

Praxisbeitrag

Zur Weisungsbindung des veterinärmedizinischen (Amts-)Sachverständigen

ERIKA WAGNER/JULIUS ECKER

DOI: 10.25598/tirup/2019-2

Inhaltsübersicht:

I.	Einleitung/Tätigkeitsbereiche	24
II.	Weisung – Wozu?	26
	A. Allgemeines	26
	B. Reichweite	27
	C. Form/Arten	29
	D. Dienstliche/fachliche Weisungen	30
III.	»Freiberufliche« Tierärzte als (weisungsgebundene) Organe?	31
IV.	Gehorsampflicht vs Ablehnungsrecht	33
	A. Unzuständigkeit	34
	B. Strafgesetzwidrigkeit	34
	C. Willkür	37
V.	Was tun bei schlicht rechtswidrigen Weisungen?	38
	A. Remonstrationsrecht	38
	B. Rechtsschutz	39
VI.	Grenzen der Weisungsbindung des ASV	39
	A. Unterscheidung dienstliche/fachliche Weisung	41
	B. Wahrheitspflicht bei Befund- und Gutachtenserstattung	42
	C. Grenzen der fachlichen Weisungsfreiheit?	43
	D. Zwischenfazit	46
VII.	Umfang und Grenzen der Weisungsbindung anhand von Beispielen aus dem (amts-)tierärztlichen Tätigkeitsfeld	46
	A. Kontrollen iZm Tiertransporten	46
	B. Aufgaben nach dem Tierseuchengesetz	48
	C. Aufgaben nach dem Tierschutzgesetz	48
	D. Kontrollen iZm der Lebensmittelsicherheit	49
	E. Der veterinärmedizinische SV in Verfahren vor dem VwG	50

Abstract: Der vorliegende Beitrag geht der Frage nach, inwiefern Amtstierärzte und andere veterinärmedizinische Sachverständige bei der Ausübung ihrer Tätigkeit als Gutachter, aber auch bei Aufsichts- und Kontrolltätigkeiten weisungsgebunden sind. Neben allgemeinen Fragen des Weisungsrechts sollen dabei insb die Reichweite der Wahrheitspflicht erörtert sowie weitere gesetzliche Schranken der Weisungsbindung von tierärztlichen Sachverständigen (zB § 222 StGB) aufgezeigt werden.

Rechtsquellen: B-VG Art 20 Abs 1; AVG § 52; StGB §§ 2, 222, 288, 289, 302; LMSVG; TSchG; TSG; TTG 2007.

Schlagworte: Amtstierarzt; Garantenstellung; Sachverständiger, veterinärmedizinischer; Tierqualerei; Wahrheitspflicht; Weisungsbindung.

I. Einleitung/Tätigkeitsbereiche

Grundsätzlich erstellt ein Amtssachverständiger (ASV) Befund und Gutachten zu einem von der Behörde vorgegebenen Beweisthema. Der ASV ist dabei als Beweismittel von der entscheidenden Behörde zu trennen.

Der Tätigkeitsbereich von Amtstierärzten (und anderen für die Behörde tätigen Tierärzten) umfasst neben der Tätigkeit als »klassischer« ASV iSd § 52 AVG aber noch viele weitere Bereiche, die im Folgenden anhand einiger Beispiele dargestellt werden sollen:

- ▷ Im Bereich des **Lebensmittel- und Verbraucherschutzes** wirken Amtstierärzte und amtliche Tierärzte an der Kontrolle der Einhaltung der lebensmittelrechtlichen Vorschriften (obliegt gem § 24 Abs 1 LMSVG dem LH) als sog **Aufsichtsorgane** (§ 24 ff LMSVG) mit, zB bei Schlachttier- und Fleischuntersuchung, Hygienekontrollen etc.
- ▷ In **Veterinärangelegenheiten**, zB im Rahmen des Tierseuchengesetzes (zuständig: grds BezVBeh – § 2 Abs 1 TSG) bedient sich die Behörde der Amtstierärzte/»Seuchentierärzte« als Organe (§ 2a TSG) für Untersuchungen von Tieren, Impfungen etc.
- ▷ Im **Tierschutzbereich** (zuständig ist gem § 33 Abs 1 TSchG grds die BezVBeh) hat sich die Behörde bei der **Durchführung von Kontrol-**

len insb der Amtstierärzte und der amtlich bestellten Tierärzte zu bedienen (§ 35 Abs 5 TSchG; § 6 TSchKV).

- ▷ Bei **Tiertransporten** (zuständige Behörde ist gem § 3 Abs 1 TTG 2007 grds die BezVBeh) werden besonders geschulte **Organe zur Kontrolle** herangezogen; als besonders geschult gelten gem § 4 Abs 1 Z 1 insb Tierärzte mit Physikatsprüfung.

All diesen Tätigkeiten ist gemein, dass es sich um **hoheitliche Tätigkeiten** handelt. Dabei sehen die einschlägigen Normen va **Kontroll- und Aufsichtstätigkeiten** der (Amts-)Tierärzte vor, zT sind sie auch zur Verhängung von **Sofortmaßnahmen** ermächtigt. In vielen der oben genannten Fälle tritt der (Amts-)Tierarzt dabei nicht als Beweismittel im Verfahren, sondern als Organwalter der entscheidenden Behörde auf.

Unzweifelhaft sind Amtstierärzte (und zB amtliche Tierärzte) grundsätzlich Personen mit entsprechendem Sachverstand, siehe die **Definition des Sachverständigen in § 1299 ABGB**: »Wer sich zu einem Amte, zu einer Kunst, zu einem Gewerbe oder Handwerke öffentlich bekennt« Nun kann eine Behörde bei Sachverhaltsfeststellungen, die einen besonderen Sachverstand voraussetzen, auf die Einbeziehung eines Sachverständigen iSd § 52 AVG verzichten und ihrer Entscheidung – sofern vorhanden – eigenes einschlägiges Fachwissen zugrunde legen.¹ Auch eine solche »**sachverständige Behörde**« bzw ihr »**sachverständiger Organwalter**« sind aber – sofern ihre Fachkenntnisse bei der Beweisaufnahme eingesetzt werden – an die Qualitätsstandards des Sachverständigenbeweises iSd § 52 AVG gebunden.²

Darüber hinaus ist Art 5 Abs 1 lit b der VO (EU) 2017/625³ ua über amtliche Kontrollen iZm Lebens- und Futtermittelrecht, Tiergesundheit und Tierschutz zu beachten:

»Die zuständigen Behörden und die Kontrollbehörden für ökologische/biologische Produktion verfüge über [...] b) Verfahren und/oder Regelungen, die die Unparteilichkeit, die Qualität und die

1 Vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 52 Rz 16 f mwN (Stand 1.7.2005, rdb.at).

2 Siehe etwa VwGH vom 21.12.2011, 2010/04/0046 mwN; 21. Juni 2017, Ra 2017/03/0016 und Ra 2017/03/0036-8; *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 52 Rz 17 mwN (Stand 1.7.2005, rdb.at); *Lachmayer*, Sachverstand oder Interessenvertretung? (Teil I), ZTR 2012, 74 (81 f).

3 VO (EU) 2017/625 des Europäischen Rates und des Europäischen Parlaments vom 15.3.2017 über amtliche Kontrollen und andere amtliche Tätigkeiten zur Gewährleistung der Anwendung des Lebens- und Futtermittelrechts und der Vorschriften über Tiergesundheit und Tierschutz, Pflanzengesundheit und Pflanzenschutzmittel.

Einheitlichkeit der amtlichen Kontrollen und der anderen amtlichen Tätigkeiten auf allen Ebenen gewährleisten.«⁴

Dazu führt auch ErwGr 35 aus:

»Amtliche Kontrollen sollten von Personal durchgeführt werden, das unabhängig ist, dh in keinem Interessenkonflikt steht, und das insbesondere nicht in einer Situation ist, die direkt oder indirekt seine Fähigkeit beeinträchtigen könnte, seine dienstlichen Pflichten unparteiisch zu erfüllen. [...]«

Die Unabhängigkeit bzw Unparteilichkeit des ASV nach § 52 AVG wird von der hA⁵ gerade mit seiner fachlichen Weisungsfreiheit hinsichtlich des Inhalts seines Gutachtens argumentiert. Dann müsste diese fachliche Weisungsfreiheit uE aber auch für die inhaltliche Kontrolltätigkeit der Kontrollorgane im Anwendungsbereich der VO (EU) 2017/625 gelten, um die volle Unparteilichkeit der kontrollierenden (Amts-)Tierärzte zu gewährleisten.

These:

Unabhängig davon, welche Tätigkeit Amtstierärzte, amtliche Tierärzte etc gerade ausüben, gelten für sie – soweit es um die Prästierung ihrer Fachkenntnisse geht – hinsichtlich der Frage der Weisungsgebundenheit die für die Befund- und Gutachtenerstattung im Verwaltungsverfahren maßgeblichen Grundsätze.

