

# TiRuP

Tierschutz in Recht und Praxis

3 / 2019

## Editorial

*Sehr geehrte Leserinnen und Leser,*

im November 2017 ist die Zeitschrift »Tierschutz in Recht und Praxis« gemeinsam von den Universitäten Salzburg und Linz sowie der Tierschutzombudsstelle Wien gegründet worden. Unser Anliegen war es, das Tier(arten)schutzrecht aus der Nische hinaus in den Fokus juristischer Überlegungen zu bringen. Dass nun bereits der zweite Jahrgangsband der TiRuP erscheint, bestätigt uns in diesem Weg ebenso wie die wachsende Anzahl unserer Autor\_innen.

Das breite Spektrum des Tier(arten)schutzrechts bildet sich auch in den im Jahr 2019 in der TiRuP publizierten Beiträgen ab. Es reicht vom Tiertransport und dem Widerspruch zwischen Gesetz und Verordnung in der landwirtschaftlichen Nutztierhaltung über den Abschuss von Wölfen und rituelle Schlachtungen hin zu Fragen der Weisungsbindung von veterinärmedizinischen Sachverständigen und Sicherheitsaspekten bei der Haltung von Tieren uvm. Weiters finden Sie eine Nachlese zum 3. Tier&Recht-Tag (2018) der TOW im vorliegenden Jahrgangsband. Die Ergebnisse dieser jährlich stattfindenden Fachkonferenz wurden bislang in einem eigenen Tagungsband abgedruckt. Mit dem 4. Tier&Recht-Tag (2019) wurde dieses Prozedere umgestellt und es freut uns sehr, an dieser Stelle ankündigen zu dürfen, dass die Tagungsbeiträge künftig in der TiRuP erscheinen werden. An dieser Stelle sei nochmals auf das Format der TiRuP als Open-Access-Online-Zeitschrift hingewiesen, bei der alle Beiträge unmittelbar nach dem Imprimatur unter dem Link <[www.tirup.at](http://www.tirup.at)> veröffentlicht und kostenfrei zum Download angeboten werden.

Ein weiterer wichtiger Schritt zur Verbreitung und Anerkennung der TiRuP wurde im vergangenen Jahr gesetzt. Sämtliche Beiträge der TiRuP sind nunmehr auch über die Rechtsdatenbanken RDB und RIDA auffindbar.

Wir danken unseren Autor\_innen sowie dem Jan Sramek Verlag für die gute Zusammenarbeit und wünschen Ihnen eine spannende Lektüre und viel Freude mit dem vorliegenden Werk. Wir hoffen, damit auch weiterhin den fachlichen Diskurs im Tierschutzrecht voranzubringen.

*Die Herausgeber\_innen im Jänner 2020*

# Zur Zulässigkeit von Eingriffen in Wolfspopulationen – EuGH bekräftigt erneut strenge Voraussetzungen für Ausnahmen vom Artenschutz

Anmerkung zu EuGH 10.10.2019, C-674/17, Tapiola,  
EU:C:2019:851

KATHARINA SCHARFETTER

DOI: 10.25598/tirup/2019-5

## Inhaltsübersicht:

I.	Sachverhalt .....	2
II.	Aus den Entscheidungsgründen .....	2
III.	Anmerkungen .....	8
	A. Ausgangslage .....	8
	B. Ziel der Ausnahmeregelung .....	9
	C. Keine anderweitige zufriedenstellende Lösung .....	13
	D. Günstiger Erhaltungszustand trotz Ausnahmeregelung .....	14
IV.	Fazit .....	16

**Abstract:** In seiner aktuellen Entscheidung zur finnischen Wolfsjagd befasst sich der EuGH mit dem Ausnahmetatbestand in Art 16 Abs 1 lit e FFH-RL und kommt zu dem Schluss, dass sich Ausnahmen vom strengen Artenschutz nur unter sehr strengen Bedingungen auf diese Bestimmung stützen können. Außerdem betont der EuGH darin erneut, dass sämtliche Voraussetzungen für Ausnahmegenehmigungen restriktiv auszulegen sind.

**Rechtsquellen:** RL 92/43/EWG (Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie; Habitatrichtlinie; FFH-RL) Art 12 und 16.

**Schlagworte:** Alternativenprüfung; Arten, streng geschützte; Artenschutzrecht; Erhaltungszustand; FFH-RL, Ausnahmegenehmigung; Jagd, bestandspflegende; Tierartenschutz; Wolf (*Canis lupus*).

## I. Sachverhalt

Anlässlich eines Vorabentscheidungsersuchens hatte sich der EuGH erneut mit der Zulässigkeit von Abweichungen vom strengen Schutzsystem der FFH-RL zu befassen. Im zugrundeliegenden Ausgangsverfahren in Finnland war durch zwei Bescheide die Tötung von insgesamt sieben Wölfen genehmigt worden. Begründet wurden diese Ausnahmegenehmigungen mit der Besorgnis der örtlichen Bevölkerung, mit Schäden an Hunden und insb damit, dass man so illegalen Tötungen entgegenwirke (»bestandspflegende Jagd«). Weiters argumentierte die zuständige Behörde, dass es keine andere zufriedenstellende Lösung als die Tötung der Wölfe gäbe und die Entnahmen einen selektiven und begrenzten Charakter hätten. Diese Ausnahmegenehmigungen wurden daraufhin von der finnischen Umweltschutzorganisation Tapiola angefochten. Bei dem in der Folge zuständigen Gericht entstanden aber zahlreiche Fragen zur Interpretation der FFH-RL (vor allem des Art 16 Abs 1 lit e), sodass es den EuGH um Auslegung ersuchte.

## II. Aus den Entscheidungsgründen

[...]

*28 Zwar erlaubt Art. 16 Abs. 1 der Habitatrichtlinie den Mitgliedstaaten, von den Bestimmungen der Art. 12 bis 14 sowie Art. 15 Buchst. a und b dieser Richtlinie abzuweichen, doch unterliegt eine auf dieser Grundlage erlassene Ausnahmeregelung, da sie es den Mitgliedstaaten erlaubt, den mit dem System des strengen Schutzes natürlich vorkommender Arten einhergehenden Verpflichtungen zu entgehen, der Bedingung, dass es keine anderweitige zufriedenstellende Lösung gibt und die Populationen der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet trotz der Ausnahmeregelung ohne Beeinträchtigung in einem günstigen Erhaltungszustand verweilen.*

29 *Es ist festzustellen, dass diese Bedingungen für sämtliche in Art. 16 Abs. 1 der Habitatrichtlinie genannten Fälle gelten.*

30 *Zudem stellt Art. 16 Abs. 1 der Habitatrichtlinie, der die Voraussetzungen, unter denen die Mitgliedstaaten von den Art. 12 bis 14 sowie Art. 15 Buchst. a und b dieser Richtlinie abweichen dürfen, genau und abschließend festlegt, eine Ausnahme von dem in dieser Richtlinie vorgesehenen Schutzsystem dar, die restriktiv auszulegen ist (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 20. Oktober 2005, Kommission/Vereinigtes Königreich, C-6/04, EU:C:2005:626, Rn. 111, und vom 10. Mai 2007, Kommission/Österreich, C-508/04, EU:C:2007:274, Rn. 110 und 128) und bei der die Beweislast für das Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen für jede Abweichung die Stelle treffen muss, die über sie entscheidet (vgl. entsprechend Urteil vom 8. Juni 2006, WWF Italia u. a., C-60/05, EU:C:2006:378, Rn. 34).*

[...]

36 *Art. 16 Abs. 1 Buchst. e der Habitatrichtlinie kann daher keine allgemeine Rechtsgrundlage für die Genehmigung von Ausnahmen von Art. 12 Abs. 1 dieser Richtlinie darstellen, da andernfalls den anderen Fällen des Art. 16 Abs. 1 der Habitatrichtlinie und diesem strengen Schutzsystem die praktische Wirksamkeit genommen würde.*

37 *Folglich kann sich das Ziel einer auf Art. 16 Abs. 1 Buchst. e der Habitatrichtlinie gestützten Ausnahme grundsätzlich nicht mit den Zielen der auf Art. 16 Abs. 1 Buchst. a bis d dieser Richtlinie gestützten Ausnahmen überschneiden; daher kann die erstgenannte Bestimmung nur dann als Grundlage für den Erlass einer Ausnahmeregelung dienen, wenn die letztgenannten Bestimmungen nicht einschlägig sind.*

[...]

41 *Es ist darauf hinzuweisen, dass die für eine Ausnahme geltend gemachten Ziele in der Entscheidung über die Ausnahme klar, genau und fundiert festgelegt sein müssen. Eine auf Art. 16 Abs. 1 der Habitatrichtlinie gestützte Ausnahme kann nämlich nur eine konkrete und punktuelle Anwendung sein, mit der konkreten Erfordernissen und besonderen Situationen begegnet wird (vgl. entsprechend Urteile vom 8. Juni 2006, WWF Italia u. a., C-60/05, EU:C:2006:378, Rn. 34, und vom 11. November*

2010, *Kommission/Italien*, C-164/09, nicht veröffentlicht, EU:C:2010:672, Rn. 25).

[...]

49 *Außerdem verpflichtet Art. 16 Abs. 1 der Habitatrichtlinie die Mitgliedstaaten, eine genaue und angemessene Begründung für die Annahme darzutun, dass es keine anderweitige zufriedenstellende Lösung gibt, um die Ziele zu erreichen, auf die die fragliche Ausnahmeregelung gestützt wird (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 14. Juni 2007, *Kommission/Finnland*, C-342/05, EU:C:2007:341, Rn. 31).*

50 *Diese Begründungspflicht ist nicht erfüllt, wenn die Entscheidung über eine Ausnahme weder Angaben zum Fehlen einer anderen zufriedenstellenden Lösung enthält noch auf die in diesem Zusammenhang relevanten technischen, rechtlichen und wissenschaftlichen Berichte verweist (vgl. entsprechend Urteile vom 16. Oktober 2003, *Ligue pour la protection des oiseaux u. a.*, C-182/02, EU:C:2003:558, Rn. 14, und vom 21. Juni 2018, *Kommission/Malta*, C-557/15, EU:C:2018:477, Rn. 50 und 51).*

[...]

54 *Drittens ist zu prüfen, ob die fragliche Ausnahme nicht gegen die in Art. 16 Abs. 1 der Habitatrichtlinie niedergelegte Bedingung verstößt, dass die Populationen der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet trotz der Ausnahmeregelung ohne Beeinträchtigung in einem günstigen Erhaltungszustand verweilen.*

55 *Der günstige Erhaltungszustand dieser Populationen in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet ist nämlich eine unabdingbare Voraussetzung für die Zulassung der in Art. 16 Abs. 1 der Habitatrichtlinie vorgesehenen Ausnahmen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. Mai 2007, *Kommission/Österreich*, C-508/04, EU:C:2007:274, Rn. 115).*

[...]

58 *Wie der Generalanwalt in den Nrn. 79 bis 82 seiner Schlussanträge im Wesentlichen ausgeführt hat, hat daher die zuständige nationale Behörde bei der Prüfung, ob eine Ausnahme auf der Grundlage von Art. 16 Abs. 1*

zuzulassen ist, u. a. bezogen auf das Gebiet des Mitgliedstaats oder gegebenenfalls, wenn sich die Grenzen des betreffenden Mitgliedstaats mit mehreren biogeografischen Regionen überschneiden, bezogen auf die betreffende biogeografische Region, oder aber, wenn das natürliche Verbreitungsgebiet der Art es erfordert und soweit möglich grenzüberschreitend, in einem ersten Schritt den Erhaltungszustand der Populationen der betreffenden Arten und in einem zweiten Schritt die geografischen und demografischen Auswirkungen, die die in Betracht gezogenen Ausnahmeregelungen auf diesen haben können, zu ermitteln.

[...]

61 Somit kann eine solche Ausnahmeregelung nicht erlassen werden, ohne dass der Erhaltungszustand der betreffenden Art sowie die möglichen Auswirkungen der in Betracht gezogenen Ausnahmeregelung auf den Erhaltungszustand bezogen auf das lokale Gebiet und auf das Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats oder gegebenenfalls auf die betreffende biogeografische Region, wenn sich die Grenzen dieses Mitgliedstaats mit mehreren biogeografischen Regionen überschneiden oder wenn das natürliche Verbreitungsgebiet der Art dies erfordert, und soweit möglich grenzüberschreitend beurteilt worden sind.

62 Angesichts der Fragen des vorlegenden Gerichts ist zunächst hinzuzufügen, dass ein Bestandspflegeplan und eine nationale Regelung, die die Höchstzahl der Individuen festlegt, die in einem Jagdjahr im Hoheitsgebiet getötet werden dürfen, einen relevanten Faktor für die Feststellung darstellen können, ob die in Rn. 54 des vorliegenden Urteils geschilderte Anforderung erfüllt ist, da sie geeignet sind, zu gewährleisten, dass die jährliche kumulative Wirkung einzelner Ausnahmegenehmigungen der Wahrung oder Wiederherstellung des günstigen Erhaltungszustands der Populationen der betreffenden Art nicht schadet.

[...]

66 In diesem Zusammenhang ist auch hervorzuheben, dass der Mitgliedstaat gemäß dem in Art. 191 Abs. 2 AEUV verankerten Vorsorgegrundsatz von dem Erlass oder der Durchführung einer solchen Ausnahmeregelung absehen muss, nach der Prüfung der besten verfügbaren wissenschaftlichen Daten eine Ungewissheit darüber bestehen bleibt, ob der günstige

*Erhaltungszustand der Populationen einer vom Aussterben bedrohten Art trotz dieser Ausnahmeregelung gewahrt oder wiederhergestellt werden kann.*

[...]

68 *Des Weiteren hat der Gerichtshof in Bezug auf die Auswirkungen des ungünstigen Erhaltungszustands einer Art auf die Möglichkeit, Ausnahmen gemäß Art. 16 Abs. 1 der Habitatrichtlinie zuzulassen, bereits entschieden, dass solche Ausnahmen ausnahmsweise weiterhin zulässig sind, wenn hinreichend nachgewiesen ist, dass sie nicht geeignet sind, den ungünstigen Erhaltungszustand dieser Populationen zu verschlechtern oder die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands zu behindern. Nach Auffassung des Gerichtshofs kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass sich die Tötung einer begrenzten Zahl von Individuen auf das in Art. 16 Abs. 1 der Habitatrichtlinie genannte Ziel der Bewahrung eines günstigen Erhaltungszustands der Wolfspopulation innerhalb ihres natürlichen Verbreitungsgebiets nicht auswirkt. Eine Ausnahme wäre in einem solchen Fall daher für die betreffende Art neutral (Urteil vom 14. Juni 2007, Kommission/Finnland, C-342/05, EU:C:2007:341, Rn. 29).*

74 *Schließlich erfordert die Bedingung, wonach auf Art. 16 Abs. 1 Buchst. e der Habitatrichtlinie gestützte Ausnahmen einer strengen Kontrolle unterliegen, insbesondere, dass diese strenge Kontrolle sowie die Art und Weise, wie ihre Einhaltung sichergestellt wird, es ermöglicht, die Selektivität und das beschränkte Ausmaß der Entnahmen oder der Haltung von Individuen der betreffenden Arten zu gewährleisten. Somit muss sich die zuständige nationale Behörde für jede Ausnahmeregelung, die auf diese Bestimmung gestützt wird, vor ihrem Erlass vergewissern, dass die in dieser Bestimmung vorgesehenen Bedingungen eingehalten werden, und anschließend ihre Auswirkungen überwachen. Die nationale Regelung muss gewährleisten, dass die Rechtmäßigkeit der Entscheidungen, mit denen Ausnahmen gemäß dieser Bestimmung genehmigt werden, sowie die Art und Weise, in der diese Entscheidungen angewandt werden, auch hinsichtlich der Einhaltung der Auflagen in Bezug auf Ort, Zeit, Anzahl und Typ der betreffenden Individuen, mit denen diese Entscheidungen versehen sind, wirksam und rechtzeitig kontrolliert werden (vgl. entsprechend Urteil vom 8. Juni 2006, WWF Italia u. a., C-60/50, EU:C:2006:378, Rn. 47).*



[...]

80 *Nach alledem ist auf die Fragen des vorlegenden Gerichts zu antworten, dass Art. 16 Abs. 1 Buchst. e der Habitatrichtlinie dahin auszulegen ist, dass er dem Erlass von Entscheidungen entgegensteht, mit denen Ausnahmen von dem in Art. 12 Abs. 1 Buchst. a in Verbindung mit Anhang IV Buchst. a dieser Richtlinie niedergelegten Verbot der absichtlichen Tötung von Wölfen im Rahmen der bestandspflegenden Jagd genehmigt werden und das Ziel der Bekämpfung von Wilderei verfolgt wird, wenn*

- ▷ *das mit diesen Ausnahmen verfolgte Ziel nicht klar und deutlich belegt wird und die nationale Behörde nicht anhand fundierter wissenschaftlicher Daten nachzuweisen vermag, dass diese Ausnahmen geeignet sind, dieses Ziel zu erreichen,*
- ▷ *nicht hinreichend nachgewiesen ist, dass das mit ihnen verfolgte Ziel nicht durch eine anderweitige zufriedenstellende Lösung erreicht werden kann, wobei das bloße Vorliegen einer illegalen Aktivität oder die Schwierigkeiten, denen bei der Durchführung der Kontrolle dieser Aktivität begegnet wird, hierfür nicht ausreichen können,*
- ▷ *nicht gewährleistet ist, dass der günstige Erhaltungszustand der Populationen der betreffenden Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet trotz der Ausnahmeregelungen gewahrt bleibt,*
- ▷ *in Bezug auf die Ausnahmen keine Bewertung des Erhaltungszustands der Populationen der betreffenden Art sowie der voraussichtlichen Auswirkungen der in Betracht gezogenen Ausnahme auf diesen bezogen auf das Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats oder gegebenenfalls bezogen auf die betreffende biogeografische Region, wenn sich die Grenzen dieses Mitgliedstaats mit mehreren biogeografischen Regionen überschneiden oder das natürliche Verbreitungsgebiet der Art dies erfordert, und soweit möglich grenzüberschreitend vorgenommen wurde und*
- ▷ *nicht sämtliche Bedingungen erfüllt sind, die sich auf die Entnahme einer begrenzten und spezifizierten Anzahl von Exemplaren bestimmter in Anhang IV der Habitatrichtlinie genannter Arten unter strenger Kontrolle, selektiv und in beschränktem Ausmaß beziehen; die Erfüllung dieser Bedingungen ist u. a. unter Berücksichtigung der Größe der Population, ihres Erhaltungszustands und ihrer biologischen Merkmale nachzuweisen.*

[...]

### III. Anmerkungen

#### A. Ausgangslage

Bereits zum zweiten Mal beschäftigte sich der EuGH mit der Wolfsjagd in Finnland,<sup>1</sup> doch wird die aktuelle Entscheidung wohl auch in Österreich für mehr Aufsehen sorgen, denn der Wolf durchstreift mittlerweile auch die heimischen Wälder. Während es die einen als Sensation empfinden, dass sich ein vom Aussterben bedrohtes Wildtier trotz schwindender Wildnis wieder ansiedelt, erzürnt die Anwesenheit des großen Beutegreifers vor allem Landwirt/inn/e/n aufgrund zunehmender Risse an Nutztieren und beschäftigt so auch die Behörden und Verwaltungsgerichte in Österreich.

Die 2018 gestellten Anträge beschränkten sich noch auf Vergrämungsmaßnahmen (zB Einsatz von Gummigeschossen und Schreckschüssen),<sup>2</sup> jedoch wurde schon 2019 unter den Nutztierhalter/inne/n der Ruf nach einem Abschuss immer lauter. Während der erste Antrag auf Abschuss (von Wolf und Bär!) in Tirol von der zuständigen Behörde im Sommer rasch abgelehnt wurde, weil die nötigen Genehmigungsveraussetzungen nicht gegeben waren,<sup>3</sup> ist die Entscheidung im Salzburger Pongau noch ausständig.<sup>4</sup> Das aktuelle Urteil des EuGH zur Auslegung des Art 16 Abs 1 lit e FFH-RL scheint wie gerufen zu kommen. Im Rahmen dieses Beitrags sollen daher nicht nur die wesentlichen Aussagen dieses Urteils erörtert, sondern auch untersucht werden, ob

---

1 Zur Erinnerung: 2007 stellte der EuGH in einem Vertragsverletzungsverfahren fest, dass die Republik Finnland gegen ihre Verpflichtungen aus der FFH-RL verstoßen hat, weil sie die Jagd auf Wölfe aus präventiven Gründen erlaubte, ohne dass erwiesen war, dass sich die Jagd zur Verhütung ernster Schäden iSv Art 16 Abs 1 lit b FFH-RL eignet (vgl EuGH 14.6.2007, C-342/05, Kommission/Finnland, EU:C:2007:341).

2 Die Genehmigung von Vergrämungsmaßnahmen in einer oberösterreichischen Gemeinde wurde vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (LVwG OÖ 12.11.2018, LVwG-551386/2/KLe – 551387/ ) wegen eines mangelhaften Ermittlungsverfahrens aufgehoben; vgl dazu *Scharfetter*, Erfolgreiche Beschwerden gegen »Wolfsbescheid« in OÖ, umweltrechtsblog.at vom 23.11.2018. Die Beschwerden gegen einen entsprechenden Vergrämungsbescheid in Niederösterreich wurden vom Landesverwaltungsgericht Niederösterreich (LVwG NÖ 16.1.2019, LVwG-AV-1320/001-2018) wegen Ablaufs des befristeten Bescheids für gegenstandslos erklärt und das Verfahren eingestellt.

3 Vgl Der Standard vom 26.7.2019, Wolf und Bär dürfen in Tirol nicht abgeschossen werden.

4 Vgl Die Presse vom 13.7.2019, Über 20 Schafe gerissen: Land Salzburg will Wolf abschießen.

dieser Ausnahmetatbestand auch für die österreichische Praxis eine Rolle spielt.

Ziel der FFH-RL ist, worauf auch der EuGH einleitend hinweist, »zur Sicherung der Artenvielfalt durch die Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen im europäischen Gebiet der Mitgliedstaaten [...] beizutragen.«<sup>5</sup> Dementsprechend sieht Art 12 FFH-RL die Etablierung eines strengen Schutzsystems für die in Anhang IV der Richtlinie genannten Tierarten vor. Dieses umfasst ua das Verbot, Exemplare dieser Arten absichtlich zu fangen oder zu töten. Art 16 FFH-RL ermöglicht allerdings Abweichungen von diesem strengen Schutz, wenn mit der Ausnahmegenehmigung ein entsprechendes Ziel verfolgt wird, das nicht durch eine andere zufriedenstellende Lösung erreicht werden kann und die betroffene Art trotz der Ausnahme in einem günstigen Erhaltungszustand verweilt. Der EuGH befasste sich im gegenständlichen Fall mit allen drei Voraussetzungen und machte dazu im Detail die im Folgenden näher zu erörternden Ausführungen.

## B. Ziel der Ausnahmeregelung

Art 16 Abs 1 FFH-RL normiert in den lit a bis e bestimmte Ziele, aufgrund derer Ausnahmen vom strengen Schutz gewährt werden dürfen. Im Ausgangsverfahren stützten sich die Genehmigungen auf Art 16 Abs 1 lit e FFH-RL, demzufolge die Mitgliedstaaten vom strengen Schutz abweichen können,

*um unter strenger Kontrolle, selektiv und in beschränktem Ausmaß die Entnahme oder Haltung einer begrenzten und von den zuständigen einzelstaatlichen Behörden spezifizierten Anzahl von Exemplaren bestimmter Tier- und Pflanzenarten des Anhangs IV zu erlauben.*

Diese als Blankoermächtigung anmutende Bestimmung unterscheidet sich klar von den übrigen Bestimmungen in lit a bis d,<sup>6</sup> da sie – wie

<sup>5</sup> Art 2 Abs 1 FFH-RL.

<sup>6</sup> Art 16 Abs 1 lit

a) *zum Schutz der wildlebenden Tiere und Pflanzen und zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume;*

b) *zur Verhütung ernster Schäden insbesondere an Kulturen und in der Tierhaltung sowie an Wäldern, Fischgründen und Gewässern sowie an sonstigen Formen von Eigentum;*

auch der EuGH feststellt – das eigentliche Ziel nicht näher umschreibt. Generalanwalt *Saugmansgaard Øe* hatte dazu in seinen Schlussanträgen die Auffassung vertreten, dass diese Bestimmung den Schutz der Interessen in lit a bis d umfasst, gleichzeitig aber nicht auf diese beschränkt ist.<sup>7</sup> Dieser Auslegung als Auffangtatbestand für alle denkbaren Ziele hat der EuGH jedoch einen klaren Riegel vorgeschoben: Art 16 Abs 1 lit e FFH-RL ist keine allgemeine Rechtsgrundlage für die Genehmigung von Ausnahmen, sondern kann nur dann als Grundlage herangezogen werden, wenn die Bestimmungen in lit a bis d nicht einschlägig sind.<sup>8</sup> In diesem Zusammenhang weist der EuGH außerdem daraufhin, dass es notwendig ist, die **Ziele, auf die sich eine Ausnahme gründet, in der Entscheidung »klar, genau und fundiert«**<sup>9</sup> festzulegen. Denn nur so ist es möglich zu beurteilen, ob es sich tatsächlich um eine konkrete, punktuelle und erforderliche Ausnahme handelt.<sup>10</sup> Die klare Definierung des Ziels ist mE aber auch für die Alternativenprüfung unumgänglich, denn wie sollte man das Bestehen von Alternativen verneinen, wenn nicht klar ist, welches Ziel die Maßnahmen überhaupt verfolgen?

Der EuGH kommt daher zu dem Schluss, dass das geltend gemachte Ziel der finnischen Ausnahmegenehmigungen, nämlich die Bewahrung oder Wiederherstellung des günstigen Erhaltungszustandes der Art Wolf selbst, durchaus von Art 16 Abs 1 lit e FFH-RL umfasst sein kann.<sup>11</sup> Er stellt es jedoch sehr in Frage, ob die Methode »bestandspflegende Jagd zur Reduzierung der Wilderei« zur Erreichung dieses Ziels überhaupt geeignet sei, und hält fest, dass es **Sache der zuständigen Behörde ist, die Eignung durch fundierte wissenschaftliche Daten nachzuwei-**

- 
- c) *im Interesse der Volksgesundheit und der öffentlichen Sicherheit oder aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art oder positiver Folgen für die Umwelt;*  
d) *zu Zwecken der Forschung und des Unterrichts, der Bestandsauffüllung und Wiederansiedlung und der für diese Zwecke erforderlichen Aufzucht, einschließlich der künstlichen Vermehrung von Pflanzen; [ ...].*

7 Schlussanträge 8.5.2019, C-674/17, Tapiola, EU:C:2019:394, Rz 51.

8 Vgl EuGH 10.10.2019, C-674/17, Tapiola, EU:C:2019:851, Rz 36 f.

9 Ebenda Rz 41.

10 Vgl ebenda.

11 Man könnte aufwerfen, dass sich der Gerichtshof an dieser Stelle selbst widerspricht, da der Schutz wildlebender Tiere ja schon durch die lit a erfasst ist. Augenscheinlich geht der Gerichtshof aber davon aus, dass dieser Tatbestand nicht die von der Ausnahmegenehmigung betroffene Art selbst umfasst.

sen.<sup>12</sup> Diesem Erfordernis eines wissenschaftlichen Nachweises der Eignung kommt über lit e hinaus Bedeutung zu, da die Eignung zur Zielerreichung natürlich auch für die Ziele in lit a bis d vorausgesetzt wird.<sup>13</sup>

Darüber hinaus normiert lit e aber auch noch zusätzliche Kriterien für die Entnahmen. Diese dürfen zum einen nur **in begrenzter und spezifischer Anzahl** erfolgen und zwar abhängig von der Größe der Population, dem Erhaltungszustand, ihren biologischen Merkmalen und unter Berücksichtigung der Fortpflanzung und der jährlichen Gesamtsterblichkeit aufgrund natürlicher Ursachen. Diese Bestimmung der Anzahl hat ebenso auf fundierten wissenschaftlichen Daten zu basieren. Zum anderen stehen diese Entnahmen unter der **Bedingung der Selektivität und des beschränkten Ausmaßes**, sodass die Ausnahme gegebenenfalls auf einzelne, identifizierte Individuen zu beschränken ist. Und schließlich unterliegen Ausnahmen nach lit e einer strengen **Kontrolle**. Dazu gilt es anzumerken, dass die Behörde generell zu kontrollieren hat, ob die Voraussetzungen des Art 16 Abs 1 FFH-RL erfüllt sind,<sup>14</sup> im Anwendungsbereich der lit e soll eine strenge Kontrolle aber auch die Einhaltung der zusätzlichen Kriterien gewährleisten: *»Somit muss sich die zuständige nationale Behörde für jede Ausnahmeregelung, die auf diese Bestimmung [lit e] gestützt wird, vor ihrem Erlass vergewissern, dass die in dieser Bestimmung vorgesehenen Bedingungen [begrenzte und spezifische Anzahl, selektiv und in beschränktem Ausmaß] eingehalten werden, und anschließend ihre Auswirkungen überwachen.«*<sup>15</sup> Der EuGH

12 Vgl ebenda Rz 45. Dass es der Behörde im gegenständlichen Fall gelingen wird, diesen Nachweis zu erbringen, ist stark anzuzweifeln, wurden durch die bestandspflegende Jagd doch 15 % der gesamten Wolfspopulation entnommen. Wirklich absurd wird die Argumentation der Behörde aber, wenn man sich die absoluten Zahlen ansieht: Während der Wilderei jährlich schätzungsweise 30 Individuen zum Opfer fallen, wurden allein aufgrund der Ausnahmegenehmigungen über 40 Individuen getötet (vgl Rz 63 f).

13 So war auch der mangelnde Nachweis der Eignung der präventiven Jagd zur Verhütung von Schäden iSv Art 16 Abs 1 lit b FFH-RL im ersten »Wolfsurteil« des EuGH ausschlaggebend (siehe FN 1).

14 Vgl zB Art 16 Abs 3 lit d und e FFH-RL, wonach die Mitgliedstaaten in den zweijährlich vorzulegenden Berichten an die EU-Kommission ua Folgendes anzugeben haben:

- ▷ die Behörde, die befugt ist, zu kontrollieren, ob die erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind;
- ▷ die angewandten Kontrollmaßnahmen.

15 EuGH 10.10.2019, C-674/17, Tapiola, EU:C:2019:851, Rz 74. Vgl dazu auch die Ausführungen des EuGH (zu der korrespondierenden Regelung in der Vogelschutz-RL 2009/147/EG; EuGH 8.6.2006, C-60/05, WWF Italia ua, EU:C:2006:378, Rz 43 f):

überlässt die Überprüfung dieser Voraussetzungen im Ausgangsverfahren zwar dem vorlegenden Gericht, äußert diesbezüglich aber starke Zweifel (ua weil die Jagd auf bestimmte Individuen lediglich empfohlen wurde und die Tötung von insgesamt 20 dominanten Männchen im Rahmen der bestandspflegenden Jagd im betreffenden Jagdjahr nicht auf eine Selektivität der Ausnahmegenehmigungen schließen lässt).<sup>16</sup>

Zusammengefasst ergibt sich für den Ausnahmetatbestand nach lit e nicht nur ein enger Anwendungsbereich, sondern geht dieser auch mit zusätzlichen streng auszulegenden Bedingungen einher. *Geringer/Schechtner*<sup>17</sup> vertreten zwar die Auffassung, dass durch dieses EuGH-Urteil »dem aktiven Bestandsmanagement inklusive selektiver Entnahme einzelner Wölfe ein Stück weit die Türe geöffnet« wurde. Doch lit e kann mE nicht für den Interessenkonflikt mit der Nutztierhaltung herangezogen werden. Nach der derzeitigen Lage in Österreich ist davon auszugehen, dass Ausnahmegenehmigungen idR zum Schutz von Nutztieren begehrt werden. »Tierhaltung« ist aber ausdrücklich von lit b erfasst, sodass Ausnahmen lediglich zur Verhütung **ernster** Schäden in der Tierhaltung zulässig sind. Lit e ist somit für den Schutz von Nutztieren nicht einschlägig, da auch einer Auslegung, wonach sich zB die Verhütung von bloß geringen Schäden auf lit e stützen könnte, vom EuGH nun eine eindeutige Absage erteilt wurde. Aufgrund der zusätzlichen strengen Kriterien in lit e wäre es aber wohl auch bei einer weniger restriktiven Auslegung fraglich, ob dieser Tatbestand in der Praxis überhaupt von Bedeutung sein könnte.

43 Hierzu hat der Gerichtshof in Randnummer 28 des Urteils vom 27. April 1988 (*Kommission/Frankreich*) entschieden, dass die nationalen Rechtsvorschriften sicherstellen müssen, dass die Vogeljagd unter streng überwachten Bedingungen selektiv stattfindet. Das impliziert, dass in den Zeiträumen, auf die sich die Entscheidungen erstrecken, die von der in der Richtlinie vorgesehenen Schutzregelung abweichen, eine effektive Kontrolle ausgeübt wird.

44 Folglich muss der in diesem Bereich anwendbare nationale Rechtsrahmen nicht nur gewährleisten, dass die Rechtmäßigkeit der Entscheidungen, mit denen Ausnahmegenehmigungen von der in der Richtlinie vorgesehenen Schutzregelung erteilt werden, rechtzeitig überprüft werden kann, sondern auch, dass die Bedingungen, mit denen diese Entscheidungen versehen sind, eingehalten werden.

16 Vgl EuGH 10.10.2019, C-674/17, Tapiola, EU:C:2019:851, Rz 77 f.

17 *Geringer/Schechtner*, Der EuGH trifft Klarstellungen zur Wolfsjagd, umweltrechtsblog.at vom 17.10.2019.

### C. Keine anderweitige zufriedenstellende Lösung

Die Zulässigkeit einer Ausnahme vom strengen Schutz setzt außerdem voraus, dass es keine andere zufriedenstellende Lösung gibt, um das Ziel zu erreichen. Dieser Prüfschritt wird in Österreich auch »Alternativenprüfung« genannt und ist generell ein fester Bestandteil jener Entscheidungen, ob Ausnahmen von den unionsrechtlichen Umweltschutzvorschriften zulässig sind.<sup>18</sup> So hat auch der EuGH<sup>19</sup> die Bedeutung der Alternativenprüfung bereits mehrfach betont und hervorgehoben, dass Vorhaben nicht genehmigt werden dürfen, wenn Alternativlösungen bestehen, die die Umwelt weniger beeinträchtigen (sog gelinderes Mittel). Dementsprechend hat er auch im gegenständlichen Urteil festgehalten, dass eine Ausnahme vom strengen Artenschutz nur zulässig ist, »wenn es an einer anderweitigen Maßnahme fehlt, mit der das verfolgte Ziel in zufriedenstellender Weise erreicht werden kann und die in der Richtlinie vorgesehenen Verbote beachtet werden«.<sup>20</sup>

Die Alternativenprüfung stellt daher iZm Ausnahmegenehmigungen regelmäßig ein Knock-out-Kriterium dar und zwar insb bei letalen Eingriffen in geschützte Tierarten. Da eine Tötung mit Sicherheit den stärksten möglichen Eingriff darstellt, werden gelindere Mittel in diesen Fällen besonders genau zu untersuchen sein. Hinzu kommt, dass der EuGH auch hier ganz klar **eine genaue und angemessene Begründung unter Verweis auf relevante technische, rechtliche und wissenschaftliche Berichte** verlangt.<sup>21</sup> Somit werden iZm Ausnahmegenehmigungen auch die zuständigen Behörden in Österreich nachzuweisen haben, dass »es

18 Vgl zB Art 4 Abs 7 lit d Wasserrahmen-RL 2000/60/EG (WRRL): *Die Mitgliedstaaten verstoßen nicht gegen diese Richtlinie, wenn: [...]*

*d) die nutzbringenden Ziele, denen die Änderungen des Wasserkörpers dienen sollen, können aus Gründen der technischen Durchführbarkeit oder aufgrund unverhältnismäßiger Kosten nicht durch andere Mittel, die eine wesentlich bessere Umweltoption darstellen, erreicht werden.*

Art 5 Abs 3 lit d UVP-RL 2011/92/EU: *Die vom Projektträger gemäß Absatz 1 vorzulegenden Angaben umfassen mindestens Folgendes: [...]*

*d) eine Übersicht über die wichtigsten anderweitigen vom Projektträger geprüften Lösungsmöglichkeiten und Angabe der wesentlichen Auswahlgründe im Hinblick auf die Umweltauswirkungen; [...].*

19 EuGH 4.3.2010, C-241/08, Kommission/Frankreich, EU:C:2010:114, Rz 70 bis 73; 26.10.2006, C-239/04, Kommission/Portugal, EU:C:2006:665, Rz 40; 14.4.2005, C-441/03, Kommission/Niederlande, EU:C:2005:233, Rz 26 bis 29.

