

(BVGer vom 13.2.2018, F-3332/2015, E. 4.3; vgl. auch CARONI et al., 188 f.). Das Bundesgericht legt selber fest, dass für einen persönlichen Härtefall die Lebens- und Daseinsbedingungen vom durchschnittlichen Schicksal von Ausländern in gesteigertem Masse abweichen müssen (BGE 119 Ib 33, E. 4c). Ausserdem sind die Erfolgsaussichten eines solchen Gesuchs äusserst gering, weshalb entsprechende Anträge nur selten gestellt werden (vgl. SPESCHA et al., Handbuch zum Migrationsrecht, 4. Aufl., Zürich 2020, 309 f.). Die bundesgerichtliche Argumentation im vorliegenden Fall vermag insofern nicht zu überzeugen. Es erscheint äusserst fragwürdig, inwiefern das Verhalten einer Person, die eine sehr restriktive und selten zur Anwendung gelangende Ausnahmegewilligung erhalten hat, dennoch geradezu einen Durchschnittsfall für einen illegalen Aufenthalt darstellen soll.

Ebenso ist zu berücksichtigen, dass betroffene Personen für das Stellen eines Härtefallgesuchs ihre Identität und ihre Lebensgeschichte – und damit auch die Strafbarkeit nach Art. 115 AIG – offenlegen müssen. Dabei stellen sich Zweifel betreffend der Vereinbarkeit mit dem strafprozessualen Verbot der Selbstbelastung nach Art. 113 StPO (UEBERSAX, 21; SCHAAD, Verhältnis zwischen der ausländerrechtlichen Mitwirkungspflicht und den strafprozessualen Verweigerungsrechten, in: Jusletter 20. März 2017, N 35). Auch dieser Umstand legt eine Strafbefreiung nahe.

Schliesslich sind bei einer Anwendung der Strafbefreiung auch präventive Überlegungen anzustellen. So muss sich die Strafbefreiung und damit die Differenzierung zwischen Regelfall und der zu beurteilenden Tat aus spezial- und generalpräventiven Gesichtspunkten rechtfertigen (JOSITSCH/EGE/SCHWARZENEGGER, 67). Auch in dieser Hinsicht legt die erfolgte migrationsrechtliche Legalisierung nahe, dass an der Bestrafung des vorangehenden illegalen Aufenthalts keine öffentlichen und privaten Interessen mehr bestehen (UEBERSAX, 21).

III. Fazit

Insgesamt überzeugt der vorliegende Entscheid nicht. Das Bundesgericht begnügt sich mit einer zu stark auf die objektive Tatschwere abstellenden Begründung. Dass eine verwaltungsrechtliche Legalisierung eines zunächst illegalen Aufenthalts für die strafrechtliche Bewertung unbeachtlich sein soll, kann nicht richtig sein. Ausserdem verstärkt diese Rechtsprechung die problematische Situation von regularisierten Sans-Papiers (vgl. auch GRASDORF-MEYER/OTT/VETTERLI, Geflüchtete Menschen im Schweizer Recht, Bern 2021, Rz. 1371; UEBERSAX, 21). Dementsprechend ist zu hoffen, dass das Bundesgericht von dieser Praxis wieder abrückt oder dass der Gesetzgeber klare Regeln schafft, die die strafrechtliche Verurteilung von migrationsrechtlich legalisierten Personen alleine aufgrund des vorangehenden unbewilligten Aufenthalts bzw. der unbewilligten Arbeitstätigkeit verhindern.

Dr. Gian Ege, Universität Zürich



3.5 Weitere Nebengebiete Autres domaines accessoires

Nr. 9 Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, Urteil vom 13. Oktober 2020 i.S. A. gegen Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland – SB200115-O/U/cs

Art. 26 Abs. 1 lit. a i. V. m. 3 lit. a und Art. 4 Abs. 2 TSchG: Tierquälerei.

Der Tierquälerei im Sinne von Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG macht sich strafbar, wer u. a. ein Tier misshandelt, vernachlässigt oder dessen Würde in anderer Weise missachtet. Je nach Tatbestandsvariante handelt es sich bei der Tierquälerei um ein Erfolgsdelikt, womit durch die Tathandlung Schmerzen, Leiden, Schäden oder Ängste verursacht werden müssen. Das tatbestandsmässige Verhalten muss nicht zwingend in einer aktiven Handlung vorliegen, sondern ist auch durch Unterlassung möglich. Wenn der Täter eine sogenannte Garantstellung innehat und aufgrund dieser verpflichtet ist, die Gefährdung oder Verletzung des betroffenen Rechtsguts zu verhindern, können Straftaten auch durch pflichtwidriges Untätigbleiben begangen werden. Eine Garantpflicht für das Tier trifft neben dessen Halter auch einen mit der Behandlung eines Tieres beauftragten Tierarzt.

In Art. 3 lit. a TSchG wird die Würde eines Tieres als Eigenwert des Tieres, der im Umgang mit ihm geachtet werden muss, umschrieben. Die Würde des Tieres wird missachtet, wenn eine Belastung des Tieres (u. a. Schmerzen, Leiden oder Schäden) nicht durch überwiegende Interessen gerechtfertigt werden kann. Bereits innerhalb der Tatbestandsvoraussetzungen der Tierquälerei im Sinne von Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG ist somit je nach Tatbestandsvariante eine Interessenabwägung (Eignung, Erforderlichkeit, Verhältnismässigkeit im engeren Sinn) vorzunehmen. (Regeste forumpoenale)

Art. 26 al. 1 let. a cum 3 let. a et art. 4 al. 2 LPA : mauvais traitements infligés aux animaux.