II. Weisung – Wozu?

A. Allgemeines

Art 20 Abs 1 B-VG:

»Unter der Leitung der obersten Organe des Bundes und der Länder führen nach den Bestimmungen der Gesetze auf Zeit gewählte Organe, ernannte berufsmäßige Organe oder vertraglich bestellte Organe die Verwaltung. Sie sind den ihnen vorgesetzten Organen für

4 Entsprechendes hielt auch Art 4 Abs 4 der nun überholten VO (EG) 882/2004 fest.

5 Vgl zB VfGH vom 7.10.2014, E707/2014.

ihre amtliche Tätigkeit verantwortlich und, soweit in Gesetzen gemäß Abs. 2 nicht anderes bestimmt ist, an deren Weisungen gebunden. Das nachgeordnete Organ kann die Befolgung einer Weisung ablehnen, wenn die Weisung entweder von einem unzuständigen Organ erteilt wurde oder die Befolgung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstoßen würde.«

Die österr Verfassungsordnung geht prinzipiell vom **Modell einer hierarchischen (Bundes- und Landes-)Verwaltung** aus, die von den obersten Organen des Bundes und der Ländern zu leiten ist. **Die nachrangigen Organe sind den ihnen vorgesetzten Organen hinsichtlich ihrer amtlichen Tätigkeit verantwortlich.** Ein ganz wesentliches Instrument dieser Leitung stellt die Weisung (Art 20 Abs 1 B-VG) dar.⁶

B. Reichweite

Die Weisung stellt grundsätzlich einen hoheitlichen Befehl eines Verwaltungsorgans an ein ihm untergeordnetes Organ dar, der ein bestimmtes Tun oder Unterlassen zum Inhalt hat.⁷ Weisungen können prinzipiell von allen »vorgesetzten« **Verwaltungsorganen** (nicht bloß von den obersten) erteilt werden. Wer vorgesetztes Organ ist, ergibt sich aus dem Organisationsrecht. Dabei kommt es einerseits auf die Hierarchie zwischen den Organen, andererseits aber auch auf die Hierarchie/Dienstzuteilungen (Abteilungsleiter, Sachgebietsleiter etc) innerhalb der jeweiligen Behörde an.⁸ Die **Vorgesetzteneigenschaft** wird dabei sowohl durch die **Dienstaufsichtsbefugnis** als auch durch die **Fachaufsichtsbefugnis** begründet.⁹

Beispiel:

Veterinärwesen (Art 10 B-VG), zB Tierseuchengesetz, Schlacht- und Fleischuntersuchungen, Hygienekontrollen

- Gesetzgebung und Vollziehung ist Bundessache

6 Siehe dazu etwa *Raschauer*, Verwaltungsrecht⁵ Rz 357 ff mwN.

7 Vgl zB VwGH vom 18.12.2014, Ro 2014/12/0018.

8 Vgl *Hauer*, Staats- und Verwaltungshandeln⁵ Rz 803; instruktiv schon VfSlg 3612/1959.

9 VwGH vom 2.7.1997, 93/12/0122.

- Vollziehung der Gesetze, die zum Veterinärwesen gehören, erfolgt in mittelbarer Bundesverwaltung
- Hierarchie bzw fachliche Weisungsbefugnis:
Bundesminister bzw Bundesregierung (idR: BMASGK) → LH → BezVBeh
- Hierarchie innerhalb der Behörde:
Aufgaben des Landeshauptmannes im Veterinärwesen werden zB in OÖ von der Abteilung Ernährungssicherheit und Veterinärwesen beim Amt der LReg unter Leitung des Landesveterinärdirektors wahrgenommen → nicht »vorgesetzt« bzw nicht weisungsbefugt wäre idZ etwa der Leiter der Abteilung Land- und Forstwirtschaft.

Beispiel:

- Tierschutz (Art 11 Abs 8 B-VG), ausgenommen zB Tiertransporte
- Gesetzgebungskompetenz liegt beim Bund, die Vollziehung ist Landessache
 - Für die Vollziehung ist nicht der LH, sondern die LReg als oberstes Organ der Landesverwaltung zuständig
 - Hierarchie bzw fachliche Weisungsbefugnis: LReg → BezVBeh
 - Geschäftsverteilung der LReg ist hinsichtlich der innerbehördlichen Hierarchie zu beachten
 - Keine Weisungsbefugnis durch den Bundesminister/die Bundesministerin, daher keine Durchführungserlässe des BM zum Tierschutzgesetz¹⁰

Hinsichtlich des Weisungsrechtes wird nicht unterschieden, ob das vor- bzw nachgeordnete Organ öffentlich-rechtlich oder zivilrechtlich bestellt ist und ob es sich um hoheitlich oder im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung wahrzunehmende Aufgaben handelt.¹¹ Dementsprechend

10 Siehe dazu auch *Damoser/Haberer*, Das Tierschutzgesetz und seine Durchführungsverordnungen (2005) 4, abrufbar unter <http://www.tierschutzombudsstelle.steiermark.at/cms/dokumente/11271191_50074656/f9e11c22/Tierschutzgesetz%20ab%202005.pdf> (abgerufen am 3.10.2018).

11 Instruktiv *Raschauer*, Verwaltungsrecht⁵ Rz 936. Für Organe von »beliehenen« Rechtsträgern, die außerhalb der staatlichen Verwaltungsorganisation stehen bzw ausgegliedert sind (zB Gesellschaften des Handelsrechts, denen Verwaltungsaufgaben übertragen sind), lässt sich die Weisungsbindung allerdings nicht unmittelbar aus Art 20 Abs 1 B-VG ableiten – die Weisungsbindung ist in solchen Fällen einfachgesetzlich anzuordnen (vgl zB VfGH 12.12.2001, G269/01 ua; 10.10.2003, G222/02 ua). Diese Rspr ist hinsichtlich der im Folgenden behandelten »freiberuflichen« tier-

unterliegt zB auch ein Vertragsbediensteter hinsichtlich seiner im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung zu erledigenden Aufgaben dem Weisungsrecht iSd Art 20 Abs 1 B-VG.¹² Die **Weisungsbindung** des Art 20 Abs 1 B-VG stellt eine organisationsrechtliche und keine dienstrechtliche Vorschrift dar.¹³ Sie gilt grundsätzlich auch gegenüber Organen, die in keinem Dienstverhältnis stehen¹⁴ (zB: »amtliche Tierärzte« iSd § 24 Abs 4 LMVSG). Korrespondierende **dienstrechtliche Vorschriften** finden sich freilich in § 44 Abs 1 BDG (**Gehorsampflicht, Weisungsbindung**) und § 5a VBG. **Ausgenommen von der Weisungsbindung** sind grundsätzlich nur jene Organe, die iSd Art 20 B-VG Abs 2 einfachgesetzlich weisungsfrei gestellt sind. Als Beispiel kann etwa die **Tierschutzombudsperson** genannt werden, die bei der Ausübung ihres Amtes gem § 41 Abs 9 TierSchG ausdrücklich keinen Weisungen unterliegt.

C. Form/Arten

Die Weisung ist grundsätzlich **an keine Form gebunden**, sie kann schriftlich, mündlich und uU auch konkludent erfolgen, solange sie hinreichend deutlich als Befehl wahrgenommen wird.¹⁵ Nach der Rspr des VwGH gilt auch ein »Ersuchen« oder »Gebetenwerden« durch einen Vorgesetzten bzw eine vorgesetzte Stelle jedenfalls dann als Weisung, wenn aus dem Zusammenhang einerseits der Adressat eindeutig hervorgeht und andererseits der Inhalt – ungeachtet der gewählten Formulierung – bei verständiger Würdigung nur als Festlegung einer Pflicht verstanden werden kann.¹⁶ Eine Weisung kann dabei an ein ganzes Organ, also an jeden Organwalter (generelle Weisung) oder auch nur an einen speziellen Organwalter (individuelle Weisung) adressiert sein und kann abstrakte oder konkrete Vorschriften enthalten.¹⁷ Zum

ärztlichen Organe uE aber nicht einschlägig, da sie stets als Hilfsorgane von in die Verwaltungsorganisation eingegliederten Rechtsträgern bzw Behörden auftreten.

12 Vgl *Raschauer*, Verwaltungsrecht⁵ Rz 936.

13 Siehe *Raschauer*, Verwaltungsrecht⁵ Rz 361.

14 Siehe etwa zur Weisungsbindung gem Art 20 Abs 1 B-VG eines unmittelbar durch Gesetz inpflichtgenommenen Organs (in casu: Zivilflugplatzhalter) VwGH 18.10.2016, Ro 2015/03/0029.

15 So zB VwGH 20.11.2003, 2002/09/0088 mH auf VwGH 26.6.1997, 95/09/0230.

16 VwGH 20.11.2003, 2002/09/0088; VwGH 18.5.1994, 93/09/0009.

17 Vgl etwa *Raschauer*, Verwaltungsrecht⁵ Rz 357 ff mwN und VwGH 15.9.2004, 2001/09/0023.

Erfordernis der **schriftlichen Weisung bei Geltendmachung des Reklamationsrechts** siehe unten.