20 EuGH 10.10.2019, C-674/17, Tapiola, EU:C:2019:851, Rz 47.

21 Vgl ebenda Rz 49 f.

*insbesondere unter Berücksichtigung der besten einschlägigen wissenschaftlichen und technischen Erkenntnisse sowie der Umstände des konkreten Falls keine anderweitige zufriedenstellende Lösung gibt*«. <sup>22</sup> Dass es beispielsweise gelingt nachzuweisen, dass die Tötung des Wolfs das einzige Mittel ist, um den Schutz der Nutztiere zu erreichen, ist fraglich. Des Weiteren hat der EuGH hervorgehoben, dass die bestehenden Schwierigkeiten im Kampf gegen die Wilderei Finnland nicht von seiner Pflicht entbinden, den Schutz der Anhang IV-Arten zu gewährleisten. Dies lässt sich wohl ebenso auf die Situation in Österreich umlegen: Herdenschutzmaßnahmen sind in gewissen Regionen zweifellos schwer zu bewerkstelligen, doch solange sie nicht unmöglich sind, entbinden diese Schwierigkeiten auch Österreich nicht von seiner Artenschutzpflicht.

#### D. Günstiger Erhaltungszustand trotz Ausnahmeregelung

Die dritte Voraussetzung für die Zulässigkeit von Ausnahmen ist, dass die Populationen der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet trotz der Ausnahme in einem günstigen Erhaltungszustand bleiben. Die Beurteilung, ob die betreffende Art ohne Beeinträchtigung in einem günstigen Erhaltungszustand bleibt, hat dabei unter Beachtung des **Vorsorgeprinzips** <sup>23</sup> zu erfolgen. Demnach darf eine Ausnahme nicht erteilt werden, wenn »*nach der Prüfung der besten verfügbaren wissenschaftlichen Daten eine Ungewissheit darüber bestehen bleibt, ob der günstige Erhaltungszustand der Populationen einer vom Aussterben bedrohten Art trotz dieser Ausnahmeregelung gewahrt oder wiederhergestellt werden kann*«. <sup>24</sup> In diesem Zusammenhang sind das Bestehen eines »Bestandspflegeplans« (Managementplans) und die Festlegung von Entnahmehöchstzahlen nach Ansicht des EuGH durchaus relevante Faktoren, da sie verhindern, dass der Erhaltungszustand durch die Kumulierung einzelner Ausnahmegenehmigungen beeinträchtigt wird. <sup>25</sup>

---

22 Ebenda Rz 51.

23 Art 191 Abs 2 AEUV: *Die Umweltpolitik der Union zielt unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Gegebenheiten in den einzelnen Regionen der Union auf ein hohes Schutzniveau ab. Sie beruht auf den Grundsätzen der Vorsorge und Vorbeugung, auf dem Grundsatz, Umweltbeeinträchtigungen mit Vorrang an ihrem Ursprung zu bekämpfen, sowie auf dem Verursacherprinzip.*

24 EuGH 10. 10. 2019, C-674/17, Tapiola, EU:C:2019:851, Rz 66.

25 Vgl ebenda Rz 62.



Interessant ist, dass der EuGH den günstigen Erhaltungszustand zwar als »*unabdingbare Voraussetzung*«<sup>26</sup> erachtet, gleichzeitig aber festhält, dass Ausnahmen **ausnahmsweise auch bei einem ungünstigen Erhaltungszustand zulässig** sind: Wenn »*hinreichend nachgewiesen ist, dass sie [gemeint: die Ausnahmen] nicht geeignet sind, den ungünstigen Erhaltungszustand dieser Populationen zu verschlechtern oder die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands zu behindern*«,<sup>27</sup> dann können Ausnahmen auch bei einem ungünstigen Erhaltungszustand zugelassen werden. Dies ist nach Ansicht des EuGH der Fall, wenn zB die Tötung einer begrenzten Zahl an Individuen **keine Auswirkungen** hat, also für die betreffende Art **neutral** ist.<sup>28</sup> Auch diese ausnahmsweise Gewährung von Ausnahmen knüpft der EuGH an die Berücksichtigung des Vorsorgeprinzips.

Weiters macht der EuGH im gegenständlichen Urteil auch wichtige Aussagen zur Beurteilung des Erhaltungszustandes und der Auswirkungen der Ausnahme darauf. Wie sich schon aus den Begriffsbestimmungen in der FFH-RL ergibt, wird der Erhaltungszustand als günstig erachtet, wenn

- ▷ *aufgrund der Daten über die Populationsdynamik der Art anzunehmen ist, dass diese Art ein lebensfähiges Element des natürlichen Lebensraumes, dem sie angehört, bildet und langfristig weiterhin bilden wird, und*
- ▷ *das natürliche Verbreitungsgebiet dieser Art weder abnimmt noch in absehbarer Zeit vermutlich abnehmen wird und*
- ▷ *ein genügend großer Lebensraum vorhanden ist und wahrscheinlich weiterhin vorhanden sein wird, um langfristig ein Überleben der Populationen dieser Art zu sichern.*<sup>29</sup>

Daraus folgert der EuGH, dass die Erhaltung der Populationsdynamik und -stabilität einer geschützten Art trotz einer Ausnahme langfristig gesichert sein muss.<sup>30</sup>

Die Ermittlung des Erhaltungszustandes der Populationen sowie der Auswirkungen der Ausnahme erfolgt bezogen auf

---

26 Ebenda Rz 55.

27 Ebenda Rz 68.

28 Vgl ebenda.

29 Art 1 lit i FFH-RL.

30 Vgl EuGH 10.10.2019, C-674/17, Tapiola, EU:C:2019:851, Rz 57.

- ▷ das Gebiet des Mitgliedstaates,
- ▷ die betreffende biogeografische Region (wenn der Mitgliedstaat mehrere biogeografische Regionen aufweist) oder
- ▷ grenzüberschreitend (wenn es das natürliche Verbreitungsgebiet der betreffenden Art erfordert und soweit möglich).<sup>31</sup>

Klar muss dabei aber sein, dass das natürliche Verbreitungsgebiet in einem Drittstaat nicht berücksichtigt werden kann.<sup>32</sup> Um die Auswirkungen in diesem größeren Rahmen zu bestimmen, ist es nach Ansicht des EuGH jedenfalls erforderlich, auch die Auswirkungen auf eine lokale Population zu bewerten, da sich eine Ausnahme am unmittelbarsten in dem lokalen Gebiet bemerkbar macht, in dem die jeweiligen Maßnahmen gesetzt werden.<sup>33</sup>

#### IV. Fazit

Das aktuelle Urteil des EuGH zur Wolfsjagd in Finnland liefert eine wichtige Auslegung des Ausnahmetatbestands in Art 16 Abs 1 lit e FFH-RL. Dabei kommt der EuGH zu dem Schluss, dass der Abschuss von Wölfen zwar grundsätzlich auf diese Bestimmung gestützt werden kann, lässt aber auch keinen Zweifel daran, dass die Bedingungen dafür äußerst streng sind. Obwohl der EuGH die Prüfung dieser Bedingungen dem nationalen Gericht überlässt, wird deutlich, dass er diese Bedingungen im gegenständlichen Fall als nicht erfüllt ansieht.

Gleichzeitig sind darin wichtige Aussagen zu den allgemeinen Voraussetzungen für Ausnahmen enthalten, die ebenso streng auszulegen und stets auf Basis fundierter wissenschaftlicher Daten zu beurteilen sind. Der aktuellen Entscheidung wird in Zukunft zweifellos eine wesentliche Rolle bei der Auslegung des Art 16 FFH-RL zukommen, welchen Einfluss diese auf die österreichische Genehmigungspraxis haben wird, bleibt abzuwarten.

Trotz der Brisanz, die dem Thema Wolf derzeit in Österreich zukommt, darf dabei aber nicht übersehen werden, dass dieses Urteil

---

31 Vgl EuGH 10.10.2019, C-674/17, Tapiola, EU:C:2019:851, Rz 58.

32 Vgl ebenda Rz 60.

33 Vgl ebenda Rz 59.

---

natürlich auch von entscheidender Bedeutung für andere geschützte Arten ist. Gerade in Österreich betrifft dies vor allem Entnahmegenehmigungen für Fischotter und Biber.

**Korrespondenz:**

MMag.<sup>a</sup> Katharina Scharfetter

Ökobüro – Allianz der Umweltbewegung

Neustiftgasse 36/3a

1070 Wien

E-Mail: [katharina.scharfetter@oekobuero.at](mailto:katharina.scharfetter@oekobuero.at)

# Verhaltensgerecht. Die unerfüllte Forderung des deutschen Tierschutzgesetzes

Essenz einer Dissertation

BARBARA FELDE

DOI: 10.25598/tirup/2019-6

## Inhaltsübersicht:

I.	Überblick .....	20
II.	Die Tierhaltergrundnorm in Deutschland und Österreich .....	21
III.	Konkretisierende Vorschriften zur Tierhaltung in Deutschland ...	24
	A. Rechtsverordnungen .....	25
	B. Gutachten, Empfehlungen und Leitlinien .....	31
IV.	Keine ausdrücklichen Verbote in Gesetz oder Verordnung zu bestimmten Tierhaltungsformen in Deutschland .....	34
V.	Aktuelles Beispiel für ein Aushebeln des § 2 TierSchG durch den Verordnungsgeber in Deutschland am Beispiel der Kastenstandhaltung von Sauen .....	36
	A. Geltende Rechtslage seit 1988/1992 .....	37
	B. Verstoß gegen die Pflicht zur verhaltensgerechten Unterbringung und gegen das Verbot der Zufügung von erheblichen und länger anhaltenden Leiden .....	39
	C. Allein wirtschaftliche Gründe für die Aushebelung des § 2 TierSchG .....	41
VI.	Vollzug und tierschutzrechtskonforme Gerichtsentscheidungen in anderen Fällen .....	44
VII.	Fazit .....	45

**Abstract:** Der folgende Beitrag stellt eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der rechtswissenschaftlichen Dissertation »Verhaltensgerecht. Tierschutzrelevantes Wissen in Gesetzgebung, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess« der Verfasserin dar. Die Dissertation ist in den Jahren 2014 bis 2017 entstanden und beschäf-

tigt sich mit der Frage, warum die Grundvorschrift des deutschen Tierschutzgesetzes zur Tierhaltung in der Praxis in vielen Fällen nicht eingehalten wird und auch die Verordnungsgebung zur Tierhaltung die Regelung des § 2 Tierschutzgesetz in vielen Fällen aushebelt. Ein konsequenter Vollzug der Vorschrift des § 2 Tierschutzgesetz findet zwar statt, jedoch primär in Fällen von Privatpersonen und einzelne Tiere betreffend. Das System der landwirtschaftlichen Massentierhaltung wird noch zu oft von Behörden und auch Gerichten ausgespart.

**Rechtsquellen:** deutsches Tierschutzgesetz (TierSchG); Tierschutz-Hundeverordnung (TierSchHundeV); Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung (TierSchNutzTV); österreichisches Tierschutzgesetz (TSchG); 1. Tierhaltungsverordnung; 2. Tierhaltungsverordnung.

**Schlagworte:** Anbindehaltung; Empfehlungen; Geflügel; Gutachten, unverbindliches; Haltungsformen, Verbote; Haltungssysteme; Heimtiere; Intensivtierhaltung; Käfighaltung; Kaninchen; Kastenstand; Leitlinien; Massentierhaltung; Nutztiere, landwirtschaftliche; Rechtsverordnung; Rinder; Sachverständigengutachten, antizipiertes; Sauen; Schweine; Staatsziel Tierschutz; Tierhaltung; Tierschutzrecht; Verhaltensgerechtheit.

## I. Überblick

Keine andere zwingende Rechtsvorschrift in Deutschland wird so sehr systematisch missachtet wie § 2 Tierschutzgesetz (TierSchG), die Grundvorschrift für alle Personen, die Tiere halten, betreuen oder zu betreuen haben. Mit § 2 TierSchG wird jede dieser Personen verpflichtet, das von ihr gehaltene oder betreute Tier verhaltensgerecht unterzubringen. Umgangssprachlich wird auch von einer »artgerechten Haltung« gesprochen. Die Vorgabe, Tiere verhaltensgerecht unterzubringen, wird mittels Konkretisierungsvorschriften durch den Verordnungsgeber und in der Praxis durch die Behörden derart unterlaufen, dass es selbst für juristische und ethologische Laien offensichtlich ist. Denn schaut man sich die in der Praxis immer noch an der Tagesordnung stehende Anbindehaltung von Rindern, die Kastenstandhaltung von Sauen oder auch die Haltung von Kaninchen

und anderen Heimtieren in kleinen Käfigen an, so wird klar, dass die hehren Vorgaben des TierSchG, mit denen in der Öffentlichkeit gerne eine Vorreiterrolle Deutschlands in der Tierschutzgesetzgebung behauptet wird,<sup>1</sup> nicht viel wert sind. Selbst durch die Aufnahme des Tierschutzes in die deutsche Verfassung im Jahr 2002 hat sich daran nichts geändert.

In der juristischen Dissertation »Verhaltensgerecht. Tierschutzrelevantes Wissen in Gesetzgebung, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess« der Verfasserin werden die Entstehungsgeschichte der Tierhaltergrundnorm, deren Anwendung bzw Nichtanwendung und die Gründe hierfür dargestellt.<sup>2</sup> Es werden auch die verschiedenen Modelle zur Konkretisierung der Inhalte des § 2 TierSchG dargestellt und jeweils zwei dieser Modelle näher dargestellt. Die Dissertation kommt zu dem Ergebnis, dass die Vorgaben des § 2 TierSchG aus wirtschaftlichen Gründen absichtlich unterlaufen, ja sogar »verbösert« werden, was nicht zulässig ist, was aber seit dem Jahr des Inkrafttretens dieser Vorschrift gängige Praxis ist.

## II. Die Tierhaltergrundnorm in Deutschland und Österreich

Die wesentliche Vorschrift für die Tierhaltung in Deutschland ist § 2 TierSchG. Dieser lautet:

*Wer ein Tier hält, betreut oder zu betreuen hat,*

- 1. muss das Tier seiner Art und seinen Bedürfnissen entsprechend angemessen ernähren, pflegen und verhaltensgerecht unterbringen,*
- 2. darf die Möglichkeit des Tieres zu artgemäßer Bewegung nicht so einschränken, dass ihm Schmerzen oder vermeidbare Leiden oder Schäden zugefügt werden,*

---

1 Vgl Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft (BMEL) auf <[https://www.bmel.de/DE/Tier/Tierschutz/\\_texte/Versuchtierrichtline\\_Tierschutzgesetz](https://www.bmel.de/DE/Tier/Tierschutz/_texte/Versuchtierrichtline_Tierschutzgesetz)> (10.12.2019).

2 Die Dissertation wurde in der Schriftenreihe Das Recht der Tiere und der Landwirtschaft als Band 10 veröffentlicht: Felde, Verhaltensgerecht. Tierschutzrelevantes Wissen in Gesetzgebung, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess (2019).

3. muss über die für eine angemessene Ernährung, Pflege und verhaltensgerechte Unterbringung des Tieres erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügen.

In Österreich sind die Hauptvorschriften zur Tierhaltung in den §§ 12 und 13 des Tierschutzgesetzes (TSchG) geregelt. Diese lauten:

*§ 12. Anforderungen an den Halter*

*(1) Zur Haltung von Tieren ist jeder berechtigt, der zur Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und der darauf gegründeten Verordnungen in der Lage ist, insbesondere auch über die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt.*

*(2) Ist der Halter eines Tieres nicht in der Lage, für eine diesem Bundesgesetz entsprechende Haltung des Tieres zu sorgen, so hat er es solchen Vereinigungen, Institutionen oder Personen zu übergeben, die Gewähr für eine diesem Bundesgesetz entsprechende Haltung bieten.*

*(3) Ohne Einwilligung des Erziehungsberechtigten dürfen Tiere an Minderjährige, die das 16. Lebensjahr nicht vollendet haben, nicht abgegeben werden.*

*§ 13. Grundsätze der Tierhaltung*

*(1) Tiere dürfen nur gehalten werden, wenn auf Grund ihres Genotyps und Phänotyps und nach Maßgabe der folgenden Grundsätze davon ausgegangen werden kann, dass die Haltung nach dem anerkannten Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse ihr Wohlbefinden nicht beeinträchtigt.*

*(2) Wer ein Tier hält, hat dafür zu sorgen, dass das Platzangebot, die Bewegungsfreiheit, die Bodenbeschaffenheit, die bauliche Ausstattung der Unterkünfte und Haltungsverrichtungen, das Klima, insbesondere Licht und Temperatur, die Betreuung und Ernährung sowie die Möglichkeit zu Sozialkontakt unter Berücksichtigung der Art, des Alters und des Grades der Entwicklung, Anpassung und Domestikation der Tiere ihren physiologischen und ethologischen Bedürfnissen angemessen sind.*

*(3) Tiere sind so zu halten, dass ihre Körperfunktionen und ihr Verhalten nicht gestört werden und ihre Anpassungsfähigkeit nicht überfordert wird.*

Die in Deutschland geltende Pflicht, Tiere verhaltensgerecht unterzubringen, findet sich auch im österreichischen TSchG wieder. Zwar

spricht das TSchG nicht wortgleich von einer »verhaltensgerechten Unterbringung«. In der Kernaussage, dass Tiere verhaltensgerecht untergebracht bzw artgerecht gehalten werden müssen, sind die deutschen und die österreichischen Vorschriften der beiden Tierschutzgesetze aber inhaltsgleich.<sup>3</sup> Auch die Tatsache, dass das deutsche TierSchG für die Tierhaltung keine detaillierten Regelungen enthält, sondern Konkretisierungen auf untergesetzlicher Ebene erfolgen, gilt im Wesentlichen für das österreichische TSchG ebenfalls.<sup>4</sup>

Die Pflicht, dass Tiere verhaltensgerecht untergebracht werden müssen, findet sich im deutschen TierSchG seit dessen erstmaligem Inkrafttreten im Jahr 1972, mithin seit fast 50 Jahren.

Die amtliche Begründung des Ersten Änderungsgesetzes zum TierSchG aus dem Jahr 1986 geht zur Beantwortung der Frage, was verhaltensgerecht ist, auf die seinerzeit neuesten Erkenntnisse der Verhaltensforschung ein und führt aus: »Diese Erkenntnisse besagen, daß Selbstaufbau, Selbsterhaltung, Bedarf und die Fähigkeit zur Bedarfsdeckung durch Nutzung der Umgebung mittels Verhalten Grundgegebenheiten von Lebewesen sind. Haltungssysteme gelten dann als tiergerecht, wenn das Tier erhält, was es zum Gelingen von Selbstaufbau und Selbsterhaltung benötigt, und ihm die Bedarfsdeckung und die Vermeidung von Schaden durch die Möglichkeit adäquaten Verhaltens gelingt.«<sup>5</sup>

Mit dieser Begründung nimmt der Gesetzgeber Bezug auf das Bedarfsdeckungs- und Schadensvermeidungskonzept des Schweizer Ethologen *Beat Tschanz*. Nach diesem ist ein Haltungssystem tiergerecht, wenn es dem Tier ermöglicht, in Morphologie, Physiologie und Ethologie (dh im Verhalten) alle diejenigen Merkmale auszubilden und zu erhalten, die von Tieren der gleichen Art und Rasse unter naturnahen Bedingungen gezeigt werden.<sup>6</sup> Man muss also die Frage, welchen Bedarf an Stoffen, Reizen, Umgebungsqualität und Bewegungsraum ein Haustier hat, anhand eines Vergleiches mit einer Referenzgruppe (Typus) beantworten, die durch art-, rasse- und altersgleiche Tiere ge-

3 Siehe auch *Hirt/Maisack/Moritz*, Tierschutzgesetz Kommentar<sup>3</sup> (2016), Anhang zu § 2 TierSchG Rz 136.

4 Vgl *Binder*, Das österreichische Tierschutzrecht<sup>3</sup> (2014), Vor § 1 TSchG 5.

5 Amtliche Begründung des Entwurfs eines Ersten Gesetzes zur Änderung des TierSchG vom 10. 4. 1985, Bundestags-Drucksache 10/3158, 18.

6 *Bammert/Birmelin et al*, Bedarfsdeckung und Schadensvermeidung – Ein ethologisches Konzept und seine Anwendung für Tierschutzfragen, Tierärztliche Umschau (TU) 1993, 269 ff (269).



bildet wird, die in einer naturnahen Umgebung leben, wobei naturnah eine Umgebung dann ist, wenn sie dem Tier ermöglicht, sich frei zu bewegen, all seine Organe vollständig zu gebrauchen und aus einer Vielzahl von Stoffen und Reizen selbst dasjenige auszuwählen, was es zur Bedarfsdeckung und Schadensvermeidung braucht.<sup>7</sup> Die Forderung nach einer artgemäßen Nahrung, Pflege und verhaltensgerechten Unterbringung ist also dann erfüllt, wenn das Angebot dem Individuum Bedarfsdeckung und Schadensvermeidung ermöglicht und damit, sich seinem Typus gemäß zu entfalten und zu erhalten.<sup>8</sup>

Mit der Bezugnahme auf das Bedarfsdeckungs- und Schadensvermeidungskonzept nach *Tschanz* hat der deutsche Gesetzgeber im Jahr 1986 in den Gesetzesmaterialien eine konkrete Anleitung zur Konkretisierung der Inhalte des § 2 TierSchG festgeschrieben, durch die klar wird, wie der unbestimmte Rechtsbegriff »verhaltensgerecht« dieser Vorschrift von wem zu konkretisieren und mit Leben zu füllen ist: Ethologen sind dazu bestimmt, mit der Methode der vergleichenden Beobachtung von Tieren im Freiland (bei Wildtieren) bzw im naturnahen Gehege (bei domestizierten Tieren) und von Tieren im zu prüfenden Haltungssystem zu beurteilen, welches Haltungssystem verhaltensgerecht ist. Wird die Verhaltensgerechtigkeit bejaht, so entspricht das Haltungssystem der Vorschrift des § 2 TierSchG in Bezug auf die von ihr geforderte verhaltensgerechte Unterbringung und darf mittels einer Rechtsverordnung oder aber auch im TierSchG selbst geregelt und damit rechtlich »zugelassen« werden.

### III. Konkretisierende Vorschriften zur Tierhaltung in Deutschland

Die zwingende Grundvorschrift im TierSchG, dass Tiere verhaltensgerecht unterzubringen sind, wird durch zwei verschiedene »Modelle« konkretisiert, von denen jedoch nur eines – die Rechtsverordnung – grundsätzlich rechtsverbindlich, also zwingend, ist. Im TierSchG selbst findet keine Konkretisierung statt, wie eine verhaltensgerechte Unterbringung für Rinder, Schweine, Hunde, Kanarienvögel oder

---

7 *Hirt/Maisack/Moritz*, Tierschutzgesetz Kommentar, § 2 Rz 9.

8 *Bammert/Birmelin et al*, TU 1993, 270.

Kaninchen auszusehen hat. Für Konkretisierungen hat der Gesetzgeber den Ordnungsgeber – das für Tierschutz zuständige Bundesministerium – vorgesehen und hierzu die Verordnungsermächtigung des § 13 TierSchG, seit 1986 § 2a TierSchG, geschaffen. In den Gesetzesmaterialien aus dem Jahr 1986 wird ausdrücklich gesagt, dass »ergänzende Regelungen zur Tierhaltung auf dem Ordnungswege ergehen (sollen)«. <sup>9</sup> In den Gesetzesmaterialien aus dem Jahr 1971 findet sich sogar der (auf eine Pflicht zum Verordnungserlass hindeutende) Passus »Mindestforderungen des Tierschutzes (...) müssen im Interesse des Tieres allgemein durchgesetzt werden. Sie werden in entsprechenden Verordnungen ihren Niederschlag finden; (...)«, <sup>10</sup> und »dabei werden die zu erlassenden Verordnungen insbesondere berücksichtigen müssen, (...)«. <sup>11</sup> Auch im österreichischen Tierschutzrecht findet sich eine umfassende Verordnungsermächtigung für den Erlass einer Tierhaltungsverordnung (vgl § 24 TSchG).

## A. Rechtsverordnungen

In den oben genannten Gesetzesmaterialien zum deutschen TierSchG findet sich die Aussage, dass die Pflicht, nach der Tiere verhaltensgerecht unterzubringen sind, durch Rechtsverordnungen des für Tierschutz zuständigen Bundesministeriums zu konkretisieren ist. <sup>12</sup>

Bei Durchsicht der heute existierenden deutschen Rechtsverordnungen zur Tierhaltung fällt auf, dass der Ordnungsgeber hauptsächlich diejenigen Tierarten speziell geregelt hat, für die entweder durch EU-Richtlinien eine Umsetzungspflicht besteht oder die wirtschaftlich genutzt werden. Die Verordnungsermächtigung des § 2a TierSchG ermächtigt den Ordnungsgeber aber nicht nur dazu, die Haltung landwirtschaftlicher Nutztiere zu regeln, sondern auch beispielsweise Regelungen die Haltung von Heimtieren, Tieren in Zoo

---

9 Amtliche Begründung des Entwurfs vom 10.4.1985, Bundestags-Drucksache 10/3158, 17.

10 Entwurf eines Tierschutzgesetzes (Gesetzesentwurf der Bundesregierung) vom 7.9.1971, Bundestags-Drucksache VI/2559, 11.

11 Entwurf eines Tierschutzgesetzes vom 7.9.1971, Bundestags-Drucksache VI/2559, 12.

12 Entwurf eines Tierschutzgesetzes vom 7.9.1971, Bundestags-Drucksache VI/2559, 11 und Amtliche Begründung des Entwurfs vom 10.4.1985, Bundestags-Drucksache 10/3158, 17.

oder Zirkus und die Haltung von Tieren bei Züchtern und Händlern betreffend zu schaffen. § 2a TierSchG macht keine speziellen Vorgaben, sondern ermächtigt den Ordnungsgeber ganz generell dazu, »die Anforderungen an die Haltung von Tieren nach § 2« näher zu bestimmen. Bis heute ist neben den zT durch EU-Richtlinien verpflichtend umzusetzenden Regelungen zu bestimmten landwirtschaftlichen Nutztierarten (Kälber, Legehennen, Masthühner, Schweine, Kaninchen, Pelztiere) sowie den Tieren, die in Tierversuchen genutzt werden, lediglich die Haltung von Hunden durch die Tierschutz-Hundeverordnung (TierSchHundeV) im Ordnungswege geregelt worden.<sup>13</sup>

Die Haltung vieler weiterer landwirtschaftlich genutzter Tiere, wie beispielsweise Puten, Enten, Gänse, Rinder wie auch vieler verschiedener Heimtiere (bis auf den Hund), wird jeweils nicht im Ordnungswege geregelt, so dass für diese Tierarten andere Quellen herangezogen werden müssen, um zu beurteilen, wann deren Haltung im Einklang mit § 2 TierSchG steht und wann nicht.

Es gibt folglich viele Tierarten, für die die Inhalte des § 2 TierSchG nicht im Ordnungswege konkretisiert werden. Der Ordnungsgeber hat bislang fast 50 Jahre Zeit gehabt, die Haltung weiterer Tierarten im Ordnungswege zu regeln. Bis heute ist nicht in Sicht, dass weitere Rechtsverordnungen erlassen werden sollen. Dies stellt aber nicht das einzige Problem dar. Durch die fehlende gesetzliche Konkretisierung und die mit § 2a TierSchG einhergehende Möglichkeit des Ordnungsgebers, Rechtsverordnungen zu erlassen, wird die Möglichkeit der Schaffung von Mindestvoraussetzungen für die Haltung von Tieren vom Gesetzgeber auf den Ordnungsgeber übertragen. Bereits im Jahr 1972, in dem das erste deutsche TierSchG nach dem Krieg in Kraft getreten ist, erkannte der damals schon für Tiere engagierte Professor *Bernhard Grzimek* die Gefahr, die in der Ordnungsermächtigung liegt, die sich in den folgenden Jahrzehnten bewahrheiten sollte: »Allerdings ist sehr viel offen gelassen worden und nur die gesetzliche Grundlage für entsprechende Verordnungen des zuständigen Fachministers geschaffen worden. Er unterliegt noch weit mehr als die Bundesregierung und das Bundesparlament dem Einfluß der betroffenen, finanziell interessierten Wirtschaftskreise. Wird er trotzdem die ›menschlichen‹ Bestimmungen erlassen, zu denen ihm das

13 Vgl. Felde, Verhaltensgerecht 181 f.

neue Tierschutzgesetz die Rechtsgrundlage gegeben hat? Jedermann wird das neue Tierschutzgesetz begrüßen, doch erst der Inhalt der kommenden Rechtsverordnungen wird seinen praktischen Wert zum Beispiel auf einem bestimmten Sektor erweisen, nämlich dem der sogenannten Intensivtierhaltung. Welche Mindestanforderungen werden an die lebenslange Unterbringung von Legehühnern, Hähnchen, Kälbern, Kühen und Schweinen in ihren Käfigen oder Ställen gestellt werden? Viele Menschen hätten es lieber gesehen, wenn diese Fragen schon im Gesetz gelöst worden wären. (...) Daß die Rechtsverordnungen allen Widerständen zum Trotz das ethische Minimum erfüllen müssen, versteht sich von selbst. Nur dann ist das Tierschutzgesetz wirklich fortschrittlich und wird den Anforderungen gerecht, die man daran stellen darf.«<sup>14</sup>

Durch diese Aussage wurde das von *Grzimek* erwartete Problem, welches sich auch zeigen sollte und bis heute besteht, auf den Punkt gebracht: Seit dem Jahr 1972 sind in Deutschland Rechtsverordnungen zur Tierhaltung möglich. Die ersten Rechtsverordnungen sind aber erst sehr spät geschaffen worden. Im Jahr 1986, vierzehn Jahre nach Inkrafttreten des TierSchG von 1972, wurde die bisherige Entwicklung, in der noch keine einzige Rechtsverordnung zustande gekommen war, als »mehr als enttäuschend« bezeichnet.<sup>15</sup>

Die in den folgenden Jahrzehnten erlassenen Rechtsverordnungen enthielten zum allergrößten Teil eine fehlerhafte Konkretisierung der Pflicht zur verhaltensgerechten Unterbringung von Tieren. Sie erlaubten (und erlauben bis heute) solche Mindestmaße der Haltungssysteme, die gerade nicht verhaltensgerecht sind, sondern die Vorgabe des TierSchG (»verhaltensgerechte Unterbringung«) unterlaufen, ja »verbösern«. So wurde im Jahr 1987 die Hennenhaltungsverordnung geschaffen, nach der den in kleinen Batteriekäfigen gehaltenen Legehennen so wenig Platz gewährt wurde, dass diese nur übereinander schlafen konnten. Einer Henne wurde weniger Fläche zugestanden, als ein DIN-A4-Papier hat, nämlich nur 450 cm<sup>2</sup>.<sup>16</sup> Das Bundesverfassungsgericht hob diese Rechtsverordnung im Jahr 1999 mit einem

14 Zitiert nach *Bogner*, Tierschutzaspekte bei der Haltung von Rindern, in Fölsch/Nabholz (Hrsg), Tierhaltung Band 13: Ethologische Aussagen zur artgerechten Nutztierhaltung (1982) 42 ff (48).

15 *Lorz*, Das Recht der Massentierhaltung (Intensivtierhaltung), Natur und Recht (NuR) 1986, 237 ff (239).

16 Ein DIN-A4-Papier hat eine Fläche von 623,7 cm<sup>2</sup>.

Weg weisenden Urteil auf.<sup>17</sup> Ähnlich ging es Vorschriften aus der TierSchutz-Nutztierhaltungsverordnung (TierSchNutzTV) – wiederum zu Legehennen – im Jahr 2010.<sup>18</sup> Aktuell werden die Vorschriften der TierSchNutzTV über die Haltung von Mastschweinen und Zuchtsauen vom Bundesverfassungsgericht überprüft.<sup>19</sup>

Die Rechtswidrigkeit der Rechtsverordnungen zur Tierhaltung wurde auch in der Literatur erkannt und immer wieder kritisiert.<sup>20</sup> Bis heute hält sich diese Kritik, die von einer »problematischen, ja verwerflichen Umkehrfunktion« spricht, mit der die Rechtsverordnungen den Status quo legalisieren sollen.<sup>21</sup>

Nach dem Erlass der TierSchNutzTV im Oktober 2001 wurde vom Deutschen Tierschutzbund bemängelt, dass der Hennen-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1999 nicht Rechnung getragen worden sei.<sup>22</sup> Diese Entscheidung wird heute noch zur Auslegung herangezogen, wenn es um Konkretisierungen der Vorschrift des § 2 TierSchG geht. Die Feststellung des Bundesverfassungsgerichts, dass die Vorschriften der Hennenhaltungsverordnung einen Verstoß gegen § 2a Abs 1 iVm § 2 Nr 1 TierSchG darstellten, da die Grundbedürfnisse der Hennen, das Schlafen und die gleichzeitige Nahrungsaufnahme, durch die Mindestvorgaben der Verordnung eingeschränkt wurden,<sup>23</sup> kann auch auf andere Tierarten übertragen werden. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung ausgeführt: »Nach § 2 Nr. 2 TierSchG darf die Möglichkeit des Tieres zu artgemäßer Bewegung nicht so eingeschränkt werden, daß ihm Schmerzen oder vermeidbare Leiden oder Schäden zugefügt werden. Für Einschränkungen der Bewegung eines Tieres ist dies die speziellere Regelung gegenüber Nr. 1. Damit dürfen nach der gesetzgeberischen Wertung zwar

17 Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 6. 7. 1999 – 2 BvF 3/90 –, BVerfGE 101, 1 ff.

18 Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 12. 10. 2010 – 2 BvF 1/07 –, BVerfGE 127, 293 ff.

19 Hier wird ein Normenkontrollverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht vom Land Berlin angestrengt. Dieses ist seit Januar 2019 beim Bundesverfassungsgericht anhängig.

