deux fois l'an (juin, décembre)

Abonnementspreis / Prix de l'abonnement

Jahresabonnement / Abonnement annuel:
CHF 69.– inkl. MWSt/TVA incluse

Jahresabonnement Studierende (bitte Kopie der Legitimationskarte beilegen) / Abonnement annuel étudiants (joindre une copie de la carte de légitimation): CHF 55.– inkl. MWSt/TVA incluse

Die Zeitschrift kann auch als Einzelheft bezogen werden / La revue est également vendue sous forme de cahiers séparés

Kündigungen für die neue Abonnementsperiode sind schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres mitzuteilen. Beanstandungen können nur innert 8 Tagen nach Eingang der Sendung berücksichtigt werden. Für durch die Post

herbeigeführte Beschädigungen sind Reklamationen direkt bei der Poststelle am Zustellort anzubringen.

La résiliation de l'abonnement pour une nouvelle période doit être communiquée par écrit au plus tard jusqu'au 31 octobre de l'année précédant la nouvelle période. Seules les réclamations faites dans les huit jours dès réception du numéro seront prises en compte. Les réclamations relatives aux dommages causés par les services postaux doivent être directement adressées à l'office postal de distribution.

Alle Urheber- und Verlagsrechte an dieser Zeitschrift und allen ihren Teilen sind vorbehalten. Jeder Nachdruck, Vervielfältigung, Mikroverfilmung, Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der vorherigen schriftlichen Einwilligung der Dike Verlag AG.

Toute réimpression, reproduction, mise sur microfilm, enregistrement sur un support électronique de données et exploitation sous toute autre forme de chacune des parties de cette revue requièrent l'accord préalable écrit de la maison d'édition Dike Verlag AG.

Weitere Informationen zur Zeitschrift, Inserate-, Unterstützungs- und Publikationsmöglichkeiten finden Sie unter www.ex-ante.ch.

Vous trouverez plus d'informations sur la revue, l'insertion d'annonces ainsi que les possibilités de soutien et de publication sur www.ex-ante.ch.

ISSN 2297-9174

ISBN 978-3-03751-994-3

Rehana C. Harasgama, Dr. iur.

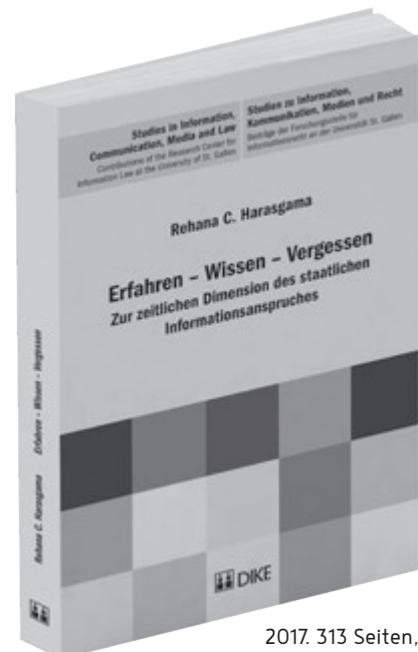
Erfahren – Wissen – Vergessen

Zur zeitlichen Dimension des staatlichen Informationsanspruches

Neue Technologien wie **Big Data Analytics, Cloud-Computing und das Internet der Dinge** gehören vermehrt zum Alltag. Diese Technologien können Datenschutzrisiken bergen, wie die Nutzung von Daten entgegen ihrem ursprünglichen Zweck oder unbefugte Zugriffe auf Daten. **Können und dürfen staatliche Behörden diese technologischen Möglichkeiten zur Erfüllung ihrer Aufgaben einsetzen?** Bei der Beantwortung dieser Frage stehen der Datenschutz der Schweiz, der EU und der USA sowie die Analyse geltender Aufbewahrungs- und Lösungsfristen von Personendaten im Fokus. Die vorliegende Dissertation gibt Handlungsempfehlungen, damit Behörden Personendaten nach Erreichung der maximalen Aufbewahrungs- oder Lösungsfrist (weiter-)bearbeiten können, ohne den Datenschutz auszuhöhlen.

Die **Autorin** war Substitutin in einer renommierten Wirtschaftskanzlei und wird weiterhin im Bereich des Datenschutzrechts tätig sein.

Zielgruppe dieser Dissertation sind alle, die sich für die Schnittstelle von Datenschutz und neue Technologien im Staat interessieren.



2017. 313 Seiten,
broschiert, CHF 78.–
ISBN 978-3-03751-935-6



Dike Verlag AG · Weinbergstrasse 41 · 8006 Zürich · Tel. 044 251 58 30 · www.dike.ch · verlag@dike.ch

Inhaltsübersicht / Sommaire / Contents

**Anstelle eines Vorworts: Nahrung als Recht? /
En lieu et place d'avant-propos : L'alimentation
comme droit ?** 1

**Tiere lebend essen: Tierschutzstrafrechtliche Analyse
eines wachsenden Food-Trends**
CHARLOTTE BLATTNER 5

Sittenwidrigkeit des Sexdienstleistungsvertrags?
SEBASTIAN REICHLER / ROMAN SCHISTER 19

**Das Kindeswohl im Spannungsfeld zwischen Elternrechten
und staatlichem Bildungsauftrag**
Bedeutung der Berücksichtigung der subjektiven Dimension
des Kindeswohls im Rahmen schulischer Dispensationsgesuche
STEPHANIE BERNET 30

Tiere lebend essen: Tierschutzstrafrechtliche Analyse eines wachsenden Food-Trends

CHARLOTTE BLATTNER*

SCHLAGWÖRTER	Tierschutzstrafrecht, Landwirtschaft, Schlachtung, Empfindungsfähigkeit, Wirbellose
ZUSAMMENFASSUNG	Der Verzehr lebender Tiere wird längst nicht mehr nur im südostasiatischen Raum angeboten, doch fehlt eine Aufarbeitung dieses Food-Trends im Schweizer Rechtsraum. Dieser Artikel stellt die neuesten wissenschaftlichen Erkenntnisse über die Empfindungsfähigkeit lebend gegessener Tiere vor und untersucht im Hauptteil, ob die schweizerische Tierschutzgesetzgebung diese strafrechtlich adäquat schützt.
RÉSUMÉ	Même si la consommation d'animaux vivants s'est propagée de la région de l'Asie du Sud-Est à travers le monde, les législateurs, y compris la Suisse, sont lents à réagir à cette nouvelle pratique. Cet article présente les dernières découvertes scientifiques concernant la sensibilité à la douleur des animaux mangés vivants et, sur cette base, analyse dans quelle mesure le droit pénal leur offre une protection adéquate.
ABSTRACT	Even though the consumption of live animals has spread from Southeast Asia across the world, Swiss law is slow to respond to this new praxis. This article presents new scientific findings about the pain sensitivity of animals commonly eaten alive, and on this basis analyses in detail whether Swiss criminal law provides adequate protection for affected animals, both in terms of coverage and scope.

I. Einführung

Der Verzehr lebender Tiere findet längst nicht mehr nur in abgelegenen Dörfern Südasiens statt. Restaurants in Dänemark, London, New York und Kalifornien befriedigen heute die stetig wachsende Nachfrage nach dem Konsum krabbelnder Shrimps oder gelähmter Hummer. Auch die Schweizer Bevölkerung wird immer experimentierfreudiger: Seit dem 1. Mai 2017 dürfen auf dem Schweizer Markt neu Mehlwürmer, Wanderheuschrecken und Grillen zum Verzehr angeboten werden.¹ Das wachsende kulinarische Interesse baut Ekelgefühle ab und bahnt unweigerlich den Weg für den Einzug des Lebendverzehr von Tieren in die Schweiz.

In Antizipation dieser Ereignisse stellt der vorliegende Artikel die neuesten wissenschaftlichen Erkenntnisse bezüglich der Empfindungsfähigkeit typischerweise

lebend gegessener Tiere vor und untersucht tierschutzstrafrechtliche Komponenten dieses aufkommenden Phänomens. Hinsichtlich letzterer beschränkt er sich auf die Beantwortung folgender Fragen: Sind die typischerweise lebend gegessenen Tiere vom Geltungsbereich des Schweizer Tierschutzrechts erfasst? Kommt der Schweizer Gesetzgeber den neusten wissenschaftlichen Erkenntnissen über die Empfindungsfähigkeit dieser Tiere nach? Sind die Handlungen des Restaurantpersonals oder der Kundschaft dieser kulinarischen Neuentdeckung tierschutzstrafrechtlich relevant? Zum Schluss wird zusammenfassend untersucht, ob das geltende Tierschutzstrafrecht den vom Lebendverzehr betroffenen Tieren einen adäquaten Schutz bietet und ob gegebenenfalls Rechtsetzungsbedarf besteht.

II. Bestandesaufnahme: Lebende Tiere essen – Ein wachsender Food-Trend

Eine Kamera fängt in einem High-End-Restaurant in Südkorea im Jahr 2013 folgende Szenen ein:² Gläser bis zum Rand gefüllt mit lebendigen Schnecken, Oktopussen und Fischen stapeln sich auf dem Küchenregal. Die Köchin greift nach einem Glas und zieht einen Oktopus heraus. Sie klatscht den Oktopus auf das Schneidebrett und

* Dr. iur., Postdoctoral Fellow, Department of Philosophy, Queen's University, Kingston ON, charlotte.blattner@queen.su.ca.

1 Art. 6 Abs. 1 lit. a der Verordnung des Eidgenössischen Departements des Inneren über neuartige Lebensmittel vom 16. Dezember 2016, SR 817.022.2.

2 <https://www.youtube.com/watch?v=zJajVnJJTsY>, abgerufen am 17. November 2017.

beginnt, ihn in zwei-Zentimeter-Stücke zu zerschneiden. Dabei legt sie grossen Wert darauf, die abgeschnittenen Arme weit vom Rumpf wegzuschieben, während der Oktopus mit den verbliebenen Armstümmeln verzweifelt nach seinen fehlenden Tentakeln greift. Naht die Klinge, so zieht der Oktopus seine Tentakel so nah wie möglich an den verstümmelten Körper. Die Köchin aber insistiert; sie drückt die Klinge zwischen die gekräuselten Arme und schlägt den Oktopus immer wieder mit der Messerschneide, als ob sie ihm sagen wolle, er solle gefälligst still halten. Die Kamera schwenkt allmählich zur rechten Seite des Schneidebretts, wo sich die zerhackten Körperteile bewegen, zappeln, um sich greifen. All dies ist nichts Aussergewöhnliches, denn genau so soll *Sannakji* zubereitet und serviert werden.

Eine weitere Szene, festgehalten in Japan im Jahr 2012:³ Der Küchenchef packt einen Frosch am Rücken, sticht etwa auf Halshöhe mit der Messerklinge in den Körper und zieht die Därme aus dem noch lebenden Tier. Von den Knöcheln bis hoch zum Bauch zieht er dem Frosch die Haut von den Knochen. Seine Beine schneidet er in mundgerechte Stücke. Beim Anrichten wird der Frosch in einem Eisbett auf den Rücken gelegt, umgeben von seinen abgetrennten, gehäuteten und zerhackten Beinen; serviert werden dazu Zitrone und Sojasauce. Der Frosch, mit dem Gesicht zur Kundin zugewandt, starrt ihr ungläubig in die Augen und greift verzweifelt mit seinen Armen ins Leere. Diese scheint den Hilferuf nicht zu verstehen; sie taucht Teile seiner Beine in die Sojasauce und beginnt darauf zu kauen. Zufrieden lächelt sie dem Kameramann zu, bevor sie ihre Aufmerksamkeit wieder dem Frosch zuwendet.