Gerade im Lebensmittelsicherheitsrecht und Tiertransportrecht werden Anweisungen an untergeordnete Organe oft in Form von »Erlässen« kundgetan.¹⁸ Auch diese »Erlässe« (manchmal auch eher missverständlich »Verwaltungsverordnungen« genannt) gelten als generelle Weisungen iSd Art 20 Abs 1 B-VG, sofern sie nur die Verwaltung binden, also bloß »innenwirksam« sind.¹⁹ Die Abgrenzung zu – außenwirksamen – Rechtsverordnungen iSd § 18 Abs 2 B-VG iVm § 139 B-VG kann freilich im Einzelfall schwierig sein.²⁰ Nach dem VfGH kommt es dabei jedenfalls nicht auf die förmliche Bezeichnung an, sondern darauf, ob der Inhalt Einfluss auf die Rechtssphäre der Bürger (»verwaltungsexternen Personen«) hat.²¹

D. Dienstliche/fachliche Weisungen

Es kann grundsätzlich zwischen **dienstlichen bzw dienstbehördlichen Weisungen** (iZm mit den dienstrechtlichen Pflichten; zB: Auftrag, die Dienstzeiten einzuhalten oder sich »standesgemäß« zu verhalten) und **fachlichen Weisungen** (Art, Form und Inhalt der Amtsausübung; zB: Auftrag, eine Sache in einem bestimmten Sinn zu erledigen) unterschieden werden. Die dienstliche Aufsicht und die fachliche Aufsicht können dabei durchaus **auseinanderfallen**. Dies ist oft bei Organwaltern des Amtes der LReg²² und idR bei den Amtstierärzten der BezVBeh der Fall, die zB hinsichtlich des Veterinärwesens organisatorisch Landesorgane, aber funktionell Bundesorgane²³ darstellen.

18 Siehe zB die Erlässe zur Schlachtier- und Fleischuntersuchung und zu Hygienekontrollen: <https://www.verbrauchergesundheit.gv.at/be_verarbeitung/schlachtier_und_fleischuntersuchung_hygienekontrollen/ueb.html>, abgerufen am 3.10.2018.

19 Siehe dazu nur *Hauer*, Staats- und Verwaltungshandeln⁵ Rz 204.

20 Vgl *Hauer*, Staats- und Verwaltungshandeln⁵ Rz 208.

21 So etwa VfGH 25.6.2014, SG1/2014, V31/2014.

22 Siehe *Raschauer*, Verwaltungsrecht⁵ Rz 362.

23 Siehe dazu auch *Damoser/Haberer*, Das Tierschutzgesetz und seine Durchführungsverordnungen (2005) 3, abrufbar unter <http://www.tierschutzombudsstelle.steiermark.at/cms/dokumente/11271191_50074656/f9e11c22/Tierschutzgesetz%20ab%202005.pdf> (abgerufen am 3.10.2018).

Beispiel:**Amtstierarzt in OÖ iZm Veterinärwesen**

Die Aufgabe des Veterinärfachdienstes bei den Bezirkshauptmannschaften wird durch den Amtstierarzt wahrgenommen.

Grundsätzlich ist dabei jede BezVBeh mit einer Amtstierärztin oder einem Amtstierarzt besetzt, welche in dienstrechtlichen Angelegenheiten dem Bezirkshauptmann und in veterinärfachlichen Belangen dem Landeshauptmann (Abteilung Ernährungssicherheit und Veterinärwesen beim Amt der OÖ LReg unter der Leitung des Landesveterinärdirektors) unterstellt ist.²⁴

III. »Freiberufliche« Tierärzte als (weisungsgebundene) Organe?

Beim **nichtamtlichen Sachverständigen** gem § 52 Abs 2 AVG verneint die hA²⁵ – mangels Organstellung – eine Weisungsbindung. Gerade im veterinärmedizinischen Bereich werden allerdings häufig »**private**« bzw »**freiberufliche**« Tierärzte zur Erfüllung der staatlichen Aufgaben (insb für Kontrollen) herangezogen. Anders als die Amtstierärzte gem § 2 Abs 2 TierärzteG²⁶ (denen unzweifelhaft Organstellung zukommt) stehen diese Tierärzte idR gerade nicht in einem hauptberuflichen Dienstverhältnis bei einer Behörde der staatlichen Veterinärverwaltung. Hier ist im Hinblick auf die einzelnen Tätigkeitsbereiche zu prü-

-
- 24 Siehe dazu <<https://www.land-oberoesterreich.gv.at/15954.htm>>, abgerufen am 3.10.2018.
- 25 Siehe etwa *Attlmayr*, Recht des Sachverständigen (1997) 131; *Hengstschläger*, Verwaltungsverfahrensrecht⁴ Rz 406; *Walzel von Wiesentreu* in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Sachverständigenrecht² Rz 2.023; vgl auch RIS-Justiz RS0049749: »Der nichtamtliche Sachverständige ist nach der hL kein weisungsgebundenes Verwaltungsorgan, da er nicht in den hoheitlichen Meinungsbildungsprozess eingebunden ist [...]. AA allerdings ua *Adamovich/Funk*, Verfassungsrecht³ 245 f und *Leskovar*, Amtshaftungsrechtliche Folgen der Tätigkeit von Sachverständigen im Verwaltungsverfahren, Dissertation Wien (2011) 143 mit durchaus beachtlichen Argumenten.
- 26 § 2 Abs 2 TierÄG: »Amtstierärzte sind die bei den Behörden der staatlichen Veterinärverwaltung hauptberuflich in einem Dienstverhältnis stehenden Tierärzte, die behördliche Aufgaben zu vollziehen haben.«

fen, ob auch ihnen Organstellung zukommt.²⁷ Wird diese Frage bejaht, sind auch diese Tierärzte weisungsgebunden (und fallen in den Anwendungsbereich der **Amtshaftung**).

Beispiel:

»amtliche Tierärzte«, die Aufgaben iSd Lebensmittel- und Verbraucherschutzgesetzes wahrnehmen

Stehen nicht genug Personen zur Verfügung, die in einem Dienstverhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen, ist der LH gem § 24 Abs 4 LMSVG berechtigt, auch **Tierärzte, die in keinem Dienstverhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen** und die die entsprechenden Ausbildungserfordernisse erfüllen, für die Schlacht- und Fleischuntersuchung, für Hygienekontrollen von ua Schlacht-, Zerlegungs- und Wildbearbeitungsbetrieben sowie für die Entnahme von Proben von lebenden Tieren als »amtliche Tierärzte« iSd VO (EG) 854/2004 zu beauftragen.

Obwohl mit den »amtlichen Tierärzten iSd § 24 Abs 4 LMSVG gerade kein Dienstverhältnis eingegangen wird (§ 28 Abs 1 LMSVG), gelten sie grundsätzlich als **Organe** (arg: Bestellung qua Bescheid durch LH; Titulierung als »Aufsichtsorgan«, zB in § 24 Abs 9 LMSVG; Übertragung hoheitlicher Tätigkeiten, neben Kontrollen zB Anordnung von Sofortmaßnahmen nach § 39 Abs 3 LMSVG) und unterliegen der Weisungsbindung gem § 20 Abs 1 B-VG.²⁸

Beispiel:

Als Organ gelten auch die von der LReg amtlich beauftragten Tierärzte iSd § 6 TierschutzkontrollVO, die sohin ebenfalls weisungsgebunden sind (arg: Vom LH beauftragt, Titulierung als »Kontrollorgan gem § 35 des Tierschutzgesetzes«, hoheitliche Tätigkeit inkl Befugnis zur Setzung von Sofortmaßnahmen wie zB der Abnahme von Tieren).

27 Zur Organstellung der Kontrollorgane im Tiertransportrecht (»Tiertransportinspektoren«) nach alter, aber insofern vergleichbaren Rechtslage siehe etwa *Randl, Der Schutz von Tieren beim Transport* (2003) 183 f.

28 Dementsprechend sind sie vom LH »auf die genaue Erfüllung ihrer Pflichten und dienstlichen Anweisungen anzugeloben« (§ 28 Abs 1 LMSVG).

Beispiel:

Freiberufliche Tierärzte als »Seuchentierärzte iSd Tierseuchengesetzes
Gleiches gilt für jene freiberuflichen Tierärzte, die gem § 2a Abs 1 TSG bei Ausbruch einer Tierseuche, sofern mit den Amtstierärzten das Auslangen nicht gefunden werden kann, als »Seuchentierärzte« von den BezVBeh bescheidmässig zu bestellen sind. Diese bestellten **Seuchentierärzte** gelten gem § 2a Abs 2 TSG ausdrücklich als **behördliche Organe**.

Auch mit der Durchführung amtlich angeordneter Schutzimpfungen können freiberufliche, vornehmlich im Verwaltungsbezirk ansässige Tierärzte zu betrauen sein (§ 2a Abs 3 TSG). Wiewohl diese »**Seuchimpfärzte**« nicht zwingend vom Wortlaut des Abs 2 erfasst sind, lässt sich aus den Materialien²⁹ (*»für die Ärzte nach Abs 3 gilt entsprechendes«*) und der dort ersichtlichen Ratio des Abs 2 (Rechtssicherheit) ableiten, dass die Stellung als behördliches Organ auch für diese Impfärzte gelten muss.³⁰ Für beide Gruppen von Tierärzten gilt dementsprechend die **Weisungsbindung** (und greift die **Amtshaftung**).