Se rend coupable de mauvais traitements infligés aux animaux selon l'art. 26 al. 1 let. a LPA celui qui, notamment, maltraite un animal, le néglige ou le surmène inutilement ou porte atteinte à sa dignité d'une autre manière. En fonction de la variante qui réalise les éléments constitutifs du délit, les mauvais traitements infligés aux animaux représentent une infraction matérielle dont le résultat consiste dans des douleurs, des souffrances, des dommages ou des peurs que les agissements de l'auteur doivent avoir causés. Le comportement typiquement contraire au droit pénal ne doit pas nécessairement résider dans une action ; il peut également prendre la forme d'une abstention. Lorsque l'auteur revêt une position de garant qui lui fait obligation d'empêcher la mise en dan-

ger ou la lésion du bien juridique protégé, les infractions sont susceptibles d'être perpétrées au gré d'une omission contraire aux devoirs de l'intéressé. Une position de garant revient non seulement au détenteur de l'animal, mais aussi au vétérinaire mandaté pour le soigner.

L'art. 3 let. a LPA définit la dignité d'un animal comme une valeur intrinsèque de celui-ci. La dignité de l'animal est bafouée lorsqu'une sollicitation de celui-ci (à l'origine notamment de douleurs, de souffrances ou de dommages) ne peut pas être justifiée par des intérêts prépondérants. En fonction de la variante considérée, il faut procéder à une pesée des intérêts en présence déjà au niveau des éléments constitutifs de l'infraction de mauvais traitements infligés aux animaux telle que la prévoit l'art. 26 al. 1 let. a LPA. (Résumé forumpoenale)

Art. 26 cpv. 1 lett. a in comb. disp. con l'art. 3 lett. a e l'art. 4 cpv. 2 LPAn: maltrattamento di animali.

Si rende punibile per maltrattamento di animali ai sensi dell'art. 26 cpv. 1 lett. a LPAn chiunque, tra l'altro, maltratta un animale, lo trascura o lede in altro modo la sua dignità. A seconda della variante di fattispecie che si considera, il maltrattamento di animali costituisce un reato d'evento con cui, mediante l'atto, devono essere causati dolori, sofferenze, lesioni o stati d'ansietà. Il comportamento costitutivo del reato non deve necessariamente consistere in una condotta attiva, ma è anche possibile che avvenga per omissione. Quando l'autore ha una cosiddetta posizione di garante sulla base della quale è tenuto a impedire che il bene giuridico interessato sia messo in pericolo o lesa, i reati possono essere compiuti anche mediante un'omissione contraria a un obbligo di agire. La posizione di garante per l'animale spetta, oltre al suo detentore, anche a un veterinario a cui è affidato il trattamento di un animale.

All'art. 3 lett. a LPAn, la dignità di un animale è descritta come un valore intrinseco dell'animale che va rispettato da chiunque se ne occupi. Il fatto di arrecare all'animale un aggravio (tra l'altro dolori, sofferenze e lesioni) che non può essere giustificato da interessi preponderanti è lesivo della sua dignità. A seconda della variante della fattispecie, si deve dunque effettuare una ponderazione degli interessi (idoneità, necessità, proporzionalità in senso stretto) già al momento in cui si esaminano le condizioni di fatto del maltrattamento di animali ai sensi dell'art. 26 cpv. 1 lett. a LPAn. (Regesto forumpoenale)

Hinweis der Schriftleitung: Der Entscheid ist rechtskräftig.

Sachverhalt:

Das BezGer Bülach sprach A. der Tierquälerei im Sinne von Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG in Verbindung mit Art. 3 lit. a TSchG und Art. 4 Abs. 2 TSchG schuldig und bestrafte ihn mit einer Geldstrafe. A. reichte daraufhin Berufung beim OGer ZH ein.

In der Anklage wird ausgeführt, der Beschuldigte habe in seiner Funktion als Bestandestierarzt am 22. Dezember 2017 im Stall des Tierhalters B. ein hochträchtiges und festliegendes Rind angetroffen. Er habe das Tier untersucht und festgestellt, dass dieses nicht mehr von sich aus habe aufstehen respektive hinten nicht mehr habe stehen können (und so nicht mehr in der Lage war, zu gebären), schwer verletzt gewesen sei und ein mangelhaftes Allgemeinbefinden sowie einen mangelhaften Zustand der Haut, der Gliedmassen, der Klauen und des Euters aufgewiesen habe. Gestützt auf seine veterinärmedizinische Untersuchung habe der Beschuldigte vor Ort die Verdachtsdiagnose einer Becken- und Oberschenkelfraktur gestellt. All dies habe er im «Zeugnis über die Schlachtieruntersuchung» vom 22. Dezember 2017 schriftlich festgehalten. Er habe erkannt, dass das Rind Schmerzen gehabt habe und diese sicher massiv gewesen seien.

Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, das hochträchtige Rind trotz der wahrgenommenen schweren Verletzung und der damit zusammenhängenden – vom betroffenen Tier offensichtlich gezeigten – Schmerzen und Leiden als transportfähig eingeschätzt zu haben. Gestützt auf seine Entscheidung wurde das Tier mittels eines Krans und Hebegurten in den Transportwagen/Viehhänger von B. gehievt und bei einer Transportdauer von ca. 25 Minuten ohne jegliche Fixation der Fraktur zur Krankenschlachtung in ein Schlachthaus gebracht. Durch sein Handeln habe der Beschuldigte dem schwer verletzten Rind erhebliche zusätzliche und unnötige Belastungen, mithin Ängste, Schmerzen, Leiden und Schäden zugefügt. So seien bei der anschliessenden Fleischuntersuchung als Anzeichen für die vom Rind zusätzlich erlittenen Ängste, Schmerzen, Leiden und Schäden massive Einblutungen im Bereich des linken Beckens und der Oberschenkelmuskulatur, das Ausrenken des Hüftgelenkes, die Anwesenheit von Knochensplintern in der Hüftgelenkspfanne und die Unauffindbarkeit des Oberschenkelkopfes festgestellt worden.