In Japan wird der Verzehr lebender Tiere *Ikizukuri* («lebend vorbereitet») genannt.⁴ Fische, Oktopusse, Garnelen, Hummer, Aale und Seeigel gehören zu den Tieren, die filetiert und serviert werden, während ihr Herz noch schlägt, ihr Mund sich bewegt und ihre Augen noch wahrnehmen, wer sie verzehrt. In Guangdong, einer Provinz im Süden der Volksrepublik China, nennt sich der Verzehr neugeborener Mäuse und anderer Nagetiere *San Zhi Er* – die drei Schreie: Der erste Schrei ist zu hören, wenn die Neugeborenen mit den Stäbchen aufgespiesst werden; der zweite, wenn sie ins Öl getaucht werden; und der dritte, wenn sie im Mund zerkaut werden.⁵ In anderen Teilen Chinas werden lebende Garnelen in *Baijiu*-Likör getaucht, der ihre Bewegungen verlangsamt und sie so einfacher essbar macht. Taiwanische Küchen servieren den *Yin Yang*-Fisch, dessen Kopf während des Frittierens in ein nasses Tuch gewickelt wird, damit er noch lebendig aufgetischt werden kann. Ähnliche Gerichte sind bekannt als *Odori Ebi* (halb gebratene lebende Garnelen, die in Japan und China beliebt sind), *Shirouo* (die «tanzenden» Fische, die hauptsächlich in Japan gegessen werden), *Goong*

Ten (der Salat der «tanzenden» Garnelen, eine thailändische Spezialität) oder *Casu Marzu* (ein sizilianischer Schafskäse, der durchsetzt ist mit lebenden Maden und Würmern).⁶

Der Lebendverzehr von Tieren findet seinen Ursprung wohl in der asiatischen Küche. Er hat mittlerweile aber eine weite Verbreitung in westlichen Sphären erfahren. Restaurants in New York, Kalifornien, Dänemark und Grossbritannien bieten heute lebendige Hummer, Garnelen und Kraken zum Verzehr an.⁷ Küchenchefs legen oft besonderes Augenmerk darauf, die durch das Paralisieren oder den Teilverzehr hochgradig verletzten Tiere so lange wie möglich am Leben zu halten, so dass ihre Kundschaft diese neuartige Erfahrung möglichst ausgiebig geniessen kann. Zuweilen werden die Tiere auch für den zweiten Gang wieder in das Gehäuse oder Aquarium zurückgelegt.

Gourmets schätzen vornehmlich das sensorische Gefühl des Kauens oder Schluckens sich bewegender Körper oder Körperteile. In asiatischen Kulturen besteht auch die Vorstellung, lebende Tiere zu essen heile Krankheiten.⁸ Mit der weltweit wachsenden Etablierung der Problematisierung und Erforschung der Mensch-Tier-Beziehung – sowohl in akademischer, wie auch in gesellschaftlicher Hinsicht⁹ – machen sich Entsetzen und Ungläubig-

3 <https://www.youtube.com/watch?v=5L94LwnqPFo>, abgerufen am 17. November 2017.

4 BRENDT FURDYK, 17 Foods Eaten Alive That May Shock You, Food Network, 8. Juli 2015.

5 The World's Cruellest Dining Experiences Revealed, NZHerald, 23. November 2016.

6 JOE WARWICK, The Truth about Noma's Live Prawn Dish, The Guardian, 30. Januar 2015.

7 SAFFRON ALEXANDER, World's Best Restaurant Noma Serves Live Ants, The Telegraph, 30. Januar 2015; The World's Cruellest Dining Experiences Revealed, NZHerald, 23. November 2016.

8 Eating Live Frogs, Rats «Cures Tummy Upsets», Reuters, 5. Juni 2007.

9 In anglo-amerikanischen Rechtskreisen wird dieser Forschungsfokus als «animal turn» identifiziert. Dieser Begriff wurde ausgelöst durch neue Erkenntnisse der Neurobiologie, Ethologie und Psychologie, welche daraufhin zur Etablierung ethischer Imperative zur Mensch-Tier-Beziehung geführt haben. Dank dieser interdisziplinären Anstösse hat sich auch das Tier(schutz)recht als eigenes Forschungsgebiet etabliert, welches heute an über 170 Universitäten weltweit gelehrt wird: Animal Legal Defense Fund, Animal Law Courses, <http://aldf.org/animal-law-courses/>, abgerufen am 17. November 2017. Näher zum «animal turn»: HELENA PEDERSEN, Knowledge Production in the «Animal Turn»: Multiplying the Image of Thought, Empathy, and Justice, in: Erika Andersson Cederholm/Amelie Björck/Kristina Jennbert/Ann-Sofie Lönngren (Hrsg.), Exploring the Animal Turn: Human-Animal Rela-

keit über diese Praxis breit, bei welcher Tiere gelähmt und ohne Analgesie oder Anästhesie immobilisiert und dann lebendig zerkaut werden.¹⁰ Trotz weitgehender gesellschaftlicher Verschmähung dieser gastronomischen Praxis ist sie aufgrund ihres partikulären Ursprungs hierzulande rechtlich nur unzulänglich geregelt. Ein Teil des Problems ist, dass nicht alle Staaten Frösche, Fische, Garnelen und andere Opfer dieses Food-Trends schützen. Wie das zu erklären und ob diese Schutzlosigkeit zu rechtfertigen ist, wird im Folgenden als Erstes behandelt.

III. Geltungsbereich des Schweizer Tierschutzgesetzes

A. Empfindungsfähigkeit als Abgrenzungskriterium

In der Schweiz sind Tiere grundsätzlich durch das Tierschutzgesetz (TSchG)¹¹ geschützt, dessen Bestimmungen in der Tierschutzverordnung (TSchV)¹² weiter konkretisiert wurden. Art. 2 Abs. 1 Satz 1 TSchG bestimmt, dass das Gesetz prinzipiell auf Wirbeltiere Anwendung findet, mit folgender Begründung: «Das Gesetz hat das Ziel, den Tieren Schmerzen und Leiden zu ersparen. Dies ist nur möglich bei Tieren, die tatsächlich Schmerzen und Leiden empfinden können bzw. von denen man weiss, dass sie dazu fähig sind.»¹³ Die Botschaft stellt damit zweierlei klar: Erstens, nur empfindungsfähige Tiere sind (nach TSchG)¹⁴ schützenswert.¹⁵ Zweitens, als Anwendung dieses Grundsatzes greift bei Wirbeltieren die Vermutung der Empfindungsfähigkeit. Über diese grundlegenden Pfeiler hinaus ermächtigt Art. 2 Abs. 1 Satz 2 TSchG den Bundesrat, im Rahmen des ausführenden Verordnungsrechts zu bestimmen, auf welche wirbellosen Tiere das TSchG in welchem Umfang anwendbar ist.¹⁶ Der Bundesrat, so Art. 2 Abs. 1 Satz 3 TSchG, hat sich «dabei an den wissenschaftlichen Erkenntnissen über die Empfindungsfähigkeit wirbelloser Tiere» zu orientieren. Dies bedeutet, dass die Fähigkeit, Empfindungen zu haben, entscheidend ist für die Frage, ob ein Tier nach dem TSchG schützenswert ist.

Nach naturwissenschaftlichem Verständnis geht die Empfindungsfähigkeit weit über die sogenannte Nozizeption hinaus, welche die simple Reaktion auf einen Stimulus beschreibt. In Reaktion auf nozizeptive Reize lernen empfindungsfähige Tiere, sich physisch und emotional anzupassen, indem sie versuchen, negative Reize zu vermeiden oder – wenn sie dazu nicht in der Lage sind – deren Negativeffekte durch erlernte Angst oder Hilflosigkeit zu verringern.¹⁷ Die Empfindungsfähigkeit bezeichnet also nicht nur das Vermögen, Schmerzen und Leiden (d.h. affektive Zustände) zu empfinden, sondern auch die innere Komponente dieser Empfindungen, d.h. das Verhalten der Tiere ist motiviert durch ihr Bedürfnis, Wünsche zu befriedigen und Leiden zu vermeiden.¹⁸

Basierend auf ersten Erkenntnissen biologischer und ethologischer Forschung wurde lange angenommen, dass nur Wirbeltiere, mit Ausnahme der Meerestiere, in diesem Sinn empfindungsfähig und somit von Rechts wegen schützenswert sind. In den letzten Jahrzehnten ist unser Wissen über die Empfindungsfähigkeit und die kognitiven, psychologischen und sozialen Fertigkeiten zahlreicher Wirbelloser aber massiv gewachsen. 2012 hat

tions in Science, Society and Culture, Lund 2014, 13 ff., 13; HARRIET RITVO, On the Animal Turn, *Daedalus* 136/2007, 118 ff.

10 ALICIA GRAEF, Restaurants Are Under Fire for Serving Live Animals to Customers, *Care2*, 16. November 2016.

11 Tierschutzgesetz vom 16. Dezember 2005 (TSchG), SR 455.

12 Schweizerische Tierschutzverordnung vom 23. April 2008 (TSchV), SR 455.1.

13 Botschaft zur Revision des Tierschutzgesetzes vom 9. Dezember 2002, BBl 2002 657 ff., 674.

14 Im Gegensatz dazu ist der Schutzzumfang des Würdebegriffs nach Art. 120 Abs. 2 BV weiter gefasst. Dieser versucht nicht nur die Würde empfindungsfähiger Tiere zu schützen, sondern anerkennt und schützt die Würde aller tierlichen Kreaturen, ungeachtet ihrer Empfindungsfähigkeit: RITA JEDELHAUSER, Das Tier unter dem Schutz des Rechts: Die tierethischen Grundlagen eines rechtlichen Schutzmodells für das tierschutzrechtliche Verwaltungshandeln, Basel 2011, 66.

15 Siehe Art. 1 TSchG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 TSchG.

16 Hier handelt es sich um eine Kompetenzdelegation zum Erlass einer gesetzesvertretenden Verordnung. Gesetzesvertretende Verordnungen beruhen auf einer Ermächtigung durch ein Gesetz, das in bestimmten Belangen von einer vollständigen materiellen Regelung absieht. Voraussetzung dafür ist eine Delegation an den Gesetzgeber (ausnahmsweise auch durch die Verfassung): HANS-GEORG NUSSBAUM, Rahmenbedingungen der Verordnungsgebung: Rechtliche Grundlagen und Funktionen von Verordnungen, *LeGes* 2003, 9 ff., 11.

17 JOHN WEBSTER, Sentience and Animal Protection, in: Marc Bekoff/Carron A. Meaney (Hrsg.), *Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare*, Santa Barbara 2010, 507 ff., 508.

18 WEBSTER (Fn. 17), 508. Manche Forscher bezeichnen die Fähigkeit, affektive Zustände zu empfinden, als Empfindungsfähigkeit, und die intrinsische Bedeutung dieser affektiven Zustände als Bewusstsein: IAN J.H. DUNCAN, The Changing Concept of Animal Sentience, *Applied Animal Behaviour Science* 100/2006, 11 ff., 11. Die Verbindung zwischen Empfindungsfähigkeit und Bewusstsein ist auch im Europäischen Übereinkommen zum Schutz der für Versuche und andere wissenschaftliche Zwecke verwendeten Wirbeltiere vom 18. März 1986, Council of Europe Treaty Series No. 123 anerkannt: «der Mensch [hat] die ethische Verpflichtung [...], alle Tiere zu achten und ihre Leidensfähigkeit und ihr Erinnerungsvermögen angemessen zu berücksichtigen.» (Präambel).

eine prominente Gruppe internationaler Neurowissenschaftler die Cambridge-Erklärung zum Bewusstsein der Tiere verabschiedet. Die Forschungsspitze zeigt auf, dass ein Organismus affektive Zustände ungeachtet der Existenz eines Neocortex erlebt. Nicht-menschliche Tiere,¹⁹ namentlich Säugetiere, Vögel und viele Wirbellose, einschliesslich der Tintenfische, besitzen also alle notwendigen neurologischen Substrate, um empfindungsfähig zu sein, so die Forscher.²⁰

Basierend auf diesen Ergebnissen ist vorliegend zu prüfen, ob die typischerweise lebend verspiesenen Tiere empfindungsfähig sind und damit in den Anwendungsbereich des TSchG fallen bzw. fallen sollten.