IV. Gehorsamspflicht vs Ablehnungsrecht

Der angewiesene Organwalter hat die Amtspflicht (uU auch die dienstrechtliche Pflicht), die **Weisung unmittelbar, vollständig und auf die ganze Dauer ihrer Verbindlichkeit zu beachten**.³¹ Das nachgeordnete Organ kann die Befolgung einer Weisung grundsätzlich **nur dann ablehnen**, wenn die Weisung entweder **von einem unzuständigen Organ erteilt wurde** oder die **Befolgung gegen strafgesetzliche Vorschriften**

²⁹ ErlRV 977 BlgNR XIII. GP 9f.

³⁰ ErlRV 977 BlgNR XIII. GP 10.

³¹ Dazu hält der VwGH (14.5.1980, SlgNF 10.134 A) fest: *»Der dienstliche Gehorsam ist eine der vornehmsten Pflichten der Beamten, ohne ihn wäre eine geordnete Staatsführung schlechterdings unmöglich. Gehorsam heißt nicht willenlose Unterwerfung, sondern Vollziehung gesetzlicher Vorschriften oder dienstlicher Anordnungen im Bewusstsein der Notwendigkeit für die Allgemeinheit. Die Prüfung einer dienstlichen Anordnung auf Sachlichkeit, Zweckmäßigkeit ua kommt dem nachgeordneten Organwalter nicht zu; er muss jede ihm erteilte dienstliche Anordnung seines zuständigen Vorgesetzten ausführen, sofern diese nicht gegen strafgesetzliche Vorschriften verstößt. Der nachgeordnete Organwalter handelt pflichtwidrig, wenn er einer dienstlichen Anordnung des Vorgesetzten nicht nachkommt.«*

verstoßen würde (Art 20 Abs 1 B-VG), wenn sie trotz Geltendmachung des Remonstrationsrechts (§ 44 Abs 2 BDG, § 5a Abs 2 VBG) nicht schriftlich erfolgt ist oder wenn sie willkürlich war.³²

A. Unzuständigkeit

Unzuständig ist jedes nicht vorgesetzte Organ, dabei sind insb auch die innenrechtlichen Vorschriften (zB Geschäftsordnung der Behörde) bzw die Zuständigkeiten des jeweiligen Abteilungsleiters, Referenten, Sachgebietsleiters etc zu beachten; siehe dazu schon die die Ausführungen bei I.B.

Beispiel:

Der veterinärmedizinische ASV *Albert* erhält eine Weisung durch Sektionsleiter *Bert*. *Bert* ist allerdings laut Geschäftsordnung nicht für den Fachbereich, dem *Albert* angehört, zuständig. → Die Weisung kann abgelehnt werden.

B. Strafgesetzwidrigkeit

Würde die Befolgung der Weisung **strafgesetzlichen Vorschriften widersprechen**, muss der Angewiesene solche Weisungen **jedenfalls ablehnen**. »Strafgesetzwidrig« bezieht sich nach ganz hA³³ nur auf das **gerichtliche Strafrecht**, nicht aber auf das Verwaltungsstrafrecht.

Besonders relevant sind zB Fälle, in denen der Angewiesene seine Befugnisse wissentlich missbrauchen soll, um Dritte (oder den Staat) in ihren Rechten zu schädigen (§ 302 StGB – **Amtsmissbrauch**). Diesbezüglich ist auf die Schädigung eines konkreten Rechts abzustellen, bloß abstrakte Aufsichtsrechte des Staates genügen etwa nicht.³⁴ So ist zB ein **konkretes öffentliches Recht des Staates** anerkannt, **dass nur ordnungsgemäß und umfassend untersuchtes Fleisch als für den**

32 Vgl VwGH 30.4.2014, 2013/12/0206.

33 Siehe nur *Walzel von Wiesentreu* in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Sachverständigenrecht² Rz 2.015 mwN.

34 Vgl nur *Aichinger* in *Leukauf/Steiniger*, StGB⁴ § 302 Rz 37, 40.

menschlichen Genuss tauglich erklärt wird.³⁵ Ebenfalls höchstgerichtlich festgehalten ist etwa das **Recht auf Durchführung einer ordnungsgemäßen, den Bestimmungen des Tierschutzes (§§ 35, 37 iVm § 5 Abs 2 Z 10 und 13 TSchG, § 7 und Anh 2 der TSchKV) entsprechenden Kontrolle** (in casu: durch einen Amtstierarzt).³⁶

Bei Sachverständigen ist darüber hinaus das strafgesetzliche Verbot, ein **falsches Gutachten vor Gerichten oder Behörden zu erstatten** (§§ 288, 289 StGB) von großer Bedeutung; siehe dazu unten bei V.B. Diese Bestimmung erfasst auch eine **falsche Aussage bei einer förmlichen Vernehmung als Zeuge**, wenn zB ein (Amts-)Tierarzt in einem (Verwaltungs-)Strafverfahren als Zeuge vernommen wird.³⁷

In Hinblick auf Tierärzte ist darüber hinaus ua auch an Weisungen zu denken, deren Befolgung zu einem **Verstoß gegen § 222 StGB (Tierquälerei)**³⁸ führen würde. Weisungen, die ein aktives Tun zum Inhalt haben, das zB zu einer rohen Misshandlung oder dem Zufügen von unnötigen Qualen (§ 222 Abs 1 Z 1) führt, sind zwar rein theoretisch denkbar, aber wohl kaum praxisrelevant. Auch eine Strafbarkeit gem § 222 Abs 3 StGB (mutwillige Tötung eines Wirbeltiers) ist zwar – zB in Hinblick auf die Befugnis der Tierschutzorgane gem § 37 Abs 1 TSchG, erforderlichenfalls für eine schmerzlose Tötung eines leidenden Tieres zu sorgen – denkmöglich, aber angesichts der besonders hohen Anforderungen an die »Mutwilligkeit« (vorsätzliche Tötung aus niederen Motiven, zB Bosheit, Lust am Töten oder reiner Bequemlichkeit)³⁹ wohl nur in Ausnahmefällen einschlägig. Für die (amts-)tierärztliche Praxis von Bedeutung könnte aber eine **Verwirklichung von § 222 Abs 1 und 2 StGB durch Unterlassen** sein.⁴⁰ IdZ ist etwa an Fälle zu denken, bei denen der Amtstierarzt angewiesen wird, notwendige tierschutz-

35 OGH 14 Os 122/88.

36 Siehe OGH 17 Os 25/12y.

37 So ua in OÖ LVwG LVwG-000128/6/Bi8 (Tiertransportrecht).

38 § 222 StGB lautet »(1) Wer ein Tier 1. roh misshandelt oder ihm unnötige Qualen zufügt, 2. aussetzt, obwohl es in der Freiheit zu leben unfähig ist, oder 3. mit dem Vorsatz, dass ein Tier Qualen erleide, auf ein anderes Tier hetzt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahre zu bestrafen. (2) Ebenso ist zu bestrafen, wer, wenn auch nur fahrlässig, im Zusammenhang mit der Beförderung mehrerer Tiere diese dadurch, dass er Fütterung oder Tränke unterlässt, oder auf andere Weise längere Zeit hindurch einem quavollen Zustand aussetzt.« (3) Ebenso ist zu bestrafen, wer ein Wirbeltier mutwillig tötet.«

39 Siehe nur *Philipp* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 222 Rz 78.

40 Zu den Voraussetzungen der Strafbarkeit nach § 222 StGB siehe ua *Randl*, *Der Schutz von Tieren beim Transport* (2003) 193 ff.

rechtliche Maßnahmen nicht vorzunehmen/anzuordnen und diese Unterlassung zu unnötigen Qualen des Tieres führt. Voraussetzung für eine Verwirklichung des § 222 Abs 1 und 2 durch Unterlassung ist freilich eine »Garantenstellung« des (Amts-)Tierarztes iSd § 2 StGB. Die der Garantenstellung vorausgesetzte Rechtspflicht zur Abwendung des Erfolgs⁴¹ lässt sich ua aus dem Tierschutzgesetz bzw dem TTG 2007 ableiten.⁴² § 35 TSchG statuiert etwa die Pflicht der Behörden, Überwachungshandlungen vorzunehmen und – sofern Tiere nicht im Einklang mit dem Tierschutzrecht gehalten werden – dem Tierhalter die notwendigen Änderungen bzw Maßnahmen vorzuschreiben. Darüber hinaus normiert § 37 TSchG die Verpflichtung der Aufsichtsorgane, bestimmte Missstände durch unmittelbare Befehls- und Zwangsgestalt unverzüglich abzustellen, dem Halter seine Tiere bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen abzunehmen etc. Dementsprechend wird man für Tierschutzkontrollorgane eine Garantenstellung iSd § 2 StGB annehmen können. Dies wird auch – gestützt auf die vergleichbare Norm des § 16a dt Tierschutzgesetz – in der dt L⁴³ bejaht. Eine korrelierende Garantenstellung bzw Rechtspflicht lässt sich iZm mit Tiertransporten auch für die als Tiertransportinspektoren tätigen Tierärzte insb aus § 4 und § 5 TTG 2007 ableiten. Dementsprechend kommt etwa auch eine Begehung des § 222 Abs 2 (**fahrlässige Herbeiführung eines qualvollen Zustandes iZm Tiertransporten**) durch unterlassene Maßnahmen von Amtstierärzten/Tiertransportinspektoren in Betracht. Darüber hinaus lässt sich eine Garantenstellung (im Rahmen der Behandlung/Berufsausübung, nicht aber in der Freizeit⁴⁴) wohl auch aus § 21 Tierärztesgesetz ableiten, der eine (freilich im Vergleich zum Humanmediziner eingeschränktere, da ausdrücklich einer Interessenabwägung unterworfen) Verpflichtung zur Erste-Hilfe-Leistung bei Tieren statuiert. Diese Verpflichtung gilt zwar nicht für Amtstierärzte, die vom Anwendungsbereich des Tierärztesgesetzes ausgeschlossen sind, aber zB für