Weiter wird dem Beschuldigten vorgeworfen, dass ihm zur Erreichung der von ihm verfolgten Ziele – einerseits das Leben des ungeborenen Kalbes zu retten und andererseits die Verwertung des Fleisches zu gewährleisten – andere tierärztliche Massnahmen zur Verfügung gestanden hätten, die ohne die unnötigen zusätzlichen Belastungen für das schwer verletzte Rind zum selben Ziel geführt hätten. Namentlich wäre es gemäss Anklagevorwurf unter den geschilderten Umständen seine Pflicht gewesen, das Rind so schnell wie möglich vor Ort betäuben und entbluten zu lassen (unter gleichzeitiger Vornahme eines konservativen Kaiserschnitts).

Dem Beschuldigten wird schliesslich in subjektiver Hinsicht zur Last gelegt, dass er dadurch, dass er das schwer verletzte Rind wider besseres Wissen – mithin obwohl er davon ausgegangen sei bzw. davon habe ausgehen müssen, dass das schwer verletzte Tier sicher nicht mehr transportfähig gewesen sei – auf die beschriebene Art und Weise ins Schlachthaus habe transportieren lassen, zumindest in Kauf genommen habe, dass er dem schwer verletzten Tier erhebliche zusätzliche und unnötige Schmerzen, Leiden und Schäden zugefügt habe, obwohl dies durch nichts gerechtfertigt gewesen sei. Gemäss Eventualklage wird dem Beschuldigten zur Last gelegt, verkannt zu haben, dass das Tier in Tat und Wahrheit derartig starke Schmerzen gehabt habe und aufgrund seines Zustands nicht mehr transportfähig gewesen sei. Er habe aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit und irrtümlicherweise darauf vertraut, dass das Tier ohne zusätzliche Belastungen zur Krank-

schlachtung in den Schlachtbetrieb habe transportiert werden können. Durch den Transport in das Schlachthaus ohne jegliche Fixation der Fraktur habe der Beschuldigte das schwer verletzte Rind erheblichen zusätzlichen und unnötigen Belastungen, sprich Ängsten, Schmerzen, Leiden und Schäden ausgesetzt. Dadurch habe er die ihm als verantwortlichem Bestandestierarzt obliegende und in diversen Normen der Tierschutzgesetzgebung (Art. 3 TSchG, Art. 4 TSchG, Art. 155 TSchV) wie auch in den einschlägigen Fachinformationen des Bundesamts für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen (BLV) sowie des Veterinäramtes des Kantons Zürich (namentlich im Newsletter für Tierärztinnen und Tierärzte 05/2015 vom 23. September 2015) verankerte (tierärztliche) Sorgfaltspflicht und die entsprechenden Regeln der tierärztlichen Kunst («Good Veterinary Practice») missachtet. Gemäss diesen dürften Tiere nur transportiert werden, wenn sie den Transport ohne erhebliche, zusätzliche und unnötige Belastungen, sprich Ängste, Schmerzen, Leiden und Schäden, überstehen, und seien nicht transportfähige Tiere (wie gerade festliegende Tiere, nicht gehfähige Tiere, Tiere mit starken Schmerzen durch Brüche etc.) an Ort und Stelle fachkundig zu betäuben und zu entbluten; anschliessend dürften diese – wenn Aussicht auf Verwertung als Lebensmittel besteht – in den naheliegenden Schlachtbetrieb transportiert und dort innerhalb von 45 Minuten fertig ausgeschlachtet werden.

Der Beschuldigte räumt ein, dass er am 22. Dezember 2017 von B. auf dessen Hof gerufen worden war und dort ein hochträchtiges und festliegendes Rind antraf. Er bestätigt zudem seine Verdachtsdiagnose einer Fraktur im Beckenbereich des Tieres. Allerdings macht er geltend, dass er sich bei seinem Entscheid, das Tier als transportfähig zu beurteilen, auf eine Güterabwägung gestützt habe, bei der die Verwertung des Muttertieres und die Rettung des Lebens des Kalbes überwogen hätten. Aus diesem Grund sei es entgegen dem Anklagevorwurf vertretbar gewesen, das Tier zu transportieren, woraus folge, dass er dem Rind keine ungerechtfertigten Belastungen zugemutet habe.

Das OGer ZH spricht den Beschuldigten letztlich vom Vorwurf der Tierquälerei frei.

Aus den Erwägungen:

[...]

III. Schuldpunkt

[...]

2.2. Weiter bleibt zu prüfen, ob der vom Beschuldigten zugelassene Transport des Rindes in den Schlachtbetrieb ohne Fixation der Fraktur und das dem Transport vorausgehende Hieven des Rindes in den Anhänger mittels Krans und Hebegurten für das Tier entsprechend dem Klagevorwurf zu erheblichen zusätzlichen Belastungen, mithin zu Schmerzen, Leiden und Schäden geführt haben.

2.2.1 Was diese Frage betrifft, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass eine veterinärpathologische Untersuchung des Schlachtkörpers nicht vorgenommen wurde [...]. Entsprechend kann nicht mit rechtsgenügender Sicherheit beurteilt werden, ob gewisse der im Rahmen der von der zuständigen amtlichen Tierärztin am 22. Dezember 2017

durchgeführten Fleischuntersuchung festgestellten Verletzungen beim Rind tatsächlich erst durch das Hieven oder den Transport des Rindes entstanden sind. Mithin kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass diese Verletzungen schon entstanden waren, bevor der Beschuldigte überhaupt auf dem Hof eintraf. Ob es sich bei den anlässlich der Fleischuntersuchung festgestellten massiven Einblutungen im Bereich des linken Beckens und der Oberschenkelmuskulatur, dem ausgerenkten Hüftgelenk, der Knochensplitter in der Hüftgelenkspfanne und dabei, dass der Oberschenkelkopf nicht mehr aufzufinden war, tatsächlich um Anzeichen für die vom Rind infolge des Transportvorganges zusätzlich erlittenen Ängste, Schmerzen, Leiden und Schäden gehandelt hat, wie dies in der Anklageschrift umschrieben ist, lässt sich daher nicht erstellen.