B. Wissenschaftliche Erkenntnisse über die Empfindungsfähigkeit von Mäusen, Fröschen, Fischen, Tintenfischen und weiteren Tieren

Der Begriff Maus bezeichnet ein kleines Nagetier von über 30 Mäusespeziesarten. Die bekannteste Mausart ist die gemeine Hausmaus (*Mus musculus*). Aus biologischer Sicht gehört die Maus zum Stamm der *Chordata* und zur Klasse der *Mammalia*, d.h. sie ist ein Säugetier und Wirbeltier.²¹ Die Mäuse, die typischerweise lebend gegessen werden (sogenannte «Pinkies») sind zwischen 1–2 Tage alt, wiegen zwischen 0,5–1,5 Gramm und kommen haarlos und mit geschlossenen Augenlidern zur Welt. Mäuse, als Wirbeltiere, sind unstrittig in der Lage, Schmerzen zu empfinden, und fallen somit klar in den Schutzbereich des TSchG.²²

Auch der Frosch ist ein Mitglied der *Chordata*, jedoch Teil der Klasse *Amphibia* und gehört mit seinem hoch entwickelten Nervensystem ebenfalls zu den empfindungsfähigen Tieren.²³ Die meisten Frösche, die für *Ikizukuri* verwendet werden, sind Ochsenfrösche (*Rana catesbeiana*), die unter anderen Umständen ein Alter von 14 Jahren erreichen würden. Frösche haben starke soziale Strukturen und pflegen eine eigene Kulturtradition: In der Natur bilden männliche Ochsenfrösche während der Paarungszeit Chöre, analog zur Lek-Bildung von Vögeln.²⁴ Aufgrund der wachsenden globalen Nachfrage nach Froschfleisch züchten und mästen Indonesien und China die Frösche kommerziell und exportieren jährlich rund 3'500 Tonnen lebender Frösche ins Ausland.²⁵ Aufgrund ihrer Empfindungsfähigkeit sollten diese Tiere, der Ratio von Art. 2 TSchG folgend, also als schutzwürdig erachtet werden.

Der Fisch ist ein aquatisch lebendes Wirbeltier (*Chordata*) mit Kiemen. Er weist mit über 33'100 Arten die grösste Vielfalt aller Gruppen von Wirbeltieren auf, vom 8 Millimeter langen stämmigen Larvenfisch bis zum 16 Meter langen Walhai.²⁶ Dank jüngerer Forschung, die

das Verhalten von Fischen ernsthafter zu untersuchen begonnen hat, ist erwiesen, dass Fische in gleicher Weise auf Schmerzen reagieren wie landbewohnende Wirbeltiere: Sie haben eine Aversion gegenüber Schmerzen

19 Da Menschen, aus biologischer Perspektive, Tiere sind, wurde in der Literatur der Ausdruck «nicht-menschliche Tiere» («non-human animals») als präziserer Begriff zur Beschreibung der sonst als Tiere identifizierten Gruppe etabliert. Der Begriff «nicht-menschliche Tiere» findet sich auch in der Rechtswissenschaft wieder, wird aber nicht derart weitläufig verwendet wie in der Philosophie, den Sozial- und Naturwissenschaften oder in der politischen Theorie. M.w.H.: CLINTON R. SANDERS, *The Sociology of Nonhuman Animals and Society*, in: Clifton D. Bryant & Dennis L. Peck (Hrsg.), *21st Century Sociology*, Thousand Oaks 2011, 441 ff.

20 Cambridge Declaration on Consciousness in Non-Human Animals, 7. Juli 2012, <http://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf>, abgerufen am 17. November 2017.

21 EDWARD M. BARROWS, *Animal Behavior Desk Reference: A Dictionary of Animal Behavior, Ecology and Evolution*, Boca Raton, 3. Aufl. 2011, 706.

22 Die Empfindungsfähigkeit von Mäusen wird neuerdings auf die Existenz zweier genomischer Regionen auf den Chromosomen 12 und 17 zurückgeführt: JEFFREY MOGILA/JENNIFER RITCHIEA/SUSANA SOTOCINALA/SHAD SMITHA/SYLVIE CROTEAUB/DANIEL LEVITINA/ANNA NAUMOVAB, *Screening for Pain Phenotypes: Analysis of Three Congenic Mouse Strains on a Battery of Nine Nociceptive Assays*, *Pain* 126/2006, 24 ff. Schmerzempfinden drücken Mäuse vor allem mittels Schreien auf Ultraschalltonwellen aus: WENDY WILLIAMS/DANIEL RISKIN/KATHLEEN MOTT, *Ultrasonic Sound as an Indicator of Acute Pain in Laboratory Mice*, *American Association of Laboratory Animal Science* 47/2008, 8 ff.

23 SARAH ANNIE GUÉNETTE/MARIE-CHANTAL GIROUX/PASCAL VACHON, *Pain Perception and Anaesthesia in Research Frogs*, *Experimental Animals* 62/2013, 87 ff. (die Forscher zeigen auf, dass Amphibien alle neuro-anatomischen Strukturen besitzen, die sie zur Schmerzempfindungsfähigkeit befähigen und weisen auf adäquate Schmerzmittel hin); KAREN L. MACHIN, *Amphibian Pain and Analgesia*, *Journal of Zoo and Wildlife Medicine* 30/1999, 2 ff. (die Wissenschaftlerin weist auf Studien hin, welche die Schmerzfähigkeit von Fröschen nachweisen, und untersucht die Effektivität möglicher Analgesie- und Anästhesiemittel); SHARI STRICKLER-SHAW/DOUGLAS H. TAYLOR, *Lead Inhibits Acquisition and Retention Learning in Bullfrog Tadpoles*, *Neurotoxicol Teratol* 13/1991, 167 ff. (die Forscher zeigen, dass Frösche in der Lage sind und ein intrinsisches Interesse daran haben, Schmerzquellen zu vermeiden).

24 STEPHEN T. EMLEN, *Lek Organization and Mating Strategies in the Bullfrog*, *Behavioral Ecology & Sociobiology* 1/1976, 283 ff.

25 UN FOOD AND AGRICULTURE ORGANISATION (FAO), *Fish and Aquaculture Department, Rana catesbeiana*: http://www.fao.org/fishery/culturedspecies/Rana_catesbeiana/en, abgerufen am 17. November 2017.

26 MATTHIAS GRÄBNER, *Volkszählung im Meer*, Telepolis, 3. August 2010: <https://www.heise.de/tp/features/Volkszaehlung-im-Meer-3386459.html>, abgerufen am 17. November 2017.

– zugefügt beispielsweise durch Elektroschocks –, reiben schmerzende Körperteile und gelten deshalb allgemein als empfindungsfähig.²⁷ Entsprechend sollten auch Fische als schutzwürdig im Sinne des TSchG betrachtet werden.

Hummer sind wirbellose Tiere mit hartem Exoskelett, die zur Gattung der Zehnfusskrebse (*Decapoda*) gehören. Sie verfügen über zehn Fussbeine und Antennen, die ihnen helfen, sich in der düsteren Umgebung auf dem Meeresboden zurechtzufinden. Dank Telamoras werden Hummer – anders als alle anderen Tiere – mit zunehmendem Alter stärker und fruchtbarer und können bis zu 72 Jahre alt werden.²⁸ Die Sinnesorgane der Hummer sind hochentwickelt, ihre Nervensysteme komplex, ihre Nervenzellen sehr ähnlich den unseren und ihre Reak-

tionen auf externe Reize sind unmittelbar und heftig.²⁹ Auch Garnelen gehören zu den *Decapoda*-Krebstieren, werden aber vornehmlich den *Caridea* und *Dendobranchiata* zugeordnet.³⁰ Garnelen leben in Salz- oder Süßwasser und sind in Gewässern aller Wassertemperaturen von den Tropen bis zu polaren Regionen anzutreffen. Die früheste bekannte fossile Garnele wurde in den Famennian-Bühnenfelsen in Oklahoma gefunden und ist geschätzte 360 Millionen Jahre alt.³¹ Forschungen bekannter Neuro- und Ethologiewissenschaftler haben in den letzten Jahren gezeigt, dass Hummer und Garnelen Schmerzrezeptoren und ein Zentralnervensystem haben, dass sie physiologische Reaktionen auf Schmerz zeigen, schädliche Reize meiden, mit anormalen Verhaltensänderungen und Schutzverhalten auf Schmerz und positiv auf Opioide reagieren und dass sie reiben, hinken und einiges riskieren, um negative Stimuli zu vermeiden.³² Entsprechend gelten die gängigsten Zubereitungsmethoden von Hummer- und Garnelenfleisch für diese Tiere als enorm schmerzhaft, so z.B. das Lebendigkochen in Wasser, die Trennung des Thorax vom Bauch oder das Einstechen des Gehirns.³³ Aufgrund ihrer wissenschaftlich erwiesenen Empfindungsfähigkeit sollten diese Tiere, der Ratio von Art. 2 TSchG folgend, geschützt werden.

Tintenfische gehören zu den *Coleoidea* oder *Dibranchiata*, einer Unterklasse von Kopffüßern (*Cephalopodia*, Stamm der *Mollusca*), die gewöhnlich schalenlos sind.³⁴ Tintenfische verfügen über aussergewöhnliche Fähigkeiten, so können sie diverse Werkzeuge benutzen, einzelne Menschen erkennen und Wissen mittels umgekehrter Lernprozesse erlangen.³⁵ Kopffüßer umfassen 800 lebende Arten und haben Nervensysteme, die mit über 500 Millionen Neuronen verbunden sind. Unter den Wirbellosen haben Tintenfische das am stärksten entwickelte zentrale Nervensystem, sie besitzen Schmerzrezeptoren und reagieren physiologisch auf Schmerz, indem sie ihre Arme an sich ziehen, Schmerzquellen vermeiden und selbständig Schmerzmittel aufsuchen.³⁶ Da auch Tintenfische empfindungsfähig sind, sollten sie ebenfalls als schutzwürdige Tiere im Sinne des TSchG qualifiziert werden.