-
- 41 Statt aller E. Steininger in *Trifflerer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB (2003) § 2 Rz 28 ff.
- 42 Vgl *Philipp* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 222 Rz 11, 42 mH auf EBRV StRÄG 1971, 20.
- 43 Siehe etwa *Kemper*, Rechtsgutachten über die Garantenstellung der Amtstierärzte und Amtstierarzt im Tierschutz (2006); *derselbe*, Die besondere Bedeutung des § 16a Tierschutzgesetz für die Garantenstellung der Amtstierärzte, Verwaltungsrundschau 2011, 125 ff; *derselbe*, Die Garantenstellung der Amtstierärzte und Amtstierarzt im Tierschutz, Natur und Recht 2007, 790 ff.
- 44 Zur diesbezüglichen Abgrenzung bei der Garantenstellung von Ärzten siehe *Hilf* in *Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 2 Rz 7 mwN.

»amtliche Tierärzte« oder andere als tierschutzrechtliche Kontrollorgane bestellte »freiberufliche« Tierärzte.

Eine Verwirklichung des Tatbestands der Tierquälerei gem § 222 Abs 1 und 2 StGB durch (Amts-)Tierärzte durch Unterlassen ist sohin durchaus denkbar. Weisungen, die gegen dieses Verbot verstoßen, sind dementsprechend nicht zu befolgen bzw müssen abgelehnt werden.

C. Willkür

Darüber hinaus nimmt der VwGH in st Rspr⁴⁵ an, dass eine Weisung dann nicht rechtswirksam und sohin auch **nicht zu befolgen ist, wenn sie gegen das Willkürverbot verstößt** (es ist eine sog »Grobprüfung« vorzunehmen). Darüber, welche Umstände vorliegen müssen, um Willkür anzulasten, lassen sich nach dem VwGH keine allgemeinen Aussagen treffen bzw sei dies eine Frage des Gesamtbildes des Einzelfalls. Ein willkürliches Verhalten liegt nach der Rspr ua »*in der gehäuften Verkennung der Rechtslage, aber auch im Unterlassen jeglicher Ermittlungstätigkeit in einem entscheidenden Punkt oder dem Unterlassen eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens überhaupt, insb iVm einem Ignorieren des Parteivorbringens und einem leichtfertigen Abgehen vom Inhalt der Akten oder dem Außerachtlassen des konkreten Sachverhaltes*«. ⁴⁶ Entsprechendes soll nach dem VwGH auch in Ansehung der Prüfung einer Weisung auf »Willkürlichkeit« gelten. ⁴⁷

Beispiel:

Verlegung des Dienstzimmers eines Arztes kann willkürlich sein⁴⁸

Der Beschwerdeführer ist in casu ein HNO-Arzt an einer Universitätsklinik. Er wird angewiesen, in ein neues – weiter von der HNO-Abteilung entferntes – Dienstzimmer zu übersiedeln. Ein Beamter kann nun grundsätzlich weder einen gesetzlichen Anspruch auf die Beibehaltung eines zugewiesenen Dienstzimmers, noch einen Anspruch auf die Zuteilung eines bestimmten Dienstzimmers geltend machen. Die

45 Vgl etwa VwGH 17.12.2007, 2007/12/0022; 17.10.2008, 2007/12/0049 mwN; 22.5.2012, 2011/12/0170 etc.

46 So etwa VwGH 10.3.2009, 2008/12/0066; 1.3.2012, 2011/12/0104 mwN.

47 Vgl zB VwGH 17.10.2011, 2010/12/0157 und 23.11.2011, 2010/12/0009.

48 VwGH 22.5.2012, 2011/12/0170.

Weisung könnte aber dann objektiv »willkürlich« sein, wenn »die durch die Dislozierung des Dienstzimmers des Beamten bewirkte Verlängerung seiner Anmarschzeit zur Station ein Ausmaß erreicht, welches vor dem Hintergrund des Patientenwohls, insbesondere in Notfällen medizinisch nicht mehr vertretbar wäre«. Zur Vermeidung eines Vorwurfes willkürlicher Weisungserteilung durch den Vorgesetzten wäre die Behörde angehalten gewesen, durch Einholung eines medizinischen Sachverständigen-gutachtens die oben aufgeworfene medizinische Frage einer Klärung zuzuführen.

Beispiel:

Abberufung eines Beamten aus seiner bisherigen Funktion aus unsachlichen Motiven stellt Willkür dar.⁴⁹

Beispiel:

Keine Willkür bei Weisung an einen Polizisten, das Tragen einer Ohr-läppchennadel (»Flinserl«) im rechten Ohr zu unterlassen.⁵⁰

Der Polizist trug das »Flinserl« aufgrund Überlieferungen seines Großvaters, dass diese gegen seine chronischen Kopfschmerzen helfe. Er konnte auch ein medizinisches Attest vorweisen, nachdem ihm das Tragen dieser Nadel dringend angeraten wird. Die Weisung war aber nicht willkürlich, da Polizisten eine gewisse Repräsentationsfunktion zukomme und der medizinische ASV eine medizinische Notwendigkeit zum Tragen des »Flinserls« ausgeschlossen hat.

V. Was tun bei schlicht rechtswidrigen Weisungen?

A. Remonstrationsrecht

Grundsätzlich gilt, dass auch rechtswidrige Weisungen befolgt werden müssen.⁵¹ Allerdings räumen die dienstrechtlichen Bestimmungen (§ 44

49 Vgl VwGH 24.5.2000, 99/12/0355.

50 VwGH 16.11.1994, 93/12/0317.

51 Siehe nur *Berka*, Verfassungsrecht⁴ Rz 647 mwN.

Abs 3 BDG; § 5a VBG) Amtstierärzten ein sog **Remonstrationsrecht** (bzw sogar eine **Remonstrationspflicht**) ein. Demnach kann/muss der weisungsgebundene Organwalter seinem Vorgesetzten etwaige Bedenken vor Befolgung der Weisung mitteilen. **Bestätigt der Vorgesetzte die Weisung dann nicht in schriftlicher Form, gilt sie als zurückgezogen.** Das Remonstrationsrecht kommt nach der überzeugenden Rspr des VwGH⁵² auch gegen schon ursprünglich schriftlich erteilte Weisungen zu.

B. Rechtsschutz

Die »schlichte« **Rechtswidrigkeit** einer Weisung (die die Pflicht zur Befolgung der Weisung nicht berührt) kann zum Gegenstand eines dienstrechtlichen Feststellungsverfahrens gemacht werden.⁵³ Ein Recht auf eine solche bescheidförmige Feststellung der Rechtmäßigkeit von Dienstaufträgen besteht jedoch bloß dann, wenn durch einen Dienstauftrag die Rechtssphäre des Beamten berührt wird.⁵⁴ Nach der Rspr des VwGH ist die Feststellung, ob die Befolgung einer Weisung zu den Dienstplichten gehört, auch bei bereits zeitlich abgeschlossenen Geschehen zulässig, wenn dies einer Klarstellung für die Zukunft dient. Das wird zB dann der Fall sein, wenn die bescheidförmige Feststellung der Abwehr künftiger Rechtsgefährdungen gleicher Art dient.⁵⁵

Auch bei »willkürlichen« **Weisungen** besteht **Rechtsschutz** in Form eines **Feststellungsverfahrens**, das dann – anders als bei schlicht rechtswidriger Weisung – klären soll, ob die Befolgung der Weisung zu den Dienstplichten des Beamten gehört.⁵⁶

VI. Grenzen der Weisungsbindung des ASV

In der L umstritten ist, ob der ASV grundsätzlich weisungsgebunden gem Art 20 Abs 1 BVG ist oder ob aus der Wahrheitspflicht des ASV