[...]

2.2.3 Zur wesentlichen Frage, ob das Verbringen in den Viehanhänger und der Transport zu erheblichen zusätzlichen Belastungen geführt hat, äusserte sich der Gutachter Dr. med. vet. D. des Bundesamtes für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen, [...] Abteilung Tierschutz. Er erstattete einerseits ein von der Vorinstanz in Auftrag gegebenes schriftliches Gutachten und wurde im Rahmen der Fortsetzung der erstinstanzlichen Hauptverhandlung als sachverständiger Zeuge einvernommen [...]. Er bejahte in seinem Gutachten vom 16. April 2019 die Frage danach, ob ein Transport in einem mit einer Strohschicht gepolsterten Vieh-Anhänger für ein Rind mit den ihm vorgegebenen Eckwerten (u. a. hochträchtig, weder in der Lage, auf den Hinterbeinen zu stehen noch selbständig aufzustehen, Verdachtsdiagnose des Bestandestierarztes auf Oberschenkel- oder Beckenfraktur; [...]) mit zusätzlichen Schmerzen und/oder Ängsten verbunden sei. Weiter legte er dar, dass ein Tierarzt auch dann, wenn das Tier gegebenenfalls keine zusätzlichen Anzeichen von Schmerz und/oder Angst zeige, wisse, dass jede Manipulation im Bereich einer Fraktur äusserst schmerzhaft sei. Solche Manipulationen hätten sich sodann beim Verbringen des Tieres in den Transporter mit Sicherheit ereignet. Was die Fahrt betrifft, wies er darauf hin, dass das festliegende Tier komplett den Bewegungen/Erschütterungen des Transporters ausgesetzt gewesen sei, was mit grosser Wahrscheinlichkeit zusätzliche schmerzhaft Bewegungen der gebrochenen Knochen mit sich gebracht habe [...].

2.2.4 [...] Weiter macht die Verteidigung geltend, dass das Gutachten einerseits in sich selbst widersprüchlich sei und andererseits die Aussagen des Gutachters, welche er in seinem Gutachten gemacht habe, jenen widersprechen würden, welche er im Rahmen der vorinstanzlichen Hauptverhandlung zu Protokoll gegeben habe [...]. Was diese Einwände betrifft, kann nicht ausser Acht gelassen werden, dass aus den Aussagen des Gutachters, welche dieser im Rahmen seiner Befragung anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung tätigte, hervorgeht, dass er es für möglich hält, dass die Schmerzen angesichts der Ausschüttung



von Endorphinen nicht weiter zugenommen hatten [...]. Angesichts dieser Angabe werden die im schriftlich erstatteten Gutachten dargelegten Einschätzungen relativiert. Vor diesem Hintergrund, dass es der Gutachter als möglich erachtet, dass die Schmerzen aufgrund einer Endorphinausschüttung nicht weiter zugenommen hatten, lässt sich nicht rechtsgenügend erstellen, dass das Tier während des Transportes zusätzliche Schmerzen erlitt.

2.2.5 Die Vertreterin des Veterinäramtes brachte im Rahmen der Berufungsverhandlung vor, dass selbst wenn die Schmerzen des Rindes durch den Transport nicht zugenommen hätten, diese durch die weiteren Manipulationen aber immerhin verlängert worden seien [...]. Dieses Argument ist jedoch nicht stichhaltig, zumal dem Beschuldigten in der Anklageschrift nicht zum Vorwurf gemacht wird, durch sein Verhalten beim Rind die Verlängerung eines Schmerzleidens bewirkt zu haben. Würde auf dieser Grundlage ein Schuldspruch resultieren, käme dies einer Verletzung des Anklageprinzips gleich. Demnach hat bereits aufgrund des fehlenden Nachweises zusätzlicher Schmerzen auf dem durch den Beschuldigten zugelassenen Transport ein Freispruch zu erfolgen.

2.3 Wie nachfolgend im Rahmen rechtlicher Erwägungen aufzuzeigen sein wird, hätte jedoch selbst dann ein Freispruch zu erfolgen, wenn der im schriftlichen Gutachten vertretenen Auffassung des Gutachters gefolgt würde, wonach jede Manipulation im Bereich einer Fraktur äusserst schmerzhaft sei und sich solche Manipulationen beim Verbringen des Tieres in den Transporter mit Sicherheit ereignet hätten und der Umstand, dass das festliegende Tier während der Fahrt den Erschütterungen des Transportes ausgesetzt gewesen sei, bei diesem mit grosser Wahrscheinlichkeit zusätzliche Schmerzen verursacht habe.

3. Der Tierquälerei im Sinne von Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG macht sich strafbar, wer ein Tier misshandelt, vernachlässigt oder dessen Würde in anderer Weise missachtet. Dabei handelt es sich um ein Erfolgsdelikt, d. h. es müssen durch die Tathandlung Schmerzen, Leiden, Schäden oder Ängste verursacht werden (REUT, Gedanken zum Transport von Schlachtvieh im Lichte des Tierschutzstrafrechts, ZStrR 134/2016 S. 246 ff., S. 253 f., 257; BOLLIGER/RICHNER/RÜTTIMANN/STOHNER, Schweizer Tierschutzstrafrecht in Theorie und Praxis, 2. Aufl. 2019, S. 120). Ein tatbestandsmässiges Verhalten muss jedoch nicht zwingend in einer aktiven Handlung vorliegen, sondern ist auch durch Unterlassung möglich. So können Straftaten nach Art. 11 StGB auch durch pflichtwidriges Untätigbleiben begangen werden, wenn der Täter eine sogenannte Garantenstellung innehat und aufgrund dieser verpflichtet ist, die Gefährdung oder Verletzung des betroffenen Rechtsguts zu verhindern. Eine Garantenpflicht für ein Tier trifft letztlich neben dessen Halter auch einen mit der Behandlung eines Tieres beauftragten Tierarzt (BOLLIGER/RICHNER/RÜTTIMANN/STOHNER, a. a. O., S. 123 f.).