20 *Brandhuber*, Die rechtlichen Anforderungen des Tierschutzgesetzes an die Tierhaltung, in Deutsche Veterinärmedizinische Gesellschaft (DVG) (Hrsg), Ethologie und Tierschutz (16.–19. 9. 1998) 25 ff (30).

21 *Von Loeper* in Kluge (Hrsg), Tierschutzgesetz Kommentar (2002), § 2 Rz 6 mwN; zum Ganzen *Felde*, Verhaltensgerecht 180 ff.

22 Zitiert nach *Betz*, Rückblick 2001: Tierschutz in der landwirtschaftlichen Tierhaltung, Der Kritische Agrarbericht 2002, 187 ff (187); so auch *Brandhuber* in DVG, Ethologie und Tierschutz 25 ff (29 ff).

23 Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 6. 7. 1999 – 2 BvF 3/90 –, BVerfGE 101, 38.

die Bewegungsbedürfnisse eines Tieres bis zu der in Nr. 2 umschriebenen Grenze eingeschränkt werden, nicht hingegen seine anderen in Nr. 1 angesprochenen Grundbedürfnisse wie insbesondere Schlafen sowie Nahrungs- und Flüssigkeitsaufnahme. Das Schlafbedürfnis eines Tieres wird zwar in Nr. 1 nicht ausdrücklich genannt. Es unterfällt aber schon begrifflich nicht der spezielleren Regelung der ›Möglichkeit zu artgemäßer Bewegung‹ in Nr. 2, sondern gehört nach der Gesetzessystematik zur Gebotsnorm der Nr. 1; dort läßt es sich den Oberbegriffen ›pflegen‹ und ›verhaltensgerecht unterbringen‹ zuordnen. Allerdings umfassen diese beiden Begriffe nach ihrem Wortsinn alle Bedürfnisse eines Tieres, also auch dessen Ernährung und seine Bewegungsmöglichkeit. Während aber die Ernährung lediglich zur Verdeutlichung der wenig aussagekräftigen Begriffe in Nr. 1 dort noch einmal besonders herausgestellt wird, hat der Gesetzgeber in Nr. 2 die Möglichkeit des Tieres zu artgemäßer Bewegung als einziges seiner Bedürfnisse weitergehenden Einschränkungsmöglichkeiten unterworfen.«<sup>24</sup>

Bis heute existieren zahlreiche Haltungsvorgaben in den Rechtsverordnungen zur Tierhaltung, die die Inhalte des § 2 TierSchG, die zwar von den Rechtsverordnungen konkretisiert, nicht aber unterlaufen werden dürfen, verbösern und gesetzeswidrige Zustände vermeintlich legalisieren. Auch die oben beschriebene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Legehennenhaltung wird ignoriert. Denn wesentliche Grundbedürfnisse der verschiedenen Tierarten werden durch die Vorschriften der sie betreffenden Rechtsverordnungen fast gänzlich eingeschränkt, einige sogar total unmöglich gemacht.

Die Regelungen der TierSchNutzTV ua zur Kaninchenhaltung, zur Kastenstandhaltung von Sauen und auch die Vorschriften über die Mastschweinehaltung stellen aber nicht nur einen Verstoß gegen das höherrangige TierSchG dar,<sup>25</sup> sondern seit dem Jahr 2002 auch einen

24 Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 6. 7. 1999 – 2 BvF 3/90 –, BVerfGE 101, 36.

25 Vgl für die Sauenhaltung *Felde*, Anforderungen bei der Sauenhaltung in so genannten Kastenständen, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2017, 368 ff; *Maisack*, Tierschutzrecht. Haltung von Nutztieren, dargestellt an den Beispielen »Schweine«, »Hühner« und »Enten«, in Grimm/Otterstedt (Hrsg), *Das Tier an sich* (2012) 198 ff (215) für Schweine, Masthühner und Enten; für Schweine ähnlich *Raspé*, *Die tierliche Person* (2013) 191 f; *Caspar*, Tierschutz im Recht der modernen Industriegesellschaft (1999) 408 jedenfalls für die Vorschriften betreffend die Schweinehaltung, jedoch mutmaßend, dass es auch alle anderen Tierarten betrifft, die mit der TierSchNutzTV geregelt wurden und werden; weiterhin für die Vorschriften die Schweinehaltung betreffend *Wollenteit/Lemke*, *Die Ver-*

Verstoß gegen die deutsche Verfassung, das Grundgesetz (GG), und das darin verankerte Staatsziel Tierschutz (Art 20a GG).<sup>26</sup>

So wird ua aus Art 20a GG eine staatliche Nachbesserungspflicht abgeleitet, die darauf gerichtet ist, den gesetzlichen Tierschutz stets dem neuesten Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse, insb im Hinblick auf ethologische und ethische Anforderungen, anzupassen.<sup>27</sup> Auch wirkt eine Staatszielbestimmung, mit der eine Verbesserung der vorgefundenen Ausgangslage angestrebt wird, wie ein grundsätzliches Verschlechterungshindernis.<sup>28</sup> Staatliche Schutzpflichten sind mit der Aufnahme des Staatsziels Tierschutz in die Verfassung ebenfalls entstanden: Der Staat muss neben der Unterlassung tierschädigenden Verhaltens auch positiv die Tiere schützen, worauf schon der Wortlaut des Art 20a GG hinweist (»Der Staat schützt ... die Tiere«). Der Staat muss also Maßnahmen zum Schutz der Tiere ergreifen. Diese müssen auch geeignet sein, den Schutz der Tiere zu gewährleisten.<sup>29</sup>

---

einbarkeit der Haltung von abferkelnden Sauen in Kastenständen mit dem Tierschutzrecht und die Zulässigkeit eines Verbots dieser Haltungsform, NuR 2013, 177 ff; für Schweine ebenso *Hager*, Das Tier in Ethik und Recht (2015) 96; Verstöße gegen § 2 TierSchG weiter annehmend bezüglich Vorschriften zur Kälberhaltung *Hirt/Maisack/Moritz*, Tierschutzgesetz Kommentar, § 10 TierSchNutztV Rz 2, 3; bezüglich Vorschriften zur Haltung von Legehennen Vor §§ 12–15 TierSchNutztV Rz 14 ff, § 13 TierSchNutztV Rz 19 ff, bezüglich Vorschriften zur Haltung von Masthühnern § 19 TierSchNutztV Rz 5 ff, bezüglich der Vorschriften zur Schweinehaltung Vor §§ 21–30 TierSchNutztV Rz 22 ff, § 30 TierSchNutztV Rz 1 ff, bezüglich der Vorschriften über das Halten von Kaninchen Vor §§ 31–37 TierSchNutztV Rz 12 ff, für Pelztiere § 40 TierSchNutztV Rz 3; *Wollenteit/Bruhn*, Rechtsgutachten zur Verfassungsmäßigkeit der »verschärften« Haltungsvorgaben für Pelztiere in § 33 der TierSchNutztV (2014) 4; *Bruhn/Wollenteit*, Rechtsgutachten zur Frage der Vereinbarkeit der Haltungsvorgaben für Mastschweine mit dem Tierschutzgesetz sowie der Zulässigkeit einer Verschärfung der Haltungsvorgaben (2017); *Bruhn*, Rechtsgutachten 2018 zur Frage der Vereinbarkeit der geplanten Neuregelung der Haltung von Sauen im Deckzentrum mit dem Tierschutzgesetz (2018).

26 Vgl *Felde*, Verhaltensgerecht 265 ff.

27 *Schulze-Fielitz* in Dreier (Hrsg), Grundgesetz Kommentar<sup>3</sup> (2018), Art 20a Rz 72; *Hirt/Maisack/Moritz*, Tierschutzgesetz Kommentar, Art 20a GG Rz 20; *Caspar/Geissen*, Das neue Staatsziel »Tierschutz« in Art. 20a GG, NVwZ 2002, 913, 914; *Unruh*, Tierschutz mit Verfassungsrang – Auswirkungen auf Gesetzgebung, Vollzug und Gerichtsbarkeit, Deutsche tierärztliche Wochenschrift (DtW) 2003, 183 ff (184).

28 *Hirt/Maisack/Moritz*, Tierschutzgesetz Kommentar, Art 20a GG Rz 21; vgl auch *Schulze-Fielitz* in Dreier, Grundgesetz Kommentar, Art 20a GG Rz 71.

29 Vgl *Schulze-Fielitz* in Dreier, Grundgesetz Kommentar, Art 20a Rz 59; *Murswiek* in Sachs (Hrsg), Grundgesetz Kommentar<sup>3</sup> (2018), Art 20a Rz 33; *Hirt/Maisack/Moritz*, Tierschutzgesetz Kommentar<sup>2</sup> (2007), Art 20a GG Rz 16.

Letztlich verstoßen die meisten der deutschen Rechtsverordnungen zur Tierhaltung nicht nur gegen das Staatsziel Tierschutz, sondern auch gegen Art 80 GG. Denn Rechtsverordnungen haben sich – als dem formellen Gesetz gegenüber rangniedrigeres Recht – gemäß Art 80 Abs 1 Satz 2 GG im Rahmen der Verordnungsermächtigung, hier des § 2a iVm § 2 TierSchG zu halten und sind keine Rechtsgrundlagen zur Normierung von Ausnahmen und Verschlechterungen des § 2 TierSchG.

Als einzige positive Ausnahme unter den Rechtsverordnungen kann die TierSchHundeV angesehen werden, die jedoch im Vergleich zu den österreichischen Vorschriften über die Hundehaltung doch nicht ganz so tierfreundlich erscheint:

Während gemäß Nr 1.4 Abs 2 Satz 1 der Anlage 1 zur 2. Tierhaltungsverordnung in Österreich einem im Zwinger gehaltenen Hund eine uneingeschränkt benutzbare Zwingerfläche von 15m<sup>2</sup> zur Verfügung gestellt werden muss und gemäß Nr 1.4 Abs 1 Satz 1 der Anlage 1 zur 2. Tierhaltungsverordnung eine dauerhafte Zwingerhaltung verboten ist, gewährt die deutsche TierSchHundeV Hunden – abhängig von ihrer Größe – zwischen 6 und 10 m<sup>2</sup> uneingeschränkt benutzbare Bodenfläche in einer Zwingerhaltung und einer Haltung in Räumen. Eine dauerhafte Haltung im Zwinger ist in Deutschland möglich, ein ausdrückliches Verbot der dauerhaften Zwingerhaltung – der österreichischen Vorschrift vergleichbar – findet sich in der TierSchHundeV nicht.

Die beiden grundlegenden Tierhaltungsverordnungen in Österreich – die 1. Tierhaltungsverordnung und die 2. Tierhaltungsverordnung – erfassen sehr viel mehr Tierarten als die deutschen Rechtsverordnungen. So sind neben den wichtigsten Tierarten, die in der Landwirtschaft genutzt werden, auch einige Heimtierarten (Katzen, Kleinnager, Frettchen ua) und Wildtiere, verschiedene Vogelarten, Reptilien, Amphibien und Fische von den Haltungsverordnungen erfasst und werden verbindlich geregelt. In Deutschland dagegen wird für die Konkretisierung der Inhalte der Tierhaltergrundnorm für die meisten Tierarten auf ein anderes Modell zurückgegriffen: das unverbindliche »Gutachten« (zT auch »Leitlinien« oder »Empfehlungen« genannt).

## **B. Gutachten, Empfehlungen und Leitlinien**

Zu vielen Tierarten existieren in Deutschland keine Rechtsverordnungen, die die konkret erlaubte Haltungsform, beispielsweise durch Vor-



gabe von Mindestgrößen der Haltungssysteme, regeln. Trotz der Verordnungsermächtigung in § 2a TierSchG ist auch nicht in Sicht, dass das für den Tierschutz zuständige Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft (BMEL) aktuell, fast 50 Jahre nach dem Inkrafttreten des TierSchG im Jahr 1972, plant, diese »Konkretisierungslücken« durch entsprechende Verordnungsgebung zu schließen.

Stattdessen werden im Auftrag des BMEL seit ebenso vielen Jahren sog »Gutachten«, »Empfehlungen« und »Leitlinien« veröffentlicht, die von durch das BMEL berufenen Expertengruppen erarbeitet und schließlich durch das BMEL herausgegeben werden. So gibt es beispielsweise das »Gutachten über Mindestanforderungen an die Haltung von Säugetieren« (Säugetiergutachten), welches die Haltungsanforderungen des § 2 TierSchG für Tiere in Zoos und Tierparks, aber auch die von Privaten gehaltenen Tiere konkretisiert, die »Leitlinien für die Haltung, Ausbildung und Nutzung von Tieren in Zirkusbetrieben und ähnlichen Einrichtungen« (Zirkusleitlinien), das »Gutachten der Sachverständigengruppe über die Mindestanforderungen an die Haltung von Reptilien« (Reptiliengutachten), das »Gutachten über die tierschutzgerechte Haltung von Greifvögeln und Eulen«, das »Gutachten der Sachverständigengruppe über die Mindestanforderungen an die Haltung von Papageien« und viele mehr. Alle diese Gutachten, Empfehlungen und Leitlinien sind auf der Website des BMEL kostenlos abrufbar<sup>30</sup> und sollen Behörden, Gerichten und Privatpersonen dazu dienen, die Inhalte des § 2 TierSchG zu konkretisieren. Sie erfüllen also gerade die Aufgabe, die der Gesetzgeber bereits 1972 in die Hand des Ordnungsgebers gegeben hat.

Diese Gutachten werden von deutschen Gerichten in einer Fülle von Entscheidungen recht pauschal als sog »antizipierte Sachverständigengutachten« qualifiziert.<sup>31</sup> Dabei sind die Gutachten zT schon über 20 Jahre alt und entsprechen in weiten Teilen nicht dem aktuellen Stand der Wissenschaft. Eine Anforderung, die von einem Sachverständigengutachten aber zu erfüllen ist. Des Weiteren ist das Zustandekommen dieser Gutachten oft fraglich. Denn die Expertengremien,

30 Siehe <www.bmel.de>.

31 Vgl für viele nur Verwaltungsgericht Oldenburg, Urteil vom 13.2.2013 – 11 A 4220/12 –, juris Rz 19; Verwaltungsgericht Trier, Beschluss vom 9.11.2012 – 1 L 1179/12.TR –, juris Rz 13; Oberverwaltungsgericht Lüneburg, Urteil vom 18.6.2013 – 11 LC 206/12 –, juris Rz 30; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 30.1.2008 – 9 B 05.3146 – und – 9 B 06.2992 –, juris Rz 28.

die durch das BMEL berufen werden, setzen sich ua aus gerade den Personen dar, die die betreffende, zu begutachtende Tierart selbst halten und deswegen einen besonderen Sach- bzw Fachverstand aufweisen (zB Vertreter aus Zoo und Zirkus), aber deswegen auch ein erhebliches Eigeninteresse an bestimmten Inhalten der Gutachten haben. Weiters werden in die Expertengremien Vertreter der Tierschutzseite und weitere, zB kommunale, Vertreter berufen. Im Ergebnis stellen diese Gutachten zumeist nur einen Kompromiss zwischen den Tiernutzern dar, die mit den Gutachten Vorgaben für ihre eigenen Haltungseinrichtungen schaffen, und den Tierschützern, die sich aber oft wegen der nicht immer paritätischen Besetzung nicht durchsetzen können. Dies kann man an den oft im Anhang befindlichen Differenzgutachten der einen oder anderen »Seite« erkennen. Neben der Aktualität bzw der Bezugnahme auf den aktuellen Stand der Wissenschaft müssen Gutachten aber auch eine wissenschaftlich begründbare Grundlage haben – ein Kompromiss zwischen zwei oft mit sehr gegensätzlichen Interessen behafteten Interessenvertretern stellt im Ergebnis nicht unbedingt ein wissenschaftlich begründbares Ergebnis dar. Daher sollten die genannten Gutachten eher als »Konsenspapiere« gelten, die aber keinesfalls unreflektiert in behördliche und gerichtliche Entscheidungen übernommen werden sollten und auch nicht ungeprüft als antizipierte Sachverständigengutachten bezeichnet werden sollten.<sup>32</sup>

Die vom BMEL herausgegebenen Gutachten stellen des Weiteren keine rechtsverbindlichen Vorgaben dar wie etwa die Regelungen in einer Rechtsverordnung. Gleichwohl werden die Gutachten in sehr vielen Fällen von den Behörden angewendet und die Inhalte in deren Sachentscheidungen übernommen. Dadurch entfalten die Inhalte über den Umweg einer behördlichen Anordnung an den Tierhalter Verbindlichkeit. Gegen behördliche Anordnungen (beispielsweise eine Anordnung, das Tiergehege auf die im Säugetiergutachten genannte Mindestfläche zu vergrößern) kann sich der Tierhalter zwar wehren und eine gerichtliche Überprüfung herbeiführen. Das über diesen Rechtsstreit erkennende Gericht muss sich zwar – wegen der fehlenden Rechtsverbindlichkeit – nicht an die Inhalte des Gutachtens halten. In der Praxis übernehmen die entscheidenden Richterinnen und Richter aber in vielen Fällen die Inhalte der Gutachten, wenn diese vorher von

---

32 Zum Ganzen vgl *Felde*, Verhaltensgerecht 280 ff.

der Behörde zugrunde gelegt wurden. Denn durch die verbreitete Anerkennung der Gutachten als antizipierte Sachverständigengutachten in der Rechtsprechung ist ein Abrücken von den Inhalten des jeweiligen Gutachtens mit einem erhöhten Begründungsaufwand verbunden. Diesen kann ein Richter – mangels Fachkenntnis über die konkrete Tierart – kaum leisten. Zwar ist ein Gericht frei und kann selbst tätig werden und beispielsweise andere wissenschaftliche Gutachten, Aufsätze oder ähnliche Quellen heranziehen, um die Entscheidung der Behörde zu bestätigen oder aufzuheben. Angesichts der Überlastung deutscher Gerichte wird eine derart recherche-intensive Arbeit durch ein Gericht aber eher selten sein. So kann man jedenfalls von einer gewissen Relevanz der Gutachten sprechen, die einer Rechtsverbindlichkeit nicht gleichsteht, aber durch die Qualifikation als antizipierte Sachverständigengutachten dieser faktisch in vielen Fällen recht nahekommt.

#### **IV. Keine ausdrücklichen Verbote in Gesetz oder Verordnung zu bestimmten Tierhaltungsformen in Deutschland**

Neben der sehr lückenhaften und im Übrigen verbösernden Verordnungsgebung zur Tierhaltung in Deutschland fehlen im deutschen Tierschutzrecht ausdrückliche Verbote zu bestimmten Haltungsformen.

Im deutschen Tierschutzrecht findet sich lediglich an einer einzigen Stelle ein ausdrückliches, generelles Verbot einer bestimmten Haltungsform, nämlich das Verbot der Anbindehaltung von Jungsaugen und Sauen, normiert in § 30 Abs 5 TierSchNutztV. Andere Verbote von Haltungsformen, wie beispielsweise die der dauernden Anbindehaltung von Rindern oder der dauernden Zwingerhaltung von Hunden, finden sich nicht. Durch die allgemeine Vorgabe in § 2 TierSchG kann zwar gut begründet werden, dass beispielsweise eine dauerhafte Anbindehaltung von Rindern keine verhaltensgerechte Unterbringung ist und diese damit (im Umkehrschluss) nicht erlaubt ist. Jedoch wird gerade dieser auf § 2 TierSchG beruhende Schluss des Verbots einer bestimmten Haltungsform wegen fehlender Verhaltensgerechtheit von den zuständigen Behörden nicht gezogen. Es wird hingegen immer

wieder unter Bezugnahme auf eine fehlende ausdrückliche Willensbekundung des deutschen Gesetzgebers eine bestimmte Haltungsform – oder auch eine bestimmte Umgangsweise mit Tieren – als zulässig erachtet, ohne aber die allgemeinen Pflichten der §§ 1 und 2 TierSchG zugrunde zu legen. So hat das Verwaltungsgericht Minden als erstinstanzliches Gericht für die Fälle der millionenfachen Kükentötungen in deutschen Brütereien ausgeführt, dass die Praxis des massenhaften Kükentötens europarechtlich gebilligt werde, da einschlägige Verordnungen Regelungen über das »Wie« der Tötungen von Eintagsküken enthielten. Mangels eines spezialgesetzlichen Verbots sei diese Praxis daher erlaubt.<sup>33</sup> Nicht beachtet wurde vom Verwaltungsgericht Minden das in § 1 Satz 2 TierSchG festgeschriebene Verbot, einem Tier ohne vernünftigen Grund Schmerzen, Leiden oder Schäden zuzufügen. Erst das Gericht in der zweiten Instanz, das Oberverwaltungsgericht Münster, hat klargestellt, dass § 1 Satz 2 TierSchG unmissverständlich als ein für alle Tiere und alle Menschen in allen Lebensbereichen (auch in Brütereien) geltendes Verbot zu verstehen ist, ohne vernünftigen Grund einem Tier Schmerzen, Leiden oder Schäden zuzufügen.<sup>34</sup> Ähnlich wird auch betreffend die ganzjährige, dauernde Anbindehaltung von Rindern argumentiert. Trotz der Qualifikation als Verstoß gegen § 2 TierSchG, ua wegen nicht verhaltensgerechter Unterbringung,<sup>35</sup> werden einerseits ausdrückliche Verbote dieser Haltungsform gefordert<sup>36</sup> bzw solche – sogar durch staatliche Stellen selbst – abgelehnt.<sup>37</sup> Würden die Inhalte des § 2 TierSchG ernst genommen und diese Vorschrift von den

33 Verwaltungsgericht Minden, Urteil vom 30.1.2015 – 2 K 80/14 –, juris Rz 35 f.

34 Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 20.5.2016 – 20 A 530/15 –, juris Rz 39.

35 Vgl *Maisack*, Die Anbindehaltung von Rindern, Verstoß gegen § 2 Nr. 1 und Nr. 2 TierSchG, aber auch gegen § 17 Nr. 2b TierSchG, abrufbar unter <<https://tierschutz.hessen.de/nutztiere>> (10.12.2019).

36 Beispielsweise wird von der Tierärztlichen Vereinigung für Tierschutz e. V. (TVT) in einer Presseinformation vom 19.8.2015 ein Verbot dieser Haltungsform gefordert: Die Tierärztliche Vereinigung für Tierschutz fordert die Abschaffung der Anbindehaltung von Rindern, abrufbar unter <<https://www.tierschutz-tvt.de/allemerkblaetter-und-stellungnahmen/#c290>> (10.12.2019).

37 Bayerisches Staatsministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten, Ministerium für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz Baden-Württemberg, Bayerischer Bauernverband (BBV), Badischer Landwirtschaftlicher Hauptverband (BLHV) und Landesbauernverband in Baden-Württemberg (LBV): Erklärung zur Anbindehaltung in Süddeutschland, abrufbar unter <<http://www.landentwicklung.bayern.de/cms01/landwirtschaft/tier/182392/index.php>> (10.12.2019).

Behörden konsequent vollzogen, wäre klar, dass Haltungsformen wie die dauernde Anbindehaltung von Rindern bereits wegen Verstoßes gegen § 2 TierSchG gesetzeswidrig und daher verboten sind.

Im Gegensatz zum deutschen TierSchG finden sich im österreichischen TSchG einige ausdrückliche und auch rechtsverbindliche Verbote zu konkreten Haltungsformen, die man im TierSchG – und auch in den deutschen Rechtsverordnungen – vergeblich sucht:

So fällt auf, dass in Österreich beispielsweise die Haltungsform der dauernden Anbindehaltung von Tieren ausdrücklich bereits im Gesetz untersagt ist, vgl § 16 Abs 3 TSchG. Für Hunde folgt sodann in § 16 Abs 5 TSchG das Verbot, sie angebunden zu halten. Dieses Verbot gilt auch für die Fixierung an einer Laufleine, wie sie in Deutschland erlaubt ist.<sup>38</sup> Auch Wildtiere dürfen nicht angebunden gehalten werden, siehe § 16 Abs 6 Satz 1 TSchG.

In der 1. Tierhaltungsverordnung wie auch in der 2. Tierhaltungsverordnung finden sich weitere ausdrückliche Verbote, so beispielsweise das Verbot der Einzelhaltung von Elefanten in Anlage 1 zur 2. Tierhaltungsverordnung, Nr 7.11.1 Abs 11.

Als vorbildlich gilt das in § 27 Abs 1 TSchG normierte Verbot, in Zirkussen, Varietés und ähnlichen Einrichtungen Wildtiere zu halten oder zu verwenden. Dieses Haltungsverbot gilt für alle Wildtierarten und wurde bereits vom österreichischen Verfassungsgerichtshof bestätigt; ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH wurde im Jahr 2006 eingestellt.<sup>39</sup>

## **V. Aktuelles Beispiel für ein Aushebeln des § 2 TierSchG durch den Verordnungsgeber in Deutschland am Beispiel der Kastenstandhaltung von Sauen**

Es wurden bereits mehrere Vorschriften in deutschen Rechtsverordnungen zur Tierhaltung vom Bundesverfassungsgericht für nichtig

---

38 Vgl *Binder*, Das österreichische Tierschutzrecht, § 16 TSchG 106.

39 Vgl *Binder*, Das österreichische Tierschutzrecht, § 27 TSchG 142 f.

erklärt, weil sie die Vorgaben des § 2 TierSchG unterlaufen.<sup>40</sup> Mit den Rechtsverordnungen sollen bestehende Haltungsformen in der landwirtschaftlichen Nutztierhaltung vermeintlich legalisiert werden und den Tierhaltern vornehmlich der landwirtschaftlichen Nutztierhaltung ermöglicht werden, so weiterzumachen, wie es schon immer gemacht wurde. § 2 TierSchG wird durch die Verordnungsgebung aus rein ökonomischen Gründen systematisch unterlaufen. Dies zeigt insb der aktuelle Entwurf des BMEL zu einer Änderungsverordnung der TierSchNutzV ua zur Kastenstandhaltung von Sauen.<sup>41</sup>

### A. Geltende Rechtslage seit 1988/1992

Die seit dem Jahr 1988 in der Schweinehaltungsverordnung enthaltene und später in die heute geltende TierSchNutzV übernommene Vorschrift zur Sauenhaltung in Kastenständen lautet:

- (4) Kastenstände müssen so beschaffen sein, dass*
- 1. die Schweine sich nicht verletzen können und*
  - 2. jedes Schwein ungehindert aufstehen, sich hinlegen sowie den Kopf und in Seitenlage die Gliedmaßen ausstrecken kann.*<sup>42</sup>

Bereits bei Schaffung dieser Vorschrift im Jahr 1988 bedachte der damalige Ordnungsgeber, dass die Sauenhalter in breitere Kastenstände investieren müssen – diese waren schon vor 1988 so eng, dass die Sauen ihre Gliedmaßen im Liegen nicht ausstrecken konnten – und regelte in der damaligen Schweinehaltungsverordnung, dass die Vorschrift, die vorschreibt, dass Sauen in einem Kastenstand ihre Gliedmaßen ausstrecken können müssen, erst ab dem 1.1.1992 gelten soll. Den Sauenhaltern waren damit vier Jahre Übergangsfrist eingeräumt worden, um Verhältnisse zu schaffen, die es den Sauen in Kastenständen ermöglichen, ihre Gliedmaßen auszustrecken. Doch die seit dem 1.1.1992

40 Siehe oben zu der Hennenhaltungsverordnung aus dem Jahr 1987 sowie der Nachfolgervorschrift in der TierSchNutzV, die vom Bundesverfassungsgericht 1999 und 2010 für unwirksam erklärt worden sind.

41 Entwurf einer Siebten Verordnung zur Änderung der TierSchNutzV vom 6.11.2019, Bundesrats-Drucksache 587/19. Vorangegangen war diesem Entwurf, der am 7.11.2019 in den Bundesrat eingereicht wurde, ein Referentenentwurf vom 28.5.2019.

42 Hervorhebung durch die Verfasserin.

geltende Vorschrift wurde ignoriert. Die Kastenstände blieben, wie sie waren – über den 1.1.1992 hinaus und auch über das Jahr 2002 hinaus, in dem der Tierschutz in die Verfassung aufgenommen wurde.

Im Jahr 2013 wurde von einer Veterinärbehörde im Land Sachsen-Anhalt eine Kontrolle bei einer Sauenhalterin (GmbH) gemacht und festgestellt, dass die Kastenstände nicht so breit waren, dass die Sauen ihre Gliedmaßen ausstrecken konnten, und somit ein Verstoß gegen die TierSchNutzV vorlag. Die Behörde gab der Sauenhalterin auf, ihre Kastenstände zu verbreitern, wie es die Vorschrift des § 24 Abs 4 TierSchNutzV vorsieht. Die Sauenhalterin wehrte sich vor dem Verwaltungsgericht gegen diese Anordnung und verlor in der ersten und auch in der zweiten Instanz.<sup>43</sup> Sogar das Bundesverwaltungsgericht stellte als dritte und letzte Instanz in diesem Rechtsstreit im Jahr 2016 klar, dass eine Sau im Kastenstand ihre Gliedmaßen ausstrecken können muss, wie es der – insoweit klare – Wortlaut der Vorschrift vorsieht.<sup>44</sup>

Trotz dieser klaren Rechtsprechung bis hin zum Bundesverwaltungsgericht hat sich bis heute nichts an der Sauenhaltung geändert – über 30 Jahre, nachdem die Vorgabe, dass Sauen ihre Gliedmaßen ausstrecken können müssen, in das Tierschutzrecht aufgenommen wurde. Der Grund ist, dass die Sauenhalter nicht in breitere Kastenstände investieren wollen. Das Interesse der Sauenhalter, an den rechtswidrigen Zuständen festzuhalten, zeigt sich in den empörten Kommentaren sowie deutlichen Forderungen gegenüber der Politik insb des Deutschen Bauernverbandes die Urteile und den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts betreffend.<sup>45</sup>

Daraufhin wurde vom BMEL die Streichung der Forderung geplant, dass Sauen in Seitenlage ihre Gliedmaßen ausstrecken können müs-

---

43 Verwaltungsgericht Magdeburg, Urteil vom 3.3.2014 – 1 A 230/14 –, juris und Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 24.11.2015 – 3 L 386/14 –, juris.

44 Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 8.11.2016 – 3 B 11/16 –, juris, NuR 2017, 471 ff.

45 Das Landwirtschaftliche Wochenblatt vom 7.5.2018 zitiert den Generalsekretär des Deutschen Bauernverbandes (DBV) wie folgt: »Vor allem für die Sauenhalter ist es fünf vor zwölf«, sagte DBV-Generalsekretär Bernhard Krüsken. »Unsere Betriebe stehen voll im europäischen Wettbewerb«, erläutert Krüsken. Sie müssten den Ausstieg aus der betäubungslosen Ferkelkastration und dem Kupieren der Schwänze bewältigen und sollten nun gleichzeitig neue Anforderungen für ihre Stallungen umsetzen.«

sen. Mit einer Änderungsverordnung soll die Vorschrift des § 24 Abs 4 TierSchNutzV, die fordert, dass »jedes Schwein ungehindert aufstehen, sich hinlegen sowie den Kopf und in Seitenlage die Gliedmaßen ausstrecken kann«, dahingehend geändert werden, dass die Sauen nur noch den Kopf ausstrecken können müssen, nicht aber die Gliedmaßen. Eine Seitenlage ist den Sauen damit nur noch mit an den Körper herangezungenen Gliedmaßen möglich. Dies ist in der Praxis schon immer der Fall. Dies soll nun aber durch die TierSchNutzV erlaubt werden.

## **B. Verstoß gegen die Pflicht zur verhaltensgerechten Unterbringung und gegen das Verbot der Zufügung von erheblichen und länger anhaltenden Leiden**

Der aktuell im Bundesrat befindliche Verordnungsentwurf stellt nicht nur einen Verstoß gegen § 2 TierSchG dar, da er eine nicht verhaltensgerechte Unterbringung zu regeln – und weiter zu verschlimmern – plant. Es wird den Sauen durch die Fixierung in zu engen Kastenständen erhebliches und länger anhaltendes Leid zugefügt, was einen Verstoß gegen § 1 Satz 2 TierSchG und auch gegen die Strafvorschrift des § 17 Nr 2 lit b TierSchG darstellt.

Bei der Bestimmung der Verhaltensgerechtheit eines Haltungssystems ist das Verhalten zugrunde zu legen, welches für das Tier (hier: das Schwein) wesentlich ist und welches es in einem naturnahen Gehege zeigt, um seinen Bedarf zu decken und Schaden von sich abzuwenden. Wesentliche Verhaltensweisen von Schweinen werden durch die Haltung im Kastenstand – auch dann, wenn die Gliedmaßen ausgestreckt werden können – zT vollständig zurückgedrängt: So sind beispielsweise neben dem Ruhe- und Schlafverhalten auch die Eigenkörperpflege, das Sozialverhalten, das Mutter-Kind-Verhalten, das Erkundungsverhalten und die Fortbewegung betroffen, die durch die Fixation im Kastenstand nicht mehr oder nicht mehr vollständig ausgeführt werden können.<sup>46</sup> Es liegt daher bereits durch die

---

46 Wechsler, Schwein, in Sambraus/Steiger (Hrsg), Das Buch vom Tierschutz (1997) 173 ff; Busch, Schweinehaltung, in Richter (Hrsg), Krankheitsursache Haltung – Beurteilung von Nutztierställen, ein tierärztlicher Leitfaden (2006) 112 ff; vgl zum Referentenentwurf des BMEL Felde, Rechtsgutachten zum Referentenentwurf



Regelung der Kastenstandhaltung selbst ein Verstoß gegen § 2 TierSchG vor.

Nach den neuen Planungen in dem aktuellen Verordnungsentwurf soll den Sauen neben einigen anderen wesentlichen Bedürfnissen auch das artgemäße Schlafverhalten unmöglich gemacht werden und der Verstoß gegen § 2 TierSchG so noch vertieft werden: Schweine können nur dann ihrer Art entsprechend schlafen, wenn sie die Möglichkeit haben, ihre Gliedmaßen auszustrecken. Bereits im Jahr 1965 fand man heraus, dass ein Schwein nur dann in die sog REM-Schlaf-Phase (REM = Rapid Eye Movement) gelangen kann, wenn es seine Gliedmaßen ausstrecken kann.<sup>47</sup> Die REM-Schlaf-Phase ist extrem wichtig für ein Schwein. Ein Schwein, welches nicht seiner Art entsprechend schlafen kann, leidet.

---

des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft zu einer Siebten Verordnung zur Änderung der Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung, Deutsche Juristische Gesellschaft für Tierschutzrecht e. V. und Stellungnahme der Deutschen Juristischen Gesellschaft für Tierschutzrecht e. V. zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft zur Siebten Verordnung zur Änderung der Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung vom 28.5.2019, jeweils abrufbar unter <www.djgt.de> (10.12.2019).