C. Zwischenfazit: Geltender Schutzbereich des TSchG und Rechtsetzungsbedarf

Trotz wachsender wissenschaftlicher Belege über die Empfindungsfähigkeit wirbelloser Tiere hat der Bundesrat bisher nur begrenzt von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht, den Schutzbereich des TSchG kraft Art. 2 Abs. 1 TSchG auf diese auszuweiten. Getan hat er dies gemäss Art. 1 TSchV bezüglich Kopffüßer und Panzerkrebse, mit der folgenden Begründung: «Die Fach-

-
- 27 LYNNE U. SNEDDON, Pain in Aquatic Animals, *Journal of Experimental Biology* 218/2015, 967 ff., 969; LYNNE U. SNEDDON/MATTHEW C. LEACH, Anthropomorphic Denial of Fish Pain, *Animal Sentience* 2016, .035; ROBERT W. ELWOOD, A Single Strand of Argument with Unfounded Conclusion, *Animal Sentience* 2016, .026; ADAM J. SHRIVER, Cortex Necessary for Pain – But not in Sense that Matters, *Animal Sentience* 2016, .034. Siehe auch VICTORIA BRAITHWAITE, *Do Fish Feel Pain?* New York, 2010; HELMUT SEGNER, *Fish, Nociception and Pain: A Biological Perspective*, Bern 2012; MARKUS WILD, *Fische: Kognition, Bewusstsein und Schmerz: Eine Philosophische Perspektive*, Bern 2012.
- 28 G. VOGT, Agening and Longevity in the Decapoda (Crustaceans), *Journal of Comparative Zoology*, 251/2012, 1 ff.
- 29 SNEDDON (Fn. 27), 973 f.
- 30 ROGÉRIO CAETANO DA COSTA/ADILSON FRANZOZO/FERNANDO LUIS MEDINA MANTELATTO/RODRIGO HEBELLER CASTRO, Occurrence of Shrimp Species (Crustacea: Decapoda: Natantia: Penaeidea and Caridea) in Ubatuba Bay, Ubatuba, SP, Brazil, *Proceedings of the Biological Society of Washington* 113/2000, 776 ff., 776.
- 31 RODNEY FELDMANN/CARRIE SCHWEITZER, The Oldest Shrimp (Devonian: Famennian) and Remarkable Preservation of Soft Tissue, *Journal of Crustacean Biology* 30/2010, 629 ff.
- 32 SNEDDON (Fn. 27), 969.
- 33 EUROPEAN FOOD SAFETY AUTHORITY, Aspects of the Biology and Welfare of Animals Used for Experimental and other Scientific Purposes, *EFSA Journal* 292/2005, 1 ff., 104: <https://www.efsa.europa.eu/en/efsajournal/pub/292>, abgerufen am 17. November 2017.
- 34 SNEDDON (Fn. 27), 972.
- 35 SUSAN E. WILSON-SANDERS, Invertebrate Models for Biomedical Research, Testing, and Education, *Institute for Laboratory Animal Research Journal* 51/2011, 126 ff.; ROLAND C. ANDERSON/JENNIFER A. MATHER/MATHIEU Q. MONETTE/STEPHEN R.M. ZIMSEN, Octopuses (*Enteroctopus doleini*) Recognize Individual Humans, *Journal of Applied Animal Welfare Science* 13/2010, 261 ff.
- 36 SNEDDON (Fn. 27), 969, 972; ROBYN J. CROOK/EDGAR T. WALTERS, Nociceptive Behavior and Physiology of Molluscs: Animal Welfare Implications, *Institute for Laboratory Animal Research Journal* 52/2011, 185 ff.

experten sehen die Leidensfähigkeit bei Panzerkrebsen und bei Kopffüssern als erwiesen an, da haltungsbedingte Schäden nachweisbar und Verhaltensänderungen als Reaktion auf Stressoren beobachtbar sind.»³⁷ Werden also Hummer, Fische, Mäuse, Tintenfische und Frösche paralytisch und lebend gegessen, fallen diese Handlungen unter das TSchG bzw. die TSchV. Im internationalen Vergleich positioniert sich die Schweiz damit relativ progressiv,³⁸ weist aber eine bemerkenswerte Lücke auf: Sie verpasst es, Garnelen zu schützen, obwohl diese empfindungsfähig sind.

Dieser Zustand wird von kompetenten Tierschutzorganisationen entschieden verurteilt³⁹ und ist problematisch gerade mit Blick darauf, dass der Gesetzgeber in der Botschaft zum TSchG klar zum Ausdruck bringt, dass Gesetzeszweck ist, «den Tieren Schmerzen und Leiden zu ersparen. Dies ist nur möglich bei Tieren, die tatsächlich Schmerzen und Leiden empfinden können bzw. von denen man weiss, dass sie dazu fähig sind.»⁴⁰ Gelten also Tiere, wie beispielsweise die Garnele, gemäss empirischer Forschung als empfindungsfähig, so steht der Bundesrat kraft Art. 2 Abs. 1 TSchG in der Pflicht, den Schutzbereich des TSchG den neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen anzupassen.⁴¹

Auf Grundlage neuerer Forschung über die Empfindungsfähigkeit von Wirbellosen – wie die Cambridge-Erklärung zum Bewusstsein der Tiere – kann argumentiert werden, diese punktuelle Erweiterung sei inadäquat. Vielmehr sollte die in Art. 2 Abs. 1 TSchG niedergelegte generelle Vermutung der Empfindungsfähigkeit von Wirbeltieren auf Wirbellose ausgeweitet werden. Aus tierschutzrechtlicher Perspektive wäre dies zweifelslos zu bevorzugen, bedenkt man, dass eine nähere Auseinandersetzung mit Wirbellosen stets zu überraschenden Resultaten geführt hat: Weitaus mehr Tiere haben hoch entwickelte emotionale und kognitive Fähigkeiten als bisher angenommen. Auf dieser Grundlage fordern immer mehr Rechtswissenschaftler, dass Regelungen im Sinne eines erweiterten Vorsorgeprinzips stets Vermutungen zugunsten der Tiere enthalten sollten. Ist also derzeit unklar, ob ein Tier empfindungsfähig ist, sollte, *de lege ferenda*, der Grundsatz *in dubio pro animali* entscheidend sein: Das Tier gilt vermuthungsweise als empfindungsfähig und aufgrund dessen nach TSchG schutzwürdig.⁴²

Umgekehrt könnte argumentiert werden, die Ausweitung der Vermutung der Empfindungsfähigkeit auf Wirbellose würde zu einer exzessiven und impraktikablen Erweiterung des Schutzbereichs des TSchG führen. Bedenkt man aber, welche hohen ethischen Risiken mit der engen Auslegung des Schutzbereichs des TSchG einhergehen, sollte man sich nach der hier vertretenen Auf-

fassung für die ethisch weniger katastrophale Variante entscheiden.

IV. Tierschutzstrafrechtliche Analyse

A. Tierschutzstrafrechtliche Analyse des Lähmens lebender Tiere zum Zweck der Nahrungsaufnahme

1. Objektiver Tatbestand

Bezüglich jener Tiere, die *de lege lata* vom Tierschutzrecht erfasst sind, stellen sich im Hinblick auf die eingangs beschriebene Problematik folgende Fragen: Ist es strafbar, Tiere lebendig zu essen und sie entsprechend zu präparieren? Wer kommt grundsätzlich als Täter infrage? Beim Lebendverzehr von Tieren sind verschiedene Handlungen strafrechtlich zu würdigen: Zum einen die Immobilisierung der Tiere durch das Restaurantpersonal zum Zweck des Lebendverzehrs, zum anderen der Lebendverzehr der Tiere an sich. Die beiden Fragestellungen müssen strafrechtlich auseinander gehalten werden, da es sich jeweils um einen unterschiedlichen Täterkreis handelt. Zudem werden nicht alle zum Lebendverzehr gelähmten Tiere von der Kundschaft verspiesen (einige besuchen solche Betriebe aus Neugier und entscheiden sich dazu, die Tiere nicht zu essen) und umgekehrt werden nicht alle lebendig

37 Erläuterungen zur Totalrevision der Tierschutzverordnung von 2006, <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/docum ents/1337/Bericht.pdf>, abgerufen am 17. November 2017.

38 Einen bedeutenden Schritt weiter als die Schweiz geht das norwegische Tierschutzrecht, das auch ungeborene Tiere schützt, wenn ihr Entwicklungsstadium jenem von autonom lebenden Tieren gleichkommt: Tierschutzgesetz Norwegen, 7. Oktober 2009, LOV I 2009 hefte 7, Art. 2 Abs. 1.

39 STIFTUNG FÜR DAS TIER IM RECHT, <https://www.tierimrecht.org> → Vernehmlassungen/Stellungnahmen → Vernehmlassung zur Änderung von Verordnungen im Veterinärbereich Vernehmlassung vom 24. Oktober 2016 bis 7. Februar 2017 (7. Februar 2017), 5, abgerufen am 17. November 2017.

40 Botschaft zur Revision des Tierschutzgesetzes vom 9. Dezember 2002, BBl 2002 657 ff., 674.

41 Dieses Ergebnis stützt auch ERRASS, der die Frage der Empfindungsfähigkeit als eine durch Empiriker zu beantwortende Frage erachtet: ERRASS, St. Galler Kommentar zu Art. 80 BV, Rz. 15.

42 NICOLE GERICK, *Recht, Mensch und Tier*, Baden-Baden 2005, 212–213; ANNE PETERS, *Rechtsgutachten zu verschiedenen Fragen im Zusammenhang mit der EU-Tierversuchsrichtlinie*, Berlin 2012, 100.

gegessenen Tiere vorher gelähmt (man denke zum Beispiel an *Odori Ebi*). Im Folgenden wird deshalb in einem ersten Schritt geprüft, ob Angestellte fraglicher Gastronomiebetriebe den Tatbestand der Tierquälerei erfüllen.⁴³ Danach wird in einem zweiten Schritt untersucht, ob und inwiefern ein tatbestandsmässiges Verhalten seitens der Kundschaft erfolgt.

In der Schweiz ist die Tierquälerei ein tierschutzstrafrechtlicher Oberbegriff, der eine Reihe von Handlungen an Tieren unter Art. 26 TSchG erfasst, beispielsweise

43 Zusätzlich könnte das Personal Vorschriften über die Zucht, Haltung oder den Transport der Tiere (z. B. Platzbedarf, Ernährung, Wasser, Beschäftigungsmöglichkeit, etc.) verletzt haben. Ausserdem steht es den kantonalen Behörden offen, die Erteilung der notwendigen Bewilligung für die Haltung dieser Tiere (Art. 7 TSchG) zu versagen. Zum Zweck der vorliegenden engen, strafrechtlichen Prüfung werden diese Aspekte nicht untersucht.

44 Siehe dazu die Untersuchung der Schmerzempfindungsfähigkeit von Fröschen in II.C. *supra*.

45 Unter Folter wird die vorsätzliche Zufügung grosser bzw. schwerster körperlicher oder psychischer Schmerzen und Leiden verstanden, dies in der Regel ungeachtet der Bestimmtheit des verfolgten Zweckes: Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984, SR 0.105, Art. 1 Abs. 1. Die grausame, unmenschliche und erniedrigende Behandlung hingegen bezeichnet Eingriffe geringerer Intensität wie schwere körperliche Leiden und Schäden. Zur Anwendbarkeit des Folterbegriffs auf Tiere: NILS STÖHNER, Importrestriktionen aus Gründen des Tier- und Artenschutzes im Recht der WTO, Bern 2006, 126; SASKIA STUCKI, Grundrechte für Tiere, Baden-Baden, 2016, 388 ff.

46 GIERI BOLLIGER/MICHELLE RICHNER/ANDREAS RÜTTIMANN, Schweizer Tierschutzstrafrecht in Theorie und Praxis, Zürich/Basel/Genf 2011, 81; ANDREAS KLEY/MARTIN SIEGRIST, Güterabwägung bei Tierversuchen: Intentionen des Gesetzgebers und erste Anwendungen, in: Hans Sigg/Gerd Folkers (Hrsg.), Güterabwägung bei der Bewilligung von Tierversuchen, Zürich 2011, 35 ff., 35.

47 BOLLIGER/RICHNER/RÜTTIMANN (Fn. 46), 81, 68 Fn. 317; CLAUDIA V. BRUNNER, Tierquälerei im Pferdesport – eine Analyse der Strafrechtsnormen des Tierschutzgesetzes, Zürich/Basel/Genf 2013, 43 Fn. 215; MICHELLE RICHNER, Heimtierhaltung aus tierschutzstrafrechtlicher Sicht, Zürich/Basel/Genf 2014, 88.

48 Zur (Interessens-)Abwägung als «Argumentationstechnik zur kontrollierten Konkretisierung von rechtlich vermittelten Handlungsspielräumen»: PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2014, 4. Aufl., § 26, Rz. 36. Zur Abwägung als «Fortsetzung und Verfeinerung der Prinzipien einer demokratischen politischen Willensbildung»: PHILIPPE MASTRONARDI, Juristisches Denken, Bern 2003, 2. Aufl., 246 f.