52 Siehe ua VwGH 86/09/0110, VwSlg 12.894 A/1989; 19.3.2003, 2000/12/0110; jüngst 19.10.2016, Ra 2016/12/0078.

53 Instrukтив VwGH 4.2 2009, 2007/12/0062 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

54 Vgl zB VwGH 27.9.2011, 2010/12/0184 mwN: Rückgabe eines Diensthandys.

55 VwGH 27.9.2011, 2010/12/0184 mwN.

56 Siehe nur VwGH 4.2 2009, 2007/12/0062 und 27.9.2011, 2010/12/0184 mwN.

abgeleitet werden kann, dass diese Tätigkeit generell nur selbstverantwortlich auszuführen ist.⁵⁷ Einigkeit herrscht im Ergebnis aber darüber, dass der ASV bei der Erstattung des Gutachtens weisungsfrei ist. Der die Weisungsbindung befürwortende Teil der L leitet dies hauptsächlich aus der (einfachgesetzlichen) Regelung der §§ 288, 289 StGB ab,⁵⁸ während der die Weisungsbindung ablehnende Teil der L eine solche einfachgesetzliche Garantie als unzureichend erachtet und eine dem Sachverständigen immanente Unabhängigkeit uE zu Recht bereits als vom Verfassungsgesetzgeber im Rahmen des Art 20 Abs 1 B-VG stillschweigend vorausgesetzt annimmt.⁵⁹ Die Rspr hat sich wohl im Ergebnis dem Teil der L, der die Weisungsbindung im Allgemeinen befürwortet, aber eine Weisungsfreiheit iZm § 288, 289 StGB annimmt, angeschlossen; siehe etwa VfGH 7.10.2014, E707/2014 (Befangenheitsfall):

»Amtssachverständige sind grundsätzlich gem Art 20 Abs 1 B-VG in dienstlicher Hinsicht weisungsgebunden. Allein darin kann aber kein Grund für eine Befangenheit oder den Anschein der Befangenheit gesehen werden. Gemäß ständiger Rechtsprechung sowohl des Verwaltungs- als auch des VfGH sind Amtssachverständige bei der Erstattung ihrer Gutachten ausschließlich der Wahrheit verpflichtet und hinsichtlich des Inhaltes ihrer Gutachten an keine Weisungen gebunden (vgl VfSlg 16567/2002), weil Gutachten den sie erstellenden (Amts-)Sachverständigen persönlich zurechenbar sind. Davon gehen auch die Straftatbestände der §§ 288 und 289 StGB aus.«

57 Für Weisungsbindung ua Mayer, Zur Frage der Weisungsgebundenheit von Amtssachverständigen, ÖZW 1983, 97; Gallent, Notizen zur Weisungsbindung des Amtssachverständigen, ÖGZ 1984, 487 ff; Grabenwarter, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit(1997) 646 f; Thienel/Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahrenrecht⁵, 201 f; uE aus guten Gründen aA zB Adamovich/Funk/Holzinger/Frank, Staatsrecht Bd 23 Rz 27.045; Funk in Aicher/Funk, Der Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 13 f; Pesendorfer, Zur Weisungsgebundenheit des sachverständigen und wissenschaftlichen Dienstes einer Gebietskörperschaft, ZfV 1983, 230 ff.

58 So resümieren schon Hengstschläger/Leeb, AVG § 52 Rz 51 (Stand 1.7.2005, rdb.at).

59 Vgl etwa Funk in Aicher/Funk, Der Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990) 13 ff.

A. Unterscheidung dienstliche/fachliche Weisungsbindung

Dementsprechend ist die Unterscheidung zwischen der organisatorischen/dienstlichen und der fachlichen Weisungsbindung beim ASV besonders wichtig.

Der ASV hat in der behördlichen Organisation idR eine »doppel-funktionale Stellung« inne, er ist – wie ua *Walzel von Wiesentreu*⁶⁰ treffend zusammenfasst – einerseits als »Berufsbeamter« in die hierarchische Struktur seiner Abteilung eingegliedert und steht insofern in einem dienst- und organisationsrechtlichen Verhältnis zum jeweiligen Behördenapparat. Andererseits handelt er für jene Behörde, die im konkreten Verfahren zur Entscheidung befugt ist und gilt dann als Beweismittel im Verwaltungsverfahren.⁶¹ Dieser Umstand führt in vielen Fällen dazu, dass der ASV einer mehrfachen Weisungsbindung unterliegt, die durchaus auseinanderfallen kann. Die dienstrechtliche bzw organisatorische Weisungsbefugnis kommt dabei stets dem organisatorisch vorgesetzten Organ zu. Regelmäßig unterliegt der ASV aber in aufgabenbezogener bzw fachlicher Hinsicht den Anweisungen der (uU vom organisatorischen Vorgesetzten verschiedenen) verfahrensführenden Behörde.⁶² Während für die organisatorische bzw dienstrechtliche Weisungsbindung nur die allgemeinen Einschränkungen gelten, greift iZm mit seiner fachlichen Tätigkeit die Wahrheitspflicht, die zu einer deutlichen Beschränkung der Weisungsbindung führt.

Beispiel:

Der veterinärmedizinische Sachverständige *Viktor* wird in einem Verfahren vor dem LVwG beigezogen. Dienstlich-organisatorisch ist er in jedem Fall dem Bezirkshauptmann/der Bezirkshauptfrau unterstellt. Dieser bestimmt seine zB Dienstzeiten, seine Zuteilung, welche Res-

60 *Walzel von Wiesentreu* in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Sachverständigenrecht² Rz 2.022.

61 Dieses Verhältnis wird in der L ähnlich dem Verhältnis Auftraggeber – Auftragnehmer beschrieben (so etwa *Attlmayr*, Recht des Sachverständigen (1997) 138 und *Walzel von Wiesentreu* in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Sachverständigenrecht² Rz 2.022).

62 *Walzel von Wiesentreu* in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Sachverständigenrecht² Rz 2.022.

sources er zur Verfügung hat etc. Fachlich ist er in diesem Fall aber nicht dem LH bzw der Veterinärdirektion, sondern dem LVwG unterstellt. Dieses bestimmt den Umfang seines Gutachtensauftrags, ob Gutachtensergänzungen nötig sind etc.

B. Wahrheitspflicht bei Befund- und Gutachtenerstattung

Anders als hinsichtlich dienstlich-organisatorischer Belange ist die fachliche Weisungsbindung beim ASV sehr beschränkt. Die äußerste Grenze ist jedenfalls dort zu ziehen, wo die Befolgung der Weisung zu einem falschen Gutachten und sohin zur Verwirklichung des Straftatbestandes des §§ 288, 289 StGB führen würde.

§ 288. *»(1) Wer vor Gericht als Zeuge oder, soweit er nicht zugleich Partei ist, als Auskunftsperson bei seiner förmlichen Vernehmung zur Sache falsch aussagt oder als Sachverständiger einen falschen Befund oder ein falsches Gutachten erstattet, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.«*

§ 289. *»Wer außer in den Fällen des § 288 Abs. 3 und 4 vor einer Verwaltungsbehörde als Zeuge bei seiner förmlichen Vernehmung zur Sache falsch aussagt oder als Sachverständiger einen falschen Befund oder ein falsches Gutachten erstattet, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen zu bestrafen.«*

Als Sachverständige iSd § 288 StGB sind nur jene Personen zu verstehen, die vom Gericht oder im Ermittlungsverfahren von der Staatsanwaltschaft in einem bestimmten Verfahren nach den Verfahrensvorschriften (zB: §§ 351ff ZPO) **zum Sachverständigen bestellt** worden sind.⁶³ Ein **Sachverständiger iSd § 289 StGB** ist nur der **Amtssachverständige iSd § 52 Abs 1 AVG** oder der von der Behörde herangezogene **nichtamtliche Sachverständige iSd § 52 Abs 2 AVG**.⁶⁴ **Es kommt nach den Mat⁶⁵ zu § 288 StGB aber nicht darauf an ob, der SV (anders als**

63 Vgl nur Plöchl/Seidl in Höpfel/Ratz, WK³ StGB § 288 Rz 18.

64 Plöchl/Seidl in Höpfel/Ratz, WK³ StGB § 289 Rz 13.

65 Erläut RV 30 BlgNR 30 XIII GP 435.

beim Zeugen) förmlich vernommen wird oder Befund oder Gutachten schriftlich erstattet. Die Mat⁶⁶ zu § 289 StGB verweisen hinsichtlich der Tathandlung »falscher Befund« oder »falsches Gutachten« ausdrücklich auf die Mat zu § 288 StGB, es ist also anzunehmen, dass das zu § 288 StGB Gesagte auch für § 289 StGB gilt.