3.1 Dafür, dass das Rind misshandelt oder vernachlässigt worden wäre, liegen keine Hinweise vor. Weiter steht auch fest, dass der Beschuldigte dem Rind nicht durch aktives Tun Leid zugefügt hat. Zu prüfen bliebe daher, ob er mit dem ihm in der Anklageschrift vorgeworfenen Verhalten die Würde des Tieres in anderer Weise missachtet haben könnte.

3.2 Die Würde eines Tieres wird in Art. 3 lit. a TSchG als Eigenwert des Tieres, der im Umgang mit ihm geachtet werden muss, umschrieben. Zudem wird in jener Bestimmung festgehalten, dass dessen Würde missachtet wird, wenn eine Belastung des Tieres nicht durch überwiegende Interessen gerechtfertigt werden kann. Eine Belastung im Sinne jenes Gesetzes liegt sodann vor, wenn dem Tier insbesondere Schmerzen, Leiden oder Schäden zugefügt werden, es in Angst versetzt oder erniedrigt wird, wenn tiefgreifend in sein Erscheinungsbild eingegriffen wird oder es übermässig instrumentalisiert wird. Aus Abs. 2 der in Art. 4 TSchG umschriebenen Grundsätzen geht sodann hervor, dass niemand einem Tier ungerechtfertigt Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügen, es in Angst versetzen oder in anderer Weise seine Würde missachten darf.

3.3 Dass die Belastung eines Tieres gemäss diesen Bestimmungen erst dann einer Missachtung der Würde des Tieres gleichkommt, wenn diese nicht durch überwiegende Interessen gerechtfertigt werden kann, hat zur Folge, dass bereits innerhalb der Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen der Tierquälerei im Sinne von Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG eine Interessensabwägung vorzunehmen ist. Wie bereits die Vorinstanz zu Recht anmerkte, sind bei dieser Prüfung der Frage, ob eine bestimmte Belastung gerechtfertigt war, die Interessen, die mit der fraglichen Handlung verfolgt werden, und jene des betroffenen Tieres einander gegenüberzustellen und von einem objektiven Standpunkt aus zu gewichten und zu werten. Diese Abwägung hat nach dem von Rechtsprechung und Lehre anerkannten sog. Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu erfolgen, der sich aus den drei Elementen Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit im engeren Sinn zusammensetzt ([...]; BOLLIGER/RICHNER/RÜTTIMANN/STOHNER, a. a. O., S. 95 f., 98).

3.3.1 Der Beschuldigte machte stets geltend, dass er am Tattag eine Güterabwägung getroffen und versucht habe, möglichst allen Parteien gerecht zu werden. Seine Angaben zeigen denn auch, dass er sich damals mit den Interessen aller Beteiligten auseinandergesetzt hatte. Das heisst, er umschrieb, dass es im Interesse des Rindes gelegen sei, dass dieses aus seiner misslichen Lage befreit werde, dass das ungeborene Kalb ein Interesse gehabt habe, dass dessen Leben gerettet werde, und dass der Bauer daran interessiert gewesen sei, nun, da er sein Nutztier schon habe schlachten müssen, wenigstens dessen Fleisch und das ungeborene Kalb zu retten [...]. Ob die vom Beschuldigten verfolgten Ziele letztlich als überwiegende Interessen im Sinne der Tierschutzgesetzgebung gewertet werden können, ist zu prüfen.

3.3.2 Was die Eignung des Vorgehens des Beschuldigten in Bezug auf die gemäss seinen Angaben verfolgten Ziele betrifft, dass möglichst allen Parteien gerecht und sowohl das Kalb gerettet als auch das Fleisch verwertet werden kann, ist zu berücksichtigen, dass letztlich sowohl das Kalb lebend zur Welt gebracht wurde und zumindest die Verwertbarkeit eines Teils des Fleisches erhalten werden konnte. Das Vorgehen des Beschuldigten erweist sich mithin hinsichtlich seiner verfolgten Ziele als geeignet.