- 47 *Hassenberg*, Ruhe und Schlaf bei Säugetieren (1965); diese Publikation wie auch der REM-Schlaf bei Schweinen wird auch in vielen aktuelleren Publikationen aufgegriffen: *Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung (BLE)* (Hrsg), Gesamtbetriebliches Haltungskonzept Schwein (2018) 8; vgl auch *Baumann*, Gummimatten für den Liege- und Laufbereich in der Gruppenhaltung von Sauen (Dissertation Hohenheim 2014) 17: »Seitenlage bedeutet entspanntes Ruhen und ist obligatorisch für tiefes Schlafen. Verharren die Tiere in Seitenlage, ist dies als Zustand weitgehender oder vollkommener Entspannung anzusehen. In der Regel sind in dieser Position die Augen geschlossen. Die Extremitäten werden senkrecht vom Körper weggestreckt.«; *Luif*, Ruhe- und Schlafverhalten von Sauen in unterschiedlichen Abferkelsystemen (Diplomarbeit an der Universität für Bodenkultur/Institut für Nutztierwissenschaften, Wien 2008) 5, 13: »Die charakteristischen Merkmale von REM-Schlaf sind die Erschlaffung der Muskulatur (...). Wenn es die Schlafunterlage nicht erlaubt, erschlafft zu liegen, wird REM-Schlaf gehemmt (...). Als Zustand weitgehender beziehungsweise vollkommener Entspannung wird die Seitenlage angesehen (BOGNER UND GRAUVOGL, 1984). Körper und Kopf liegen auf der Seite, Rücken und Hals bleiben gestreckt, die Beine sind ausgestreckt und liegen ungefähr parallel (HASSENBERG, 1965).« Vgl schließlich *Moritz/Schönreiter/Erhard*, Mögliche Straftatbestände bei der Haltung von Sauen in Kastenständen, Amtstierärztlicher Dienst und Lebensmittelkontrolle (ATD) 2016, 142 ff (146): »Die entspannte Ruhelage ist die Seitenlage, bei der die Gliedmaßen seitlich ausgestreckt werden (...). Bei für die Größe der Sau zu schmalen Kastenständen ist kein Ruhen in Seitenlage mit ausgestreckten Gliedmaßen möglich, sondern die Tiere müssen entweder auf dem Bauch oder mit angezogenen Gliedmaßen liegen (...). Dadurch wird die Schlafqualität eingeschränkt (EFSA 2007).«

Neben einer nicht verhaltensgerechten Unterbringung, was einen Verstoß gegen § 2 TierSchG begründet, wird den Sauen durch die Haltung in Kastenständen erhebliches Leid zugefügt, wobei Leiden im juristischen Sinn »alle nicht bereits vom Begriff des Schmerzes umfassten Beeinträchtigungen im Wohlbefinden, die über ein schlichtes Unbehagen hinausgehen und eine nicht ganz unwesentliche Zeitspanne fort-dauern«, meint.<sup>48</sup> »Erheblich« meint alle Beeinträchtigungen, die die Geringfügigkeitsgrenze überschreiten und nach ihrer Art und Intensität beträchtlich, gravierend oder gewichtig sind; der Begriff umfasst die gesamte Bandbreite von »gerade keine Bagatelle mehr« bis hin zu »schwer«.<sup>49</sup> Letztlich ist dieses Leid auch ein »länger anhaltendes«. Bei diesem Merkmal geht es darum, eine von der Dauer her nur kurzfristige Störung des Wohlbefindens als nicht strafwürdig auszuschließen, womit eine mäßige Zeitspanne dafür bereits ausreicht.<sup>50</sup> Angesichts der Fixationsdauer von mehreren Wochen ist deutlich ersichtlich, dass das Leiden der Sauen länger anhaltend ist.

### C. Allein wirtschaftliche Gründe für die Aushebelung des § 2 TierSchG

Es ist nicht nur verboten, Tiere in Haltungssystemen zu halten, die nicht einer verhaltensgerechten Unterbringung entsprechen. Es ist nach § 1 Satz 2 TierSchG verboten, einem Tier ohne vernünftigen Grund Leiden zuzufügen. Als Straftat wird gemäß § 17 Nr 2 lit b TierSchG bestraft, wer einem Wirbeltier länger anhaltende oder sich wiederholende erhebliche Schmerzen oder Leiden zufügt.

Dass die Sauenhalter nicht in breitere Kastenstände investieren wollen, ist allein ein wirtschaftlicher Grund und als solcher gerade nicht von den »vernünftigen« Gründen erfasst. Ob der Handlung ein vernünftiger Grund zugrunde liegt, ist allein im Rahmen von § 1 Satz 2 TierSchG relevant, dem allgemeinen Verbot, Tieren »ohne vernünfti-

48 *Hirt/Maisack/Moritz*, Tierschutzgesetz Kommentar, § 1 TierSchG Rz 19.

49 Oberlandesgericht Karlsruhe, Urteil vom 29.10.2015 – 3 Ss 433/15, 3 Ss 433/15 – AK 170/15 –, juris; *Hirt/Maisack/Moritz*, Tierschutzgesetz Kommentar, § 17 TierSchG Rz 88.

50 *Hirt/Maisack/Moritz*, Tierschutzgesetz Kommentar, § 17 Rz 92 mit Verweis auf Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 20.4.1993, 5 Ss 171/92, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSTZ) 1994, 43.

gen Grund« Schmerzen, Leiden oder Schäden zuzufügen. Im Rahmen der Pflicht zur verhaltensgerechten Unterbringung ist es unerheblich, ob einem Verstoß gegen diese Vorschrift ein vernünftiger Grund zugrunde liegt oder nicht. Auch für die Strafvorschrift des § 17 Nr 2 lit b TierSchG ist es nicht relevant, ob ein vernünftiger Grund vorliegt oder nicht. Allein eine Straftat nach § 17 Nr 1 TierSchG (strafbare Tiertötung) kann durch einen vernünftigen Grund gerechtfertigt sein.

Wirtschaftliche Gründe – die auch im Rahmen des Verordnungsentwurfs einzig maßgeblich sind – stellen für sich genommen keinen vernünftigen Grund dar, einem Tier Leid, Schmerzen oder Schäden zuzufügen. Dies stellte jüngst das Bundesverwaltungsgericht in der Entscheidung zum Kükentöten klar.<sup>51</sup>

Nach der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Kastenstandhaltung aus dem Jahr 2016, die klar sagte, dass die Vorgaben der TierSchNutzTV eingehalten werden müssen und die hier relevante Vorschrift des § 24 Abs 4 TierSchNutzTV vorgibt, dass Sauen ihre Gliedmaßen in einem Kastenstand ausstrecken können müssen, wurden die Stimmen der Sauenhalter laut, die weiterhin keine Investitionen in die zu engen Kastenstände tätigen wollen. Das BMEL, welches legitimiert ist, die TierSchNutzTV zu ändern, will mit seinem aktuellen Entwurf das verwirklichen, was die Sauenhalter wollen. Diese sollen ihre Kastenstände nicht auf das seit 1988 bzw 1992 vorgeschriebene Maß verbreitern müssen. Daher soll nun die oben zitierte Vorschrift, die verlangt, dass Sauen in Kastenständen ihre Gliedmaßen ausstrecken können müssen, wie folgt gefasst werden:

- (4) Kastenstände müssen so beschaffen sein, dass*
- 1. die Schweine sich nicht verletzen können und*
  - 2. jedes Schwein ungehindert aufstehen, sich in Seitenlage hinlegen sowie den Kopf ausstrecken kann.*

51 Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 13. 6. 2019 – 3 C 28/16 –, juris. Bereits in den 1980er Jahren hatten Gerichte festgestellt, dass wirtschaftliche Gründe für sich genommen keinen vernünftigen Grund darstellen, einem Tier Schmerzen, Leiden oder Schäden zuzufügen; vgl schon Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Beschluss vom 14. 9. 1984 – 5 Ws 2/84, NSTZ 1985, 130. Auch das Bundesverfassungsgericht hat dies in der Entscheidung zur Legehennenhaltung so festgestellt; vgl Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 6. 7. 1999 – 2 BvF 3/90 –, BVerfGE 101, 37.

Der Passus »und in Seitenlage die Gliedmaßen ausstrecken« soll mittels einer Änderungsverordnung gestrichen werden, denn ein Hinlegen in Seitenlage fordert nach dem aktuellen Verordnungsentwurf nun nicht mehr, dass die Gliedmaßen auch ausgestreckt werden können müssen. Die gerichtlichen Entscheidungen zur Kastenstandhaltung sollen so untergraben werden. Sauen sollen nach der geplanten Fassung der TierSchNutzV in Kastenstände gezwungen werden dürfen, in denen sie nicht artgemäß schlafen können. Neben der nicht verhaltensgerechten Unterbringung werden den Sauen so erhebliche (weil nicht nur negative Augenblicksempfindungen bagatellhafter Art) und länger andauernde Leiden zugefügt. Neben einem Verstoß gegen § 2 TierSchG stellt die Kastenstandhaltung per se – erst recht, wenn die Sau ihre Gliedmaßen nicht ausstrecken kann, wie in dem aktuellen Entwurf vorgesehen – einen Verstoß gegen § 1 Satz 2 TierSchG und die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes der Strafvorschrift des § 17 Nr 2 lit b TierSchG dar. Im Rahmen des Verstoßes gegen § 2 Nr 1 TierSchG kommt es nicht darauf an, ob bereits Leiden eingetreten sind. Dies ist lediglich für den Verstoß gegen das allgemeine Leidenszufügungsverbot wie auch für den Straftatbestand des § 17 Nr 2 lit b TierSchG relevant.

Es ist im Ergebnis nicht nur wegen Verstoßes gegen § 2 TierSchG verboten, Schweine in eine Position zu zwingen, in denen sie auch nur ein für sie wesentliches Verhalten nicht ausüben können, nämlich das artgemäße Schlafen. Im Kastenstand sind der Sau vielmehr die Ausübung weiterer wesentlicher Bedürfnisse zT vollständig und über Wochen verwehrt. Weil Sauen dadurch ohne vernünftigen Grund Leid zugefügt wird, liegt auch ein Verstoß gegen § 1 Satz 2 TierSchG vor. Letztlich wird auch – angesichts der Zufügung erheblicher und länger andauernder Leiden – die Verwirklichung des Straftatbestandes des § 17 Nr 2 lit b TierSchG zu bejahen sein. Die geplante Regelung in der TierSchNutzV kann auch nicht wegen ihrer vermeintlichen Legalisierungswirkung den Vorsatz der Handelnden ausschließen, den es für die Begehung der Straftat der quälerischen Tiermisshandlung braucht.

▷

## VI. Vollzug und tierschutzrechtskonforme Gerichtsentscheidungen in anderen Fällen

Die Anforderungen des § 2 TierSchG werden in den allerwenigsten Fällen überhaupt durchgesetzt. Ein konsequenter Vollzug dieser Vorschrift existiert zwar – jedoch nur in Fällen von Einzelpersonen im Bereich der Heimtierhaltung. Hier gibt es eine Vielzahl von Gerichtsentscheidungen, die die Wichtigkeit des Staatsziels Tierschutz und den zwingenden Charakter des § 2 TierSchG klar betonen.<sup>52</sup> Sobald es aber um die Vorgänge in der landwirtschaftlichen Tierhaltung geht, werden Gerichtsentscheidungen, die tierschutzrechtliche Anordnungen, die auf diesem Gebiet schon sehr selten sind, bestätigen, ebenfalls seltener. Sie sind auch nicht mehr konsequent auf einen korrekten Vollzug des TierSchG ausgerichtet.<sup>53</sup>

Ein aktuelles Beispiel hierfür ist die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts in letzter Instanz zum Kükentöten. Das Bundesverwaltungsgericht stellte mit Urteil vom 13.6.2019 fest, dass das (millionenfache) Töten von Tieren aus rein ökonomischen Gründen keinem vernünftigen Grund unterliegt, im Falle des Kükentötens, welches aus rein ökonomischen Gründen erfolgt, aber dennoch ein vernünftiger Grund angenommen werden könne, bis eine Früherkennung des Geschlechts bereits im Ei praxisreif sei.<sup>54</sup> Hier wurde zunächst klar festgestellt, dass wirtschaftliche Gründe alleine kein vernünftiger Grund für die Tötung von Tieren sind. Dennoch wurde für genau diese Tötung von Millionen von Tieren sodann ein vernünftiger Grund angenommen. Diesen nimmt das Bundesverwaltungsgericht zwar nur noch temporär an, dennoch ist die Widersprüchlichkeit der Entscheidung des Gerichts klar erkennbar.

In Einzelfällen, in denen sogar die Gerichte auch im Fall der landwirtschaftlichen Massentierhaltung einmal eine Entscheidung treffen,

---

52 Vgl. nur Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 2.4.2014 – 3 B 62/13 – juris; Oberverwaltungsgericht Lüneburg, Urteil vom 18.6.2013 – 11 LC 206/12 –, NuR 2013, 584; Verwaltungsgericht Trier, Urteil vom 16.6.2014 – 6 K 1531/13.TR –, juris; Verwaltungsgericht Düsseldorf, Urteil vom 18.8.2014 – 23 K 5500/12 –, juris.

53 Vgl. hierzu *Bülte*, Zur faktischen Straflosigkeit institutionalisierter Agrarkriminalität, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)* 2018, 35 ff.

54 Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 13.6.2019 – 3 C 28/16 –, juris, Leitsatz, Rz 26.

mit der die Umsetzung der Tierschutzvorschriften in der Praxis kritisiert und festgestellt wird, dass die tierschutzrechtlichen Vorgaben einzuhalten sind – wie die oben beschriebene Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Kastenstandhaltung von Sauen –, wird der Verordnungsgeber sogleich tätig und streicht diese Vorgaben, die in der Praxis schon in der Vergangenheit nicht eingehalten worden sind, und bestärkt so genau die Personen, die seit Jahrzehnten bestehende Vorschriften nicht eingehalten haben und sich so Wettbewerbsvorteile gegenüber gesetzestreuen Sauenhaltern verschaffen. Der Rechtsbruch dieser Personen wird nun belohnt, denn ihr Handeln wird nun vermeintlich legalisiert. Vermeintlich, weil eine verfassungswidrige Rechtsverordnung gerade nicht in der Lage ist, ein Handeln zu legalisieren.

## VII. Fazit

Wo es Konkretisierungen der Inhalte des § 2 TierSchG durch Rechtsverordnung oder Gutachten gibt, sind die Verfahren hierzu nicht in der Weise durchgeführt worden, wie es der Gesetzgeber vorsieht. Dieser Gesetzgeber aus dem Jahr 1986 hat in den Gesetzesmaterialien eine konkrete Anleitung zur Konkretisierung des § 2 TierSchG festgeschrieben, durch die klar wird, wer wie und mit welchen Mitteln die unbestimmten Rechtsbegriffe des § 2 TierSchG zu konkretisieren sind: Ethologen sind dazu bestimmt, mit der Methode der vergleichenden Beobachtung von Tieren im Freiland/im naturnahen Gehege und von Tieren im zu prüfenden Haltungssystem (nach *Tschanz*) zu prüfen, welches Haltungssystem verhaltensgerecht ist. Die Ergebnisse müssen mindestens durch Rechtsverordnung geregelt werden. Gutachten können nur ein Zwischenschritt zur Wissensgenerierung sein.<sup>55</sup> Sie sind nicht rechtsverbindlich. Rechtsverordnungen müssen den Inhalten des § 2 TierSchG entsprechen und eine verhaltensgerechte Unterbringung von Tieren konkretisieren, nicht aber aushebeln und damit eine gesetzliche Vorschrift faktisch außer Kraft setzen. In der Praxis werden Rechtsverordnungen aber so gestaltet, dass sie § 2 TierSchG nicht entspre-

---

55 Felde, Verhaltensgerecht 395.

chen und sogar noch gegen Verbote und Strafvorschriften verstoßen. Dies erfolgt aus wirtschaftlichen Gründen zugunsten der landwirtschaftlichen Massentierhaltung und systematisch seit dem Inkrafttreten des TierSchG. Als Resultat werden rechts- und verfassungswidrige Rechtsverordnungen erlassen, die erst nach langen Jahren einer ebenso rechts- und verfassungswidrigen Praxis zT vom Bundesverfassungsgericht aufgehoben werden müssen.

**Korrespondenz:**

Dr.<sup>in</sup> Barbara Felde

Richterin auf Probe beim Verwaltungsgericht Gießen

Vorstandsmitglied der Deutschen Juristischen Gesellschaft

für Tierschutzrecht e. V.

Dircksenstraße 47

10178 Berlin, Deutschland

E-Mail: [b.felde@djgt.de](mailto:b.felde@djgt.de)

# Die Genehmigung von Tiertransporten ins Ausland als Tierquälerei – Umfang und Grenzen einer möglichen Strafbarkeit

ALOIS BIRKLBAUER

DOI: 10.25598/tirup/2019-7

## Inhaltsübersicht:

I.	Ausgangssituation .....	48
II.	Tierquälerei nach österreichischem Strafrecht .....	49
	A. Geschütztes Rechtsgut und Tatobjekt der Tierquälerei .....	49
	B. Rohe Misshandlung .....	50
	C. Zufügung unnötiger Qualen .....	51
	D. Mutwilliges Töten eines Tieres .....	52
III.	Strafbare Tierquälerei im Ausland und österreichisches Strafrecht	53
	A. Tatortunabhängige Anwendung österreichischen Strafrechts ...	53
	B. Tatortabhängige Anwendung österreichischen Strafrechts .....	54
IV.	Beteiligung an strafbarer Tierquälerei im Ausland als Inlandstat	55
	A. Kriterien für eine Inlandstat .....	55
	B. Begrenzung der Weite der Beteiligungsstrafbarkeit .....	57
	C. Erforderlicher subjektiver Tatbestand .....	59
	D. Vertrauensgrundsatz und Beachtung des Autonomieprinzips	61
V.	Sonderproblem: Strafbarkeit für berufstypisches Handeln .....	63
	A. Berufstypisches Handeln als rechtlich neutrale Verhaltensweisen	64
	B. Genehmigung von Tiertransporten in Drittstaaten als berufstypische Handlungen .....	65
	C. Fehlende Verhinderungspflicht für Tiertransporte in Drittstaaten	67
VI.	Zusammenfassung .....	69

**Abstract:** Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, ob bzw inwieweit Angehörige von Veterinärbehörden bzw Amtstierärzte durch die Genehmigung von Tiertransporten in Länder, in denen die transportierten Tiere insb im Rahmen der Schlachtung gequält werden, eine nach österreichischem Recht strafbare Tierquälerei verwirk-



lichen können. Die Grundlage dafür bildet ein Rechtsgutachten, das der Autor im Jahr 2019 für das Bundesministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz erstattet hat.

**Rechtsquellen:** Strafgesetzbuch (StGB) §§ 1, 2, 12, 62, 64, 65, 67, 222; Tierschutzgesetz (TSchG) § 32; Tiertransportverordnung (TTVO) Art 1, 2, 14, 15.

**Schlagworte:** Amtstierarzt; Auslandstat; Autonomieprinzip; Beitragstäterschaft; berufstypisches Handeln; Inlandstat; Schächten; Tierquälerei; Tiertransporte; Vertrauensgrundsatz.

## I. Ausgangssituation

Den Ausgangspunkt für den vorliegenden Beitrag bilden verschiedene Aufsätze des Autorenduos *Christoph Maisack* und *Alexander Rabitsch* in der (deutschen) Zeitschrift *Amtstierärztlicher Dienst (ATD)* des Bundesverbandes der beamteten Tierärzte e. V.<sup>1</sup> zu Themen rund um Tiertransporte. In ihrem Beitrag »*Zur Plausibilitätsprüfung nach Artikel 14 (1) a) ii) anlässlich der Genehmigung langer grenzüberschreitender Transporte in Drittstaaten*« im Heft 4/2018<sup>2</sup> gehen die genannten Autoren davon aus, dass die Genehmigung nach Art 14 Abs 1 TTVO<sup>3</sup> von deutschen und österreichischen Amtstierärztinnen und Amtstierärzten zu Schlachtungen im Ausland den Tatbestand der Tierquälerei nach § 17 (deutsches) TierSchG bzw § 222 (österreichisches) StGB verwirklicht. Die darauf aufbauenden Thesen sollen im Folgenden einer kritischen Prüfung unterzogen werden. Dabei sollen zunächst ausgewählte Aspekte der Tierquälerei nach § 222 StGB<sup>4</sup> dargestellt werden (II.). Daran anschließend finden sich Überlegungen zur Strafbarkeit

- 
- 1 Vgl <<https://www.amtstierarzt.de/zeitschrift-amtstieraerztlicher-dienst>> (16.12.2019).
  - 2 Vgl <<https://tierschutz.hessen.de/sites/tierschutz.hessen.de/files/Zur%20Plausibilit%C3%A4tspr%C3%BCfung%20nach%20Art14%282%29.pdf>> (16.12.2019); siehe auch FN 10.
  - 3 VO (EG) 1/2005 des Rates vom 22.12.2004 über den Schutz von Tieren beim Transport und damit zusammenhängenden Vorgängen sowie zur Änderung der RL 64/432/EWG und 93/119/EG und der VO (EG) 1255/97 (Tiertransportverordnung – TTVO), ABl L 2005/3, 1.
  - 4 BG vom 23.1.1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch – StGB), BGBl 60/1974.

einer Auslandstat nach österreichischem Strafrecht (III.) sowie schließlich die zentrale Frage der Strafbarkeit der Beteiligung an einer Auslandstat durch einen im Inland gesetzten Tatbeitrag (IV.), wobei die eingeschränkte Haftung für berufstypisches Handeln hervorgehoben wird (V.). Zusammenfassende Schlussfolgerungen stehen am Ende der Überlegungen (VI.).

## II. Tierquälerei nach österreichischem Strafrecht

Das Delikt der **Tierquälerei** nach § 222 StGB kriminalisiert allein die Verantwortung für zugefügtes Tierleid. Den Tatbestand des **Abs 1** verwirklicht, wer

- ▷ ein Tier **roh misshandelt** oder ihm **unnötige Qualen** zufügt (Z 1),
- ▷ es aussetzt, obwohl es in der freien Natur zu leben unfähig ist (Z 2) oder
- ▷ es mit dem Vorsatz, dass ein Tier Qualen erleide, auf ein anderes Tier hetzt (Z 3).

Als gleichwertig kriminalisiert **Abs 2**, wer, wenn auch nur fahrlässig, **iZm der Beförderung mehrerer Tiere** dadurch, dass er Fütterung oder Tränke unterlässt, oder auf andere Weise die Tiere längere Zeit hindurch einem **qualvollen Zustand** aussetzt. Nach **Abs 3** ist zu bestrafen, wer ein **Wirbeltier mutwillig tötet**.

Von den dargestellten Tatvarianten soll mit Blick auf die für den Beitrag wesentlichen Fragen vorweg kurz auf § 222 Abs 1 Z 1 sowie Abs 3 StGB eingegangen werden. Dabei sollen das geschützte Rechtsgut und die Anforderungen an das Tatobjekt Erwähnung finden.

### A. Geschütztes Rechtsgut und Tatobjekt der Tierquälerei

Als **geschütztes Rechtsgut** hinter § 222 StGB betrachtet die herrschende Meinung das »*Wohlergehen des (höher entwickelten) Tieres*«. <sup>5</sup> Andere

---

5 Siehe etwa mit Nachweisen *Philipp*, in Höpfel/Ratz (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch<sup>2</sup> (2016; im Folgenden: WK<sup>2</sup> StGB), § 222 Rz 5.

sehen die »Humanität gegenüber schmerzempfindlichen Tieren« als Schutzgut an.<sup>6</sup>

Das Delikt kann grundsätzlich **an jedem Tier begangen** werden. Nach herrschender Meinung ist hinsichtlich des Tatobjekts aber eine restriktive Auslegung dahingehend geboten, dass das Tier »in einer dem Menschen ähnlichen Weise Schmerzen oder Angst empfinden können« muss.<sup>7</sup> Diese **Reduktion des Schutzbereichs auf Wirbeltiere und Krustentiere** folgt letztlich der Ultima-Ratio-Funktion des Strafrechts. Auch § 222 Abs 3 StGB, der ausdrücklich die mutwillige Tötung eines Wirbeltieres erwähnt, deutet in diese Richtung.<sup>8</sup> Freilich ist diese einschränkende Auslegung nicht unumstritten. So differenzieren manche Autoren bei den Tathandlungen und erachten die Tatvariante der »rohen Misshandlung« als an allen Tieren begehbar.<sup>9</sup>

## B. Rohe Misshandlung

Als Tathandlungen, die eine Tierquälerei begründen können, sind für die vorliegende Abhandlung mit Blick auf die Schlachtungspraxis, die *Maisack/Rabitsch*<sup>10</sup> in ihrem bereits erwähnten Beitrag schildern, Verhaltensweisen der **rohen Misshandlung** nach § 222 Abs 1 Z 1 1. Fall StGB von Interesse. Davon erfasst sind nur **physische Einwirkungen** auf das Tier, die einen erheblichen Angriff auf dessen Körper darstellen und Schmerzen zufügen. Das Erzeugen von Angst auf Seiten des Tieres reicht dafür nicht aus.<sup>11</sup> Die **Rohheit** steht iZm der »gefühllosen Gesinnung« des Täters, die sich im »Fehlen eines vernünftigen oder berechtigten Zwecks« der Misshandlung ausdrückt.<sup>12</sup> Als Beispiele aus der Judikatur für diese Totalalternative seien erwähnt:

6 Wönisch, Tierquälerei. § 222 StGB unter besonderer Berücksichtigung des Bundes-Tierschutzgesetzes (2008) 46.

7 Philipp, in WK<sup>2</sup> StGB, § 222 Rz 23.

8 Leukauf/Steininger/Tipold, Strafgesetzbuch. Kommentar<sup>4</sup> (2016; im Folgenden: StGB<sup>4</sup>), § 222 Rz 1.

9 So etwa Hinterhofer/Rosbaud, Strafrecht Besonderer Teil II. §§ 169–321k StGB<sup>6</sup> (2016; im Folgenden: BT II<sup>6</sup>), § 222 Rz 4.

10 *Maisack/Rabitsch*, Zur Plausibilitätsprüfung nach Artikel 14 (1) a) ii) anlässlich der Genehmigung langer grenzüberschreitender Transporte in Drittstaaten, ATD 4/2018, 209.

11 Philipp, in WK<sup>2</sup> StGB, § 222 Rz 29 ff; Leukauf/Steininger/Tipold, StGB<sup>4</sup>, § 222 Rz 3.

12 Vgl Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage (EBRV) 1971, 19.

- ▷ Das Kitzeln eines Hundes am Geschlechtsteil und das Versetzen mehrerer Tritte gegen die Rippen, als der Hund den Täter infolge des Kitzelns ansprang.<sup>13</sup>
- ▷ Das Schießen mit einem Luftdruckgewehr auf mehrere Tauben, die vielfach erst nach Tagen unter Schmerzen verendeten.<sup>14</sup>
- ▷ Der Täter schlägt einer Kuh längere Zeit mit voller Wucht mit einem Ochsenziemer auf Kopf, Rücken und Hinterteil, um sie zum Aufstehen zu bewegen, nachdem er ihr zuvor bei der Extraktion eines aus dem Mutterleib ragenden toten Kalbes eine Nierenquetschung zugefügt hatte, so dass sie kaum bewegungsfähig war. Bei der Extraktion hatte er um das tote Kalb einen Strick gebunden, es an einem Traktor befestigt und diesen in Gang gesetzt.<sup>15</sup>

Wird im Rahmen einer Schlachtung, wie von *Maisack/Rabitsch* geschildert, einem am Boden liegenden, an Vorder- und Hinterbeinen gefesselten Stier mit sägenden Bewegungen der überstreckte Hals aufgeschnitten, was zu einem länger andauernden Todeskampf führt, oder werden bei einem anderen Tier zuerst die Achillessehnen durchgeschnitten und sodann die Augen ausgestochen, um ein Wehren im Rahmen der Schlachtung zu reduzieren, erfüllen solche Vorgänge zweifellos den Tatbestand der rohen Misshandlung nach § 222 Abs 1 Z 1 1. Fall StGB.

### C. Zufügung unnötiger Qualen

§ 222 Abs 1 Z 1 2. Fall StGB kriminalisiert das **Zufügen unnötiger Qualen**. Davon erfasst sind nicht nur körperliche Schmerzzustände, die beim Tier verursacht werden, sondern **auch die Herbeiführung von Hunger und Angst**, wobei die Dauer der Qualen nicht ganz kurzfristig sein darf.<sup>16</sup>

Der Begriff »unnötig« steht iZm dem Zweck der Qualen. Vor diesem Hintergrund wurde beispielsweise das **Schächten von Tieren** als Akt

13 OGH 12 Os 31/75 = ÖJZ (EvBl) 1976/16.

14 OGH 10 Os 11/78 = JBl 1978, 657.

15 OGH 13 Os 99/84 = RZ 1985/67. Weitere Beispiele siehe bei *Philipp*, in WK<sup>2</sup> StGB, § 222 Rz 38.

16 Siehe dazu *Philipp*, in WK<sup>2</sup> StGB, § 222 Rz 39 ff; *Leukauf/Steininger/Tipold*, StGB<sup>3</sup>, § 222 Rz 4.

der Religionsausübung von der Rechtsprechung nicht als Zufügen unnötiger Qualen eingestuft (zur derzeitigen Rechtslage siehe etwa § 32 Abs 2 bis 5 TSchG<sup>17</sup>).

Als Beispiele aus der Judikatur für das Zufügen unnötiger Qualen seien erwähnt:

- ▷ Das mehrmonatige Nichtbehandeln bzw die unterlassene Schlachtung einer Kuh, die unter einer besonders schmerzhaften Erkrankung litt.<sup>18</sup>
- ▷ Das Zu-Tode-Hetzen eines Junghasen in der Schonzeit durch einen ausgebildeten Jagdhund.<sup>19</sup>
- ▷ Das Einsperren eines Hundes in einen kleinen, mit Gerümpel gefüllten Raum bei einer Temperatur von null Grad Celsius durch mehrere Stunden ohne Nahrung und Wasser, wobei hier allerdings ein Freispruch wegen mangelnder Strafwürdigkeit der Tat (siehe dazu § 42 StGB idF vor 2008) erfolgte.<sup>20</sup>

Das im Beitrag von *Maisack/Rabitsch* iZm Schlachtungen erwähnte Hereinführen eines Schlachtstieres mit gefesselten Vorderbeinen in eine Halle mit bereits gehäuteten, auf Rohrbahnen hängenden Karkassen, wobei der Hallenboden mit Blut von ca 8 cm Höhe bedeckt war und das Tier in diese Masse zu Fall gebracht wird, oder auch ein Schächten, hinter dem nicht rituelle Gründe stehen, sondern ein damit einhergehender minutenlanger Todeskampf, fallen als Zufügen unnötiger Qualen unter die Tatvariante des § 222 Abs 1 Z 1 2. Fall StGB.

## D. Mutwilliges Töten eines Tieres

§ 222 Abs 3 StGB nennt als Tathandlung schließlich das **mutwillige Töten eines Tieres**. Schon der Gesetzeswortlaut beschränkt dies auf Wirbeltiere. **Mutwillig** bedeutet dabei eine Tatbegehung schlicht aus Lust

---

17 BG über den Schutz der Tiere (Tierschutzgesetz – TSchG), BGBl I 118/2004.

18 *Mayerhofer*, StGB – Strafgesetzbuch. Das österreichische Strafrecht, Erster Teil<sup>6</sup> (2009; im Folgenden: StGB<sup>6</sup>), § 222 E 7.

19 *Mayerhofer*, StGB<sup>6</sup>, § 222 E 4a.

20 OLG Wien 26 Bs 201/85. Weitere Judikaturbeispiele siehe bei *Philipp*, in WK<sup>2</sup> StGB, § 222 Rz 46.

am Töten oder iZm Satanskulten oder Tierpornographie.<sup>21</sup> Das Töten muss somit über das Fehlen eines vernünftigen Grundes hinausgehen. Der Täter muss letztlich ohne berechtigten Zweck, aus reiner Bequemlichkeit oder Boshaftigkeit handeln.<sup>22</sup>

Manche der von *Maisack/Rabitsch* geschilderten Schlachtszenen, bei denen die »Volksbelustigung« im Vordergrund steht, könnten durchaus in diese Richtung gedeutet werden, wobei infolge der gleichen Strafdrohung wie für § 222 Abs 1 StGB eine derartige Einstufung kein zusätzliches Unrecht bewirken würde und die Subsumtion der geschilderten Tathandlungen unter § 222 Abs 1 Z 1 StGB ausreicht.

### III. Strafbare Tierquälerei im Ausland und österreichisches Strafrecht

Die österreichische Rechtsordnung differenziert mit Blick auf die Anwendbarkeit österreichischer Strafnormen auf strafbare Handlungen im Ausland (**Auslandstaten**) zwischen solchen, die ohne Rücksicht auf die Gesetze des Tatorts bestraft werden (§ 64 StGB), und solchen, die nur bestraft werden, wenn sie nach den Gesetzen des Tatorts mit Strafe bedroht sind (§ 65 StGB).

#### A. Tatortunabhängige Anwendung österreichischen Strafrechts

Dass Delikte unabhängig von einer Strafbarkeit im Ausland der österreichischen Strafbarkeit unterliegen, ist zT dem sog **Universalitätsprinzip oder Weltrechtsprinzip** geschuldet. Zum Schutz bestimmter, universell zu schützender Rechtsgüter soll **jeder Staat seine Strafnormen** anwenden können, weil es im **Interesse der Weltgemeinschaft** liegt, dass diese speziellen Straftaten ohne Unterschied des Tatorts verfolgt werden. Solche universellen Interessen an der weltweiten Strafverfolgung werden zumeist in völkerrechtlichen Verträgen festge-

21 EBRV StRÄG 2002, 33.

22 *Philipp*, in WK<sup>2</sup> StGB, § 222 Rz 78.

legt.<sup>23</sup> Darüber hinaus kann die tatortunabhängige Anwendung des österreichischen Strafrechts in der Verletzung österreichischer Interessen begründet sein (**Schutzprinzip**) oder auch in der österreichischen Staatsbürgerschaft des Täters (**aktives Personalitätsprinzip**).<sup>24</sup>

Jene Delikte, für die **tatortunabhängig österreichisches Strafrecht** gilt, sind in § 64 Abs 1 StGB abschließend aufgezählt. Darunter fallen etwa mit Blick auf das **Weltrechtsprinzip** Fälle, in denen der Täter einer Auslandstat sich in Österreich aufhält und nicht ausgeliefert werden kann (siehe etwa § 64 Abs 1 Z 4a lit c, Z 5 lit d oder Z 9 lit f StGB). Das **Schutzprinzip** ist zB für Hochverrat (§ 64 Abs 1 Z 1 iVm § 242 StGB) oder strafbare Handlungen gegen einen österreichischen Beamten während oder wegen der Vollziehung seiner Aufgaben (§ 64 Abs 1 Z 2 StGB) anwendbar. Das **aktive Personalitätsprinzip** gilt etwa, wenn der Täter eines im Ausland verübten schweren sexuellen Missbrauchs von Unmündigen (vgl § 206 StGB) Österreicher ist oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat (§ 64 Abs 1 Z 4a lit a StGB).<sup>25</sup>

**Tierquälerei** nach § 222 StGB findet sich in der Aufzählung des § 64 StGB trotz der Vielzahl der dort genannten Delikte **nicht**. Insofern ist für im Ausland verübte Tierquälerei, sofern es keinen Bezugspunkt einer Beteiligung in Österreich gibt (dazu näher unter IV.), **österreichisches Strafrecht unanwendbar**.