Hinsichtlich der »Richtigkeit« des Befunds ist ein objektiver Maßstab anzulegen: Ein Befund ist dann falsch, wenn die für die Begutachtung erforderlichen Tatsachen objektiv unrichtig wiedergegeben werden.⁶⁷ Beim Gutachten greift hingegen nach hA⁶⁸ ein subjektiver Maßstab: Das Gutachten ist dann unrichtig, wenn es nicht die wahre Überzeugung des Begutachtenden wiedergibt. Bezweifelt der Gutachter die Richtigkeit der von ihm gezogenen Schlüsse ohne diese Zweifel im Gutachten zu artikulieren, gilt es als »falsch«, auch wenn die gutachterlichen Schlüsse objektiv richtig sind.⁶⁹ Die Erstattung eines falschen Befundes oder Gutachtens muss (mindestens) vom Eventualvorsatz erfasst sein, auf einen Schädigungsvorsatz kommt es hingegen – anders als beim Amtsmissbrauch – nicht an.⁷⁰

C. Grenzen der fachlichen Weisungsfreiheit?

Vor einer Weisungserteilung geschützt ist dementsprechend im Wesentlichen der eigentliche Prozess Gutachtenserstattung.⁷¹ Dieser Prozess beginnt dort, wo der ASV – nach Maßgabe des behördlich determinierten Beweisthemas – den Befund aufnimmt und endet mit Erstellung des Gutachtens auf Basis seiner Erfahrungen und Kenntnisse bzw mit einer etwaigen mündlichen Erörterung des GA.

66 ErlRV 30 BlgNR 30 XIII GP 438.

67 So Plöchl/Seidl in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 288 Rz 37; differenzierend Tipold in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgK StGB (2007) § 288 Rz 65 ff.

68 Hinterhofer/Rosbaud, BT II § 288 Rz 21; Pallin in Höpfel/Ratz, WK StGB § 288 Rz 15; Zöchbauer/Bauer in Leukauf/Steininger, StGB⁴ § 288 Rz 13.

69 Vgl Plöchl/Seidl in Höpfel/Ratz, WK² StGB § 288 Rz 38.

70 Vgl etwa OGH 10 Os 42/81.

71 Attlmayr, Recht des Sachverständigen (1997) 138; so auch Bußjäger, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Archivrechts, ZfV 2005, 325 (335); diesen folgend Walzel von Wiesentreu in Attlmayr/Walzel von Wiesentreu, Sachverständigenrecht² Rz 2.023.

Beispiel für jedenfalls unzulässige Weisungen:

Weisung, den Sachverhalt den tatsächlichen Gegebenheiten widersprechend darzustellen oder das Gutachten entgegen dem aktuellen Stand der Fachkunde zu erstellen.⁷²

Nach uE zutr Ansicht der L⁷³ muss der ASV aber auch **niederschwelligere bzw weniger direkte Beeinflussungen** von sich weisen, wenn diese in casu zu einem verfälschten Ergebnis seiner Tätigkeit als ASV führen würden.

Beispiel:

Bekanntgabe von (zB methodischen) Präferenzen, das Vorschreiben von Auflagen oder Annahmen durch die verfahrensführende Behörde.

Fachliche Vorgaben der Behörde, die diese Grenze nicht überschreiten (also keinen Einfluss auf die »Richtigkeit« des Gutachtens haben, können den ASV hingegen binden.

Beispiel für zulässige »Weisungen«:

Weisungsgebunden ist der ASV zB hinsichtlich der Formulierung des Beweisthemas durch die Behörde bzw der Entscheidung, ob überhaupt ein Gutachten eingeholt wird. Diese Entscheidungen obliegen der Behörde, der ASV ist daran gebunden. Der ASV kann das Beweisthema von sich aus nicht ändern, auch wenn ihm das in casu zweckmäßig oder gar notwendig erscheint.

Darüber hinaus existiert ein gewisser »Graubereich« **iZm dienstlichen Weisungen, die indirekt Einfluss auf die Qualität des Gutachtens haben können.**

72 Siehe dazu zB *Tipold* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB (2007) § 288 Rz 67 mwN.

73 Vgl *Geuder*, Überlegungen zur Gutachtertätigkeit des Sachverständigen in der Verwaltung, ÖGZ 1982, 434 ff; so auch *Walzel von Wiesentreu* in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Sachverständigenrecht² Rz 2.023.

Beispiel:

Ein ASV hat aufgrund anderer ihm auftragener Dienstverpflichtungen zu wenig Zeit für das Gutachten; dem ASV werden notwendige Ressourcen⁷⁴ zur Gutachtenerstellung verwehrt etc.⁷⁵

Auch ein zB aufgrund des Zeitmangels oder mangels zur Verfügungstellung der notwendigen Hilfsmittel falscher Befund bzw falsches Gutachten kann grundsätzlich die Tathandlung der §§ 288, 289 StGB erfüllen. Da diese Bestimmung als maßgebliches Argument für die Weisungsfreiheit herangezogen wird, müsste uE auch die Weisungsbindung bei solchen dienstrechtlichen Weisungen entfallen, die Einfluss auf die Qualität des Gutachtens haben.

Zusammenfassung:

- Unterscheidung dienstliche/fachliche Weisung ist wesentlich.
- Weisungsbindung ist in fachlicher Hinsicht sehr eingeschränkt.
- Gutachterliche Feststellungen und Wertungen sind jedenfalls einer Weisung entzogen (§§ 288, 289 StGB). Auch niederschwelligere Einflussnahmen sind erfasst, zB Vorgabe präferierter Methoden.
- Graubereich: Dienstliche Weisungen, die indirekt Einfluss auf das Gutachten haben können.

74 Welche Ausstattung bei Tiertransportkontrollen benötigt wird, erläutert *Rabitsch*, Befund und Gutachten bei Tiertransporten, WTM 2016/103, 283.

75 *Für Merli*, Unabhängiges Gericht und unabhängiger Sachverständiger, ZfV 2015, 28 (30f) sind die genannten Beispiele durchaus problematisch, aber wohl – entsprechend der Judikatur des VfGH – nicht von der Weisungsfreiheit erfasst, da sie dienstrechtlicher/organisatorischer Natur sind. Dies statuiert *Merli* freilich in einem anderen Zusammenhang, und zwar als Argument dafür, dass die Weisungsfreiheit eher schwach ausgestaltet sei und nicht für das Primat der ASV ins Treffen geführt werden sollte.

D. Zwischenfazit

Unsere Conclusio:

Auch andere Tätigkeiten der Amtstierärzte (und der amtlichen Tierärzte etc) als jene nach § 52 AVG – zB Kontrolltätigkeiten – sind bzgl der ex lege inhaltlich übertragenen Aufgaben nach den Maßstäben der für SV geltenden Grundsätze weisungsfrei, soweit es dabei um die Prästrierung ihrer Fachkenntnisse geht. Die Rahmenbedingungen für das Einschreiten des SV sind aber der Weisungsbindung unterworfen, soweit diese nicht zwangsläufig einen falschen Befund oder ein falsches Gutachten nach sich zieht.

Beispiel:

Nach der hA⁷⁶ ist der Fleischuntersuchungstierarzt grundsätzlich weisungsgebundener Organwalter bzw Aufsichtsorgan, hinsichtlich der fachlichen Fleischuntersuchung selbst ist er aber inhaltlich weisungsfrei.

VII. Umfang und Grenzen der Weisungsbindung anhand von Beispielen aus dem (amts-)tierärztlichen Tätigkeitsfeld

A. Kontrollen iZm Tiertransporten

Sachverhalt:

Variante 1: Der Amtstierarzt A (Tiertransportinspektor) wird angewiesen, bei seinen Kontrollen gemeinsam mit der Exekutive auf der Auto-

⁷⁶ Siehe ua *Stangl/Kainz*, Kommentar FLUR § 4 FLUG 39 und – mit abweichender Begründung, aber gleichem Ergebnis – *Muhr*, Fleischuntersuchungsorgane, ÖJZ 1991, 771ff zur alten Rechtslage. Die idZ getroffenen Annahmen hinsichtlich der Weisungsbindung lassen sich aber uE grundsätzlich auf die neue Rechtslage übertragen.

bahn insb LKW aus dem Zulassungsstaat XY zur Kontrolle auszuwählen, da bei diesen in der Vergangenheit oftmals Verstöße gegen das Tiertransportgesetz bzw die Tiertransportverordnung festgestellt wurden. Muss A diese Weisung befolgen?

Variante 2: A wird »geraten«, im Rahmen seiner Kontrollen bei LKWs des heimischen Massentierhaltungsbetriebs M nicht »so genau hinzusehen«, da dort erfahrungsgemäß alles in Ordnung sei und man den für den Wirtschaftsstandort so wichtigen Betrieb nicht vergraulen möchte.

Lösung:

Variante 1: Hinsichtlich der Auswahl der zu kontrollierenden Fahrzeuge bzw hinsichtlich der Frage, ob eine Kontrolle durchzuführen ist, wann solche Kontrollen stattfinden, welche Häufigkeit die Kontrollen haben sollen etc ist der der Amtstierarzt bzw ASV weisungsgebunden; siehe dazu auch zB die Vorgaben des diesbezüglichen Kontrollplans 2018 des BM.⁷⁷ Eine Weisung, zB Transportfahrzeuge aus bestimmten Zulassungsstaaten verstärkt zu kontrollieren (oder zB die Fahrzeuge eines bestimmten Unternehmens nicht zu kontrollieren) kann zwar uU rechtswidrig sein, ist aber grundsätzlich zu befolgen. Eine Grenze bildet hier nur eine entsprechende strafbare Handlung (zB Amtsmisbrauch) oder das Willkürverbot, wenn eine solche Weisung also zB völlig unsachlich ist bzw gegen den Gleichheitsgrundsatz verstößt.