49 BOLLIGER/RICHNER/RÜTTIMANN (Fn. 46), 81; KLEY/SIEGRIST (Fn. 46), 35.

die Misshandlung, Vernachlässigung oder qualvolle Tötung. Lähmt das Restaurantpersonal ein Tier, frittiert es lebendig oder schneidet es bei vollem Bewusstsein und ohne Schmerzausschaltung in Stücke, so könnte es sich einer *Tiermisshandlung* gemäss Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG schuldig machen.

Einem Frosch mit einem Messer in den Rücken zu stechen, seinen Darm herauszuziehen und seine Beine bei vollem Bewusstsein abzutrennen, ruft bei diesem grosse Schmerzen hervor.⁴⁴ Selbiges gilt für den Fisch, der bei vollem Bewusstsein in 175 Grad heissem Öl lebendig gekocht wird. Die Gewebe-, Organ- und Gliedmassenschäden, die diesen Tieren zugefügt werden, sind von gravierender Natur: Die Tiere müssten aufgrund der Schmerzen und irreversiblen Schäden euthanasiert werden, würden sie nicht anschliessend lebendig gegessen. Vor dem Hintergrund der Empfindungsfähigkeit dieser Tiere ist auch davon auszugehen, dass sie extremen Ängsten und geistig-seelischen Leiden vergleichbar zur Folter ausgesetzt sind.⁴⁵ Das Tier wird bei der Präparation zum Lebendverzehr also misshandelt i.S.v. Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG.

In der Tat werden die meisten für den Lebendverzehr gelähmten Tiere i.S.v. Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG misshandelt. Gleichwohl sind die Tiermisshandlungen nur dann strafbar, wenn sie den Tieren in *ungerechtfertigter Weise* zugefügt werden, d.h. kein überwiegendes gegenläufiges Interesse an der Lähmung und Lebenderhaltung der Tiere besteht (Art. 4 Abs. 2 TSchG). Im Umkehrschluss ergibt sich daraus, dass einem Tier Schmerzen, Leiden oder Schäden, Angst oder Würdemissachtungen zugefügt werden dürfen, wenn dies gerechtfertigt ist. Obwohl also im Einzelfall bereits manifest sein kann, dass ein Tier extreme Schmerzen, Leiden, Schäden oder Ängste erfährt, sind die tangierten Interessen gegeneinander abzuwägen. Diese Interessenabwägung folgt nach Lehre und Rechtsprechung dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz,⁴⁶ wird jedoch auf der Ebene des Tatbestandes und nicht jener der Rechtfertigung vorgenommen.⁴⁷ Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz ist im vorliegenden Fall somit nicht Mittel zur Rechtfertigung des Eingriffs, sondern Methode oder Argumentationstechnik um herauszufinden, ob eine Misshandlung das Kriterium «ungerechtfertigt» erfüllt. Mit anderen Worten konkretisiert der Verhältnismässigkeitsgrundsatz den Wertentscheid des Rechtsinterpreten, der darüber zu befinden hat, was eine ungerechtfertigte Misshandlung im Sinne des TSchG ist.⁴⁸

Die dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz folgende Interessenabwägung sucht prinzipiell ein vernünftiges Verhältnis zwischen Eingriffsziel und Eingriffsintensität.⁴⁹ Der Grundsatz verlangt, dass ein Eingriff in das Tierwohl mit Blick auf das verfolgte Eingriffsinteresse geeignet, erforderlich und verhältnismässig im engeren Sinn (d.h. zu-

mutbar) ist.⁵⁰ Kraft Art. 4 Abs. 2 TSchG kommt die Interessenabwägung *qua* Verhältnismässigkeitsgrundsatz im Tierschutzrecht überall dort zur Anwendung, wo einem Tier Schmerzen, Leiden, Schäden oder Ängste zugefügt werden.⁵¹

Geeignet ist eine Misshandlung, wenn sie den gewünschten Zweck zumindest teilweise zu erfüllen vermag.⁵² Vorliegend besteht der Zweck der Lähmung der Tiere darin, sie immobil und wehrlos zu machen, so dass die Gäste die Tiere einfacher lebend konsumieren können. Die physische Immobilisierung ist klar geeignet, diesen angestrebten Zweck zu erfüllen. *Erforderlich* ist die Lähmung des Tieres dann, wenn sie zur Erreichung des Zwecks unerlässlich ist. Vorliegend darf also keine mildere Alternative zur Lähmung bestehen, die weniger stark in das Wohlergehen des Tieres eingreift, es aber trotzdem wehrlos machen würde.⁵³ Hier ist zu monieren, dass die Tiere bei vollem Bewusstsein gelähmt werden, eine vorgängige schmerzlindernde Medikation die Belastung beim Tier aber deutlich reduzieren würde. Der Einwand, dass die dem Tier verabreichten Stoffe die Gesundheit des Konsumenten gefährden könnten, überzeugt nicht. Denn im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung sind mildere Alternativen selbst dann zu berücksichtigen, wenn sie mit höherem Aufwand an Zeit, Arbeit und Kosten verbunden oder derzeit nicht verfügbar sind.⁵⁴ Bevor das Personal also Tiere bei vollem Bewusstsein lähmt, muss es sich um die Schaffung eines für den Menschen verträglichen Schmerzmittels für die betroffenen Tiere bemühen, andernfalls ist die Massnahme aufgrund ihrer fehlenden Erforderlichkeit unverhältnismässig.

Die *Verhältnismässigkeit i.e.S.* wägt die Interessen des Tieres an seiner körperlichen und psychischen Integrität mit den Interessen des Gastronomiebetriebes ab, diese zum Lebendverzehr anzubieten.⁵⁵ Die Lähmung ist nur dann verhältnismässig i.e.S., wenn der Nutzen die Belastung der Tiere *überwiegt* (d.h. der Nutzen darf nicht nur gleich- oder minderwertig sein).⁵⁶ Nicht jeder Nutzen ist jedoch einer Güterabwägung zugänglich. Ein Nutzen vermag nur dann eine Belastung zu rechtfertigen, wenn er rechtmässig, sittlich und legitim ist.⁵⁷ So besteht nach BOLLIGER ET AL. etwa kein legitimer Zweck, wenn ein Tier u.a. aus purer Freude, zur Befriedigung von Luxusbedürfnissen oder aus negativen Emotionen wie Absicht der Schadenszufügung, Mutwille, Bequemlichkeit, Wut oder Überdross verletzt wird.⁵⁸ Hier könnte man aufgrund der heftigen Schmerzzufügung geneigt sein, solche Absichten beim Restaurantpersonal zu vermuten. Wäre der Zweck der Massnahme also die eigentliche Schmerzzufügung, dann würde die Verhältnismässigkeit i.e.S. bereits an der Zweckzulässigkeit scheitern. Ein Tier zu lähmen, um es zum Lebendverzehr anzubieten, erfolgt

jedoch nicht unbedingt aus negativen Emotionen heraus, sondern ist wohl eher ökonomisch motiviert: Der Restaurantbetreiber sucht sich eine Marktlücke in der Gastronomie und bietet ein High-End-Nischenprodukt an, um wettbewerbsfähig zu sein. Ähnlich motiviert ist der durchschnittliche Eierproduzent, wenn er männliche Küken kurz nach der Geburt bei vollem Bewusstsein homogenisiert, da sie schlicht keinem wirtschaftlichen Zweck dienen.⁵⁹ Wie der Geschäftsführer handelt auch das Personal solcher Betriebe aus ökonomischer Motivation, namentlich mit der Absicht der Einkommenssicherung und -erweiterung.

Ungeachtet ihrer *prima facie* Zulässigkeit in der Interessenabwägung vermögen ökonomische Interessen den Schmerz nicht zu rechtfertigen, der den Tieren mit der Lähmung zugefügt wird. Dies verdeutlicht etwa der Vergleich mit Standards, die von Tierethik-Komitees entwickelt worden sind, um die Verhältnismässigkeit (biomedizinischer) Tierversuche zu beurteilen. Die Tierethik-Komitees bedienen sich üblicherweise eines Belastungskatalogs um abzuwägen, wie stark eine Belastung ist und ob weniger einschneidende Alternativen bestehen.⁶⁰ Da das Paralisieren von Fröschen, das Frittieren von Fischen oder das Zerhacken von Tintenfischen nicht mittelgradig kurzfristige oder leichte mittel- bis langfristige

50 Urteil des BGer 1C_122/2009 vom 21. Januar 2010, E. 7; BGE 130 I 16, 16, E. 5; BGE 128 I 3, 14, E. 3e.

51 Eine Ausnahme besteht für jene Handlungen, die nach Art. 16 ff. TSchV absolut verboten sind, wie beispielsweise das Schlagen von Tieren auf Augen oder Geschlechtsteile und das Brechen oder Quetschen des Schwanzes (lit. b), das Töten von Tieren aus Mutwillen, insbesondere das Abhalten von Schiessen auf zahme oder gefangen gehaltene Tiere (lit. c), das Aussetzen oder Zurücklassen eines Tieres in der Absicht, sich seiner zu entledigen (lit. f) oder sexuell motivierte Handlungen mit Tieren (lit. j).

52 BOLLIGER/RICHNER/RÜTTIMANN (Fn. 46), 83.

53 KLEY/SIEGRIST (Fn. 46), 35.

54 BOLLIGER/RICHNER/RÜTTIMANN (Fn. 46), 85.

55 JAMES CRAWFORD, Proportionality, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford 2011, 1 ff., 1.

56 ARIANNA FERRARI/VANESSA GERRITSEN, Güterabwägung, in: Arianna Ferrari/Klaus Petrus (Hrsg.), Lexikon der Mensch-Tier-Beziehungen, Bielefeld 2015, 139 ff., 141.

57 BOLLIGER/RICHNER/RÜTTIMANN (Fn. 46), 87.

58 BOLLIGER/RICHNER/RÜTTIMANN (Fn. 46), 87.

59 Siehe dazu Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, Gesetzesentwurf des Bundesrates zur Änderung des Tierschutzgesetzes, Drucksache 18/6663, 11. November 2015, Stellungnahme der Regierung.

60 REGINA BINDER, Die neue Tierversuchs-Richtlinie – Anspruch, Realität und Perspektiven, ALTEXethik 2/2010, 11 ff., 16.

Schmerzen verursachen, sondern irreversible Schäden und Leiden hervorrufen, welche die Tiere permanent lebensunfähig machen, würde die Lähmung der Tiere als Eingriff des Schweregrads 3 klassifiziert werden: Ihnen wird eine schwere bis sehr schwere oder eine mittelgradige, mittel- bis langfristige Belastung (schwere Schmerzen, andauerndes Leiden oder schwere Schäden, schwere und andauernde Angst oder erhebliche und andauernde Beeinträchtigung des Allgemeinbefindens) zugemutet. Unter Tierversuchsrecht gelten Eingriffe am Tier mit starken oder langdauernden postoperativen Schmerzen, Leiden oder Störungen des Allgemeinbefindens *selbst unter Allgemeinanästhesie* als Eingriff der Schweregradklasse 3.⁶¹ Werden also im Nahrungsmittelbereich Tieren *ohne* Allgemeinanästhesie irreversible Leiden und starke, langandauernde Schmerzen zugefügt, so müsste diese Handlung *a fortiori* als Eingriff der Schweregradklasse 3 klassifiziert werden. Nun vermag gemäss herrschender Lehre das Interesse, den Tieren derartig heftige Schmerzen und Leiden aus rein ökonomischen Überlegungen zuzufügen, das Interesse der Tiere, nicht in ihrem Wohlergehen geschädigt zu werden, nicht zu überwiegen.⁶² Zu diesem Ergebnis gelangen wir auch ohne Bezugnahme auf im Tierversuchsrecht verwendete Belastungskataloge, denn klar ist, dass schwerste Eingriffe in fundamentalste

tierliche Interessen nicht mit rein gewinnerbringenden Beweggründen gerechtfertigt werden können.