## B. Tatortabhängige Anwendung österreichischen Strafrechts

Die Auffangnorm des § 65 StGB erfordert für eine Anwendbarkeit österreichischen Strafrechts auf eine Auslandstat insofern einen **Bezugspunkt zu Österreich**, als der Täter **zur Zeit der Tat Österreicher** gewesen sein muss oder die österreichische Staatsbürgerschaft später erworben hat und zur Zeit der Einleitung des Strafverfahrens noch besitzt (§ 65 Abs 1 Z 1 StGB). Insofern folgt auch diese Norm dem bereits erwähnten **aktiven Personalitätsprinzip**.<sup>26</sup> Darüber hinaus besteht eine Anwend-

23 Siehe dazu mit Nachweisen *Salimi*, in WK<sup>2</sup> StGB, Vor §§ 62–67 Rz 14.

24 Siehe zum Ganzen mit Nachweisen *Salimi*, in WK<sup>2</sup> StGB, Vor §§ 62–67 Rz 9 ff; *Leukauf/Steininger/Tipold*, StGB<sup>4</sup>, Vorbem zu §§ 62–66 Rz 2 ff.

25 Vgl *Salimi*, in WK<sup>2</sup> StGB, § 64 Rz 3.

26 Vgl *Salimi*, in WK<sup>2</sup> StGB, § 65 Rz 3; *Leukauf/Steininger/Tipold*, StGB<sup>4</sup>, § 65 Rz 1.

barkeit der österreichischen Strafgesetze, wenn der Täter zur Zeit der Tat **Ausländer** war, im Inland betreten wird und **nicht an das Ausland ausgeliefert** werden kann (§ 65 Abs 1 Z 2 StGB). Dies wiederum resultiert aus dem Prinzip der **stellvertretenden Strafrechtspflege**.<sup>27</sup>

Zentrales Kriterium für die Anwendbarkeit des § 65 StGB ist jedoch die **Abhängigkeit** der Anwendung österreichischen Strafrechts von einer **Strafbarkeit des Tatorts**. Dadurch fehlt in dieser Norm jede Grundlage für das Weltrechtsprinzip. Sind zB tierquälnerische Schlachtungen **im Ausland nicht mit Strafe bedroht**, besteht von vornherein **keine Grundlage für** eine Anwendbarkeit des § 222 StGB.

#### IV. Beteiligung an strafbarer Tierquälerei im Ausland als Inlandstat

Von der Anwendbarkeit österreichischen Strafrechts auf eine Auslandstat ist die Strafbarkeit wegen **Beteiligung an der Auslandstat durch eine im Inland gesetzte Handlung** zu unterscheiden. In solchen Fällen ist von einer **Inlandstat nach § 67 StGB** auszugehen. So steht etwa für die in Österreich erfolgte Genehmigung eines Tiertransports zu einer grausamen Schlachtung im Ausland eine Strafbarkeit wegen Beteiligung an einer im Ausland gesetzten Tierquälerei (§§ 12 3. Fall, 222 Abs 1 Z 1 StGB) durchaus im Raum. Dieser Gedanke bedarf jedoch differenzierter Betrachtung.

##### A. Kriterien für eine Inlandstat

Nach § 67 Abs 2 1. Fall StGB hat der Täter eine mit Strafe bedrohte Handlung an jenem Ort begangen, an dem er gehandelt hat oder hätte handeln sollen (**Handlungs- oder Unterlassungsort**). Letztlich wird durch diese Bestimmung § 62 StGB erweitert, nach dem die österreichischen Strafgesetze für alle Taten gelten, die im Inland begangen worden sind.<sup>28</sup> Wirken mehrere Personen an einer Tat mit, ist deren Handlungs- oder Unterlassungsort nach dem **jeweiligen Ort der**

<sup>27</sup> Vgl *Salimi*, in WK<sup>2</sup> StGB, § 65 Rz 3; *Leukauf/Steininger/Tipold*, StGB<sup>4</sup>, § 65 Rz 1.

<sup>28</sup> Vgl *Salimi*, in WK<sup>2</sup> StGB, § 62 Rz 8 und § 67 Rz 15.



**Beitrags-, Bestimmungs- oder Ausführungshandlung** zu bestimmen. Eine Anknüpfung des Tatorts der Beteiligten an den Ort der »Haupttat« des unmittelbaren Täters wird entgegen verschiedener Ansichten in den ersten Jahren nach Inkrafttreten des StGB mittlerweile als mit dem Wortlaut von § 67 StGB unvereinbar angesehen.<sup>29</sup> Somit besteht für den **zu einer Auslandstat im Inland beitragenden Täter** eine **österreichische Strafgerichtsbarkeit**<sup>30</sup> und ist der im Inland handelnde Beitragstäter **auch dann** für seine Tat verantwortlich, **wenn die im Ausland begangene Tat des unmittelbaren Täters** nach dem Recht des betreffenden Staates **gar nicht strafbar** ist. Es genügt, dass der unmittelbare Täter eine Ausführungshandlung setzt, die dem Wortlaut eines österreichischen Strafgesetzes entspricht.<sup>31</sup>

Diese Ansicht ist freilich nach wie vor **nicht ganz unwidersprochen**. Insb *Fuchs*<sup>32</sup> zeigt die Wertungswidersprüche auf, die aus dieser umfassenden Strafanwendung resultieren, und folgert, dass eine Unterstützung des unmittelbaren Täters bei einer nach dem Recht des Tatorts straflosen Auslandstat nicht strafbar sein soll. Basis dafür bildet das von ihm der Lehre von der Einheitstäterschaft entgegengesetzte Konzept der limitierten Akzessorität. Als herrschend kann diese Ansicht freilich nicht angesehen werden.

Für die Frage des gegenständlichen Beitrags ist davon auszugehen, dass eine Strafbarkeit wegen **Tierquälerei nach österreichischem Recht (§ 222 StGB)** dann besteht, wenn eine **Beteiligungshandlung iSv § 12 StGB in Österreich gesetzt** wird, weil in solchen Fällen eine Inlandstat iSv § 67 Abs 2 StGB vorliegt. Insofern ist auch der Grundthese von *Maisack/Rabitsch*<sup>33</sup> in ihrem bereits genannten Beitrag zuzustimmen, nach der von einer Anwendbarkeit des österreichischen Strafrechts auf die Genehmigung von Tiertransporten zu einer qualvollen Schlachtung im Ausland auszugehen ist. Damit ist freilich noch nichts über Umfang und Grenzen der Beitragstäterschaft iSv § 12 StGB gesagt.

29 *Salimi*, in WK<sup>2</sup> StGB, § 67 Rz 38 mit Verweis auf die noch von *Liebscher* in der ersten Auflage vertretene gegenteilige Ansicht.

30 OGH 11 Os 176/89 = RIS-Justiz RS0091842; *Schwaighofer*, in Hinterhofer/Rosbaud/Triffterer (Hrsg), Salzburger Kommentar zum StGB (Loseblatt; im Folgenden: SbgK), § 62 Rz 16; *Triffterer*, in SbgK, § 67 Rz 21; *Salimi*, in WK<sup>2</sup> StGB, § 67 Rz 38.

31 So ausdrücklich OGH 13 Os 105/15p = RIS-Justiz RS0091842 (T4).

32 *Fuchs*, Überlegungen zu Fahrlässigkeit, Versuch, Beteiligung und Diversion, in FS-Burgstaller (2004) 41 ff (51 f).

33 *Maisack/Rabitsch*, ATD 4/2018, 209 ff (Kap III).

In diesem Punkt bedürfen die Überlegungen von *Maisack/Rabitsch* einer Korrektur.

## B. Begrenzung der Weite der Beteiligungsstrafbarkeit

Die **Beitragstäterschaft** iSv § 12 3. Fall StGB ist im Gesetz **sehr weit formuliert** und hat eine Auffangfunktion. Erfasst ist, wer **in sonstiger Weise zur Ausführung** einer strafbaren Handlung **beiträgt**. Der Tatbeitrag kann auch durch **psychische Unterstützung** erfolgen, selbst wenn der unmittelbare Täter schon zur Tat entschlossen ist. In solchen Fällen muss der schon bestehende Handlungsentschluss des unmittelbaren Täters gestärkt<sup>34</sup> und insofern die Handlung des unmittelbaren Täters iSd **Handlungsförderungstheorie** gefördert oder erleichtert werden.<sup>35</sup>

Infolge der Weite der Beitragshandlung bedarf diese Tatbegehungsform nach herrschender Meinung freilich *»gezielt restriktiver Auslegung«*.<sup>36</sup> Dies geschieht vor allem auch durch das Erfordernis, dass die **Beitragshandlung** – auf objektiver und subjektiver Ebene – **nach Unrechtsgehalt und Angriffsrichtung ausreichend individualisiert** sein muss,<sup>37</sup> insb auch mit Blick auf den deliktsspezifischen Vorsatz. So hat der OGH zB das Verschaffen des Werkzeugs für nicht näher bekannte Einbrüche nicht als strafbaren Beitrag zu den später durchgeführten Einbrüchen gewertet, weil es am Vorsatz des Beitragstäters auf eine individuell bestimmte und vorgestellte Haupttat bei der Übergabe von Werkzeugen für noch nicht absehbare konkrete Einbrüche fehlte.<sup>38</sup> Doch nicht allein auf den Vorsatz kommt es an, sondern bereits im objektiven Tatbestand können **bloße Mitwisserschaft** und bloße Duldung

34 *E. Steininger*, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Eine Einführung. Band II: Die Erscheinungsformen der Straftat – Beteiligungslehre (2012; im Folgenden: AT Bd II), Kap 21 Rz 64; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, Strafrecht Allgemeiner Teil<sup>15</sup> (2016; im Folgenden: AT<sup>15</sup>), E 5 Rz 16 ff mit Beispielen für die Weite der Judikatur zu diesem Thema. Siehe auch OGH 10 Os 138/85 = RIS-Justiz RS0089832 (T<sub>3</sub>) = RS0089799 (T<sub>8</sub>), wo zB ein *»Anfeuern«* gefordert wird. 12 Os 43/15p = RS0089799 (T<sub>14</sub>) verlangt ein *»Begleiten zum Tatort auf Ersuchen des unmittelbaren Täters bei gleichzeitiger Zusage, telefonisch erreichbar zu sein«*.

35 Zum Erfordernis der Handlungsförderung *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>15</sup>, E 5 Rz 11; *E. Steininger*, AT Bd II, Kap 21 Rz 68 ff.

36 Siehe mit Nachweisen *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>15</sup>, E 5 Rz 2.

37 *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>15</sup>, E 5 Rz 19; *Fabrizy*, in WK<sup>2</sup> StGB, § 12 Rz 93.

38 OGH 9 Os 79/75 (JBl 1977, 46) = RIS-Justiz RS0090305; ausdrücklich zustimmend *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>15</sup>, E 5 Rz 19.

einer Vorsatztat **keinen strafbaren Tatbeitrag** begründen,<sup>39</sup> denn sie allein fördern noch keine Haupttat. Für eine Tatbestandserfüllung muss der unmittelbare Täter in gewisser Weise **durch die Beitragshandlung bei seiner Tat inspiriert** werden.<sup>40</sup>

*Maisack/Rabitsch* stufen in ihrer Abhandlung die Genehmigung von Tiertransporten zu quälenden Schlachtungen pauschal als taugliche Beitragshandlung zur Tierquälerei ein, indem sie die Genehmigung als »nicht hinwegdenkbare Ursache dafür« einstufen, »dass sich das Tier zum Zeitpunkt seiner Schlachtung überhaupt am Ort der Schlachtung befindet und diese zu den dort herrschenden Bedingungen über sich ergehen lassen muss«.<sup>41</sup> Dabei vernachlässigen sie den österreichischen Meinungsstand und auch die österreichische Judikatur zur restriktiven Auslegung der (psychischen) Beitragstäterschaft, nach der zB »mangels Ursächlichkeit die bloße Anwesenheit am Tatort, das bloße Wissen um ein bestimmtes, von einem anderen in Aussicht genommenes deliktisches Verhalten, das bloße Begleiten eines Täters oder die stillschweigende Duldung der Tatausführung für keine der im § 12 StGB angeführten Beteiligungsformen ausreicht, wenngleich die Anwesenheit am Tatort vom Vorsatz getragen ist, die Tat zu erleichtern«.<sup>42</sup> Die Beachtung dieser Grundsätze muss für die Fragestellung der vorliegenden Abhandlung bereits dazu führen, dass es **bei (objektiv) fehlender Voraussehbarkeit einer konkret quälenden Schlachtung an einer (objektiven) Beitragshandlung fehlt**. Dies gilt insb bei erheblicher zeitlicher Distanz zwischen Transport und Schlachtung. Der Umstand, dass ein Zuchttier »früher oder später geschlachtet« wird,<sup>43</sup> führt zu keiner Erfüllung des Erfordernisses der Konkretisierung der Tat des unmittelbaren Täters auf Seiten des Beitragstäters im Handlungszeitpunkt. Gegenteiliges wäre mit den Grundsätzen der österreichischen Beteiligungslehre unvereinbar. Es müsste, um von einer strafbaren Beitragstäterschaft ausgehen zu können, eine gleichsamer »Solidarisierung« zwischen Beitragstäter und unmittelba-

39 OGH 10 Os 39/87 = RIS-Justiz RSoo86945 hinsichtlich des Beitrags einer Transportunternehmerin zum Zigarettenschmuggel durch einen ihrer Fahrer.

40 Siehe etwa OGH 14 Os 47/12g = RIS-Justiz RSoo89562 (T1): erforderlich ist die »Wirkung des Inspizierens des geplanten Fluchtwegs und der Kontrolle der Lage in Tatortnähe auf die Tat in ihrer individuellen Erscheinungsform«.

41 *Maisack/Rabitsch*, ATD 4/2018, 209 ff (Kap III).

42 OGH 12 Os 85/06a = RIS-Justiz RSoo90508 (T5) und (T6); im Ergebnis ähnlich 12 Os 132/07i = SSt 2007/99, wonach »Mitwissen und widerspruchsloses Dulden der Tatausführung für sich allein noch keine psychische Beitragstäterschaft« begründet.

43 *Maisack/Rabitsch*, ATD 4/2018, 209 ff (Kap III).

rem Täter im Raum stehen, insb auch mit Blick auf den sogleich näher erörterten subjektiven Tatbestand (Vorsatz), wovon bei den geschilderten Sachverhalten im Regelfall nicht auszugehen ist.

### C. Erforderlicher subjektiver Tatbestand

Je nach dem Delikt, das gefördert wird, muss der Beitragstäter sich vorsätzlich oder (nur) fahrlässig verhalten. Da es sich bei einer Tierquälerei nach § 222 Abs 1 StGB um ein Vorsatzdelikt handelt, muss auch der **Beitragstäter mit entsprechendem Vorsatz** handeln, um nach österreichischem Recht strafbar zu sein. Nach den allgemeinen Vorsatzerfordernissen iSv § 5 Abs 1 StGB muss es der Täter **ernstlich für möglich halten** (kognitives Element; Wissenskomponente) und sich **damit abfinden** (voluntatives Element; Wollenskomponente), dass er sämtliche für eine Verwirklichung des objektiven Tatbestands erforderlichen Merkmale erfüllt.<sup>44</sup>

**Ernstlich für möglich halten** bedeutet, dass sich der Täter zwar nicht sicher ist, ob er den Erfolg bzw ein erforderliches Tatbestandsmerkmal verwirklichen wird, er erkennt aber das entsprechende Risiko und veranschlagt es als so hoch, dass ihm die **Gefahr als naheliegend** erscheint.<sup>45</sup> Dabei muss er die Gefahr auch als **akut bzw konkret drohend** einstufen, zumal das Wort »**ernstlich**« die **Wahrscheinlichkeit der Tatbildverwirklichung** betrifft.<sup>46</sup> Dass sich jemand hätte »Gedanken machen müssen« oder »damit rechnen müssen« reicht nach herrschender Lehre und Rechtsprechung jedenfalls für die Erfüllung der für den Vorsatz erforderlichen Wissenskomponente nicht aus,<sup>47</sup> denn es geht um die Wahrnehmung einer akuten, unmittelbar drohenden Gefahr der Deliktsverwirklichung,<sup>48</sup> nicht um die bloße Erkennbarkeit einer möglichen Sachverhaltsverwirklichung.<sup>49</sup>

44 Siehe dazu mit Nachweisen *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>15</sup>, Z 11 Rz 5 und 15.

45 EBRV 1971, 66; OGH 13 Os 144/81 = RIS-Justiz RS0088985.

46 Siehe mit zahlreichen Nachweisen *E. Steining*, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Eine Einführung. Band I: Grundlagen – Das vollendete vorsätzliche Erfolgsdelikt (2008; im Folgenden: AT Bd I), Kap 8 Rz 42; *Fuchs/Zerbes*, Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Grundlagen und Lehre von der Straftat<sup>10</sup> (2018; im Folgenden: AT<sup>10</sup>), Kap 14 Rz 54.

47 Siehe mit zahlreichen Nachweisen *E. Steining*, AT Bd I, Kap 8 Rz 43; *Reindl-Krauskopf*, in WK<sup>2</sup> StGB, § 5 Rz 38; OGH 10 Os 257/64 = RIS-Justiz RS0089028; 12 Os 74/69 = RIS-Justiz RS0089257 (zuletzt 11 Os 55/18z).

48 OGH 11 Os 13/90 = RIS-Justiz RS0088899.

49 Vgl OGH 11 Os 175/78 = RIS-Justiz RS0089023.

Die **voluntative Komponente** des Vorsatzes besteht darin, dass sich der Täter mit der Erfüllung des Tatbestands auch **innerlich (bewusst und damit positiv) abgefunden** haben muss,<sup>50</sup> wodurch das StGB »*die Latte relativ hoch angesetzt*« hat.<sup>51</sup> Es bedarf eines **positiven Willensent-schlusses** hinsichtlich der konkreten Tatbestandsverwirklichung iSe »*Überschreitens der letzten Hemmschwelle bzw die Übernahme der persönlichen Verantwortung für die Folgen*«, wobei dieser **Willensakt auf dem als naheliegend erkannten Risiko aufbaut**. Der Handelnde »*kalkuliert die Möglichkeit einer Tatbildverwirklichung bei der Willensbildung ein und handelt trotzdem, also letztlich deshalb, weil er den Erfolg will, wenn er eintreten sollte*«.<sup>52</sup> Als Merkmformeln für den Eventualvorsatz gelten etwa »*Dann ist es mir auch recht!*«<sup>53</sup> oder »*Na wenn schon!*«<sup>54</sup>, während die Formel »*Es wird schon nicht*« als Ausdruck für fehlenden Vorsatz bzw für bewusste Fahrlässigkeit (vgl § 6 Abs 2 StGB) gewertet wird.<sup>55</sup> Vor diesem Hintergrund vermag eine »**bloße Gleichgültigkeit**« mit Blick auf die voluntative Komponente **keinen ausreichenden Vorsatz** zu begründen, wenn die Gleichgültigkeit einer »**inneren Teilnahmslosigkeit**« gleichkommt. Für Vorsatz ist vielmehr »*ein bewusstes Ergebnis einer (bejahenden) Stellungnahme des Täters vorauszusetzen*«.<sup>56</sup> Andernfalls hat der Täter die erkannte Möglichkeit nicht »*in die Grundlagen seiner Entscheidung einbezogen*«.<sup>57</sup>

Mit Blick auf die unter IV.B. getätigten Ausführungen zur Beitragstärerschaft muss sich der **Vorsatz des Beitragstärers auf eine ausreichend individualisierte Tat des unmittelbaren Täters** beziehen.<sup>58</sup> Er muss das

50 OGH 10 Os 33/83 = RIS-Justiz RS0088986 (zuletzt 12 Os 45/17k); siehe auch 13 Os 6/75 = RIS-Justiz RS0088918 (zuletzt 12 Os 24/19Z); 13 Os 29/75 = RIS-Justiz RS0081362; 10 Os 64/72 = RIS-Justiz RS0088963; 12 Os 235/71 = RIS-Justiz RS0089018.

51 *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>15</sup>, Z 27 Rz 22.

52 Dazu mit zahlreichen Hinweisen auf den diesbezüglichen Meinungsstand *E. Steining*, AT Bd I, Kap 8 Rz 44; *Reindl-Krauskopf*, in WK<sup>2</sup> StGB, § 5 Rz 36; siehe auch OGH 14 Os 113/12t = RIS-Justiz RS0088968 (T6).

53 *E. Steining*, AT Bd I, Kap 8 Rz 45.

54 OGH 15 Os 46/97 = RIS-Justiz RS0088968 (T5); *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>15</sup>, Z 27 Rz 24.

55 Siehe mit Nachweisen *E. Steining*, AT Bd I, Kap 8 Rz 45; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>15</sup>, Z 27 Rz 23; *Fuchs/Zerbes*, AT<sup>10</sup>, Kap 14 Rz 54.

56 OGH 11 Os 43/88 = RIS-Justiz RS0088968 (T4); siehe auch *Fuchs/Zerbes*, AT<sup>10</sup>, Kap 14 Rz 56: »Vorsatz als Bewusstsein eines verbotenen Risikos«.

57 Siehe mit Hinweisen *E. Steining*, AT Bd I, Kap 8 Rz 45.

58 OGH 11 Os 62/08i = RIS-Justiz RS0120600 (T2) hinsichtlich des Zurverfügungstellens eines Bankkontos für betrügerische Überweisungen.

Risiko, dass im Bestimmungsland des Transportes für die konkret transportierten Tiere eine **erhebliche Gefahr** besteht, im unmittelbaren Anschluss an den Transport zB durch eine grausame Schlachtung gequält zu werden, **ernsthaft in Betracht** ziehen. Dass es im Drittland immer wieder zu einer Quälerei bei Schlachtungen usw kommt, reicht dafür mangels entsprechender Individualisierung des konkret für den Einzelfall drohenden Risikos nicht aus.

Im Falle eines ernsthaft in Betracht gezogenen Risikos muss sich der den Transport Genehmigende als Beitragstätter einer Tierquälerei nach § 222 Abs 1 StGB mit dieser **erheblichen Gefahr** auch **durch einen positiven Willensakt abfinden**, indem er sich insofern mit den in Betracht gezogenen unmittelbaren Tätern dahingehend solidarisiert, als er sich gleichsam sagt, »Na wenn schon, ist es mir auch recht!«. Eine bewusste Gleichgültigkeit dahingehend, dass ihm das **Schicksal der transportierten Tiere im Bestimmungsland egal** ist, **reicht** für den erforderlichen Vorsatz **nicht aus**. Inwieweit für berufstypische Alltagshandlungen besondere Vorschriften gelten, soll im Folgenden nach Überlegungen zu Vertrauensgrundsatz und Autonomieprinzip noch vertieft werden (dazu näher unter Punkt V.).

#### **D. Vertrauensgrundsatz und Beachtung des Autonomieprinzips**

Als Korrektiv insb für die **uferlose Weite der Kausalität** und zur **Betonung des Prinzips der Eigenverantwortung (Autonomieprinzip)** wurden in der Strafrechtsdogmatik verschiedene Kriterien der Haftungseinschränkung entwickelt (Erfordernis der objektiven Zurechnung von Handlungs- und Erfolgsunrecht),<sup>59</sup> die auch für eine allfällige Beitragstäterschaft gelten. Dazu zählt beispielsweise der **Vertrauensgrundsatz**, wie er für den Bereich des Straßenverkehrs in § 3 Straßenverkehrsordnung (StVO)<sup>60</sup> seinen gesetzlichen Niederschlag gefunden hat. Demnach darf **jeder Verkehrsteilnehmer grundsätzlich darauf vertrauen**, dass sich der **andere Verkehrsteilnehmer rechtskonform**

59 Siehe grundlegend zu dieser »materiellen Unrechtszurechnung« *E. Steininger*, AT Bd I, Kap 9.

60 BG vom 6. 7. 1960, mit dem Vorschriften über die Straßenpolizei erlassen werden (Straßenverkehrsordnung 1960 – StVO), BGBl 159/1960.

verhält, solange er dafür **keine gegenteiligen Anhaltspunkte** hat.<sup>61</sup> Der Vertrauensgrundsatz gibt damit einerseits zwar die Erlaubnis für bestimmte Verhaltensweisen, er befreit andererseits aber nicht von Überwachungs- und Kontrollpflichten und setzt insofern eine Vertrauenswürdigkeit des anderen voraus. Anders ausgedrückt ermöglicht der Vertrauensgrundsatz kein »blindes Vertrauen« und es scheitert bei Informationen über nicht eingehaltene Standards die Berufung auf den Vertrauensgrundsatz.

Das hinter dem Vertrauensgrundsatz stehende Prinzip wird von Lehre und Rechtsprechung auf andere Lebensbereiche übertragen und gilt insb für **arbeitsteiliges Zusammenwirken** in einem Team. Hier darf sich jeder darauf verlassen, dass sich der andere korrekt verhält, solange ihm keine gegenteiligen Anhaltspunkte vorliegen, welche die Vertrauenswürdigkeit des anderen in Frage stellen. Dabei darf sich bei hierarchisch organisierten Strukturen auf den Vertrauensgrundsatz nur berufen, wer seinen Auswahl-, Überwachungs- und Begleitpflichten genügt.<sup>62</sup> Insofern steht der Vertrauensgrundsatz in einem **Konnex mit den übertragenen Kompetenzen und den daraus resultierenden Pflichten**. Diese Grundsätze lassen sich auch auf die Frage allfälliger strafbarer Beteiligung an der Straftat eines anderen übertragen.

Für die Fragen des gegenständlichen Beitrags ist der Gedanke des Vertrauensgrundsatzes vor allem für **Tiertransporte innerhalb der EU** von Interesse. Da es ua Zweck der TTVO ist, einheitliche Standards zu schaffen und sämtliche Mitgliedstaaten der EU dazu verpflichtet sind, die europarechtlichen Vorgaben der TTVO umzusetzen, darf zB ein **Amtstierarzt**, der einen Transport in einen anderen EU-Staat genehmigt, grundsätzlich **darauf vertrauen**, dass **am Bestimmungsort die Vorschriften der TTVO eingehalten** und die Tiere dort ausreichend versorgt sowie die vorgeschriebenen Ruhezeiten beachtet werden. Dies folgt letztlich auch aus den Grundsätzen der EU als Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen, wie sie aus den in Art 3 des Vertrags über die Europäische Union (EUV) verankerten Zielen abgeleitet werden können. Insofern darf der Amtstierarzt beispielsweise auch darauf vertrauen, dass in den im Transportplan genannten Kontrollstellen innerhalb der EU (entsprechend der EU-Liste) die

61 Dazu mit Nachweisen zum Meinungsstand *E. Steining*, AT Bd I, Kap 9 Rz 18; *Burgstaller/Schütz*, in WK<sup>3</sup> StGB, § 6 Rz 52 ff; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>15</sup>, Z 25 Rz 18 f.

62 Siehe zum Meinungsstand etwa *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>15</sup>, Z 25 Rz 20.

Vorschriften der TTVO eingehalten werden. Der **Amtstierarzt** hat **keine Pflicht, misstrauisch zu sein** und die Einhaltung der Tierschutzbestimmungen in einem anderen Mitgliedstaat zu überprüfen. Die Kontrollverpflichtung nationaler Stellen über die Einhaltung der Vorschriften der TTVO in anderen Mitgliedstaaten hält sich demzufolge in Grenzen.

Der Vertrauensgrundsatz bedeutet freilich, wie bereits ausgeführt, **kein »blindes Vertrauen«** und gilt insofern nur solange, als der Amtstierarzt keine konkreten Anhaltspunkte dafür hat, dass sich ein konkreter Mitgliedstaat nicht an diese Vorgaben hält und beispielsweise an Kontrollstellen oder in Schlachthöfen die Vorgaben der TTVO nicht eingehalten werden. In diesem Zusammenhang ist weiter **zu differenzieren**, ob der einen Tiertransport Genehmigende infolge seiner Funktion und damit gleichsam »amtlich« Kenntnis von einem Missstand hat oder als Privatperson, weil er zB im Zuge eines Urlaubs Beobachtungen macht oder infolge eines Fernsehbeitrags zu zweifeln beginnt, ob in einem bestimmten EU-Mitgliedstaat die Tierschutzbestimmungen eingehalten werden. Bei »**amtlicher Kenntnis**« ist davon auszugehen, dass eine **Berufung auf den Vertrauensgrundsatz ausscheidet** und durch die Genehmigung eines Tiertransportes eine strafbare Beteiligung an einer Tierquälerei (§§ 12 3. Fall, 222 Abs 1 StGB) verwirklicht sein kann, für die freilich wiederum die in diesem Beitrag dargestellten Einschränkungen (hinreichende Individualisierung, Strafbarkeit für berufstypisches Handeln usw) gelten. Bei »**privater Kenntnis**« ist einem Amtstierarzt zwar die Möglichkeit eingeräumt, eine Transportgenehmigung zu versagen, wenn er es zB mit seinem Gewissen nicht vereinbaren kann, durch eine Transportgenehmigung ein den Tieren drohendes Leid zu verursachen. Eine **Strafbarkeit wegen Beteiligung an Tierquälerei scheidet** in solchen Fällen aber **aus**, nicht zuletzt infolge des Grundsatzes, dass Strafrecht stets nur das letzte Mittel für die Durchsetzung eines gewünschten Zustands sein darf (Ultima-Ratio-Grundsatz).

## V. Sonderproblem: Strafbarkeit für berufstypisches Handeln

Als Sonderproblem wird in Deutschland wie auch in Österreich iZm der Einschränkung der Weite strafbarer Beteiligung immer wieder auch – mit Blick auf den Vertrauensgrundsatz und das Prinzip der Eigenver-



antwortlichkeit – die Strafbarkeit von berufstypischem Handeln diskutiert. Auf diesen Aspekt der Beteiligung an einer Inlandstat (§ 67 Abs 2 StGB) soll im Folgenden noch näher eingegangen werden.

### A. Berufstypisches Handeln als rechtlich neutrale Verhaltensweisen

Unter einem **berufstypischen Handeln** sind **rechtlich neutrale Verhaltensweisen** zu verstehen, die zwar letztlich eine konkrete Straftat ermöglichen, **von der Rechts- und Sozialordnung** aber insofern **toleriert** sind, als das dadurch geschaffene Risiko mit Blick auf das funktionierende Zusammenleben in einer Gemeinschaft in Kauf genommen wird und dem Handelnden keine spezifischen Kontrollpflichten auferlegt werden. Ein solches Verhalten bewegt sich objektiv betrachtet im Rahmen einer gewissen **Verkehrsüblichkeit oder Sozialadäquanz** und wird **allenfalls durch ein Sonderwissen** des Beitragstäters von den Plänen des Ausführenden (subjektive Komponente) in den Strudel einer **strafrechtlichen Haftung** hineingezogen.<sup>63</sup> Als Beispiel wird immer wieder Verkauf von handelsüblichem Werkzeug herangezogen, das für einen Einbruch verwendet wird.

Sofern in diesem Zusammenhang ein Sonderwissen überhaupt als unrechtsbegründend angesehen wird,<sup>64</sup> kommt der **Wissenskomponente beim Vorsatz besondere Bedeutung** zu, indem für berufstypische Alltagshandlungen das Niveau des erlaubten Handelns und damit verbunden des erlaubten Risikos einer Tatbestandsverwirklichung höher angesetzt wird. Da in solchen Fällen nicht bereits die Möglichkeit, dass ein anderer aus solchen Verhaltensweisen kriminelles Kapital schlägt, dazu führt, dass ein maßgerechter Mensch sie unterlässt, sondern der gesetzestreue Bürger erst bei zusätzlichen erheblichen Hinweisen, dass diese Handlung kriminellen Zwecken dienen soll, die Handlung unterlassen wird, soll bei berufstypischen Handlungen **letztlich nur bei Wisentlichkeit iSv § 5 Abs 3 StGB eine Strafbarkeit** einsetzen.<sup>65</sup>

---

63 Dazu etwa mit Nachweisen zum Meinungsstand *E. Steining*, AT Bd II, Kap 21 Rz 78.

64 Zusammenfassend zu den unterschiedlichen Lösungsansätzen siehe *E. Steining*, AT Bd II, Kap 21 Rz 80.

65 *Reindl-Krauskopf*, in *WK<sup>2</sup> StGB*, § 5 Rz 42; siehe auch OGH 12 Os 43/03 = RIS-Justiz RS0118121 (zuletzt 13 Os 105/15p).

## B. Genehmigung von Tiertransporten in Drittstaaten als berufstypische Handlungen

Basierend auf diesen Überlegungen soll es nun um die Frage gehen, inwieweit die Genehmigung von Tiertransporten in Drittstaaten strafbare Beitragshandlungen zur Tierquälerei (§§ 12, 222 StGB) oder straflose rechtlich neutrale berufstypische Handlungen sind. Im bereits genannten Beitrag von *Maisack/Rabitsch*<sup>66</sup> wird mit Blick auf die Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofes (BGH) und den deutschen Meinungsstand infolge der vom Amtstierarzt anzunehmenden hohen Wahrscheinlichkeit, dass durch seine Mitwirkung das Tier einer Quälerei ausgesetzt wird, von keiner neutralen berufstypischen (und damit straflosen) Beteiligung ausgegangen, wenngleich diese Überlegungen im genannten Beitrag letztlich an der Oberfläche bleiben. Um diese Position kritisch überprüfen zu können, sollen zwei Rechtsgutachten aus Deutschland herangezogen werden, welche sich ua mit der Genehmigung von Tiertransporten in Drittländer, in denen den Tieren im Rahmen der Schlachtung Leid zugefügt wird, unter dem Aspekt der neutralen Beihilfe auseinandersetzen. Deren Argumentationslinien (zur vergleichbaren deutschen Rechtslage) sollen im Folgenden kurz skizziert werden.

Das Rechtsgutachten der *Rechtsanwälte Günther*<sup>67</sup> gelangt – insb mit Blick auf die Rechtsprechung des BGH – zum Ergebnis, dass bei **positiver Kenntnis** des Amtsveterinärs, dass am Bestimmungsort des Tiertransportes eine tierquälnerische Schlachtung mit Sicherheit bevorsteht, eine **klassische Beihilfe** vorliegt, weil das Verhalten des Veterinärs als »Solidarisierung« mit dem Täter zu deuten sei. Bei **fehlender sicherer Kenntnis** sei ebenfalls eine **strafbare Beihilfe** gegeben, weil es bei der Abnahme von Tiertransporten keineswegs um eine berufsneutrale Handlung gehe, »denn eine solche Beurteilung würde die amtliche Aufgabe des Veterinärs außer Acht und seine Garantstellung für die Gesundheit und das Wohlbefinden der Tiere unberücksichtigt lassen«. <sup>68</sup> Das Gutachten geht somit **im Ergebnis** von einer (**weltweiten**)

66 *Maisack/Rabitsch*, ATD 4/2018, 209 ff (Kap III).

67 Rechtsgutachten der *Rechtsanwälte Günther* (Hamburg) zur Frage der Untersagung grenzüberschreitender Tiertransporte in Drittstaaten vom 18.2.2019 (im Folgenden: Rechtsgutachten Günther) 32.

68 Rechtsgutachten Günther 33.

**Verhinderungspflicht von Tierleid durch den Amtsveterinär** aus (Garantenstellung) und letztlich – daraus resultierend – von einer Überprüfungsspflicht der Einhaltung von EU-Tierschutzstandards auch an Schlachtstätten außerhalb der EU, ohne dass dies letztlich eingehend begründet wird.