3.3.3 Weiter ist zu prüfen, ob das Vorgehen des Beschuldigten zur Erfüllung des verfolgten Zwecks auch erforderlich war. Gemäss dem Anklagevorwurf hätten ihm andere tierärztliche Massnahmen zur Verfügung gestanden, welche zum gleichen Ziel geführt hätten, namentlich das sofortige fachgerechte Betäuben und Entblutenlassen des Rindes an Ort und Stelle, das Durchführen eines konservativen Kaiserschnitts im Stall sowie das Verbringen des Schlachtierkörpers innert 45 Minuten zur Ausschachtung ins nächste Schlachtlokal. Seitens der Verteidigung wurde hinsichtlich dieser in der Anklageschrift umschriebenen Handlungsalternativen unter anderem vorgebracht, dass die Ausführung einer Bolzenschussbetäubung mit sofortigem anschliessendem Kaiserschnitt für den Beschuldigten schlicht nicht realisierbar gewesen sei. So sei fraglich, ob der Beschuldigte, welcher kein Bolzenschussgerät besessen und demnach auch nicht regelmässig mittels Bolzenschuss Tiere betäubt habe, überhaupt dazu berechtigt gewesen wäre, das entsprechende Vorgehen auszuführen. Weiter wird als irrsinnig kritisiert, dass vom Beschuldigten verlangt werde, dass er innert 60 Sekunden nach dem Setzen des Bolzenschusses bei einem Tier mit starken Zuckungen aufgrund der Wirkungen des Bolzenschusses hätte ein Kalb zur Welt bringen müssen und dies ohne fachmännische Unterstützung [...]. Diesen Vorbringen ist entgegenzuhalten, dass vom Beschuldigten gemäss dem Anklagevorwurf nicht verlangt wurde, dass er die Betäubung und das Entblutenlassen des Rindes sowie den konservativen Kaiserschnitt vor Ort selber hätte durchführen, sondern dass er das Rind so schnell wie möglich vor Ort hätte betäuben und unter gleichzeitigem konservativem Kaiserschnitt entbluten *lassen* sollen [...]. Mithin hätte er diese Vorgänge durch eine fachkundige Drittperson vornehmen lassen sollen. Gleichwohl lässt sich nicht nachweisen, dass das Betäuben, Entblutenlassen und das Durchführen eines Kaiserschnitts durch einen Metzger auf dem Hof möglich gewesen wäre. In Anbetracht dessen, dass der Beschuldigte noch vor Vorinstanz ausdrücklich verneint hatte, am Tattag überhaupt nach einem Metzger gesucht zu haben, der bereit gewesen wäre, diese Aufgaben vor Ort auszuführen [...], vermögen seine gegenteiligen Beteuerungen im Rahmen der Berufungsverhandlung, wonach er entsprechende Bemühungen getätigt habe, diese jedoch erfolglos geblieben seien [...], kaum zu überzeugen. Unabhängig davon, ob er damals konkrete Anfragen getätigt hatte oder nicht, wäre aber jedenfalls mit einer erheb-

lichen zeitlichen Verzögerung zu rechnen gewesen, bis ein Metzger hätte gefunden werden können, der diese Massnahmen trotz Fehlens jeglicher Infrastruktur auf dem Hof und im Stall fachgerecht hätte durchführen können. Vor diesem Hintergrund erweist es sich als nachvollziehbar, dass der Beschuldigte diese Option mangels erfolversprechender Realisierbarkeit verworfen hat. Im Hinblick auf die Rettung des ungeborenen Kalbes und der Verwertung des Fleisches erweist sich die vom Beschuldigten gewählte Lösung somit als erforderlich.

3.3.4 Bei der Interessenabwägung hinsichtlich der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne fällt entscheidend ins Gewicht, dass dem Beschuldigten zur Rettung des ungeborenen Kalbes keine andere Handlungsmöglichkeit zur Verfügung stand. Vor diesem Hintergrund ist das Interesse an der Rettung des Lebens des ungeborenen Kalbes und der Verwertbarkeit des Fleisches gegen das Interesse des Rindes, vor zusätzlichen Belastungen bewahrt zu werden, abzuwägen. Die Vertreterin des Veterinäramtes stellte sich hinsichtlich dieser Frage im Rahmen der Berufungsverhandlung unter Verweisung auf eine Lehrmeinung auf den Standpunkt, dass selbst die Rettung des ungeborenen Kalbes keine Belastung des Rindes durch den Transport zu rechtfertigen vermocht habe. So sei es zwar ethisch nachvollziehbar und aus Mitgefühl verständlich, dass ein ungeborenes Kalb möglichst gerettet und geschützt werden solle. Dies entspreche jedoch nicht der geltenden Rechtslage, gemäss welcher einem Kalb innerhalb des Mutterleibes als Teil des Muttertieres rechtlich keine selbständige Bedeutung zukomme [...]. Im Gegensatz dazu vertritt die Verteidigung unter anderem unter Hinweis darauf, dass in Art. 120 Abs. 2 BV die «Würde der Kreatur» geschützt werde, die Auffassung, dass auch das ungeborene lebensfähige Kalb Schutzträger der Tierwürde sei [...].

3.3.5 Hinsichtlich der vorzunehmenden Interessenabwägung ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Begriff der «überwiegenden Interessen» gemäss Art. 3 lit. a TSchG in der Tierschutzgesetzgebung nicht näher definiert wird. Entsprechend ist der Ausgang der vorzunehmenden Interessenabwägung auch nicht zwingend von der Frage abhängig zu machen, ob dem ungeborenen Kalb eine rechtlich selbständige Bedeutung zukommt oder nicht. Entscheidend ist vielmehr, dass sich der Beschuldigte damals in einem grossen Dilemma befand und er die Interessenabwägung, welche sich ihm stellte, unter Zeitdruck vorzunehmen hatte. Unter diesen Voraussetzungen gelangte er zum Schluss, dass die Rettung des ungeborenen Kalbes und die Verwertbarkeit des Fleisches höher zu gewichten seien, als die vorübergehende Verlängerung des Leidens des Muttertieres. Demnach waren es ethisch nachvollziehbare Gründe, die den Beschuldigten zu seinem Entscheid veranlassten und seiner Überzeugung entsprachen. Vor diesem Hintergrund lässt sich weder vorsätzliches noch fahrlässiges Handeln begründen.



4. Der Beschuldigte ist demnach vom Vorwurf der Tierquälerei im Sinne von Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG in Verbindung mit Art. 3 lit. a TSchG und Art. 4 Abs. 2 TSchG freizusprechen.

[...]

Bemerkungen:

I. Im vorliegenden Entscheid hatte sich das Obergericht des Kantons Zürich mit den Tatbestandsvarianten der Tierquälerei gemäss Art. 26 TSchG, begangen durch die Genehmigung eines Transports eines hochträchtigen und schwer verletzten Rindes zum Schlachthof durch den zuständigen Bestandestierarzt, zu befassen. Nachfolgend ebenfalls kritisch betrachtet wird die Anwendung des Beweiswürdigungsgrundsatzes «in dubio pro reo».