Zusammenfassend scheidet die Massnahme also an der Erforderlichkeit, da das Anbieten von Fröschen, Fischen, Mäusen, Kopffüßern oder Tintenfischen zum Verzehr, wie oben dargelegt, nicht bedingt, dass die Tiere ihren eigenen Tod bei vollem Bewusstsein miterleben und in Momenten des Leidens absichtlich am Leben erhalten werden. Der objektive Tatbestand ist zudem aufgrund fehlender überwiegender Interessen an der Misshandlung der Tiere erfüllt.

Trotz dieses positiven Ergebnisses besteht gerade bei der Interessenabwägung, die kraft Art. 4 Abs. 2 TSchG bei Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG gefordert ist, verbesserter Interpretations- und unter Umständen Rechtssetzungsbedarf. Es erscheint stossend, dass ökonomische Interessen generell einen legitimen Zweck darstellen, um Eingriffe in die körperliche und mentale Integrität dieser Tiere zu rechtfertigen. Da die Güterabwägung einseitig von Menschen vis-à-vis von Tieren vorgenommen wird, erfolgt sie stets voreingenommen.⁶³ Es besteht bei ökonomischen Tiernutzungsinteressen deshalb die Gefahr einer absoluten Instrumentalisierung von Tieren für menschliche Zwecke. Eine solche beraubt die Tiere ihrer Würde, die ihnen gemäss Art. 120 Abs. 2 BV und Art. 3 lit. a TSchG zusteht.⁶⁴ Der verfassungsmässige Schutz vor exzessiver Instrumentalisierung kommt allen Tieren zu, ungeachtet ihrer Empfindungsfähigkeit, denn diese haben Eigenwert und sind um ihrer selbst willen schützenswert.⁶⁵ Entsprechend strenger sollten die Bestimmungen von Art. 26 ff. TSchG in der Praxis gehandhabt werden: Ökonomische Interessen – die trivialsten aller menschlichen Bedürfnisse – sollten nie Eingriffe in das Wohlergehen und die Würde des Tieres rechtfertigen können.⁶⁶ Zusätzlich sollten die fundamentalsten Interessen von Tieren in ihrem Kern kraft der verfassungsrechtlich geschützten Tierwürde absolut geschützt werden.⁶⁷

2. Subjektiver Tatbestand

Um gestützt auf Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG verurteilt zu werden, muss das Personal vorsätzlich handeln, d.h. das Wissen und der Wille jedes Täters müssen sich auf sämtliche Merkmale des objektiven Tatbestands erstrecken. Vorliegend könnte argumentiert werden, der Koch verfolge in erster Linie das Ziel, Essen zu kochen bzw. zu verkaufen. Dass das Tier dabei misshandelt wird, sei nicht vom eigentlichen Dolus erfasst, sondern werde – im Sinne eines Nebeneffekts – in Kauf genommen. Entsprechend handle der Täter lediglich fahrlässig.

Hier muss jedoch klar zwischen Eventualvorsatz und grober Fahrlässigkeit unterschieden werden: Von Eventu-

61 Bundesamt für Veterinärwesen (BLV), Einteilung von Tierversuchen nach Schweregraden vor Versuchsbeginn (Belastungskategorien), Allgemeine Leitsätze und Beispiele zur analogen Klassierung weiterer Versuche: https://www.blv.admin.ch/dam/blv/de/dokumente/tiere/publikationen-und-forschung/tierversuche/klassifikation-schweregrad-tv.pdf.download.pdf/116104_DE.pdf, abgerufen am 17. November 2017.

62 Wirtschaftliche Interessen allein sind kein Rechtfertigungsgrund nach Art. 4 Abs. 2 TSchG: BOLLIGER/RICHNER/RÜTTIMANN (Fn. 46), 90.

63 ANNE PETERS, Liberté, Égalité, Animalité, *Transnational Journal of Environmental Law* 5/2016, 25 ff., 49.

64 GIERI BOLLIGER/ANDREAS RÜTTIMANN, Rechtlicher Schutz der Tierwürde: Status quo und Zukunftsperspektiven, in: Christoph Ammann/Birgit Chistensen/Lorenz Engi/Margot Michel (Hrsg.), *Würde der Kreatur: Ethische und rechtliche Beiträge zu einem umstrittenen Konzept*, Zürich/Basel/Genf 2015, 65 ff., 70. Vgl. Botschaft zur Revision des Tierschutzgesetzes vom 9. Dezember 2002, BBl 2002 657 ff., 674: «[D]er Würdebegriff [umfasst] auch die bisherigen Schutzobjekte des Tierschutzrechts, nämlich die Abwesenheit von Schmerzen, Leiden, Schäden und Angst; die Würde greift aber weiter und schliesst neben diesen biologischen auch ethische Aspekte ein.»

65 BOLLIGER/RICHNER/RÜTTIMANN (Fn. 46), 45; MASTRONARDI, *St. Galler Kommentar zu Art. 7 BV*, Rz. 1 ff.

66 BOLLIGER/RÜTTIMANN (Fn. 64), 68; KLAUS PETRUS, Würde, in: Arianna Ferrari/Klaus Petrus (Hrsg.), *Lexikon der Mensch-Tier-Beziehungen*, Bielefeld 2015, 424 ff., 425.

67 Id.

alvorsatz spricht man, wenn der Täter um die Möglichkeit der Verwirklichung eines tatbestandsmässigen Erfolgs weiss und dessen Eintritt billigend in Kauf nimmt.⁶⁸ Der bewusst fahrlässig handelnde Täter erkennt dieses Risiko ebenfalls, vertraut jedoch (aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit) darauf, dass der von ihm als möglich vorausgesehene Erfolg nicht eintreten werde.⁶⁹ Der Unterschied zwischen Eventualvorsatz und grober Fahrlässigkeit besteht also im Willensmoment.⁷⁰ Umgekehrt bedeutet dies, dass für die Erfüllung des subjektiven Tatbestands nach Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG eine böswillige Absicht nicht erforderlich ist.⁷¹ Auch wenn das Personal vorliegend nicht böswillig handelt, muss es davon ausgehen, dass die angewandte Lähmungsmethode bei diesen Tieren starke Schmerzen, Leiden, Schäden und Ängste hervorruft, denn das Ziel besteht gerade in der starken physischen Beeinträchtigung dieser Tiere durch Paralyse. Weiter ist die Schädigung der Tiere nicht nur ein möglicher Nebeneffekt, sondern eine garantierte Folge der Handlungen. Der Koch kann also nicht naiv darauf vertrauen, dass die Schädigung nicht stattfinden werde, sondern er nimmt diese billigend in Kauf; selbst wenn sie für ihn unerwünscht ist.⁷²

Da das Personal eventualvorsätzlich handelt, erfüllt es den objektiven und subjektiven Tatbestand der Tierquälerei im Sinne von Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG. Es macht sich im Ergebnis der ungerechtfertigten vorsätzlichen Tiermisshandlung nach Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG (und somit einer Tierquälerei) i.V.m. Art. 333 Abs. 2 lit. b StGB⁷³ schuldig; ihm droht eine Geldstrafe bis CHF 30'000 und eine Freiheitsstrafe bis 3 Jahre. Da das Delikt als Vergehen qualifiziert wird (Art. 26 Abs. 1 TSchG i.V.m. Art. 10 Abs. 3 StGB), hat das Personal eine Verfolgung und Beurteilung seiner Taten durch die kantonalen Strafbehörden zu erwarten (Art. 31 Abs. 1 TSchG), welche verpflichtet sind, von Amtes wegen tätig zu werden.⁷⁴

B. Tierschutzstrafrechtliche Analyse des Essens lebender Tiere

1. Objektiver Tatbestand

Es verbleibt zu prüfen, ob sich der Restaurantbesucher strafrechtlich relevant verhält, indem er das ihm angebotene immobilisierte Tier verspeist bzw. durch den Verzehr tötet. Anders als das deutsche und österreichische Tierschutzgesetz erachtet das TSchG das Leben von Tieren nicht *per se* als schützenswert,⁷⁵ sondern verlangt lediglich, dass Tiere so schonend wie möglich, d.h. nicht auf qualvolle Art oder aus Mutwillen getötet werden. Qualvoll i.S. der Strafandrohung von Art. 26 Abs. 1 lit. b TSchG ist die Tötung eines Tieres, wenn ihm während

der Tötung erhebliche Schmerzen, Leiden, Schäden oder Ängste zugefügt werden.⁷⁶ In jedem Fall ist die Tötung qualvoll, so Experten, wenn das Tier bei vollem Bewusstsein und Schmerzempfindung über einen längeren Zeitraum stirbt.⁷⁷ Beim Lebendessen in Restaurants liegt in den meisten Fällen eine beträchtliche Zeitspanne zwischen der Lähmung und dem Tod der Tiere; der Kampf bis zum letzten Herzschlag erfolgt aufgrund der Lähmung langsam, bei vollem Bewusstsein und ist deshalb beson-

68 BGE 125 IV 242, 251, E. 3c; BGE 130 IV 61, 65, E. 2.

69 BGE 125 IV 242, 261, E. 3c. Je grösser das Risiko der Tatbestandsverwirklichung ist und je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung wiegt, desto näher liegt die Schlussfolgerung, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen, also pflichtwidrig unvorsichtig darauf vertraut, dass der tatbestandsmässige Erfolg nicht eintreten werde (Id. E. 3c). Siehe auch BGE 119 IV 1, 2, E. 5a.

70 BGE 125 IV 242, 251, E. 3c.

71 Vgl. Art. 4 Abs. 2 TSchG. Sowohl das vorsätzliche wie auch das fahrlässige Zufügen von Schmerzen, Leiden, Schäden oder Ängsten ist nach Schweizer Tierschutzrecht strafbar: Art. 26 Abs. 1 und 2 TSchG.

72 BGE 125 IV 242, 251, E. 3c: «Eventualvorsatz ist gegeben, wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs bzw. die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt, sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein.»

73 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

74 DANIEL JOSITSCH, Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St.Gallen, 2. Aufl. 2013, 17 f. N 56 ff. Siehe dazu aber die kürzlichen Ereignisse im Hefenhofen-Fall: Auf dem Hof von Tierhalter Ulrich K. wurden über 13 tote Tiere gefunden und unzählige weitere seiner 250 Tiere befanden sich in kritischem Zustand. Bereits 2008 wurde der Tierhalter wegen mehrfacher Tierquälerei verurteilt; ein entsprechendes Halteverbot scheiterte aber vor Bundesgericht aufgrund eines Formfehlers. Weitere Schritte wurden vom zuständigen Kantonstierarzt aufgrund persönlicher Drohungen des Täters nicht unternommen (DAVID TORCASSO, Polizei befreit über 250 Tiere im thurgauischen Hefenhofen, Neue Zürcher Zeitung, 7. August 2017).

75 Tierschutzgesetz Deutschland vom 24. Juli 1972, Bundesgesetzblatt I S. 1206, 1313, § 1; Tierschutzgesetz Österreich vom 28. September 2004, Bundesgesetzblatt I Nr. 118/2004, § 6 (1). Vgl. JÖRG LUY, Zum Problem gesetzlicher Regelungen des Lebensschutzes von Tieren, in: Gieri Bolliger/Antoine F. Goetschel/Manfred Rehbinder (Hrsg.), Psychologische Aspekte zum Tier im Recht, Bern 2011, 47 ff. Siehe dazu auch Botschaft (Fn. 64), 674: «Das Gesetz schützt die Würde und das Wohlergehen des Tieres, nicht aber sein Leben. Das Töten von Tieren, beispielsweise bei der Schlachtung, ist wie bisher erlaubt, sofern die Rahmenbedingungen des Tierschutzrechts eingehalten werden.»