Auch das Gutachten von *Prof. Bülte*<sup>69</sup> bringt das Handeln des für die **Prüfung des Tiertransportes** zuständigen Amtstierarztes in einen **Zusammenhang mit der Garantenstellung** (Erfolgsverhinderungspflicht), indem er dem Amtsveterinär zunächst eine Rechtspflicht zuschreibt, dafür einzustehen, dass Tieren **beim Transport** keine vermeidbaren Schäden, Leiden und Schmerzen zugefügt werden. Zum gleichen Ergebnis gelangt er auch bei der Frage, ob der Amtstierarzt eine Pflicht zur Genehmigung eines Tiertransportes in einen **Drittstaat** hat, in dem ein erhebliches Risiko besteht, dass es **im Rahmen der Schlachtung (nach dem Transport)** zu Tierquälerei kommt. Dabei folgert der Gutachter zunächst aus der Einstufung von Art 14 Abs 1 lit a TTVO als »Sollvorschrift«, dass der **Amtsveterinär** in Fällen, in denen zwar die formalen Voraussetzungen für die Genehmigung des Transportes gegeben sind, aber **tatsächliche Anhaltspunkte** dafür bestehen, dass am **Bestimmungsort** an den zu transportierenden Tieren **Straftaten begangen** werden, **weder verpflichtet, noch berechtigt** ist, eine **Genehmigung zu erteilen**. Für die Verweigerung der Transportgenehmigung seien zwar »*reine Vermutungen*« des Amtstierarztes nicht ausreichend, sehr wohl aber »*Erfahrungswerte*«, weil es sich etwa »*um eine Destination in einem Hochrisikostaat*« handle.<sup>70</sup> Er begründet dies in weiterer Folge mit dem **Missbrauchsverbot in der Rechtsprechung des EuGH**, für die es keiner Bezugnahme auf konkrete Rechtsvorschriften des materiellen Rechts oder eine Anknüpfung an konkrete Tatbestandsmerkmale des mitgliedstaatlichen Rechts bedürfe,<sup>71</sup> sowie mit der Zielsetzung der EU, den Tierschutz in jedem Bereich und auf jeder Stufe der Produktion von Lebensmitteln als zwingende Vorgabe einzubinden,

69 Rechtsgutachten von *Univ.-Prof. Dr. Jens Bülte* (Universität Mannheim) zur Strafbarkeit von Tierärzten wegen Beihilfe zur Tierquälerei durch Mitwirkung an Tiertransporten in tierschutzrechtliche Hochrisikostaaten durch Erteilung von Stempeln nach Art. 14 Abs. 1 VO (EU) Nr. 1/2005 und Erteilung von Vorlaufattesten nach §§ 8, 12 Binnenmarkt-Tierseuchenschutzverordnung (BmTierSSchV) vom 25.3.2019 (im Folgenden: Rechtsgutachten Bülte) Rz 28.

70 Rechtsgutachten Bülte Rz 43.

71 Rechtsgutachten Bülte Rz 46.

was insb auch in der EU-Schlachtverordnung (VO [EU] 1099/2009) zum Ausdruck komme.<sup>72</sup> Wenn daher Tierschutzrechtsverletzungen bei einer Schlachtung im Drittland drohen, könne sich jemand, der einen ordnungsgemäßen Tiertransport durchführe, nicht auf das Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen berufen, weil er letztlich eine Handlung vornehmen würde, die die Ziele und Zwecke des Unionsrechts konterkarieren oder beeinträchtigen würde.<sup>73</sup>

### C. Fehlende Verhinderungspflicht für Tiertransporte in Drittstaaten

Diesen Ansichten, die von einer **Versagungspflicht für ordnungsgemäße Transporte** ausgehen, wenn **im Drittland eine Tierquälerei droht**, ist **aus rechtsdogmatischen Überlegungen zu widersprechen**. Die genannten Rechtsgutachten stellen mit Blick auf den Amtstierarzt einen Konnex zur **Garantenstellung** (§ 13 dStGB bzw § 2 öStGB) her, was für Tiertransporte innerhalb der EU zutrifft. Auch wenn das Erfordernis der Garantenstellung nur für Unterlassungen gilt und die Genehmigung eines Transportes als Tun einzustufen ist, verdient die generelle Heranziehung der Garantenstellung für Tiertransporte **Zustimmung**, weil darin letztlich Wertungsgesichtspunkte zum Ausdruck kommen, wie sie für Beitragshandlungen im Rahmen der normativen Unrechtszurechnung (Verkehrszurechnung oder Sozialadäquanz; siehe dazu oben unter Punkt IV.B.) bedeutsam sind.

Die Basis für die Heranziehung der Garantenstellung in Österreich bildet § 2 öStGB. Demnach ist strafbarkeitsbegründend, wer die Erfolgsabwendung unterlässt, *»obwohl er zufolge einer ihn im besonderen treffenden Verpflichtung durch die Rechtsordnung dazu verhalten ist«*.<sup>74</sup> Damit muss sich die **Erfolgsabwendungspflicht aus dem Rechtskontext ergeben** und können Regeln der Moral oder des Anstands oder auch der gesellschaftlichen Konvention ebenso wie Treu und Glauben keine ausreichende Rechtspflicht zur Erfolgsverhinderung begründen.<sup>75</sup> Es

72 Rechtsgutachten Bülte Rz 51.

73 Rechtsgutachten Bülte Rz 62.

74 Im vergleichbaren § 13 dStGB, der dem Rechtsgutachten von Prof. Bülte zugrunde liegt, wird verlangt, dass der Täter *»rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt«*.

75 Siehe zum Meinungsstand etwa *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>5</sup>, Z 30 Rz 4.

handelt sich insofern um eine **akzessorische Regelung**, die aus der gesamten Rechtsordnung abzuleiten ist, dort ausdrücklich verankert sein oder im Rahmen zulässiger Analogie gewonnen werden muss.<sup>76</sup>

Betrachtet man die **TTVO**, so besteht die **primäre Aufgabe** der **Genehmigung von Tiertransporten** darin, die Einhaltung der dafür geltenden Vorschriften, die innerhalb der EU weitgehend vereinheitlicht sind, vorab zu überprüfen, um Tierleid zu verhindern. Dabei umfasst der **Aufgabenbereich** der einen Tiertransport genehmigenden Behörde bzw der in ihrem Auftrag tätigen Organe die **Kontrolle der Beförderung** neben dem konkreten Transport auch den **gesamten Vorgang vom Versand- zum Bestimmungsort** sowie alle damit zusammenhängenden Vorgänge einschließlich des Verladens, Entladens, Umladens und Ruhens bis zum Ende des Entladens der Tiere am Bestimmungsort (vgl Art 1 Abs 1 und Art 2 lit w TTVO). Obwohl die TTVO nur für den Transport innerhalb der Gemeinschaft gilt (Art 1 Abs 1 TTVO), reicht ihr **Schutzbereich** insoweit **über die EU-Grenzen hinaus**, als Art 14 und 15 TTVO eine Kontrollkompetenz der zuständigen Behörde für **lange Beförderungen in Drittländer** normieren.

Verführerisch erscheint es, Art 15 Abs 3 TTVO auf Drittländer auszudehnen. Demnach besteht eine Kontrollkompetenz über die **Einhaltung der Tierschutzbestimmungen** iSd VO (EG) 854/2004<sup>77</sup> für den Fall, dass es sich beim **Bestimmungsort um einen Schlachthof** handelt. Doch diese Bestimmung kann sich entsprechend dem in Art 1 TTVO normierten Geltungsbereich nur auf einen **Schlachthof innerhalb der EU** erstrecken, wodurch die Befugnis der Behörden letztlich an den Grenzen der EU endet und **keine Kontrollkompetenz zur Einhaltung von Tierschutzbestimmungen in Schlachthöfen von Drittländern eingeräumt** wird. Daran hat sich auch durch die viel zitierte Entscheidung des EuGH zur Frage der Untersagung grenzüberschreitender Tiertransporte in Drittstaaten nichts geändert,<sup>78</sup> geht es doch darin lediglich um die Einhaltung der Transportzeiten im Drittland, weil der Transport als Ganzes zu betrachten ist, und nicht um die Einhaltung von Tierschutzbestimmungen bei Schlachtungen in Drittländern.<sup>79</sup>

76 *E. Steininger*, AT Bd II, Kap 19 Rz 25.

77 VO (EG) 854/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 mit besonderen Vorschriften für die amtliche Überwachung von zum menschlichen Verzehr bestimmten Erzeugnissen tierischen Ursprungs, ABl L 2004/226, 83.

78 EuGH 23.4.2015, C-424/13.

79 Dies wird auch im Rechtsgutachten Günther 28 nicht in Frage gestellt.

Diese fehlende Kontrollkompetenz über den konkreten Tiertransport hinaus schlägt letztlich auf die **Interpretation des Umfangs von Garantenstellung und Garantenpflicht** durch. Da das Gesetz für eine Garantenstellung eine »im besonderen« **treffende Verpflichtung** verlangt und allgemeine Rechtspflichten einer bestimmten Berufsgruppe nicht ausreichen,<sup>80</sup> kann aus dem **begrenzten (räumlichen) Anwendungsbereich der TTVO keine Garantenstellung** für den Amtstierarzt und damit keine Pflicht abgeleitet werden, sich um die **Einhaltung der Tierschutzstandards in einem Drittstaat** zu kümmern. Eine derartige Ausdehnung der Garantenstellung und damit der Strafbarkeit würde infolge des in § 1 StGB einfachgesetzlich und in Art 7 EMRK verfassungs- und völkerrechtlich verankerten Prinzips »keine Strafe ohne Gesetz« gesetz- und grundrechtswidrig sein.<sup>81</sup> Auch die im Gutachten von *Prof. Bülte* herangezogenen Erwägungsgründe hinter der TTVO können – bei all ihrer ethischen Notwendigkeit und ihrer Berechtigung – nicht darüber hinwegtäuschen, dass sie sich nur auf den Anwendungsbereich der TTVO beziehen und keine Kompetenz über die EU-Grenzen hinaus begründen können. Insofern kann es **weder eine Verpflichtung** für den Amtstierarzt geben, die **Einhaltung der Tierschutzstandards in Drittstaaten zu überprüfen, noch bei entsprechender Kenntnis**, dass dort im Rahmen einer Schlachtung Tierquälereien begangen werden, eine **Genehmigung des Transports zu versagen**. Dafür müsste erst die TTVO entsprechend geändert werden.

## VI. Zusammenfassung

Zahlreiche der im Beitrag von *Maisack/Rabitsch* geschilderten **Tathandlungen im Ausland** würden in Österreich unter den Tatbestand der Tierquälerei nach § 222 Abs 1 Z 1 StGB fallen. Mangels Erwähnung dieser Strafnorm in § 64 StGB und infolge der im Regelfall fehlenden Strafbarkeit im Ausland (vgl § 65 StGB) besteht jedoch **kein Anknüpfungspunkt**, der eine **Strafbarkeit solcher Auslandstaten nach österreichischem Strafrecht** ermöglichen würde. Allerdings könnte sich eine

80 *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>15</sup>, Z 30 Rz 5; *E. Steininger*, AT Bd II, Kap 19 Rz 27.

81 Zum Spannungsverhältnis zwischen § 2 StGB und dem in § 1 StGB verankerten Analogieverbot siehe *E. Steininger*, AT Bd II, Kap 19 Rz 25.

Strafbarkeit wegen Beteiligung an der Tierquälerei (§§ 12 3. Fall, 222 Abs 1 Z 1 StGB) dann ergeben, wenn die **Beitragshandlung in Österreich** gesetzt wird und infolgedessen es sich um eine **Inlandstat nach § 67 Abs 2 StGB** handelt.

Für eine **strafbare Beitragstäterschaft** ist aber Grundvoraussetzung, dass sie – auf objektiver Ebene – nach Unrechtsgehalt und Angriffsrichtung ausreichend individualisiert ist. Daran mangelt es aber **bei (objektiv) fehlender Vorsehbarkeit einer konkret quälenden Schlachtung**. **Subjektiv** muss der Täter das **Risiko**, dass im Bestimmungsland des Transportes für die konkret transportierten Tiere eine erhebliche Gefahr besteht, im unmittelbaren Anschluss an den Transport zB durch eine grausame Schlachtung gequält zu werden, **ernsthaft in Betracht** ziehen und sich mit dieser **erheblichen Gefahr** auch **durch einen positiven Willensakt abfinden**, indem er sich mit den in Betracht gezogenen unmittelbaren Tätern gleichsam solidarisiert. Eine bewusste Gleichgültigkeit dahingehend, dass ihm das **Schicksal der transportierten Tiere egal** ist, **reicht** für den erforderlichen Vorsatz **nicht aus**. Mangels konkreter Vorhersehbarkeit strafbarer Tierquälerei fehlt es daher bei den von *Maisack/Rabitsch* in ihrem Beitrag genannten Verhaltensweisen an den Voraussetzungen für einen strafbaren Beitrag an einer Tierquälerei in einem Drittstaat.

Eine Strafbarkeit wegen Beitrags zur Tierquälerei scheidet an der **Einstufung der Genehmigung des Tiertransports als rechtlich neutrale berufstypische Handlung**. In den zur Verfügung gestellten Rechtsgutachten zur (in Ansätzen vergleichbaren) deutschen Rechtslage wird die Neutralität der Genehmigung eines Tiertransportes verneint, wenn der Amtsveterinär sichere Kenntnis hat oder zumindest mit erheblicher Wahrscheinlichkeit davon ausgeht, dass es in einem Drittstaat zu tierquälereischen Schlachtungen kommt. Dies wird letztlich mit einer Pflicht zur Verhinderung von Tierleid iSe Garantenstellung (vgl § 2 öStGB) begründet. Betrachtet man jedoch die sich aus der TTVO ergebenden Befugnisse, ist davon auszugehen, dass dem einen Tiertransport genehmigenden **Amtstierarzt keine Kompetenz** zusteht, die **Einhaltung von Tierschutzbestimmungen in einem Drittstaat außerhalb einer Beförderung zu überprüfen**. Damit besteht auch **keine Garantenstellung als Basis für eine Strafbarkeit**. Die Bejahung einer strafbaren Beteiligung in solchen Fällen würde dem in § 1 StGB einfachgesetzlich und in Art 7 EMRK verfassungs- und völkerrechtlich verankerten Grundsatz »keine Strafe ohne Gesetz« entgegenstehen.

IZM der Frage einer allfälligen Strafbarkeit wegen Beteiligung an Tierquälerei durch Genehmigung eines Tiertransportes ist auch der für den Straßenverkehr positiviert und auf andere Lebensbereiche übertragene **Vertrauensgrundsatz** bedeutsam. Demzufolge darf der einen Tiertransport genehmigende Amtstierarzt darauf vertrauen, dass **innerhalb der EU die in der TTVO verankerten Grundsätze eingehalten werden, solange er nicht amtlich davon Kenntnis hat**, dass dies an einer konkreten Sammelstelle oder einem konkreten Schlachthof **nicht der Fall ist**. Für den Amtstierarzt ergibt sich keine Pflicht, diesbezüglich misstrauisch zu sein und eigene Nachforschungen anzustellen, deren Unterlassen strafbarkeitsbegründend wäre, selbst wenn zB aus Art 15 Abs 3 TTVO eine entsprechende Kontrollkompetenz über die Einhaltung der Tierschutzbestimmungen abgeleitet werden kann, bedeutet doch eine Kontrollkompetenz keine Kontrollverpflichtung. Eine Kontrollverpflichtung würde den aus Art 3 EUV ableitbaren Grundsätzen der EU als Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen, der ein gegenseitiges Vertrauen eröffnet, entgegenstehen.

**Korrespondenz:**

Univ.-Prof. Dr. Alois Birklbauer  
Institut für Strafrechtswissenschaften  
Leiter Abteilung Praxis der Strafrechtswissenschaften  
und Medizinstrafrecht  
Johannes Kepler Universität Linz  
Altenberger Straße 69  
Juridicum, 1. Stock, J 106 A  
4040 Linz  
E-Mail: alois.birklbauer@jku.at



## Editorial

*Sehr geehrte Leserinnen und Leser,*

im November 2017 ist die Zeitschrift »Tierschutz in Recht und Praxis« gemeinsam von den Universitäten Salzburg und Linz sowie der Tierschutzombudsstelle Wien gegründet worden. Unser Anliegen war es, das Tier(arten)schutzrecht aus der Nische hinaus in den Fokus juristischer Überlegungen zu bringen. Dass nun bereits der zweite Jahrgangsband der TiRuP erscheint, bestätigt uns in diesem Weg ebenso wie die wachsende Anzahl unserer Autor\_innen.

Das breite Spektrum des Tier(arten)schutzrechts bildet sich auch in den im Jahr 2019 in der TiRuP publizierten Beiträgen ab. Es reicht vom Tiertransport und dem Widerspruch zwischen Gesetz und Verordnung in der landwirtschaftlichen Nutztierhaltung über den Abschuss von Wölfen und rituelle Schlachtungen hin zu Fragen der Weisungsbindung von veterinärmedizinischen Sachverständigen und Sicherheitsaspekten bei der Haltung von Tieren uvm. Weiters finden Sie eine Nachlese zum 3. Tier&Recht-Tag (2018) der TOW im vorliegenden Jahrgangsband. Die Ergebnisse dieser jährlich stattfindenden Fachkonferenz wurden bislang in einem eigenen Tagungsband abgedruckt. Mit dem 4. Tier&Recht-Tag (2019) wurde dieses Prozedere umgestellt und es freut uns sehr, an dieser Stelle ankündigen zu dürfen, dass die Tagungsbeiträge künftig in der TiRuP erscheinen werden. An dieser Stelle sei nochmals auf das Format der TiRuP als Open-Access-Online-Zeitschrift hingewiesen, bei der alle Beiträge unmittelbar nach dem Imprimatur unter dem Link <[www.tirup.at](http://www.tirup.at)> veröffentlicht und kostenfrei zum Download angeboten werden.

Ein weiterer wichtiger Schritt zur Verbreitung und Anerkennung der TiRuP wurde im vergangenen Jahr gesetzt. Sämtliche Beiträge der TiRuP sind nunmehr auch über die Rechtsdatenbanken RDB und RIDA auffindbar.

Wir danken unseren Autor\_innen sowie dem Jan Sramek Verlag für die gute Zusammenarbeit und wünschen Ihnen eine spannende Lektüre und viel Freude mit dem vorliegenden Werk. Wir hoffen, damit auch weiterhin den fachlichen Diskurs im Tierschutzrecht voranzubringen.

*Die Herausgeber\_innen im Jänner 2020*

# Zur Zulässigkeit von Eingriffen in Wolfspopulationen – EuGH bekräftigt erneut strenge Voraussetzungen für Ausnahmen vom Artenschutz

Anmerkung zu EuGH 10.10.2019, C-674/17, Tapiola,  
EU:C:2019:851

KATHARINA SCHARFETTER

DOI: 10.25598/tirup/2019-5

## Inhaltsübersicht:

I.	Sachverhalt .....	2
II.	Aus den Entscheidungsgründen .....	2
III.	Anmerkungen .....	8
	A. Ausgangslage .....	8
	B. Ziel der Ausnahmeregelung .....	9
	C. Keine anderweitige zufriedenstellende Lösung .....	13
	D. Günstiger Erhaltungszustand trotz Ausnahmeregelung .....	14
IV.	Fazit .....	16

**Abstract:** In seiner aktuellen Entscheidung zur finnischen Wolfsjagd befasst sich der EuGH mit dem Ausnahmetatbestand in Art 16 Abs 1 lit e FFH-RL und kommt zu dem Schluss, dass sich Ausnahmen vom strengen Artenschutz nur unter sehr strengen Bedingungen auf diese Bestimmung stützen können. Außerdem betont der EuGH darin erneut, dass sämtliche Voraussetzungen für Ausnahmegenehmigungen restriktiv auszulegen sind.

**Rechtsquellen:** RL 92/43/EWG (Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie; Habitatrichtlinie; FFH-RL) Art 12 und 16.

**Schlagworte:** Alternativenprüfung; Arten, streng geschützte; Artenschutzrecht; Erhaltungszustand; FFH-RL, Ausnahmegenehmigung; Jagd, bestandspflegende; Tierartenschutz; Wolf (*Canis lupus*).

## I. Sachverhalt

Anlässlich eines Vorabentscheidungsersuchens hatte sich der EuGH erneut mit der Zulässigkeit von Abweichungen vom strengen Schutzsystem der FFH-RL zu befassen. Im zugrundeliegenden Ausgangsverfahren in Finnland war durch zwei Bescheide die Tötung von insgesamt sieben Wölfen genehmigt worden. Begründet wurden diese Ausnahmegenehmigungen mit der Besorgnis der örtlichen Bevölkerung, mit Schäden an Hunden und insb damit, dass man so illegalen Tötungen entgegenwirke (»bestandspflegende Jagd«). Weiters argumentierte die zuständige Behörde, dass es keine andere zufriedenstellende Lösung als die Tötung der Wölfe gäbe und die Entnahmen einen selektiven und begrenzten Charakter hätten. Diese Ausnahmegenehmigungen wurden daraufhin von der finnischen Umweltschutzorganisation Tapiola angefochten. Bei dem in der Folge zuständigen Gericht entstanden aber zahlreiche Fragen zur Interpretation der FFH-RL (vor allem des Art 16 Abs 1 lit e), sodass es den EuGH um Auslegung ersuchte.

## II. Aus den Entscheidungsgründen

[...]

*28 Zwar erlaubt Art. 16 Abs. 1 der Habitatrichtlinie den Mitgliedstaaten, von den Bestimmungen der Art. 12 bis 14 sowie Art. 15 Buchst. a und b dieser Richtlinie abzuweichen, doch unterliegt eine auf dieser Grundlage erlassene Ausnahmeregelung, da sie es den Mitgliedstaaten erlaubt, den mit dem System des strengen Schutzes natürlich vorkommender Arten einhergehenden Verpflichtungen zu entgehen, der Bedingung, dass es keine anderweitige zufriedenstellende Lösung gibt und die Populationen der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet trotz der Ausnahmeregelung ohne Beeinträchtigung in einem günstigen Erhaltungszustand verweilen.*

29 *Es ist festzustellen, dass diese Bedingungen für sämtliche in Art. 16 Abs. 1 der Habitatrichtlinie genannten Fälle gelten.*

30 *Zudem stellt Art. 16 Abs. 1 der Habitatrichtlinie, der die Voraussetzungen, unter denen die Mitgliedstaaten von den Art. 12 bis 14 sowie Art. 15 Buchst. a und b dieser Richtlinie abweichen dürfen, genau und abschließend festlegt, eine Ausnahme von dem in dieser Richtlinie vorgesehenen Schutzsystem dar, die restriktiv auszulegen ist (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 20. Oktober 2005, Kommission/Vereinigtes Königreich, C-6/04, EU:C:2005:626, Rn. 111, und vom 10. Mai 2007, Kommission/Österreich, C-508/04, EU:C:2007:274, Rn. 110 und 128) und bei der die Beweislast für das Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen für jede Abweichung die Stelle treffen muss, die über sie entscheidet (vgl. entsprechend Urteil vom 8. Juni 2006, WWF Italia u. a., C-60/05, EU:C:2006:378, Rn. 34).*

[...]

36 *Art. 16 Abs. 1 Buchst. e der Habitatrichtlinie kann daher keine allgemeine Rechtsgrundlage für die Genehmigung von Ausnahmen von Art. 12 Abs. 1 dieser Richtlinie darstellen, da andernfalls den anderen Fällen des Art. 16 Abs. 1 der Habitatrichtlinie und diesem strengen Schutzsystem die praktische Wirksamkeit genommen würde.*

37 *Folglich kann sich das Ziel einer auf Art. 16 Abs. 1 Buchst. e der Habitatrichtlinie gestützten Ausnahme grundsätzlich nicht mit den Zielen der auf Art. 16 Abs. 1 Buchst. a bis d dieser Richtlinie gestützten Ausnahmen überschneiden; daher kann die erstgenannte Bestimmung nur dann als Grundlage für den Erlass einer Ausnahmeregelung dienen, wenn die letztgenannten Bestimmungen nicht einschlägig sind.*

[...]

41 *Es ist darauf hinzuweisen, dass die für eine Ausnahme geltend gemachten Ziele in der Entscheidung über die Ausnahme klar, genau und fundiert festgelegt sein müssen. Eine auf Art. 16 Abs. 1 der Habitatrichtlinie gestützte Ausnahme kann nämlich nur eine konkrete und punktuelle Anwendung sein, mit der konkreten Erfordernissen und besonderen Situationen begegnet wird (vgl. entsprechend Urteile vom 8. Juni 2006, WWF Italia u. a., C-60/05, EU:C:2006:378, Rn. 34, und vom 11. November*

2010, *Kommission/Italien*, C-164/09, nicht veröffentlicht, EU:C:2010:672, Rn. 25).

[...]

49 *Außerdem verpflichtet Art. 16 Abs. 1 der Habitatrichtlinie die Mitgliedstaaten, eine genaue und angemessene Begründung für die Annahme darzutun, dass es keine anderweitige zufriedenstellende Lösung gibt, um die Ziele zu erreichen, auf die die fragliche Ausnahmeregelung gestützt wird (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 14. Juni 2007, *Kommission/Finnland*, C-342/05, EU:C:2007:341, Rn. 31).*

50 *Diese Begründungspflicht ist nicht erfüllt, wenn die Entscheidung über eine Ausnahme weder Angaben zum Fehlen einer anderen zufriedenstellenden Lösung enthält noch auf die in diesem Zusammenhang relevanten technischen, rechtlichen und wissenschaftlichen Berichte verweist (vgl. entsprechend Urteile vom 16. Oktober 2003, *Ligue pour la protection des oiseaux u. a.*, C-182/02, EU:C:2003:558, Rn. 14, und vom 21. Juni 2018, *Kommission/Malta*, C-557/15, EU:C:2018:477, Rn. 50 und 51).*

[...]

54 *Drittens ist zu prüfen, ob die fragliche Ausnahme nicht gegen die in Art. 16 Abs. 1 der Habitatrichtlinie niedergelegte Bedingung verstößt, dass die Populationen der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet trotz der Ausnahmeregelung ohne Beeinträchtigung in einem günstigen Erhaltungszustand verweilen.*

55 *Der günstige Erhaltungszustand dieser Populationen in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet ist nämlich eine unabdingbare Voraussetzung für die Zulassung der in Art. 16 Abs. 1 der Habitatrichtlinie vorgesehenen Ausnahmen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 10. Mai 2007, *Kommission/Österreich*, C-508/04, EU:C:2007:274, Rn. 115).*

[...]

58 *Wie der Generalanwalt in den Nrn. 79 bis 82 seiner Schlussanträge im Wesentlichen ausgeführt hat, hat daher die zuständige nationale Behörde bei der Prüfung, ob eine Ausnahme auf der Grundlage von Art. 16 Abs. 1*

zuzulassen ist, u. a. bezogen auf das Gebiet des Mitgliedstaats oder gegebenenfalls, wenn sich die Grenzen des betreffenden Mitgliedstaats mit mehreren biogeografischen Regionen überschneiden, bezogen auf die betreffende biogeografische Region, oder aber, wenn das natürliche Verbreitungsgebiet der Art es erfordert und soweit möglich grenzüberschreitend, in einem ersten Schritt den Erhaltungszustand der Populationen der betreffenden Arten und in einem zweiten Schritt die geografischen und demografischen Auswirkungen, die die in Betracht gezogenen Ausnahmeregelungen auf diesen haben können, zu ermitteln.

[...]

61 Somit kann eine solche Ausnahmeregelung nicht erlassen werden, ohne dass der Erhaltungszustand der betreffenden Art sowie die möglichen Auswirkungen der in Betracht gezogenen Ausnahmeregelung auf den Erhaltungszustand bezogen auf das lokale Gebiet und auf das Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats oder gegebenenfalls auf die betreffende biogeografische Region, wenn sich die Grenzen dieses Mitgliedstaats mit mehreren biogeografischen Regionen überschneiden oder wenn das natürliche Verbreitungsgebiet der Art dies erfordert, und soweit möglich grenzüberschreitend beurteilt worden sind.

62 Angesichts der Fragen des vorlegenden Gerichts ist zunächst hinzuzufügen, dass ein Bestandspflegeplan und eine nationale Regelung, die die Höchstzahl der Individuen festlegt, die in einem Jagdjahr im Hoheitsgebiet getötet werden dürfen, einen relevanten Faktor für die Feststellung darstellen können, ob die in Rn. 54 des vorliegenden Urteils geschilderte Anforderung erfüllt ist, da sie geeignet sind, zu gewährleisten, dass die jährliche kumulative Wirkung einzelner Ausnahmegenehmigungen der Wahrung oder Wiederherstellung des günstigen Erhaltungszustands der Populationen der betreffenden Art nicht schadet.

[...]

66 In diesem Zusammenhang ist auch hervorzuheben, dass der Mitgliedstaat gemäß dem in Art. 191 Abs. 2 AEUV verankerten Vorsorgegrundsatz von dem Erlass oder der Durchführung einer solchen Ausnahmeregelung absehen muss, nach der Prüfung der besten verfügbaren wissenschaftlichen Daten eine Ungewissheit darüber bestehen bleibt, ob der günstige

*Erhaltungszustand der Populationen einer vom Aussterben bedrohten Art trotz dieser Ausnahmeregelung gewahrt oder wiederhergestellt werden kann.*

[...]

68 *Des Weiteren hat der Gerichtshof in Bezug auf die Auswirkungen des ungünstigen Erhaltungszustands einer Art auf die Möglichkeit, Ausnahmen gemäß Art. 16 Abs. 1 der Habitatrichtlinie zuzulassen, bereits entschieden, dass solche Ausnahmen ausnahmsweise weiterhin zulässig sind, wenn hinreichend nachgewiesen ist, dass sie nicht geeignet sind, den ungünstigen Erhaltungszustand dieser Populationen zu verschlechtern oder die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands zu behindern. Nach Auffassung des Gerichtshofs kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass sich die Tötung einer begrenzten Zahl von Individuen auf das in Art. 16 Abs. 1 der Habitatrichtlinie genannte Ziel der Bewahrung eines günstigen Erhaltungszustands der Wolfspopulation innerhalb ihres natürlichen Verbreitungsgebiets nicht auswirkt. Eine Ausnahme wäre in einem solchen Fall daher für die betreffende Art neutral (Urteil vom 14. Juni 2007, Kommission/Finnland, C-342/05, EU:C:2007:341, Rn. 29).*

74 *Schließlich erfordert die Bedingung, wonach auf Art. 16 Abs. 1 Buchst. e der Habitatrichtlinie gestützte Ausnahmen einer strengen Kontrolle unterliegen, insbesondere, dass diese strenge Kontrolle sowie die Art und Weise, wie ihre Einhaltung sichergestellt wird, es ermöglicht, die Selektivität und das beschränkte Ausmaß der Entnahmen oder der Haltung von Individuen der betreffenden Arten zu gewährleisten. Somit muss sich die zuständige nationale Behörde für jede Ausnahmeregelung, die auf diese Bestimmung gestützt wird, vor ihrem Erlass vergewissern, dass die in dieser Bestimmung vorgesehenen Bedingungen eingehalten werden, und anschließend ihre Auswirkungen überwachen. Die nationale Regelung muss gewährleisten, dass die Rechtmäßigkeit der Entscheidungen, mit denen Ausnahmen gemäß dieser Bestimmung genehmigt werden, sowie die Art und Weise, in der diese Entscheidungen angewandt werden, auch hinsichtlich der Einhaltung der Auflagen in Bezug auf Ort, Zeit, Anzahl und Typ der betreffenden Individuen, mit denen diese Entscheidungen versehen sind, wirksam und rechtzeitig kontrolliert werden (vgl. entsprechend Urteil vom 8. Juni 2006, WWF Italia u. a., C-60/50, EU:C:2006:378, Rn. 47).*

[...]

80 *Nach alledem ist auf die Fragen des vorlegenden Gerichts zu antworten, dass Art. 16 Abs. 1 Buchst. e der Habitatrichtlinie dahin auszulegen ist, dass er dem Erlass von Entscheidungen entgegensteht, mit denen Ausnahmen von dem in Art. 12 Abs. 1 Buchst. a in Verbindung mit Anhang IV Buchst. a dieser Richtlinie niedergelegten Verbot der absichtlichen Tötung von Wölfen im Rahmen der bestandspflegenden Jagd genehmigt werden und das Ziel der Bekämpfung von Wilderei verfolgt wird, wenn*

- ▷ *das mit diesen Ausnahmen verfolgte Ziel nicht klar und deutlich belegt wird und die nationale Behörde nicht anhand fundierter wissenschaftlicher Daten nachzuweisen vermag, dass diese Ausnahmen geeignet sind, dieses Ziel zu erreichen,*
- ▷ *nicht hinreichend nachgewiesen ist, dass das mit ihnen verfolgte Ziel nicht durch eine anderweitige zufriedenstellende Lösung erreicht werden kann, wobei das bloße Vorliegen einer illegalen Aktivität oder die Schwierigkeiten, denen bei der Durchführung der Kontrolle dieser Aktivität begegnet wird, hierfür nicht ausreichen können,*
- ▷ *nicht gewährleistet ist, dass der günstige Erhaltungszustand der Populationen der betreffenden Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet trotz der Ausnahmeregelungen gewahrt bleibt,*
- ▷ *in Bezug auf die Ausnahmen keine Bewertung des Erhaltungszustands der Populationen der betreffenden Art sowie der voraussichtlichen Auswirkungen der in Betracht gezogenen Ausnahme auf diesen bezogen auf das Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats oder gegebenenfalls bezogen auf die betreffende biogeografische Region, wenn sich die Grenzen dieses Mitgliedstaats mit mehreren biogeografischen Regionen überschneiden oder das natürliche Verbreitungsgebiet der Art dies erfordert, und soweit möglich grenzüberschreitend vorgenommen wurde und*
- ▷ *nicht sämtliche Bedingungen erfüllt sind, die sich auf die Entnahme einer begrenzten und spezifizierten Anzahl von Exemplaren bestimmter in Anhang IV der Habitatrichtlinie genannter Arten unter strenger Kontrolle, selektiv und in beschränktem Ausmaß beziehen; die Erfüllung dieser Bedingungen ist u. a. unter Berücksichtigung der Größe der Population, ihres Erhaltungszustands und ihrer biologischen Merkmale nachzuweisen.*

[...]



### III. Anmerkungen

#### A. Ausgangslage

Bereits zum zweiten Mal beschäftigte sich der EuGH mit der Wolfsjagd in Finnland,<sup>1</sup> doch wird die aktuelle Entscheidung wohl auch in Österreich für mehr Aufsehen sorgen, denn der Wolf durchstreift mittlerweile auch die heimischen Wälder. Während es die einen als Sensation empfinden, dass sich ein vom Aussterben bedrohtes Wildtier trotz schwindender Wildnis wieder ansiedelt, erzürnt die Anwesenheit des großen Beutegreifers vor allem Landwirt/inn/e/n aufgrund zunehmender Risse an Nutztieren und beschäftigt so auch die Behörden und Verwaltungsgerichte in Österreich.

Die 2018 gestellten Anträge beschränkten sich noch auf Vergrämuungsmaßnahmen (zB Einsatz von Gummigeschossen und Schreckschüssen),<sup>2</sup> jedoch wurde schon 2019 unter den Nutztierhalter/inne/n der Ruf nach einem Abschuss immer lauter. Während der erste Antrag auf Abschuss (von Wolf und Bär!) in Tirol von der zuständigen Behörde im Sommer rasch abgelehnt wurde, weil die nötigen Genehmigungsveraussetzungen nicht gegeben waren,<sup>3</sup> ist die Entscheidung im Salzburger Pongau noch ausständig.<sup>4</sup> Das aktuelle Urteil des EuGH zur Auslegung des Art 16 Abs 1 lit e FFH-RL scheint wie gerufen zu kommen. Im Rahmen dieses Beitrags sollen daher nicht nur die wesentlichen Aussagen dieses Urteils erörtert, sondern auch untersucht werden, ob

---

1 Zur Erinnerung: 2007 stellte der EuGH in einem Vertragsverletzungsverfahren fest, dass die Republik Finnland gegen ihre Verpflichtungen aus der FFH-RL verstoßen hat, weil sie die Jagd auf Wölfe aus präventiven Gründen erlaubte, ohne dass erwiesen war, dass sich die Jagd zur Verhütung ernster Schäden iSv Art 16 Abs 1 lit b FFH-RL eignet (vgl EuGH 14.6.2007, C-342/05, Kommission/Finnland, EU:C:2007:341).