II. Gerichte würdigen Beweise grundsätzlich frei nach ihrer aus dem gesamten Verfahren gewonnenen Überzeugung. Bestehen unüberwindliche Zweifel an der Erfüllung der tatsächlichen Voraussetzungen der angeklagten Tat, geht das Gericht von der für die beschuldigte Person günstigeren Sachlage aus (Art. 10 Abs. 2 und 3 StPO; vgl. TOPHINKE, in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER [Hrsg.], BSK StPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 10 N 79). Absolute Gewissheit ist angesichts der Unvollkommenheit der Erkenntnismittel und des menschlichen Urteilsvermögens allerdings nicht erreichbar. Gefordert ist indessen ein sehr hoher Grad an Wahrscheinlichkeit. Wichtige Bedeutung für die Nachvollziehbarkeit der Sachverhaltsfeststellung haben neben der Urteilsbegründung Denk- und Naturgesetze, Erfahrungssätze, technische und wissenschaftliche Erkenntnisse, gesicherte empirische Befunde, Lebenserfahrung und nicht zuletzt der gesunde Menschenverstand (vgl. TOPHINKE, BSK StPO, Art. 10 N 83).

Die Feststellung des Gerichts, dass es sich beim betroffenen Tier um ein schwer verletztes, festliegendes und hochträchtiges Tier gehandelt habe, das offensichtlich an erheblichen Schmerzen gelitten habe, und die Aussage des Sachverständigen, der in seinem Gutachten dargelegt hat, dass sowohl das Verladen des betroffenen Tieres in den Anhänger als auch der anschliessende Transport zu zusätzlichen erheblichen Belastungen geführt habe, erfüllen die prozessrechtlichen Anforderungen an einen «sehr hohen Grad an Wahrscheinlichkeit». Für die Annahme, dass einem schwer verletzten Tier durch das Verladen in einen Anhänger und den ungesicherten Transport zusätzliche Belastungen zugefügt werden, sprechen zudem nicht zuletzt auch die allgemeine Lebenserfahrung und der gesunde Menschenverstand. Das Obergericht hingegen stützt sich für den Freispruch des Beschuldigten auf eine mögliche Endorphinausschüttung während des Transports, ohne in seiner Beweiswürdigung näher darzulegen, wodurch diese hätte ausgelöst werden sollen und wie stark eine solche überhaupt hätte wirken bzw. inwiefern sie angesichts der Schwere der Verletzung des betroffenen Rindes überhaupt einen anäs-

thesieähnlichen Effekt hätte haben können. Die Anwendung des Grundsatzes «in dubio pro reo» ist im vorliegenden Fall und gestützt auf die verkürzte Argumentation des Obergerichts entsprechend nicht nachvollziehbar und insbesondere auch vor dem Hintergrund des Sinns und Zwecks der tier-schutzrechtlichen Bestimmungen zu kritisieren.

III. Das Obergericht führt aus, es lägen keine Hinweise dafür vor, dass das Rind im konkreten Fall misshandelt oder vernachlässigt worden wäre, und prüft in der Folge lediglich die Missachtung der Tierwürde «in anderer Weise» (E. III. 3.1). Die Aussage des Obergerichts steht jedoch im Widerspruch zu seinen vorangehenden Ausführungen unter E. III. 2.3, wonach aufzuzeigen sei, dass auch dann ein Freispruch zu erfolgen hätte, wenn als gesichert gelten würde, dass das Verbringen des Tieres in den Transporter und der anschliessende Transport beim Rind zusätzliche Schmerzen verursacht hätte. Als Misshandlung im Sinne von Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG gilt jedes Verhalten, mit dem einem Tier Schmerzen, Leiden, Schäden oder Ängste von einer gewissen Erheblichkeit zugefügt werden (siehe dazu ausführlich BOLLIGER/RICHNER/RÜTTIMANN/STOHNER, Schweizer Tier-schutzstrafrecht in Theorie und Praxis, 2. Aufl., Zürich 2019, 120 ff.). Wenn gemäss der alternativen Beweiswürdigung durch das Obergericht also davon auszugehen ist, dass dem betroffenen Rind durch das Verladen und Transportieren zusätzliche Belastungen zugefügt wurden, wäre die Tatbestandsvariante der Misshandlung folglich zwingend zu prüfen gewesen. In diesem Zusammenhang hätte das Obergericht auch zur Feststellung gelangen müssen, dass die Missachtung der Tierwürde in anderer Weise nur dann zur Anwendung gelangen kann, wenn nicht bereits die Tatbestandsvariante der Misshandlung einschlägig ist (vgl. BOLLIGER/RICHNER/RÜTTIMANN/STOHNER, 142).

Das Obergericht geht zudem fehl in der Annahme, dass im Rahmen der Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen der Tierquälerei im Sinne von Art. 26 Abs. 1 lit. a TSchG bei allen Tatbestandsvarianten stets eine Interessenabwägung vorzunehmen sei (vgl. E. III. 3.3). Zwar sieht Art. 4 Abs. 2 TSchG vor, dass niemand einem Tier *ungerechtfertigt* Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügen, es in Angst versetzen oder in anderer Weise seine Würde missachten dürfe. Gleichzeitig hält derselbe Absatz aber fest, dass das Misshandeln, Vernachlässigen oder unnötige Überanstrengen von Tieren *verboten* ist. Aus dem Wortlaut ist zu schliessen, dass es sich hierbei um absolute Verbote handelt (so auch BOLLIGER/RICHNER/RÜTTIMANN/STOHNER, 82). Folglich ist bspw. bei der Prüfung des Misshandlungstatbestands keine Güterabwägung vorzunehmen. Wäre das Obergericht im Rahmen seiner rechtlichen Erwägungen also richtigerweise zum Schluss gekommen, dass die objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen der Misshandlung erfüllt sind, hätte die Tatbestandsvariante der Missachtung der Tierwürde in anderer Weise nicht mehr geprüft werden müssen bzw. wäre die Vornahme einer In-

teressenabwägung im Rahmen der Prüfung der Tatbestandsmässigkeit obsolet geworden.