Variante 2: Hinsichtlich der Aufnahme des Befundes und der Erstellung des Gutachtens⁷⁸ unterliegt der Amtstierarzt aber der Wahrheitspflicht. Weisungen, die »Richtigkeit« des Befunds und des Gutachtens betreffen, sind also jedenfalls unwirksam. Auch Weisungen, bei der Kontrolle eine bestimmte Methodik zu verwenden, auf bestimmte Messungen zu verzichten oder generell gewissen Aspekten mehr oder weniger Aufmerksamkeit zu widmen, sind unwirksam. Der »Rat«, bei bestimmten LKW nicht so genau hinzusehen, kann durchaus als Aufforderung bzw Weisung verstanden werden. Diese Weisung, nur einen oberflächlichen Befund aufzunehmen, ist mit der Wahrheitspflicht nicht zu vereinbaren und muss vom Amtstierarzt abgelehnt werden.

77 Abrufbar unter <https://www.verbrauchergesundheit.gv.at/handel_export/tierschutz/Kontrollplan_2018.pdf?6f8jht>, abgerufen am 3.10.2018.

78 Ausführlich zur Begutachtung im Rahmen von Tiertransportkontrollen *Rabitsch*, Befund und Gutachten bei Tiertransporten, WTM 2016/103, 283 ff.

B. Aufgaben nach dem Tierseuchengesetz

Sachverhalt:

Im Bezirk B ist die Pockenseuche bei Schafen ausgebrochen. Der freiberufliche Tierarzt *Theo* wird – gegen seinen Willen – als »Seuchenimpf-
arzt« bestellt (§ 2a Abs 3 TSG). Als *Theo* vom Bezirkshauptmann ange-
wiesen wird, die noch seuchenfreien Tiere einer betroffenen Herde zu
impfen, weigert er sich vehement. Er habe für diese aufwendige Tätig-
keit keine Zeit und sei als freiberuflicher Arzt auch nicht an Weisungen
der Behörde gebunden, da er in keinem Dienstverhältnis zu ihr stehe.

Lösung:

Theo ist als inpflichtgenommer »Seuchenimpf-
arzt« (§ 2a Abs 3 Tierseu-
chenG) behördliches Organ. Diese Bestellung ist auch gegen seinen Wil-
len möglich (§ 2a Abs 4 TierseuchenG). Als Organ ist er gem Art 20 Abs 1
B-VG weisungsgebunden, unabhängig davon, ob ein Dienstverhältnis
mit der Behörde besteht. Da der Bezirkshauptmann sein vorgesetztes
Organ ist und sofern keine Strafgesetzwidrigkeit vorliegt, könnte *Theo*
nur bei Vorliegen von Willkür die Weisung verneinen. Da aber gem § 35
TierseuchenG eine Impfung der noch gesunden Tiere anzuordnen ist,
sofern die Pockenseuche unter der Herde eine größere Verbreitung er-
langt hat, wird iS einer Grobprüfung keine Willkürlichkeit vorliegen.

C. Aufgaben nach dem Tierschutzgesetz

Sachverhalt:⁷⁹

Der Amtstierarzt A führt beim Tierhalter H eine Kontrolle nach dem
Tierschutzgesetz durch. Aufgrund des bemitleidenswerten Zustands
der Tiere möchte er dem Halter 205 adulte Schafe und 60 Lämmer gem
§ 37 Abs 1 Z 2 und Abs 2 TSchG abnehmen. Mittlerweile hat H's Bruder
(der Eigentümer der Schafe ist) den Vorgesetzten des Amtstierarztes
kontaktiert und sich – unter Hinweis auf seine Eigentümerposition –
gegen die Abnahme ausgesprochen. A's Vorgesetzter weist ihn darauf-
hin an, mit der Abnahme der Schafe »bis zur Klärung der Eigentums-
verhältnisse« zuzuwarten. Ist A an diese Weisung gebunden?

79 Angelehnt an VwGH 21.9.2012, 2012/02/0132.

Lösung:

Die Abnahme eines Tieres nach § 37 TSchG sieht als Adressaten eindeutig und ausschließlich den Halter vor, setzt eine Abnahme doch begrifflich die Sachherrschaft des Halters voraus und beendet diese durch – wie es in der Überschrift des § 37 TSchG lautet – sofortigen Zwang.⁸⁰ Der Einwand des Bruders, er sei Eigentümer, ist sohin unbeachtlich.

Die Weisung ist war (zumindest) schlicht rechtswidrig, der Tierarzt wäre gem § 37 Abs 2 TSchG zur sofortigen Abnahme verpflichtet gewesen. Auch schlicht rechtswidrige Weisungen sind aber grundsätzlich zu befolgen. Die Weisung betrifft die Ausübung von Befehls- und Zwangsgewalt, dabei unterliegt der Amtstierarzt grundsätzlich der fachlichen Weisungsbindung. Auch Weisungen iZm mit der Durchführung dieser Maßnahmen (zB bestimmte Missstände jedenfalls sofort abzustellen oder aber zu ignorieren; mit Ersatzmaßnahmen nur bestimmte Unternehmer zu beauftragen/nicht zu beauftragen und dergleichen) können aber anhand der allgemeinen Grundsätze (Strafgesetzwidrigkeit, Willkür) unwirksam sein. In casu kommt insb eine Strafgesetzwidrigkeit iZm Tierquälerei durch Unterlassen (§§ 2 iV 222 StGB) in Betracht, da dem Tierarzt uE diesbezüglich Garantenstellung zukommt.

D. Kontrollen iZm der Lebensmittelsicherheit**Sachverhalt:**

Der amtliche Tierarzt T nimmt während einer Hygienekontrolle eines Schlachtbetriebs gem § 54 LMSVG Mängel war. Nach der Rücksprache mit seinem Vorgesetzten wird ihm »nahegelegt«, er solle angesichts des existenzbedrohenden Imageschadens für den Betrieb die Mängel in seinem Bericht nicht »in dieser Schärfe« festhalten.

Lösung:

Der amtliche Tierarzt T ist Organ und sohin grundsätzlich weisungsgebunden, siehe dazu bei Punkt III. Ein »Nahlegen«, den Bericht zu »entschärfen«, kann nun durchaus als Weisung verstanden werden. Eine solche Weisung verletzt die Wahrheitspflicht des SV – die uE auch (amts-)tierärztliche Kontrollen etc erfasst – und muss abgelehnt werden.

80 So ausdrücklich VwGH 21.9.2012, 2012/02/0132.

E. Der veterinärmedizinische SV in Verfahren vor dem VwG

Sachverhalt:

Der veterinärmedizinische ASV V wird einem Verwaltungsstrafverfahren vor dem LVwG wegen eines Verstoßes gegen das TSchG beigezogen. Das LVwG teilt V mit, dass er sich – im Gegensatz zum erstinstanzlichen Gutachten – nur mehr mit bestimmten Aspekten des Sachverhalts befassen soll. Seine Dienstbehörde (BH) gibt ihm für diese Aufgabe nur zwei Tage Zeit, da er sich möglichst rasch wieder um »wichtigere Agenden« kümmern soll. Angesichts des Zeitdrucks bleibt dem V gar keine andere Wahl, als Befund und Gutachten des erstinstanzlichen SV inhaltlich weitgehend ungeprüft zu übernehmen.

Lösung:

Wird der veterinärmedizinische ASV einem Verfahren vor einem VwG beigezogen, fällt die organisatorische und fachliche Weisungskompetenz jedenfalls auseinander. Organisatorisch-dienstlich weisungsbefugt ist weiterhin seine Dienstbehörde (BH). Fachlich zuständig ist in casu aber das LVwG, von dem er als ASV beigezogen wird. »Fachliche« Weisungen, die Einfluss auf die Richtigkeit des Gutachtens haben, sind jedenfalls unwirksam. Die Formulierung bzw Einschränkung des Gutachtensauftrags durch das LVwG ist aber zulässig und verletzt die gutachterliche Wahrheitspflicht nicht. Dienstliche Weisungen sind grundsätzlich nicht von der Weisungsfreiheit des ASV erfasst. Da aber die dienstliche Weisung in casu geeignet scheint, Einfluss auf die »Richtigkeit« des Gutachtens (§ 289 StGB) zu nehmen, ist eine Unwirksamkeit der Weisung wegen Strafgesetzwidrigkeit zumindest anzudenken.

Korrespondenz:

Univ.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ Erika Wagner
Institutsvorständin des Instituts für Umweltrecht
Abteilungsleiterin der Abteilung Umweltpatentrecht
(Institut für Zivilrecht)
Johannes Kepler Universität Linz
Altenberger Straße 69
4040 Linz, Österreich
E-Mail: erika.wagner@jku.at

Univ.-Ass. Mag. Julius Ecker, LL.M.
Universitätsassistent am Institut für Umweltrecht
Johannes Kepler Universität Linz
Altenberger Straße 69
4040 Linz, Österreich
E-Mail: julius.ecker@jku.at