2 Die Genehmigung von Vergrämuungsmaßnahmen in einer oberösterreichischen Gemeinde wurde vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (LVwG OÖ 12.11.2018, LVwG-551386/2/KLe – 551387/ ) wegen eines mangelhaften Ermittlungsverfahrens aufgehoben; vgl dazu *Scharfetter*, Erfolgreiche Beschwerden gegen »Wolfsbescheid« in OÖ, umweltrechtsblog.at vom 23.11.2018. Die Beschwerden gegen einen entsprechenden Vergrämuungsbescheid in Niederösterreich wurden vom Landesverwaltungsgericht Niederösterreich (LVwG NÖ 16.1.2019, LVwG-AV-1320/001-2018) wegen Ablaufs des befristeten Bescheids für gegenstandslos erklärt und das Verfahren eingestellt.

3 Vgl Der Standard vom 26.7.2019, Wolf und Bär dürfen in Tirol nicht abgeschossen werden.

4 Vgl Die Presse vom 13.7.2019, Über 20 Schafe gerissen: Land Salzburg will Wolf abschießen.

dieser Ausnahmetatbestand auch für die österreichische Praxis eine Rolle spielt.

Ziel der FFH-RL ist, worauf auch der EuGH einleitend hinweist, »zur Sicherung der Artenvielfalt durch die Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen im europäischen Gebiet der Mitgliedstaaten [...] beizutragen.«<sup>5</sup> Dementsprechend sieht Art 12 FFH-RL die Etablierung eines strengen Schutzsystems für die in Anhang IV der Richtlinie genannten Tierarten vor. Dieses umfasst ua das Verbot, Exemplare dieser Arten absichtlich zu fangen oder zu töten. Art 16 FFH-RL ermöglicht allerdings Abweichungen von diesem strengen Schutz, wenn mit der Ausnahmegenehmigung ein entsprechendes Ziel verfolgt wird, das nicht durch eine andere zufriedenstellende Lösung erreicht werden kann und die betroffene Art trotz der Ausnahme in einem günstigen Erhaltungszustand verweilt. Der EuGH befasste sich im gegenständlichen Fall mit allen drei Voraussetzungen und machte dazu im Detail die im Folgenden näher zu erörternden Ausführungen.

## B. Ziel der Ausnahmeregelung

Art 16 Abs 1 FFH-RL normiert in den lit a bis e bestimmte Ziele, aufgrund derer Ausnahmen vom strengen Schutz gewährt werden dürfen. Im Ausgangsverfahren stützten sich die Genehmigungen auf Art 16 Abs 1 lit e FFH-RL, demzufolge die Mitgliedstaaten vom strengen Schutz abweichen können,

*um unter strenger Kontrolle, selektiv und in beschränktem Ausmaß die Entnahme oder Haltung einer begrenzten und von den zuständigen einzelstaatlichen Behörden spezifizierten Anzahl von Exemplaren bestimmter Tier- und Pflanzenarten des Anhangs IV zu erlauben.*

Diese als Blankoermächtigung anmutende Bestimmung unterscheidet sich klar von den übrigen Bestimmungen in lit a bis d,<sup>6</sup> da sie – wie

5 Art 2 Abs 1 FFH-RL.

6 Art 16 Abs 1 lit

a) zum Schutz der wildlebenden Tiere und Pflanzen und zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume;

b) zur Verhütung ernster Schäden insbesondere an Kulturen und in der Tierhaltung sowie an Wäldern, Fischgründen und Gewässern sowie an sonstigen Formen von Eigentum;

auch der EuGH feststellt – das eigentliche Ziel nicht näher umschreibt. Generalanwalt *Saugmansgaard Øe* hatte dazu in seinen Schlussanträgen die Auffassung vertreten, dass diese Bestimmung den Schutz der Interessen in lit a bis d umfasst, gleichzeitig aber nicht auf diese beschränkt ist.<sup>7</sup> Dieser Auslegung als Auffangtatbestand für alle denkbaren Ziele hat der EuGH jedoch einen klaren Riegel vorgeschoben: Art 16 Abs 1 lit e FFH-RL ist keine allgemeine Rechtsgrundlage für die Genehmigung von Ausnahmen, sondern kann nur dann als Grundlage herangezogen werden, wenn die Bestimmungen in lit a bis d nicht einschlägig sind.<sup>8</sup> In diesem Zusammenhang weist der EuGH außerdem daraufhin, dass es notwendig ist, die **Ziele, auf die sich eine Ausnahme gründet, in der Entscheidung »klar, genau und fundiert«**<sup>9</sup> festzulegen. Denn nur so ist es möglich zu beurteilen, ob es sich tatsächlich um eine konkrete, punktuelle und erforderliche Ausnahme handelt.<sup>10</sup> Die klare Definierung des Ziels ist mE aber auch für die Alternativenprüfung unumgänglich, denn wie sollte man das Bestehen von Alternativen verneinen, wenn nicht klar ist, welches Ziel die Maßnahmen überhaupt verfolgen?

Der EuGH kommt daher zu dem Schluss, dass das geltend gemachte Ziel der finnischen Ausnahmegenehmigungen, nämlich die Bewahrung oder Wiederherstellung des günstigen Erhaltungszustandes der Art Wolf selbst, durchaus von Art 16 Abs 1 lit e FFH-RL umfasst sein kann.<sup>11</sup> Er stellt es jedoch sehr in Frage, ob die Methode »bestandspflegende Jagd zur Reduzierung der Wilderei« zur Erreichung dieses Ziels überhaupt geeignet sei, und hält fest, dass es **Sache der zuständigen Behörde ist, die Eignung durch fundierte wissenschaftliche Daten nachzuwei-**

- 
- c) *im Interesse der Volksgesundheit und der öffentlichen Sicherheit oder aus anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art oder positiver Folgen für die Umwelt;*  
d) *zu Zwecken der Forschung und des Unterrichts, der Bestandsauffüllung und Wiederansiedlung und der für diese Zwecke erforderlichen Aufzucht, einschließlich der künstlichen Vermehrung von Pflanzen; [ ...].*

7 Schlussanträge 8.5.2019, C-674/17, Tapiola, EU:C:2019:394, Rz 51.

8 Vgl EuGH 10.10.2019, C-674/17, Tapiola, EU:C:2019:851, Rz 36 f.

9 Ebenda Rz 41.

10 Vgl ebenda.

11 Man könnte aufwerfen, dass sich der Gerichtshof an dieser Stelle selbst widerspricht, da der Schutz wildlebender Tiere ja schon durch die lit a erfasst ist. Augenscheinlich geht der Gerichtshof aber davon aus, dass dieser Tatbestand nicht die von der Ausnahmegenehmigung betroffene Art selbst umfasst.

sen.<sup>12</sup> Diesem Erfordernis eines wissenschaftlichen Nachweises der Eignung kommt über lit e hinaus Bedeutung zu, da die Eignung zur Zielerreichung natürlich auch für die Ziele in lit a bis d vorausgesetzt wird.<sup>13</sup>

Darüber hinaus normiert lit e aber auch noch zusätzliche Kriterien für die Entnahmen. Diese dürfen zum einen nur **in begrenzter und spezifischer Anzahl** erfolgen und zwar abhängig von der Größe der Population, dem Erhaltungszustand, ihren biologischen Merkmalen und unter Berücksichtigung der Fortpflanzung und der jährlichen Gesamtsterblichkeit aufgrund natürlicher Ursachen. Diese Bestimmung der Anzahl hat ebenso auf fundierten wissenschaftlichen Daten zu basieren. Zum anderen stehen diese Entnahmen unter der **Bedingung der Selektivität und des beschränkten Ausmaßes**, sodass die Ausnahme gegebenenfalls auf einzelne, identifizierte Individuen zu beschränken ist. Und schließlich unterliegen Ausnahmen nach lit e einer strengen **Kontrolle**. Dazu gilt es anzumerken, dass die Behörde generell zu kontrollieren hat, ob die Voraussetzungen des Art 16 Abs 1 FFH-RL erfüllt sind,<sup>14</sup> im Anwendungsbereich der lit e soll eine strenge Kontrolle aber auch die Einhaltung der zusätzlichen Kriterien gewährleisten: *»Somit muss sich die zuständige nationale Behörde für jede Ausnahmeregelung, die auf diese Bestimmung [lit e] gestützt wird, vor ihrem Erlass vergewissern, dass die in dieser Bestimmung vorgesehenen Bedingungen [begrenzte und spezifische Anzahl, selektiv und in beschränktem Ausmaß] eingehalten werden, und anschließend ihre Auswirkungen überwachen.«*<sup>15</sup> Der EuGH

12 Vgl ebenda Rz 45. Dass es der Behörde im gegenständlichen Fall gelingen wird, diesen Nachweis zu erbringen, ist stark anzuzweifeln, wurden durch die bestandspflegende Jagd doch 15 % der gesamten Wolfspopulation entnommen. Wirklich absurd wird die Argumentation der Behörde aber, wenn man sich die absoluten Zahlen ansieht: Während der Wilderei jährlich schätzungsweise 30 Individuen zum Opfer fallen, wurden allein aufgrund der Ausnahmegenehmigungen über 40 Individuen getötet (vgl Rz 63 f).

13 So war auch der mangelnde Nachweis der Eignung der präventiven Jagd zur Verhütung von Schäden iSv Art 16 Abs 1 lit b FFH-RL im ersten »Wolfsurteil« des EuGH ausschlaggebend (siehe FN 1).

14 Vgl zB Art 16 Abs 3 lit d und e FFH-RL, wonach die Mitgliedstaaten in den zweijährlich vorzulegenden Berichten an die EU-Kommission ua Folgendes anzugeben haben:

- ▷ die Behörde, die befugt ist, zu kontrollieren, ob die erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind;
- ▷ die angewandten Kontrollmaßnahmen.

15 EuGH 10.10.2019, C-674/17, Tapiola, EU:C:2019:851, Rz 74. Vgl dazu auch die Ausführungen des EuGH (zu der korrespondierenden Regelung in der Vogelschutz-RL 2009/147/EG; EuGH 8.6.2006, C-60/05, WWF Italia ua, EU:C:2006:378, Rz 43 f):

überlässt die Überprüfung dieser Voraussetzungen im Ausgangsverfahren zwar dem vorlegenden Gericht, äußert diesbezüglich aber starke Zweifel (ua weil die Jagd auf bestimmte Individuen lediglich empfohlen wurde und die Tötung von insgesamt 20 dominanten Männchen im Rahmen der bestandspflegenden Jagd im betreffenden Jagdjahr nicht auf eine Selektivität der Ausnahmegenehmigungen schließen lässt).<sup>16</sup>

Zusammengefasst ergibt sich für den Ausnahmetatbestand nach lit e nicht nur ein enger Anwendungsbereich, sondern geht dieser auch mit zusätzlichen streng auszulegenden Bedingungen einher. *Geringer/Schechtner*<sup>17</sup> vertreten zwar die Auffassung, dass durch dieses EuGH-Urteil »dem aktiven Bestandsmanagement inklusive selektiver Entnahme einzelner Wölfe ein Stück weit die Türe geöffnet« wurde. Doch lit e kann mE nicht für den Interessenkonflikt mit der Nutztierhaltung herangezogen werden. Nach der derzeitigen Lage in Österreich ist davon auszugehen, dass Ausnahmegenehmigungen idR zum Schutz von Nutztieren begehrt werden. »Tierhaltung« ist aber ausdrücklich von lit b erfasst, sodass Ausnahmen lediglich zur Verhütung **ernster** Schäden in der Tierhaltung zulässig sind. Lit e ist somit für den Schutz von Nutztieren nicht einschlägig, da auch einer Auslegung, wonach sich zB die Verhütung von bloß geringen Schäden auf lit e stützen könnte, vom EuGH nun eine eindeutige Absage erteilt wurde. Aufgrund der zusätzlichen strengen Kriterien in lit e wäre es aber wohl auch bei einer weniger restriktiven Auslegung fraglich, ob dieser Tatbestand in der Praxis überhaupt von Bedeutung sein könnte.

43 Hierzu hat der Gerichtshof in Randnummer 28 des Urteils vom 27. April 1988 (*Kommission/Frankreich*) entschieden, dass die nationalen Rechtsvorschriften sicherstellen müssen, dass die Vogeljagd unter streng überwachten Bedingungen selektiv stattfindet. Das impliziert, dass in den Zeiträumen, auf die sich die Entscheidungen erstrecken, die von der in der Richtlinie vorgesehenen Schutzregelung abweichen, eine effektive Kontrolle ausgeübt wird.

44 Folglich muss der in diesem Bereich anwendbare nationale Rechtsrahmen nicht nur gewährleisten, dass die Rechtmäßigkeit der Entscheidungen, mit denen Ausnahmegenehmigungen von der in der Richtlinie vorgesehenen Schutzregelung erteilt werden, rechtzeitig überprüft werden kann, sondern auch, dass die Bedingungen, mit denen diese Entscheidungen versehen sind, eingehalten werden.

16 Vgl EuGH 10.10.2019, C-674/17, Tapiola, EU:C:2019:851, Rz 77 f.

17 *Geringer/Schechtner*, Der EuGH trifft Klarstellungen zur Wolfsjagd, umweltrechtsblog.at vom 17.10.2019.

### C. Keine anderweitige zufriedenstellende Lösung

Die Zulässigkeit einer Ausnahme vom strengen Schutz setzt außerdem voraus, dass es keine andere zufriedenstellende Lösung gibt, um das Ziel zu erreichen. Dieser Prüfschritt wird in Österreich auch »Alternativenprüfung« genannt und ist generell ein fester Bestandteil jener Entscheidungen, ob Ausnahmen von den unionsrechtlichen Umweltschutzvorschriften zulässig sind.<sup>18</sup> So hat auch der EuGH<sup>19</sup> die Bedeutung der Alternativenprüfung bereits mehrfach betont und hervorgehoben, dass Vorhaben nicht genehmigt werden dürfen, wenn Alternativlösungen bestehen, die die Umwelt weniger beeinträchtigen (sog gelinderes Mittel). Dementsprechend hat er auch im gegenständlichen Urteil festgehalten, dass eine Ausnahme vom strengen Artenschutz nur zulässig ist, »wenn es an einer anderweitigen Maßnahme fehlt, mit der das verfolgte Ziel in zufriedenstellender Weise erreicht werden kann und die in der Richtlinie vorgesehenen Verbote beachtet werden«.<sup>20</sup>

Die Alternativenprüfung stellt daher iZm Ausnahmegenehmigungen regelmäßig ein Knock-out-Kriterium dar und zwar insb bei letalen Eingriffen in geschützte Tierarten. Da eine Tötung mit Sicherheit den stärksten möglichen Eingriff darstellt, werden gelindere Mittel in diesen Fällen besonders genau zu untersuchen sein. Hinzu kommt, dass der EuGH auch hier ganz klar **eine genaue und angemessene Begründung unter Verweis auf relevante technische, rechtliche und wissenschaftliche Berichte** verlangt.<sup>21</sup> Somit werden iZm Ausnahmegenehmigungen auch die zuständigen Behörden in Österreich nachzuweisen haben, dass »es

18 Vgl zB Art 4 Abs 7 lit d Wasserrahmen-RL 2000/60/EG (WRRL): *Die Mitgliedstaaten verstoßen nicht gegen diese Richtlinie, wenn: [...]*

*d) die nutzbringenden Ziele, denen die Änderungen des Wasserkörpers dienen sollen, können aus Gründen der technischen Durchführbarkeit oder aufgrund unverhältnismäßiger Kosten nicht durch andere Mittel, die eine wesentlich bessere Umweltoption darstellen, erreicht werden.*

Art 5 Abs 3 lit d UVP-RL 2011/92/EU: *Die vom Projektträger gemäß Absatz 1 vorzulegenden Angaben umfassen mindestens Folgendes: [...]*

*d) eine Übersicht über die wichtigsten anderweitigen vom Projektträger geprüften Lösungsmöglichkeiten und Angabe der wesentlichen Auswahlgründe im Hinblick auf die Umweltauswirkungen; [...].*

19 EuGH 4.3.2010, C-241/08, Kommission/Frankreich, EU:C:2010:114, Rz 70 bis 73; 26.10.2006, C-239/04, Kommission/Portugal, EU:C:2006:665, Rz 40; 14.4.2005, C-441/03, Kommission/Niederlande, EU:C:2005:233, Rz 26 bis 29.

20 EuGH 10.10.2019, C-674/17, Tapiola, EU:C:2019:851, Rz 47.

21 Vgl ebenda Rz 49 f.

insbesondere unter Berücksichtigung der besten einschlägigen wissenschaftlichen und technischen Erkenntnisse sowie der Umstände des konkreten Falls keine anderweitige zufriedenstellende Lösung gibt«. <sup>22</sup> Dass es beispielsweise gelingt nachzuweisen, dass die Tötung des Wolfs das einzige Mittel ist, um den Schutz der Nutztiere zu erreichen, ist fraglich. Des Weiteren hat der EuGH hervorgehoben, dass die bestehenden Schwierigkeiten im Kampf gegen die Wilderei Finnland nicht von seiner Pflicht entbinden, den Schutz der Anhang IV-Arten zu gewährleisten. Dies lässt sich wohl ebenso auf die Situation in Österreich umlegen: Herdenschutzmaßnahmen sind in gewissen Regionen zweifellos schwer zu bewerkstelligen, doch solange sie nicht unmöglich sind, entbinden diese Schwierigkeiten auch Österreich nicht von seiner Artenschutzpflicht.

#### D. Günstiger Erhaltungszustand trotz Ausnahmeregelung

Die dritte Voraussetzung für die Zulässigkeit von Ausnahmen ist, dass die Populationen der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet trotz der Ausnahme in einem günstigen Erhaltungszustand bleiben. Die Beurteilung, ob die betreffende Art ohne Beeinträchtigung in einem günstigen Erhaltungszustand bleibt, hat dabei unter Beachtung des **Vorsorgeprinzips** <sup>23</sup> zu erfolgen. Demnach darf eine Ausnahme nicht erteilt werden, wenn »nach der Prüfung der besten verfügbaren wissenschaftlichen Daten eine Ungewissheit darüber bestehen bleibt, ob der günstige Erhaltungszustand der Populationen einer vom Aussterben bedrohten Art trotz dieser Ausnahmeregelung gewahrt oder wiederhergestellt werden kann«. <sup>24</sup> In diesem Zusammenhang sind das Bestehen eines »Bestandspflegeplans« (Managementplans) und die Festlegung von Entnahmehöchstzahlen nach Ansicht des EuGH durchaus relevante Faktoren, da sie verhindern, dass der Erhaltungszustand durch die Kumulierung einzelner Ausnahmegenehmigungen beeinträchtigt wird. <sup>25</sup>

---

22 Ebenda Rz 51.

23 Art 191 Abs 2 AEUV: *Die Umweltpolitik der Union zielt unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Gegebenheiten in den einzelnen Regionen der Union auf ein hohes Schutzniveau ab. Sie beruht auf den Grundsätzen der Vorsorge und Vorbeugung, auf dem Grundsatz, Umweltbeeinträchtigungen mit Vorrang an ihrem Ursprung zu bekämpfen, sowie auf dem Verursacherprinzip.*

24 EuGH 10. 10. 2019, C-674/17, Tapiola, EU:C:2019:851, Rz 66.

25 Vgl ebenda Rz 62.

Interessant ist, dass der EuGH den günstigen Erhaltungszustand zwar als »*unabdingbare Voraussetzung*«<sup>26</sup> erachtet, gleichzeitig aber festhält, dass Ausnahmen **ausnahmsweise auch bei einem ungünstigen Erhaltungszustand zulässig** sind: Wenn »*hinreichend nachgewiesen ist, dass sie [gemeint: die Ausnahmen] nicht geeignet sind, den ungünstigen Erhaltungszustand dieser Populationen zu verschlechtern oder die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands zu behindern*«,<sup>27</sup> dann können Ausnahmen auch bei einem ungünstigen Erhaltungszustand zugelassen werden. Dies ist nach Ansicht des EuGH der Fall, wenn zB die Tötung einer begrenzten Zahl an Individuen **keine Auswirkungen** hat, also für die betreffende Art **neutral** ist.<sup>28</sup> Auch diese ausnahmsweise Gewährung von Ausnahmen knüpft der EuGH an die Berücksichtigung des Vorsorgeprinzips.

Weiters macht der EuGH im gegenständlichen Urteil auch wichtige Aussagen zur Beurteilung des Erhaltungszustandes und der Auswirkungen der Ausnahme darauf. Wie sich schon aus den Begriffsbestimmungen in der FFH-RL ergibt, wird der Erhaltungszustand als günstig erachtet, wenn

- ▷ *aufgrund der Daten über die Populationsdynamik der Art anzunehmen ist, dass diese Art ein lebensfähiges Element des natürlichen Lebensraumes, dem sie angehört, bildet und langfristig weiterhin bilden wird, und*
- ▷ *das natürliche Verbreitungsgebiet dieser Art weder abnimmt noch in absehbarer Zeit vermutlich abnehmen wird und*
- ▷ *ein genügend großer Lebensraum vorhanden ist und wahrscheinlich weiterhin vorhanden sein wird, um langfristig ein Überleben der Populationen dieser Art zu sichern.*<sup>29</sup>

Daraus folgert der EuGH, dass die Erhaltung der Populationsdynamik und -stabilität einer geschützten Art trotz einer Ausnahme langfristig gesichert sein muss.<sup>30</sup>

Die Ermittlung des Erhaltungszustandes der Populationen sowie der Auswirkungen der Ausnahme erfolgt bezogen auf

---

26 Ebenda Rz 55.

27 Ebenda Rz 68.

28 Vgl ebenda.

29 Art 1 lit i FFH-RL.

30 Vgl EuGH 10.10.2019, C-674/17, Tapiola, EU:C:2019:851, Rz 57.



- ▷ das Gebiet des Mitgliedstaates,
- ▷ die betreffende biogeografische Region (wenn der Mitgliedstaat mehrere biogeografische Regionen aufweist) oder
- ▷ grenzüberschreitend (wenn es das natürliche Verbreitungsgebiet der betreffenden Art erfordert und soweit möglich).<sup>31</sup>

Klar muss dabei aber sein, dass das natürliche Verbreitungsgebiet in einem Drittstaat nicht berücksichtigt werden kann.<sup>32</sup> Um die Auswirkungen in diesem größeren Rahmen zu bestimmen, ist es nach Ansicht des EuGH jedenfalls erforderlich, auch die Auswirkungen auf eine lokale Population zu bewerten, da sich eine Ausnahme am unmittelbarsten in dem lokalen Gebiet bemerkbar macht, in dem die jeweiligen Maßnahmen gesetzt werden.<sup>33</sup>

#### IV. Fazit

Das aktuelle Urteil des EuGH zur Wolfsjagd in Finnland liefert eine wichtige Auslegung des Ausnahmetatbestands in Art 16 Abs 1 lit e FFH-RL. Dabei kommt der EuGH zu dem Schluss, dass der Abschuss von Wölfen zwar grundsätzlich auf diese Bestimmung gestützt werden kann, lässt aber auch keinen Zweifel daran, dass die Bedingungen dafür äußerst streng sind. Obwohl der EuGH die Prüfung dieser Bedingungen dem nationalen Gericht überlässt, wird deutlich, dass er diese Bedingungen im gegenständlichen Fall als nicht erfüllt ansieht.

Gleichzeitig sind darin wichtige Aussagen zu den allgemeinen Voraussetzungen für Ausnahmen enthalten, die ebenso streng auszulegen und stets auf Basis fundierter wissenschaftlicher Daten zu beurteilen sind. Der aktuellen Entscheidung wird in Zukunft zweifellos eine wesentliche Rolle bei der Auslegung des Art 16 FFH-RL zukommen, welchen Einfluss diese auf die österreichische Genehmigungspraxis haben wird, bleibt abzuwarten.

Trotz der Brisanz, die dem Thema Wolf derzeit in Österreich zukommt, darf dabei aber nicht übersehen werden, dass dieses Urteil

---

31 Vgl EuGH 10.10.2019, C-674/17, Tapiola, EU:C:2019:851, Rz 58.

32 Vgl ebenda Rz 60.

33 Vgl ebenda Rz 59.

natürlich auch von entscheidender Bedeutung für andere geschützte Arten ist. Gerade in Österreich betrifft dies vor allem Entnahmegenehmigungen für Fischotter und Biber.

**Korrespondenz:**

MMag.<sup>a</sup> Katharina Scharfetter

Ökobüro – Allianz der Umweltbewegung

Neustiftgasse 36/3a

1070 Wien

E-Mail: [katharina.scharfetter@oekobuero.at](mailto:katharina.scharfetter@oekobuero.at)

# Verhaltensgerecht. Die unerfüllte Forderung des deutschen Tierschutzgesetzes

Essenz einer Dissertation

BARBARA FELDE

DOI: 10.25598/tirup/2019-6

## Inhaltsübersicht:

I.	Überblick .....	20
II.	Die Tierhaltergrundnorm in Deutschland und Österreich .....	21
III.	Konkretisierende Vorschriften zur Tierhaltung in Deutschland ...	24
	A. Rechtsverordnungen .....	25
	B. Gutachten, Empfehlungen und Leitlinien .....	31
IV.	Keine ausdrücklichen Verbote in Gesetz oder Verordnung zu bestimmten Tierhaltungsformen in Deutschland .....	34
V.	Aktuelles Beispiel für ein Aushebeln des § 2 TierSchG durch den Verordnungsgeber in Deutschland am Beispiel der Kastenstandhaltung von Sauen .....	36
	A. Geltende Rechtslage seit 1988/1992 .....	37
	B. Verstoß gegen die Pflicht zur verhaltensgerechten Unterbringung und gegen das Verbot der Zufügung von erheblichen und länger anhaltenden Leiden .....	39
	C. Allein wirtschaftliche Gründe für die Aushebelung des § 2 TierSchG .....	41
VI.	Vollzug und tierschutzrechtskonforme Gerichtsentscheidungen in anderen Fällen .....	44
VII.	Fazit .....	45

**Abstract:** Der folgende Beitrag stellt eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der rechtswissenschaftlichen Dissertation »Verhaltensgerecht. Tierschutzrelevantes Wissen in Gesetzgebung, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess« der Verfasserin dar. Die Dissertation ist in den Jahren 2014 bis 2017 entstanden und beschäf-

tigt sich mit der Frage, warum die Grundvorschrift des deutschen Tierschutzgesetzes zur Tierhaltung in der Praxis in vielen Fällen nicht eingehalten wird und auch die Verordnungsgebung zur Tierhaltung die Regelung des § 2 Tierschutzgesetz in vielen Fällen aushebelt. Ein konsequenter Vollzug der Vorschrift des § 2 Tierschutzgesetz findet zwar statt, jedoch primär in Fällen von Privatpersonen und einzelne Tiere betreffend. Das System der landwirtschaftlichen Massentierhaltung wird noch zu oft von Behörden und auch Gerichten ausgespart.

**Rechtsquellen:** deutsches Tierschutzgesetz (TierSchG); Tierschutz-Hundeverordnung (TierSchHundeV); Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung (TierSchNutzTV); österreichisches Tierschutzgesetz (TSchG); 1. Tierhaltungsverordnung; 2. Tierhaltungsverordnung.

**Schlagworte:** Anbindehaltung; Empfehlungen; Geflügel; Gutachten, unverbindliches; Haltungsformen, Verbote; Haltungssysteme; Heimtiere; Intensivtierhaltung; Käfighaltung; Kaninchen; Kastenstand; Leitlinien; Massentierhaltung; Nutztiere, landwirtschaftliche; Rechtsverordnung; Rinder; Sachverständigengutachten, antizipiertes; Sauen; Schweine; Staatsziel Tierschutz; Tierhaltung; Tierschutzrecht; Verhaltensgerechtheit.

## I. Überblick

Keine andere zwingende Rechtsvorschrift in Deutschland wird so sehr systematisch missachtet wie § 2 Tierschutzgesetz (TierSchG), die Grundvorschrift für alle Personen, die Tiere halten, betreuen oder zu betreuen haben. Mit § 2 TierSchG wird jede dieser Personen verpflichtet, das von ihr gehaltene oder betreute Tier verhaltensgerecht unterzubringen. Umgangssprachlich wird auch von einer »artgerechten Haltung« gesprochen. Die Vorgabe, Tiere verhaltensgerecht unterzubringen, wird mittels Konkretisierungsvorschriften durch den Verordnungsgeber und in der Praxis durch die Behörden derart unterlaufen, dass es selbst für juristische und ethologische Laien offensichtlich ist. Denn schaut man sich die in der Praxis immer noch an der Tagesordnung stehende Anbindehaltung von Rindern, die Kastenstandhaltung von Sauen oder auch die Haltung von Kaninchen

und anderen Heimtieren in kleinen Käfigen an, so wird klar, dass die hehren Vorgaben des TierSchG, mit denen in der Öffentlichkeit gerne eine Vorreiterrolle Deutschlands in der Tierschutzgesetzgebung behauptet wird,<sup>1</sup> nicht viel wert sind. Selbst durch die Aufnahme des Tierschutzes in die deutsche Verfassung im Jahr 2002 hat sich daran nichts geändert.

In der juristischen Dissertation »Verhaltensgerecht. Tierschutzrelevantes Wissen in Gesetzgebung, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess« der Verfasserin werden die Entstehungsgeschichte der Tierhaltergrundnorm, deren Anwendung bzw Nichtanwendung und die Gründe hierfür dargestellt.<sup>2</sup> Es werden auch die verschiedenen Modelle zur Konkretisierung der Inhalte des § 2 TierSchG dargestellt und jeweils zwei dieser Modelle näher dargestellt. Die Dissertation kommt zu dem Ergebnis, dass die Vorgaben des § 2 TierSchG aus wirtschaftlichen Gründen absichtlich unterlaufen, ja sogar »verbösert« werden, was nicht zulässig ist, was aber seit dem Jahr des Inkrafttretens dieser Vorschrift gängige Praxis ist.

## II. Die Tierhaltergrundnorm in Deutschland und Österreich

Die wesentliche Vorschrift für die Tierhaltung in Deutschland ist § 2 TierSchG. Dieser lautet:

*Wer ein Tier hält, betreut oder zu betreuen hat,*

- 1. muss das Tier seiner Art und seinen Bedürfnissen entsprechend angemessen ernähren, pflegen und verhaltensgerecht unterbringen,*
- 2. darf die Möglichkeit des Tieres zu artgemäßer Bewegung nicht so einschränken, dass ihm Schmerzen oder vermeidbare Leiden oder Schäden zugefügt werden,*

---

1 Vgl Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft (BMEL) auf <[https://www.bmel.de/DE/Tier/Tierschutz/\\_texte/Versuchtierrichtline\\_Tierschutzgesetz](https://www.bmel.de/DE/Tier/Tierschutz/_texte/Versuchtierrichtline_Tierschutzgesetz)> (10.12.2019).

2 Die Dissertation wurde in der Schriftenreihe Das Recht der Tiere und der Landwirtschaft als Band 10 veröffentlicht: Felde, Verhaltensgerecht. Tierschutzrelevantes Wissen in Gesetzgebung, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess (2019).

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 Schlachtier- 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.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup>

Darüber hinaus ist Art 5 Abs 1 lit b der VO (EU) 2017/625<sup>3</sup> 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.*«<sup>4</sup>

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 hA<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup>

## 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.<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> Die **Vorgesetzteneigenschaft** wird dabei sowohl durch die **Dienstaufsichtsbefugnis** als auch durch die **Fachaufsichtsbefugnis** begründet.<sup>9</sup>

### Beispiel:

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

- Gesetzgebung und Vollziehung ist Bundessache

6 Siehe dazu etwa *Raschauer*, Verwaltungsrecht<sup>5</sup> Rz 357 ff mwN.

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

8 Vgl *Hauer*, Staats- und Verwaltungshandeln<sup>5</sup> 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 Tierschutzgesetz<sup>10</sup>

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.<sup>11</sup> 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](http://www.tierschutzombudsstelle.steiermark.at/cms/dokumente/11271191_50074656/f9e11c22/Tierschutzgesetz%20ab%202005.pdf)> (abgerufen am 3.10.2018).

11 Instruktiv *Raschauer*, Verwaltungsrecht<sup>5</sup> 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.<sup>12</sup> Die **Weisungsbindung** des Art 20 Abs 1 B-VG stellt eine organisationsrechtliche und keine dienstrechtliche Vorschrift dar.<sup>13</sup> Sie gilt grundsätzlich auch gegenüber Organen, die in keinem Dienstverhältnis stehen<sup>14</sup> (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.<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup> Zum

---

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

12 Vgl *Raschauer*, Verwaltungsrecht<sup>5</sup> Rz 936.

13 Siehe *Raschauer*, Verwaltungsrecht<sup>5</sup> 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*, Verwaltungsrecht<sup>5</sup> Rz 357 ff mwN und VwGH 15.9.2004, 2001/09/0023.

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

Gerade im Lebensmittelsicherheitsrecht und Tiertransportrecht werden Anweisungen an untergeordnete Organe oft in Form von »Erlässen« kundgetan.<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup> Die Abgrenzung zu – außenwirksamen – Rechtsverordnungen iSd § 18 Abs 2 B-VG iVm § 139 B-VG kann freilich im Einzelfall schwierig sein.<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup>

#### 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 LReg<sup>22</sup> und idR bei den Amtstierärzten der BezVBeh der Fall, die zB hinsichtlich des Veterinärwesens organisatorisch Landesorgane, aber funktionell Bundesorgane<sup>23</sup> darstellen.

18 Siehe zB die Erlässe zur Schlacht tier- und Fleischuntersuchung und zu Hygienekontrollen: <[https://www.verbrauchergesundheit.gv.at/be\\_verarbeitung/schlacht tier\\_und\\_fleischuntersuchung\\_hygienekontrollen/ueb.html](https://www.verbrauchergesundheit.gv.at/be_verarbeitung/schlacht tier_und_fleischuntersuchung_hygienekontrollen/ueb.html)>, abgerufen am 3.10.2018.

19 Siehe dazu nur *Hauer*, Staats- und Verwaltungshandeln<sup>5</sup> Rz 204.

20 Vgl *Hauer*, Staats- und Verwaltungshandeln<sup>5</sup> Rz 208.

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

22 Siehe *Raschauer*, Verwaltungsrecht<sup>5</sup> 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](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.<sup>24</sup>

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

Beim nichtamtlichen Sachverständigen gem § 52 Abs 2 AVG verneint die hA<sup>25</sup> – 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 TierärzteG<sup>26</sup> (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*, Verwaltungsverfahrensrecht<sup>4</sup> Rz 406; *Walzel von Wiesentreu* in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Sachverständigenrecht<sup>2</sup> 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*, Verfassungsrecht<sup>3</sup> 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.<sup>27</sup> 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.<sup>28</sup>

**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 Materialien<sup>29</sup> (*»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.<sup>30</sup> 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**.<sup>31</sup> 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.<sup>32</sup>

## 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 hA<sup>33</sup> 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.<sup>34</sup> 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*, Sachverständigenrecht<sup>2</sup> Rz 2.015 mwN.