76 BOLLIGER/RICHNER/RÜTTIMANN (Fn. 46), 141.

77 BOLLIGER/RICHNER/RÜTTIMANN (Fn. 46), 140; UELI VOGEL-ETIENNE, Der bundesstrafrechtliche Tierschutz, Zürich 1980, 192.

ders grausam und qualvoll. Ein integraler Bestandteil des Lebendverzehrs ist oft auch, dass Tiere weit über wenige Minuten hinaus lebend erhalten und teilweise für den zweiten Gang sogar wiederverwendet werden.

Weitere Hinweise für diese Schlussfolgerung liefern die Rechtswissenschaften. Gemäss Lehre gelten das Ertränken, Erfrieren, Verhungernlassen, der Einsatz von Giftködern und Stromfallen sowie die Lebendverfütterung von Mäusen an Schlangen als Beispielfälle für die qualvolle Tötung.⁷⁸ Speziell die Lebendverfütterung von Tieren (typischerweise an andere domestizierte Tiere) führt keinen unmittelbaren Tod hervor, weshalb sie nach Art. 4 Abs. 3 TSchV *e contrario* verboten ist. Entsprechend muss die Lebendverfütterung von Tieren an Menschen gewertet werden: Lebendig gegessen zu werden ist qualvoll für ein empfindungsfähiges Tier, ungeachtet davon, ob es von einem Tier oder von einem Menschen verspiessen wird. Der Wortlaut von Art. 4 Abs. 3 TSchV beschränkt dessen Anwendungsbereich denn auch nicht auf tierische Verpeiser.

Qualvoll ist eine Tötung nicht nur, wenn sie einen langsamen Tod hervorruft, sondern auch wenn das Tier nicht korrekt betäubt worden ist.⁷⁹ Gemäss Art. 21 Abs. 1 TSchG dürfen Säugetiere nur geschlachtet werden, wenn sie vor dem Blutentzug betäubt worden sind. Der Bundesrat kann eine Betäubungspflicht für die Schlachtung weiterer Tiere vorsehen (Art. 21 Abs. 2 TSchG) und bestimmt die zulässigen Betäubungsmethoden (Art. 7 Abs. 2 TSchG). Die gesetzlichen Betäubungsvorschriften wurden auf Verordnungsebene in Art. 178 Abs. 1 TSchV konkretisiert, der die Betäubung eines jeden Wirbeltieres vorschreibt. Wirbeltiere wie Mäuse, Fische und Frösche dürfen also nicht ohne Betäubung lebendig gegessen bzw. getötet werden. Art. 178 Abs. 3 TSchV erlaubt hingegen die betäubungslo-

se Tötung von Fröschen, sofern diese bei der Schlachtung in gekühltem Zustand geköpft werden und ihr Kopf sofort vernichtet wird. Wird diese Methode nicht verwendet, müssen Frösche, *e contrario*, betäubt werden.

Dürfen Garnelen, Tintenfische und Panzerkrebse also ohne Betäubung lebendig gegessen werden? Das Bundesamt für Landwirtschaft (BLV) sieht derzeit eine Anpassung von Art. 178 TSchV vor, wonach neu auch Panzerkrebse betäubt werden müssen.⁸⁰ Dieser Schritt ist lobenswert, jedoch längst überfällig, wenn man bedenkt, dass Art. 1 TSchV Panzerkrebse seit 2008 dem Tierschutzrecht unterstellt. Für Garnelen und Tintenfische hingegen fehlen in der TSchV jegliche Vorschriften zur Betäubungspflicht, was aus nachfolgend zu erörternder teleologischer, wie auch aus gesetzssystematischer Sicht wenig Sinn ergibt. Tintenfische fallen in den Schutzbereich des geltenden Tierschutzrechts (Art. 1 TSchV). Die TSchV enthält aber keine Bestimmungen zur «optimalen» Tötung dieser Tiere. Dies widerspricht der Ratio des TSchG und dem Verbot der Tierquälerei nach Art. 26 Abs. 1 lit. b TSchG, welcher die Tötung eines Tieres verbietet, wenn sie qualvoll erfolgt.⁸¹ Da Tintenfische gemäss empirischer Forschung erwiesenermassen Schmerzen und Leiden empfinden können, wenn sie «unsachgemäss» getötet werden, handelt es sich vorliegend bei der fehlenden Regulierung ihrer Tötungsmethoden um eine Untätigkeit des Bundesrates, die als Regelungslücke gewertet werden muss. Eine richterliche Ersatzgesetzgebung kann aber nur dann vorgenommen werden, wenn «die zuständigen Behörden (ihrer) Verpflichtung offensichtlich nicht nachkommen bzw. ihren Ermessensspielraum missbrauchen.»⁸² Vorliegend könnte angebracht werden, dass Tintenfische bereits seit längerer Zeit vom Bundesrat als schmerzempfindungsfähige Wesen anerkannt sind (Art. 1 TSchV) und dessen Untätigkeit deshalb speziell stossend bzw. als offensichtliche Unterlassung zu werten ist. Ausserdem kommt dem Bundesrat beim Vorliegen wissenschaftlicher Beweise keine Gestaltungsfreiheit zu, kraft welcher er entscheiden könnte, ob Tintenfische Schutz vor qualvoller Tötung geniessen sollten oder nicht. Jedoch gilt im Bereich des Strafrechts aufgrund des Grundsatzes *nulla poena sine lege* diesbezüglich ein strenger Massstab. Vorliegend kann der Bundesrat deshalb lediglich dazu aufgefordert werden, seiner Pflicht künftig mit dem Erlass spezifischer Tötungsmethoden für Tintenfische nachzukommen. Anders als Tintenfische fallen Garnelen gegenwärtig nicht in den Schutzbereich des schweizerischen Tierschutzrechts, sodass ihnen jeglicher Schutz versagt bleibt. Da sich der Bundesrat in seiner Entscheidung über die Schutzbedürftigkeit wirbelloser Tiere an den wissenschaftlichen Erkenntnissen über

78 BOLLIGER/RICHNER/RÜTTIMANN (Fn. 46), 140. Die Tötung eines Wirbeltiers ist ohne Betäubung zulässig bei der Jagd, oder im Rahmen zulässiger Schädlingsbekämpfungsmassnahmen, wenn die angewandte Tötungsmethode das Tier unverzüglich und ohne Schmerzen oder Leiden in einen Zustand der Empfindungs- und Wahrnehmungslosigkeit versetzt (Art. 178 Abs. 2 TSchV). Siehe auch Art. 2 Abs. 1 TSchG, der einen Vorbehalt zugunsten des Jagdgesetzes festlegt.

79 BOLLIGER/RICHNER/RÜTTIMANN (Fn. 46), 141; ANTOINE E. GOETSCHEL, Kommentar zum Eidgenössischen Tierschutzgesetz, Bern/Stuttgart/Wien 1986, 162 N 4; Urteil des Obergerichts Luzern vom 8. April 2005 (TIR-Datenbank LU05/003).

80 https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2782/Verordnungen-im-Veterinaerbereich_Entwurf-TSchV_de.pdf, abgerufen am 17. November 2017.

81 BOLLIGER/RICHNER/RÜTTIMANN (Fn. 46), 41.

82 Urteil des BGer 1A_134/2003 vom 5. April 2004, E. 3.2; Urteil des BGer 1A_251/2002 vom 24. Oktober 2003, E. 4.

deren Empfindungsfähigkeit orientieren muss und Garnelen wie oben dargelegt erwiesenermassen Schmerzbewusstsein haben, sollte der Geltungsbereich der TSchV *de lege ferenda* auf sie ausgeweitet werden.⁸³

In Bezug auf die Methode der Betäubung im Falle der Schlachtung eines Tieres präzisiert Art. 185 Abs. 1 TSchV, dass dieses Tier so zu betäuben ist, dass es möglichst unverzüglich und unter Vermeidung von Schmerzen oder Leiden in einen bis zum Tod anhaltenden Zustand der Empfindungs- und Wahrnehmungslosigkeit versetzt wird. Art. 184 Abs. 1 TSchV nennt anerkannte Betäubungsmethoden, die dieses Ziel zu erreichen scheinen. Fische beispielsweise dürfen nur mit einem stumpfen, kräftigen Schlag auf den Kopf, per Genickbruch, Elektrizität, oder mechanischer Zerstörung des Gehirns betäubt werden (lit. i). Panzerkrebse können elektrisch oder mittels mechanischer Zerstörung des Gehirns betäubt werden (lit. j). Werden andere Betäubungsmethoden verwendet, so erfolgt die Betäubung gesetzeswidrig. Nicht spezifizierte Betäubungsmethoden, wie jene der Maus, folgen dem Grundsatz von Art. 185 Abs. 1 TSchV.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ein Kunde, der Fische, Mäuse, Frösche oder Hummer bei lebendigem Leib und ohne Schmerzausschaltung isst, sich nach Art. 26 Abs. 1 lit. b TSchG schuldig macht und gegebenenfalls Art. 185 TSchV und Art. 184 TSchV verletzt. Ist der Kunde einen partiell zerhackten Tintenfisch, der bei vollem Bewusstsein serviert wird, ist er ebenfalls nach Art. 26 Abs. 1 lit. b TSchG zu bestrafen, jedoch verletzt er weder Art. 185 TSchV noch Art. 184 TSchV. *De lege lata* verstösst es derzeit nicht gegen das TSchG, Garnelen lebendig zu essen.

Anders als die Tierquälerei unter Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG muss die qualvolle Tötung nicht mit potentiell überwiegenden öffentlichen Interessen abgewogen werden. Gemäss Art. 4 Abs. 3 TSchG verbietet der Bundesrat Handlungen an Tieren, welche die Würde der Tiere missachten. Kraft der Delegationsnorm von Art. 4 Abs. 3 TSchG hat der Bundesrat in Art. 16 TSchV das Misshandeln, Vernachlässigen und unnötige Überanstrengen von Tieren verboten; diese Handlungen gelten per se als Würdemissachtungen.⁸⁴ Insbesondere ist, so Art. 16 Abs. 2 lit. a TSchV, das Töten von Tieren auf qualvolle Art absolut verboten. Die Güterabwägung tierlicher Interessen, nicht qualvoll getötet zu werden, mit dem öffentlichen Interesse, Tiere qualvoll zu töten, wurde hier vom Gesetzgeber selbst verbindlich vorweggenommen und steht dem Normanwender deshalb nicht zu.⁸⁵ Wer eine qualvolle Tötung begeht, macht sich also ungeachtet möglicher höherwertiger Interessen aufgrund einer Verletzung von Art. 16 Abs. 2 lit. a TSchV nach Art. 26 Abs. 1 lit. b TSchG strafbar.