IV. Im Rahmen der Prüfung der Tatbestandsvariante der Missachtung der Tierwürde in anderer Weise, die das Obergericht (fälschlicherweise) vornimmt, gelangt dieses zum Schluss, dass das Verhalten des Beschuldigten im Hinblick auf die von ihm verfolgten Ziele – einerseits die Rettung des ungeborenen Kalbes und andererseits die Verwertung des Fleisches des Rindes – verhältnismässig war und er somit nicht strafbar sei. Die Ausführungen des Obergerichts zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz werden vorliegend jedoch insbesondere hinsichtlich der Teilelemente «Erforderlichkeit» und «Verhältnismässigkeit im engeren Sinne» kritisiert.

In Bezug auf die Rettung des Kalbes wäre es dem Beschuldigten als Bestandestierarzt möglich und zumutbar gewesen, das festliegende Rind zu betäuben, mit einem Kaiserschnitt das ungeborene Kalb zu retten und das Muttertier anschliessend fachgerecht zu euthanasieren. Dieses Vorgehen wäre für das betroffene Rind die eindeutig schonendste Methode gewesen. Entsprechend hätte das Obergericht in Bezug auf die Rettung des Kalbes aufgrund des Vorliegens eines milderen Mittels die Erforderlichkeit des Verhaltens des Beschuldigten verneinen und die Prüfung der Verhältnismässigkeit für diesen verfolgten Zweck abbrechen müssen.

Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne sind das Interesse an der Durchführung der fraglichen Handlung und das Interesse des betroffenen Tieres, von der entsprechenden Belastung verschont zu bleiben, gegeneinander abzuwägen. Die betreffende Handlung kann nur dann verhältnismässig – und in casu tierschutzrechtskonform – sein, wenn der angestrebte Nutzen die Belastung des Tieres überwiegt (vgl. BOLLIGER/RICHNER/RÜTTIMANN/STOHNER, S. 101 f.). Bei der Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen ist auf der Seite der tierlichen Belastungen insbesondere auch dem Charakter des Tierschutzes als öffentliches Interesse und Staatsziel Rechnung zu tragen. Als Verfassungsnormen (Art. 80 und 120 BV) sind die Anliegen des Tierschutzes und die Würde des Tieres anderen staatsrechtlichen Schutzgütern, einschliesslich verfassungsrechtlicher Grundrechte, gleichgestellt. Die Würde und das Wohlergehen des betroffenen Tieres dürfen somit nicht ohne überzeugende Gründe eingeschränkt werden (vgl. BOLLIGER/RICHNER/RÜTTIMANN/STOHNER, S. 103 f.) Im Rahmen der Güterabwägung ist zudem stets zu beachten, dass gewisse Nutzungsinteressen per se nicht ausreichend gewichtig sind, um eine Belastungszufügung zu legitimieren. So sollten bspw. rein

wirtschaftliche Interessen – wie etwa die Verwertung des Fleisches von Nutztieren – allein eine Beeinträchtigung der Tierwürde nicht rechtfertigen können (vgl. BOLLIGER/RICHNER/RÜTTIMANN/STOHNER, S. 103; ENGI, Was verbietet die Würde der Kreatur? Zu den praktischen Konsequenzen der Verfassungsnorm, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 87 f. und 90).

In seinem Entscheid stellt das Obergericht im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung lediglich fest, dass für die Güterabwägung der Umstand entscheidend sei, dass sich der Beschuldigte im Rahmen seiner Entscheidungsfindung in einem grossen Dilemma befunden habe und er die Interessenabwägung unter Zeitdruck habe vornehmen müssen. Unter diesen Voraussetzungen sei der Beschuldigte zum Schluss gekommen, dass die Rettung des Kalbes und die Verwertung des Fleisches des Rindes höher zu gewichten seien als die vorübergehende Verlängerung des Leidens des Muttertieres. Gestützt darauf erachtet das Obergericht die Gründe, die den Beschuldigten zu seinem Verhalten veranlassten, als ethisch nachvollziehbar. Es muss also festgestellt werden, dass das Obergericht die Vornahme der Prüfung der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne – als eigentliche Kernaufgabe im Rahmen einer Verhältnismässigkeitsprüfung – im vorliegenden Fall schlicht unterlassen hat. Es hat weder die einzelnen sich gegenüberstehenden Interessen im Detail definiert und bewertet noch eine eingehende Abwägung vorgenommen. Seine Argumentation, wonach sich der Beschuldigte unter Zeitdruck und in einem grossen Dilemma befunden haben soll, steht in keinem Zusammenhang mit der Güterabwägung, sondern bezieht sich einzig auf die Schuldfrage.

V. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der gestützt auf die rechtlichen Erwägungen des Obergerichts erfolgte Freispruch des Beschuldigten aus tierschutzrechtlicher Sicht nicht nachvollziehbar ist. Sowohl die Beweiswürdigung und die Nichtvornahme der Güterabwägung wie auch die allgemein unzulässig verkürzte Argumentation des Obergerichts im vorliegenden Fall sind auf das Schärfste zu kritisieren.

MLaw Christine Künzli, Rechtsanwältin und Mitglied der Geschäftsleitung der Stiftung für das Tier im Recht (TIR), LL.M.

lic. iur. Andreas Rüttimann, Jurist und rechtswissenschaftlicher Mitarbeiter bei der Stiftung für das Tier im Recht (TIR) ■