Ähnlich sieht dies die Rechtsprechung. Im Strafbefehl vom 29. März 2015 befand die Staatsanwaltschaft Solothurn, dass sich die beschuldigte Person nach Art. 26 Abs. 1 lit. b TSchG mehrerer qualvoller Tötungen schuldig gemacht hat, indem sie es unterliess, die zur Betäubung von Wasserbüffeln notwendigen Betäubungsgeräte zur Verfügung zu stellen. Trotz Schlachtverbot und vorgängig misslungener Betäubung befahl die beschuldigte Person ihren Unterstellten, weitere 6 Wasserbüffel zu schlachten.⁸⁶ Im Kanton Zürich machte sich eine Person nach Art. 26 Abs. 1 lit. b TSchG schuldig, indem sie vorsätzlich stark säurehaltiges Zementwasser in einen Bach fliessen liess, was zum qualvollen Tod von 150 Bachforellen und 800 Stück Fischbrut führte.⁸⁷ Der Zement verklebte die Kiemen der Fische und liess sie langsam und qualvoll verstickten. Auch einer qualvollen Tötung macht sich schuldig, wer Fische in einem Plastiksack mit nach Hause nimmt, ohne sie fachgerecht zu betäuben oder zu töten, und die Fische deshalb einem langsamen Erstickungstod erliegen.⁸⁸

83 STIFTUNG FÜR DAS TIER IM RECHT (Fn. 39), 5.

84 RICHNER (Fn. 47), 61.

85 BRUNNER (Fn. 47), 41; RICHNER (Fn. 47), 61; BOLLIGER/RICHNER/RÜTTIMANN (Fn. 46), 126: «Art. 4 Abs. 3 TSchG ermächtigt den Bundesrat, bestimmte Handlungen generell zu untersagen, wenn damit die Würde von Tieren missachtet wird. Er kann somit auf Verordnungsstufe festlegen, dass gewisse Eingriffe in jedem Fall den Tatbestand von Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG erfüllen. Die Verhältnismässigkeitsprüfung entfällt hier somit bzw. wurde vom Gesetzgeber bereits vorweggenommen. In den ausführlichen Verbotskatalogen von Art. 16 ff. TSchV hat der Bundesrat umfassenden Gebrauch von seiner Kompetenz gemacht und eine Reihe von Handlungen an sämtlichen Wirbeltieren (sowie mit Kopffüssern und Panzerkrebsen) sowie eine Vielzahl von Verhaltensweisen, die sich auf den Umgang mit speziellen Tierarten beziehen, als Missachtung der Tierwürde untersagt.» Siehe dazu auch die Ausführungen des Bundesrates zu Art. 16 ff. TSchV (alt Art. 22 aTSchG), Botschaft über ein Tierschutzgesetz vom 9. Februar 1977, BBl 1977 1075 ff., 1093: «Es handelt sich dabei insbesondere um die allgemeinen Verbotstatbestände des – aufzuhebenden – Artikels 264 StGB, ergänzt durch eine Reihe weiterer Handlungen, die entweder den Tatbestand der Tierquälerei erfüllen oder aus ethischen Gründen abzulehnen und deshalb zu verbieten sind.»

86 Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Solothurn vom 29. März 2015 (TIR-Datenbank SO12/015).

87 Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 15. Januar 2010 (TIR-Datenbank ZH10/171).

88 Strafbefehl des Bezirksamts March vom 11. Januar 2010 (TIR-Datenbank SZ10/016).

2. Subjektiver Tatbestand

Hinsichtlich des subjektiven Tatbestandes gilt für Besucher von Restaurants, die den Lebendverzehr von Tieren anbieten, Folgendes: Die Kundschaft, welche zwar vermutlich primär kulinarisch und nicht sadistisch motiviert handelt, nimmt die qualvolle Tötung zumindest billigend in Kauf. Damit handelt sie eventualvorsätzlich und macht sich einer ungerechtfertigten vorsätzlichen qualvollen Tötung nach Art. 26 Abs. 1 lit. b TSchG (und somit einer Tierquälerei) i.V.m. Art. 333 Abs. 2 lit. b StGB schuldig.

C. Täterschaft und Teilnahme

Zusätzlich zur individuellen Strafbarkeit ist vorliegend die akzessorische Strafbarkeit zu prüfen. Bietet das Restaurantpersonal gelähmte Tiere zum lebendigen Verzehr an, kann dieses Vorgehen zusätzlich als Anstiftung zur qualvollen Tötung gewertet werden. Wichtig dabei ist, dass der Kunde nicht bereits vorher den Tatentschluss gefasst hat, sondern das Personal dessen Entschluss zur vorsätzlichen Tatbegehung hervorruft,⁸⁹ was vorliegend vor allem bei der Laufkundschaft der Fall sein wird. Bestraft wird das Personal entsprechend der Strafandrohung des Täters (Art. 24 Abs. 1 StGB). Ausserdem zu prüfen wäre eine Strafbarkeit aufgrund der Gehilfenschaft (Art. 25 StGB): Indem das Personal vorsätzlich gelähmte Tiere zum Verzehr anbietet, leistet es einen kausalen Beitrag zur qualvollen Tötung; ohne dessen Mitwirkung hätte sich die Tat anders abgespielt, womöglich hätte sie gar nicht stattgefunden.⁹⁰ Eine Mittäterschaft hingegen kommt vorliegend vermutlich nicht in Frage, da zwischen dem Restaurantpersonal und den Kunden kein gemeinsamer Tatentschluss getroffen wird und sie die Tat nicht gemeinsam ausführen.⁹¹

Schlussendlich sollte die Staatsanwaltschaft bezüglich der Tiermisshandlung nach Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG und der Anstiftung und Gehilfenschaft zur qualvollen Tötung nach Art. 26 Abs. 1 lit. b TSchG i.V.m. Art. 24 und 25 StGB in Erwägung ziehen, auf die dahinterstehende juristische Person zurückzugreifen. Art. 30 TSchG bietet

die Grundlage für die tierschutzstrafrechtliche Verantwortung juristischer Personen und erklärt Art. 6 des Verwaltungsstrafrechts (VStrR)⁹² für anwendbar. Lassen es leitende Organe von Geschäftsbetrieben trotz Aufsichts- und Sorgfaltspflicht zu, dass deren Mitarbeiter tierschutzwidrige Handlungen begehen, oder instruieren diese gar dazu, so unterstehen sie denselben Strafbestimmungen wie die handelnden Täter (Art. 6 Abs. 2 VStrR).

V. Fazit und abschliessende Bemerkungen

Mit der fortschreitenden Etablierung exotischer Food-Trends in der Schweiz, wie das Essen von Insekten, muss sich auch der Schweizer Gesetzgeber auf Restaurants à la *Sannakji*, *Ikizukuri*, *San Zhi Er*, *Odori Ebi*, *Shirouo*, *Goong Ten*, *Casu Marzu et al.* gefasst machen. Ziel des vorliegenden Artikels war es, zu untersuchen, ob und inwiefern der Schweizer Gesetzgeber hinsichtlich seiner tierschutzrechtlichen Bestrebungen für den aufkommenden Food-Trend gewappnet ist.

Dazu wurde im ersten Teil untersucht, ob typischerweise lebend verspiesene Tiere vom Geltungsbereich des TSchG erfasst sind. Der vorliegende Artikel hat die neusten wissenschaftlichen Erkenntnisse über die typischerweise lebend verzehrten Tiere vorgestellt und mit dem geltenden Schutzbereich des TSchG verglichen. Die Analyse hat ergeben, dass die Empfindungsfähigkeit Hauptkriterium für die Anwendbarkeit des TSchG ist, der Bundesrat jedoch seiner in Art. 2 Abs. 1 TSchG niedergelegten Pflicht, den Katalog der schutzwürdigen Tiere *qua* erwiesener Empfindungsfähigkeit kontinuierlich zu erweitern, nicht hinreichend nachkommt. Dabei wurde manifest, dass speziell Garnelen derzeit trotz ihrer emotionalen und kognitiven Fähigkeiten jeglicher Schutz verweigert wird, was *de lege ferenda* vom Bundesrat zu beheben ist. Alternativ könnte Art. 2 Abs. 1 TSchG dahingehend abgeändert werden, dass zusätzlich zu Wirbeltieren auch wirbellosen Tieren die Vermutung der Empfindungsfähigkeit zukommt; gewissermassen eine wiederlegbare Vermutung mit dem Namen *in dubio pro animali* à la Vorsorgeprinzip.

Der zweite Teil der vorliegenden Analyse widmete sich der Frage, inwiefern sich an diesem wachsenden Food-Trend beteiligte Personen tierschutzstrafrechtlich relevant verhalten. Dazu wurde erst die vom Restaurantpersonal vorgenommene Lähmung der Tiere zum Zweck des Lebendverzehrs untersucht. Die meisten für den Lebendverzehr gelähmten Tiere erleiden derart massive Gewebe-, Organ- und Gliedmassenschäden, dass sie nicht mehr lebensfähig sind und deshalb als i.S.v. Art. 26

⁸⁹ GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011, 377 N 98.

⁹⁰ Vgl. BGE 128 IV 68; BGE 129 IV 126. Der Gehilfe muss die Erfolgchancen der tatbestandserfüllenden Handlung erhöhen und die beschuldigte Person muss den Taterfolg selbst nicht wollen oder ihn billigen, um mit Gehilfenvorsatz gehandelt zu haben: BGE 120 IV 265, 269, E. 2.

⁹¹ Vgl. BGE 120 IV 265, 269, E. 2.

⁹² Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (VStrR), SR 313.0.

Abs. 1 lit. a TSchG misshandelt gelten. Trotzdem ist die Tiermisshandlung nur dann strafbar, wenn kein überwiegendes gegenläufiges Interesse an der Lähmung und Lebenderhaltung der Tiere besteht. Vorliegend wurde dies bejaht aufgrund der substituierbaren ökonomischen Interessen, die im Vergleich zu den massiven Eingriffen am Tier regelrecht verblassen. Ungeachtet dieses Ergebnisses hat der vorliegende Artikel argumentiert, dass die Interessenabwägung für die Evaluierung der Strafbarkeit einer Tiermisshandlung ein höchst unpassendes Instrumentarium ist, da sie stets strukturell voreingenommen erfolgt. Gerade dass substituierbare ökonomische Interessen überhaupt einen legitimen Zweck darstellen können, kreiert eine reelle Gefahr der absoluten Instrumentalisierung von Tieren für triviale menschliche Zwecke. Diese exzessive Instrumentalisierung verletzt die Würde des Tieres, die kraft Art. 120 Abs. 2 BV Verfassungsrang genießt.

Um auf die vorliegende Problematik zurückzukehren, ist auch der subjektive Tatbestand der Tiermisshandlung erfüllt (Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG), denn das Personal – selbst wenn es keine böswillige Absicht verfolgt – handelt eventualvorsätzlich: Es muss davon ausgehen, dass die angewandte Lähmungsmethode bei den Tieren starke Schmerzen, Leiden, Schäden und Ängste hervorruft.

Daraufhin hat der vorliegende Artikel untersucht, ob Gäste, die die gelähmten Tiere lebend verspeisen, sich tierschutzstrafrechtlich verantwortlich machen. Hier wurde der Tatbestand der qualvollen Tötung nach Art. 26 Abs. 1 lit. b TSchG ins Auge gefasst. Gemäss herrschender Lehre wird kraft Art. 4 Abs. 3 TSchV *e contrario* der Lebendverzehr von Tieren als qualvolle Tötung qualifiziert. Eine solche liegt auch dann vor, wenn ein Tier vor seiner Tötung nicht korrekt betäubt worden ist. Das Schweizer Tierschutzgesetz bietet hier relativ wirksamen Schutz für Fische und Mäuse, indem es eine Betäubungspflicht für deren Tötung vorschreibt. Mit der Revision der TSchV wurde dieser Schutz auf Panzerkrebse ausgeweitet. Nach wie vor bestehen aber gravierende regulatorische Lücken und gesetzssystematische Widersprüche in Bezug auf Garnelen und Tintenfische. Die TSchV verpasst es derzeit, «adäquate» Tötungsmethoden für Tintenfische vorzuschreiben sowie die erwiesenermassen empfindungsfähigen Garnelen in dessen Schutzbereich aufzunehmen. In Anbetracht der wachsenden wissenschaftlichen Erkenntnisse über die hohe Empfindungsfähigkeit aller nach TSchV «tötbaren» Tiere sollten die brachialen Betäubungs- und Tötungsmethoden (z.B. Genickbruch, mechanische Zerstörung des Gehirns oder Elektroschocks) – die das TSchV nicht nur legitimiert, sondern explizit vorschreibt – zudem grundlegend hinterfragt werden.