34 Vgl nur *Aichinger* in *Leukauf/Steiniger*, StGB<sup>4</sup> § 302 Rz 37, 40.

**menschlichen Genuss tauglich erklärt wird.**<sup>35</sup> 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).<sup>36</sup>

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.<sup>37</sup>

In Hinblick auf Tierärzte ist darüber hinaus ua auch an Weisungen zu denken, deren Befolgung zu einem **Verstoß gegen § 222 StGB (Tierquälerei)**<sup>38</sup> 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)<sup>39</sup> 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.<sup>40</sup> 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 qualvollen Zustand aussetzt.« (3) Ebenso ist zu bestrafen, wer ein Wirbeltier mutwillig tötet.«

39 Siehe nur *Philipp* in *Höpfel/Ratz*, WK<sup>2</sup> 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 Erfolgs<sup>41</sup> lässt sich ua aus dem Tierschutzgesetz bzw dem TTG 2007 ableiten.<sup>42</sup> § 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 L<sup>43</sup> 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 Freizeit<sup>44</sup>) wohl auch aus § 21 Tierärztesgesetz ableiten, der eine (freilich im Vergleich zum Humanmediziner eingeschränkere, 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*, WK<sup>2</sup> 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*, WK<sup>2</sup> 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 Rspr<sup>45</sup> 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*«. <sup>46</sup> Entsprechendes soll nach dem VwGH auch in Ansehung der Prüfung einer Weisung auf »Willkürlichkeit« gelten. <sup>47</sup>

#### Beispiel:

Verlegung des Dienstzimmers eines Arztes kann willkürlich sein<sup>48</sup>

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.<sup>49</sup>

#### Beispiel:

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

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.<sup>51</sup> 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*, Verfassungsrecht<sup>4</sup> 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 VwGH<sup>52</sup> 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.<sup>53</sup> 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.<sup>54</sup> 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.<sup>55</sup>

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.<sup>56</sup>

## 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 Instruktiv 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.<sup>57</sup> 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,<sup>58</sup> 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.<sup>59</sup> 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, Verwaltungsverfahrenrecht<sup>5</sup>, 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*<sup>60</sup> 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.<sup>61</sup> 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.<sup>62</sup> 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*, Sachverständigenrecht<sup>2</sup> 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*, Sachverständigenrecht<sup>2</sup> Rz 2.022).

62 *Walzel von Wiesentreu* in *Attlmayr/Walzel von Wiesentreu*, Sachverständigenrecht<sup>2</sup> 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.<sup>63</sup> 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.<sup>64</sup> Es kommt nach den Mat<sup>65</sup> zu § 288 StGB aber nicht darauf an ob, der SV (anders als

---

63 Vgl nur Plöchl/Seidl in Höpfel/Ratz, WK<sup>3</sup> StGB § 288 Rz 18.

64 Plöchl/Seidl in Höpfel/Ratz, WK<sup>3</sup> 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 Mat<sup>66</sup> 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.<sup>67</sup> Beim Gutachten greift hingegen nach hA<sup>68</sup> 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.<sup>69</sup> 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.<sup>70</sup>

### C. Grenzen der fachlichen Weisungsfreiheit?

Vor einer Weisungserteilung geschützt ist dementsprechend im Wesentlichen der eigentliche Prozess Gutachtenserstattung.<sup>71</sup> 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, WK<sup>2</sup> 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, StGB<sup>4</sup> § 288 Rz 13.

69 Vgl Plöchl/Seidl in Höpfel/Ratz, WK<sup>2</sup> 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, Sachverständigenrecht<sup>2</sup> 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.<sup>72</sup>

Nach uE zutr Ansicht der L<sup>73</sup> 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 *Attlmayer/Walzel von Wiesentreu*, Sachverständigenrecht<sup>2</sup> Rz 2.023.

**Beispiel:**

Ein ASV hat aufgrund anderer ihm auftragener Dienstverpflichtungen zu wenig Zeit für das Gutachten; dem ASV werden notwendige Ressourcen<sup>74</sup> zur Gutachtenerstellung verwehrt etc.<sup>75</sup>

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 Sachverstand, 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 hA<sup>76</sup> 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-

---

<sup>76</sup> Siehe ua *Stangl/Kainz*, Kommentar FIUR § 4 FLUG 39 und – mit abweichender Begründung, aber gleichem Ergebnis – *Muhr*, Fleischuntersuchungsorgane, ÖJZ 1991, 771 ff 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.<sup>77</sup> 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 Gutachtens<sup>78</sup> 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](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 es einer Grobprüfung keine Willkürlichkeit vorliegen.

## C. Aufgaben nach dem Tierschutzgesetz

### Sachverhalt:<sup>79</sup>

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.<sup>80</sup> 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 »Nahelegen«, 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.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> 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](mailto:julius.ecker@jku.at)

Diskussionsbeitrag

# Genshere & Co: GVO und keine Mutageneseausnahme!

Anmerkungen zu EuGH 25.7.2018, C-528/16

ANGELIKA GÖTZL

DOI: 10.25598/tirup/2019-3

## Inhaltsübersicht:

I.	Einführung .....	55
II.	Rechtlicher Rahmen .....	57
	A. Primärrecht .....	58
	B. Sekundärrecht .....	58
	1. RL 2001/18/EG, GVO, Mutageneseausnahme .....	58
	2. Sortenkatalog, GVO, Harmonisierung .....	59
	C. Nationales Recht .....	60
III.	Sind durch gezielte Mutagenese gewonnene Organismen GVO iSd RL 2001/18/EG? .....	60
IV.	Anwendungsbereich der Mutageneseausnahme .....	62
V.	Gemeinsamer Sortenkatalog, Mutageneseausnahme, Harmonisierung oder Ermessen der Mitgliedstaaten .....	65
VI.	Würdigung .....	67
VII.	Wirkung, Befürchtungen, Erwartungen .....	70
VIII.	Exkurs: »gene editing« bei Tier und Mensch .....	74
IX.	Gesamtkontext – Resumé .....	77

**Abstract:** In seinem Urteil C-528/16 beantwortet der EuGH die im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens des Conseil d'État (Staatsrat, Frankreich) an ihn gerichteten Fragen zur Auslegung der Art 2, 3 sowie der Anhänge I A und I B der RL 2001/18/EG (FreisetzungsRL) sowie der RL 2002/53/EG und klärt dadurch, ob Organismen, welche mit den neuen Verfahren der gezielten Mutagenese hergestellt wurden, gentechnisch veränderte Organismen (GVO) darstellen. Im gegen-

ständlichen Urteil klärt der EuGH auch, ob Organismen, welche durch Verfahren der gezielten Mutagenese erzeugt wurden, den Verpflichtungen der obgenannten Richtlinien unterliegen, oder ob der Unionsgesetzgeber sämtliche Verfahren der Mutagenese von RL 2001/18/EG und/oder der RL 2002/53/EG ausnehmen wollte. Der EuGH stellt zudem fest, dass es hinsichtlich jener GVO, welche durch die Mutageneseausnahme vom Anwendungsbereich der RL 2001/18/EG gegebenenfalls auch der RL 2002/53/EG ausgenommen sind, im Ermessen der Mitgliedstaaten liegt, für diese Organismen Regelungen zu erlassen und diesen Richtlinien entsprechende oder auch andere Verpflichtungen vorzusehen, oder ob dieser Bereich als harmonisiert zu sehen ist. Würden mit Verfahren der gezielten Mutagenese entwickelte Organismen nicht dem Regime der gegenständlichen Richtlinien unterliegen und würde gleichzeitig eine vollständige Harmonisierung in diesem Bereich des Unionsrechtes bestehen, würde kein Ermessen der Mitgliedstaaten bestehen, für das Inverkehrbringen und die Freisetzung dieser Organismen Verpflichtungen vorzusehen. Unter dieser Voraussetzung könnte jedermann nach Belieben und ohne Genehmigungs- und Zulassungsverfahren, (Umwelt-)Verträglichkeitsprüfung und/oder Kennzeichnungspflicht mit den neuen Verfahren der gezielten Mutagenese entwickelte Organismen in Verkehr bringen und freisetzen.

Dieses Urteil gewährleistet va aber auch ein hohes Schutzniveau in Hinblick auf den nationalen und den europäischen Arten- und Lebensraumschutz: Durch Verfahren der gezielten Mutagenese entwickelte Organismen unterliegen dem Genehmigungs- und Zulassungsregime der RL 2001/18/EG sowie der RL 2002/53/EG. Vor beabsichtigten Freisetzungen der entwickelten GVO, Pflanzenarten sowie Saatgut wären daher die Auswirkungen auf die Umwelt durch eine (Umwelt-)Verträglichkeitsprüfung zu prüfen und Maßnahmen vorzuschreiben, um Auswirkungen auf Natur und Umwelt durch genetische »Verunreinigungen«, wie zB die Ausbreitung von Resistenzen in der Natur, zu vermeiden. Dies hätte gravierende Auswirkungen auf die Flora und Fauna sowie Lebensräume und deren Lebensgemeinschaften. ISd Tierschutzes und aus ethischer Sicht kritisch zu beleuchten ist die Entwicklung von landwirtschaftlichen Nutztieren zur weiteren Steigerung der Fleischleistung, welche nur durch chirurgischen Eingriff geboren werden können und deren Lebenserwartung so gering ist, dass sie die Fortpflanzungsfähigkeit nicht erreichen.

Der Unionsgesetzgeber trifft mit diesem Urteil daher eine richtungweisende Klarstellung und legt die betreffenden Normen stimmig dem Wortlaut beider Richtlinien und dem in diesen verankerten Grundsatz der Vorsorge entsprechend aus und bestätigt dadurch auch den Willen der Mehrheit der Mitgliedstaaten, der Bevölkerung, NGOs und der verbrauchernahen Wirtschaft.

**Rechtsquellen:** RL 2001/18/EG Art 2, 3; RL 2002/53/EG Art 4; RL 2015/412/EU.

**Schlagworte:** Crispr/Cas9; Genschere; GVO; Mutagenese; Organismus, gentechnisch veränderter; Sortenkatalog, Harmonisierung.

## I. Einführung

Ein französischer Landwirtschaftsverband, die Confédération paysanne, sowie acht weitere im Zuge dieses Verfahrens beigetretene Vereine<sup>1</sup> (Kläger) beantragten beim Premier ministre (Premierminister), Art D 531-2 des Code de l'environnement (Umweltgesetzbuch) aufzuheben und den Anbau und die Vermarktung herbizidtoleranter Rapssorten zu untersagen.

Die Kläger führten an, dass sich die Mutagenese-Verfahren<sup>2</sup> weiterentwickelt hätten. Zum Zeitpunkt des Erlasses der RL 2001/18/EG wurden lediglich Verfahren der **In-vivo-Zufallsmutagenese** mittels ionisierender Strahlung oder chemischer Mutagene standardmäßig angewendet, nun aber würden Verfahren der **In-vitro-Zufallsmutagenese**<sup>3</sup> sowie der **gezielten Mutagenese**<sup>4</sup> angewendet werden, welche mit erheblich höheren Risiken für die Umwelt und die Gesundheit von Menschen verbunden wären – sie würde zu einer Akkumulation von

1 Schlussanträge des Generalanwaltes *Bobek* vom 18.1.2018, Vorabentscheidungsersuchen des Conseil d'État, Frankreich, ECLI:EU:C:2018:20, FN 5.

2 Durch Verfahren der Mutagenese wird das Genom verändert, ohne Fremd-DNA einzufügen. Als Transgenese werden Verfahren bezeichnet, mittels derer Fremd-DNA in das Genom eingeführt wird.

3 Diese Verfahren waren zum Zeitpunkt des Erlasses der RL 2001/18/EG bereits entwickelt.

4 ZB Crispr/Cas9, in der öffentlichen Diskussion mit dem Schlagwort »Genschere«, »gene editing« bezeichnet, vgl Schlussanträge GA *Bobek*, Rn 21 (oligonucleotide-directed mutagenesis, ODM; site-directed nucleases, SDN).

kanzerogenen und/oder hormonaktiven Substanzen führen und die Gefahr der Wirkung unerwünschter und nicht vorhersagbarer Mutationen<sup>5</sup> in anderen Teilen des Genoms mit sich bringen.<sup>6</sup>

Durch Verfahren der Mutagenese konnten zum Zeitpunkt der Klage Pflanzen gewonnen werden, die gegen selektive Herbizide tolerant sind.<sup>7</sup> In den gemeinsamen Sortenkatalog für landwirtschaftliche Pflanzenarten wurden bis dahin lediglich durch In-vitro-Zufallsmutagenese entstandene herbizidresistente Sorten aufgenommen, aber noch keine Saatgutsorten, die durch Verfahren der gezielten Mutagenese erzeugt wurden.<sup>8</sup>

Im vorliegenden Fall beantragten die Kläger zunächst beim Premierminister, den Anbau und die Vermarktung einer mittels gezielter Mutagenese erzeugten herbizidresistenten Rapsorte zu untersagen. Nachdem der Antrag durch den Premierminister nicht beantwortet wurde und als abgelehnt galt, beantragten die Kläger beim Conseil d'État (Staatsrat), die Entscheidung des Premierministers aufzuheben und Maßnahmen zu ergreifen, um ein Moratorium für herbizidtolerante Pflanzen einzuführen.

Das Conseil d'État ersuchte daher um Vorabentscheidung folgender Fragen (sinngemäß):

- ▷ Sind durch Mutagenese gewonnene Organismen GVO iSv Art 2 Z 2 RL 2001/18/EG<sup>9</sup>?
- ▷ Können Verfahren der Mutagenese, insb jene der gezielten Mutagenese, als Verfahren gemäß Art 2 Z 2 iZm Anhang I A leg cit umfasste Verfahren, bei deren Anwendung es zu genetischen Veränderungen kommt, angesehen werden?

<sup>5</sup> Off-target-Mutationen.

<sup>6</sup> Dies nicht etwa wie bei *Kahrmann/Leggewie*, Gentechnikrechtliches Grundsatzurteil des EuGH und die Folgefragen für das deutsche Recht, NuR 2018, 761 f dargestellt, weil die neuen Verfahren der gezielten Mutagenese sicherer im Vergleich zu jenen der Zufallsmutagenese seien, sondern ganz im Gegenteil, weil die Kläger ein erheblich höheres Risiko in den durch die Verfahren der gezielten Mutagenese entwickelten Organismen sahen.

<sup>7</sup> Sorten, die gegen ein nicht selektives Herbizid (zB Glyphosat) tolerant sind, wurden bis dahin durch Transgenese erzeugt.

<sup>8</sup> Schlussanträge GA Bobek, Rn 25.

<sup>9</sup> RL 2001/18/EG vom 12.3.2001 des EP und des Rates über die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt und zur Aufhebung der RL 90/220/EWG des Rates, ABl L 2001/106, 1.

- ▷ Sind Art 2, 3 und die Anhänge I A, I B RL 2001/18/EG dahingehend auszulegen, dass sie sämtliche durch Mutagenese gewonnenen Organismen hinsichtlich der Verpflichtungen der RL 2001/18/EG, insb der Maßnahmen der Vorsorge, Verträglichkeitsprüfung und Rückverfolgbarkeit, ausnehmen, oder nur diejenigen Organismen, welche mit den vor Erlass der RL 2001/18/EG bestehenden herkömmlich verwendeten Methoden der Zufallsmutagenese mittels ionisierender Strahlung oder chemischer Mutagene erzeugt wurden?
- ▷ Stellen durch Mutagenese veränderte Sorten genetisch veränderte Sorten iSd RL 2002/53/EG<sup>10</sup> dar, welche nicht von den Verpflichtungen dieser Richtlinie ausgenommen sind, oder entspricht der Anwendungsbereich jenem von Art 2, 3 und der Anhänge I A, I B RL 2001/18/EG?
- ▷ Besteht für die Mitgliedstaaten ein Ermessen in der Umsetzung der Verpflichtungen für Organismen, welche durch gezielte Mutagenese hergestellt werden – sollten diese durch die Art 3 iZm Anhang I B RL 2001/18/EG (Mutageneseausnahme) vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen sein – oder ist dieser Bereich als harmonisiert anzusehen?
- ▷ Sind Art 2, 3 und die Anhänge I A, I B RL 2001/18/EG, sofern alle durch Mutagenese gewonnenen Organismen von den Verpflichtungen der RL 2001/18/EG ausgenommen sind und insofern daher keine Maßnahmen der Vorsorge, der Verträglichkeitsprüfung und der Rückverfolgbarkeit vorgesehen sind, mit dem Vorsorgeprinzip gemäß Art 191 Abs 2 AEUV vereinbar?

## II. Rechtlicher Rahmen

Der EuGH beantwortet in diesem Urteil<sup>11</sup> wesentliche und grundsätzliche Fragen iZm den durch Verfahren der Mutagenese gewonnenen Organismen. Es ist daher für alle Mitgliedstaaten der Union richtungweisend und von erheblicher Bedeutung. Im Rahmen dieses Beitrages

---

<sup>10</sup> RL 2002/53/EG vom 13.6.2002 des EP und des Rates über einen gemeinsamen Sortenkatalog für landwirtschaftliche Pflanzenarten, ABl L 2002/193, 1.

<sup>11</sup> EuGH 25.7.2018, C-528/16, Conseil d'État, Frankreich, ECLI:EU:C:2018:583.

wird daher auf die vom vorlegenden Gericht gestellten Fragen, nicht jedoch auf die Übereinstimmung von nationalem (französischem) Recht mit dem Unionsrecht eingegangen.<sup>12</sup>

## A. Primärrecht

Art 191 Abs 2 AEUV normiert, dass die Umweltpolitik der Union auf ein hohes Schutzniveau abzielt und auf den Grundsätzen der Vorsorge und Vorbeugung sowie auf dem Grundsatz, dass Umweltbeeinträchtigungen vorrangig an ihrem Ursprung zu bekämpfen sind, beruht.

## B. Sekundärrecht

### 1. RL 2001/18/EG, GVO, Mutageneseausnahme

Die RL 2001/18/EG regelt die absichtliche Freisetzung in die Umwelt sowie das Inverkehrbringen von GVO. »Entsprechend dem Vorsorgeprinzip<sup>13</sup> ist das Ziel<sup>14</sup> dieser Richtlinie die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten und der Schutz der menschlichen Gesundheit und der Umwelt bei der absichtlichen Freisetzung genetisch veränderter Organismen

- ▷ zu anderen Zwecken als dem Inverkehrbringen in der Gemeinschaft,
- ▷ beim Inverkehrbringen genetisch veränderter Organismen als Produkt oder in Produkten in der Gemeinschaft.«

Art 2 Z 2 *leg cit* definiert GVO als »Organismus mit Ausnahme des Menschen, dessen genetisches Material so verändert worden ist, wie es auf natürliche Weise durch Kreuzen und/oder natürliche Rekombination nicht möglich ist«, und führt zum einen in lit a *iVm* Anhang I A Teil 1 *leg cit* **nicht abschließend** Verfahren an, bei deren Anwendung es zumindest zu genetischer Veränderung kommt (Positivliste)<sup>15</sup>, und zum

---

12 Der Vollständigkeit halber sind die betreffenden Normen des französischen Umweltgesetzbuches aber in Kapitel II C auszugsweise angeführt.

13 ErWG 17 sowie 8, 55 RL 2001/18/EG.

14 Art 1 RL 2001/18/EG.

15 Schlussanträge GA *Bobek*, Rn 59, 83.



anderen in lit b iVm Anhang I A Teil 2 leg cit **abschließend** Verfahren, bei denen nicht davon auszugehen ist, dass sie zu einer genetischen Veränderung führen.

RL 2001/18/EG »sollte nicht für Organismen gelten, die mit Techniken zur genetischen Veränderung gewonnen werden, die herkömmlich bei einer Reihe von Anwendungen angewandt wurden und seit langem als sicher gelten.«<sup>16</sup>

Sie gilt nicht für »Organismen, bei denen eine genetische Veränderung durch den Einsatz der in Anhang I B angeführten Verfahren herbeigeführt wurde.«<sup>17</sup> Anhang I B normiert als Voraussetzung dieser Ausnahme, dass »nur solche rekombinanten Nukleinsäuremoleküle oder genetisch veränderten Organismen verwendet [werden], die in einem oder mehreren der folgenden Verfahren bzw. nach einer oder mehreren der folgenden Methoden hervorgegangen sind: 1. Mutagenese ... von Organismen, die mittels herkömmlicher Züchtungstechniken genetisches Material austauschen können« (Mutageneseausnahme).

## 2. Sortenkatalog, GVO, Harmonisierung

Durch die RL 2002/53/EG<sup>18</sup> soll ein gemeinsamer Sortenkatalog für landwirtschaftliche Pflanzenarten sowie Saatgut auf Grundlage nationaler Kataloge aufgestellt werden. Sie normiert »genetisch veränderte Sorten ... dürfen nur zugelassen werden, wenn alle entsprechenden Maßnahmen getroffen wurden, um nachteilige Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit und die Umwelt zu vermeiden«<sup>19</sup> und verweist hinsichtlich der Definition des Begriffes GVO über die RL 90/220/EWG<sup>20</sup> zur RL 2001/18/EG.<sup>21</sup> Die Mitgliedstaaten haben etwaige Risiken iZm der absichtlichen Freisetzung in die Umwelt zu berücksichtigen und die Voraussetzungen zu schaffen, unter denen derartige genetisch veränderte Sorten zugelassen werden.<sup>22</sup>

16 ErWG 17 RL 2001/18/EG, vgl dazu Schlussanträge GA *Bobek*, Rn 92 ff.

17 Art 3 Abs 1 RL 2001/18/EG.

18 RL 2002/53/EG.

19 Art 4 Abs 4 RL 2002/53/EG.

20 RL 90/220/EWG vom 23. 4. 1990 des Rates über die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt, ABL L 90/117, 15.

21 Mittels Übereinstimmungstabelle der RL 2001/18/EG wird von RL 90/220/EWG, der Vorläuferrichtlinie der RL 2001/18/EG, auf Art 2 Z 2 RL 2001/18/EG weiterverwiesen.

22 ErWG 16 RL 2002/53/EG.

### C. Nationales Recht

Der Code de l'environnement (Umweltgesetzbuch) definiert einen GVO als Organismus, dessen genetisches Material auf andere Weise als durch Kreuzen oder natürliche Rekombination verändert worden ist.<sup>23</sup>

Nach Art L 531-2 des Code de l'environnement unterliegen den Bestimmungen des Umweltgesetzbuches, sowie den Art L 125-3 und L 515-13 »genetisch veränderte Organismen nicht, die durch Verfahren, bei denen wegen ihres natürlichen Charakters nicht davon auszugehen ist, dass sie zu einer genetischen Veränderung führen, oder durch herkömmlich verwendete Verfahren, die für die öffentliche Gesundheit und die Umwelt erwiesenermaßen unbedenklich sind, gewonnen wurden.«<sup>24</sup>

Als Verfahren, bei denen nicht davon auszugehen ist, dass sie zu einer genetischen Veränderung führen, sofern sie nicht mit der Verwendung von GVO als Empfänger- oder Elternorganismus einhergehen, nennt das Umweltgesetzbuch »Mutagenese«.<sup>25</sup>

### III. Sind durch gezielte Mutagenese gewonnene Organismen GVO iSd RL 2001/18/EG?

Der Unionsgesetzgeber hat in Art 2 Z 2 lit a iVm Anhang I A Teil 1 RL 2001/18/EG **nicht abschließend jene Verfahren, bei denen es jedenfalls zu genetischen Veränderungen iSd dieser Richtlinie kommt**,<sup>26</sup> sowie in Art 2 Z 2 lit b iVm Anhang I A Teil 2 leg cit **abschließend jene Verfahren, bei welchen nicht davon auszugehen ist, dass sie zu genetischer Veränderung führen, für welche diese Richtlinie gelten soll und die daher nicht dem Regime dieser Richtlinie unterliegen, angeführt**.<sup>27</sup>

---

23 Art L 531-1 Umweltgesetzbuch.

24 Art L 531-2 Umweltgesetzbuch. Vgl auch Art L 125-3 sowie L 515-13, Schlussanträge GA *Bobek*, Rn 21.

25 Art L 531-3 Z 2 lit a Umweltgesetzbuch.

26 Art 2 Z 2 lit a iVm Anhang I A Teil 1 RL 2001/18/EG: »mindestens«, »unter anderem«; EuGH 25.7.2018, C-528/16, Rn 35, Schlussanträge GA *Bobek*, Rn 58 ff.

27 Art 2 Z 2 lit b iVm Anhang I A Teil 2 RL 2001/18/EG; EuGH 25.7.2018, C-528/16, Rn 36.

Das Einfügen von Fremd-DNA ist keine notwendige Voraussetzung dafür, dass es zu genetischen Veränderungen iSv Art 2 Z 2 lit a iVm Anhang I A Teil 1 leg cit kommen kann.<sup>28</sup>

Verfahren der Mutagenese sind in Art 2 Z 2 RL 2001/18/EG nicht genannt. Der Unionsgesetzgeber hat bei Erlass der RL 2001/18/EG keineswegs übersehen, Verfahren der Mutagenese in Art 2 Z 2 leg cit anzuführen,<sup>29</sup> sondern sie vielmehr bewusst und mE zu Recht nicht in Art 2 Z 2 leg cit aufgenommen – in die Positivliste<sup>30</sup> nicht, weil zum Zeitpunkt des Erlasses der RL 2001/18/EG die herkömmlich bei einer Reihe von Anwendungen angewendeten Verfahren, welche daher als sicher galten, jenen der In-vivo-Zufallsmutagenese entsprochen haben, bei etwaiger zukünftiger Entwicklung gegebenenfalls aber auch solche Verfahren der Mutagenese entwickelt werden könnten (und konnten), bei welchen davon auszugehen ist, dass sie zu genetischen Veränderungen führen, für welche die gegenständliche Ausnahme nicht gelten soll – und aus demselben Grund hat er sie auch nicht unter jene Verfahren, bei welchen davon auszugehen ist, dass es zu keiner der Richtlinie genügenden genetischen Veränderung kommt, aufgenommen. Es ist nicht davon auszugehen, dass der Unionsgesetzgeber Verfahren der Mutagenese nicht in Art 2 Z 2 aufgenommen hat, weil er diese ohnehin in ihrer Gesamtheit ausnehmen wollte – in diesem Fall hätte er sie Art 2 Z 2 lit b iVm Anhang I A Teil 2 unterstellt – und es wäre zudem auch nicht logisch, in Folge eine »Mutagenese-Ausnahme«<sup>31</sup> in die RL 2001/18/EG aufzunehmen, wenn mit Mutagenese veränderte Organismen keine GVO wären.<sup>32</sup>

Mit Verfahren der Mutagenese erzeugte Organismen sind gemäß Art 2 Z 2 RL 2001/18/EG GVO,<sup>33</sup> können allerdings, wie im Folgenden dargestellt, durch Art 3 Abs 1 iVm Anhang I B leg cit vom Geltungsbereich der RL 2001/18/EG und daher von den Verpflichtungen iZm der Freisetzung und des Inverkehrbringens ausgenommen sein.

---

28 EuGH 25.7.2018, C-528/16, Rn 35, »unter anderem«.

29 Schlussanträge GA Bobek, Rn 60 ff.

30 Schlussanträge GA Bobek, Rn 59, 83.

31 Art 3 Abs 1 iVm Anhang I B RL 2001/18/EG.

32 Schlussanträge GA Bobek, Rn 62.

33 EuGH 25.7.2018, C-528/16, Rn 54.

## IV. Anwendungsbereich der Mutageneseausnahme

Der EuGH führt im gegenständlichen Urteil aus, dass die Ausnahme von den gemäß RL 2001/18/EG vorgesehenen Verpflichtungen **eng auszulegen** ist. Es ist dabei zunächst der **Wortlaut** heranzuziehen und es sind auch die **Ziele** der Richtlinie zu berücksichtigen.<sup>34</sup> Der Generalanwalt stellt fest, dass aus dem Wortlaut des Art 3 Abs 1 iVm Anhang I B RL 2001/18/EG nicht eruiert werden kann, welche Verfahren genau der Unionsgesetzgeber von den Verpflichtungen der Richtlinie ausnehmen wollte. Aus dem Wortlaut kann es nur eine (einzige) wesentliche Voraussetzung für die Mutageneseausnahme geben: »dass sie nicht mit dem Einsatz von rekombinanten Nukleinsäuremolekülen oder genetisch veränderten Organismen verbunden sind, die aus anderen als den gemäß Anhang I B ausgeschlossenen Verfahren/Methoden hervorgegangen sind.« Der Unionsgesetzgeber hat zum Zeitpunkt des Erlasses der RL 2001/18/EG also **keine Unterscheidung der Verfahren, aber sehr wohl eine Eingrenzung der Ausnahme(n) vorgenommen**, um künftige technische Entwicklungen zu berücksichtigen. Der Generalanwalt stellt fest, dass der Unionsgesetzgeber daher nicht sämtliche Verfahren der Mutagenese vom Anwendungsbereich der RL 2001/18/EG und deren Verpflichtungen hinsichtlich Freisetzung und Inverkehrbringen ausnehmen wollte, sondern nur jene, die bei Erlass der RL 2001/18/EG entwickelt waren und als sicher galten.<sup>35</sup>

Zu Recht betont der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen, dass der Unionsgesetzgeber formuliert hat, was er meinte (!), und führt aus, dass die Auslegung des Rechts dynamisch sein muss und auf gesellschaftliche wie auch technische Entwicklung reagieren sollte. Das Gericht folgt seinen hervorragenden Ausführungen mE zu Recht in diesem Zusammenhang lediglich hinsichtlich der Überlegungen zur Anwendbarkeit des Vorsorgegrundsatzes zur Auslegung der Mutageneseausnahme nicht, kommt aber zum selben Ergebnis. Es ist mE wohl richtig, dass Art 3 Abs 1 iVm Anhang I B leg cit sich nicht wörtlich auf den 17. Erwägungsgrund beziehen, dass daher der 17. Erwägungsgrund nicht konkret auf die Mutageneseausnahme gerichtet ist und dass diese Erwägungen bereits in der Vorgängerrichtlinie, RL 90/220/EWG,

---

34 EuGH 25.7.2018, C-528/16, Rn 42.

35 Schlussanträge GA Bobek, Rn 107.

formuliert waren. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass der gegenständliche, seit Langem verankerte Grundsatz nicht zur Auslegung der Mutageneseausnahme herangezogen werden sollte – im Gegenteil: Die Mutageneseausnahme muss sich keineswegs auf den 17. Erwägungsgrund beziehen, sondern gerade *vice versa* stellt der darin verankerte **Vorsorgegrundsatz langfristige und daher auch für spätere Normierungen** der RL 2001/18/EG und deren Auslegung **heranzuziehende Leitgedanken dar**. Der Unionsgesetzgeber hat dadurch mE vielmehr eine für die gesamte Richtlinie geltende Grundhaltung ausgedrückt, welche iZm der Mutageneseausnahme des Art 3 Abs 1 iVm Anhang I B zu sehen und sehr wohl bei Auslegung dieser Norm in Erwägung zu ziehen ist. RL 2001/18/EG sollte nicht für Organismen gelten, welche herkömmlich bei einer Reihe von Anwendungen angewandt wurden und seit Langem als sicher gelten.

Bei den Verfahren der Zufallsmutagenese werden zwar Mutationen an nicht vorhersehbaren Stellen im Genom ausgelöst, danach muss allerdings mit jenen Organismen, welche die gewünschten Eigenschaften zeigen, weitergezüchtet werden und dabei müssen die ungewollten Eigenschaften über entsprechend viele Kreuzungsschritte und einen relativ langen Zeitraum rückgekreuzt werden. Bei diesen zum Zeitpunkt des Erlasses der RL 2001/18/EG herkömmlich angewendeten Verfahren der Mutagenese ist daher eine lange Beobachtungszeit gegeben, sodass jedenfalls bei den Verfahren der In-vivo-Zufallsmutagenese die Sicherheit iSd Vorsorgegrundsatzes der RL 2001/18/EG<sup>36</sup> gewährleistet ist.

Seit Erlass der RL 2001/18/EG wurden Verfahren der **In-vitro-Zufallsmutagenese weiterhin angewendet** und neue Mutagenese-Verfahren, wie jene der **gezielten Mutagenese entwickelt**. Im Unterschied zu den Verfahren der Zufallsmutagenese lassen sich mit jenen der gezielten Mutagenese sehr präzise Mutationen in bestimmten Genen herbeiführen. Es lässt sich das Genom also zielgerichtet an bestimmten und gewünschten Stellen verändern. Dennoch treten aber nicht selten auch an unvorhergesehenen Stellen des Genoms ungewollte Mutationen auf.<sup>37</sup> Die Verfahren der gezielten Mutagenese sind also nicht

---

36 ErWG 17 RL 2001/18/EG.

37 Off-target-Mutationen zB aufgrund ähnlicher DNA-Sequenzen.

so präzise wie häufig dargestellt.<sup>38</sup> Es besteht daher zwar das **Risiko ungewollter (eventuell unerkannter) Off-target-Mutationen** – die mit den Verfahren der Zufallsmutagenese einhergehende **Notwendigkeit der Rückkreuzung ungewollter Eigenschaften besteht hingegen nicht jedenfalls**. Der Zeitraum der weiteren »Beobachtungsmöglichkeit« von durch diese Verfahren hergestellten Organismen ist, verglichen mit den Verfahren der Zufallsmutagenese, daher äußerst »überschaubar« und beschränkt sich gegebenenfalls lediglich auf den Zeitraum des Weiterkreuzens der erzeugten GVO zum Zweck der Sortenherstellung durch die Züchter. Jene GVO, welche mit Verfahren der gezielten Mutagenese entwickelt wurden, im Unterschied zu jenen der In-vivo-Zufallsmutagenese, welche zum Zeitpunkt des Erlasses der RL 2001/18/EG herkömmlich bei einer Reihe von Anwendungen angewendet wurden und [damals] seit Langem als sicher galten, tragen daher ein entscheidendes Risiko: gezielte und schnelle Entwicklung und äußerst kurze Zeit zur Beobachtung der Ergebnisse im Rahmen der weiteren Arbeit der Züchter bei der Sortenherstellung. Gerade diese Geschwindigkeit, was ihre Herstellung anbelangt, gepaart mit dem unvorhersehbaren Auftreten ungewollter Mutationen, erhöhen das von durch Verfahren der gezielten Mutagenese erzeugten GVO ausgehende Risiko erheblich.<sup>39</sup> Die **neuen Verfahren der gezielten Mutagenese** sind daher hinsichtlich der Umsetzung der gewollten und erwarteten Veränderung des Genoms und, was die **Herstellung von GVO** anbelangt, **höchst effizient, bergen aber**, obwohl keine Fremd-DNA in das Genom eingeführt wird, wohl dennoch ein **erheblich höheres Risiko** für die Bevölkerung und die Umwelt, als der Unionsgesetzgeber in seinen Erwägungen zu jenen GVO, für welche die RL 2001/18/EG nicht gelten sollte, nämlich jenen, »welche herkömmlich bei einer Reihe von Anwendungen angewandt wurden und seit langem als sicher gelten«, ausnehmen wollte. Dies war bei Erlass der RL 2001/18/EG für die standardmäßig angewendeten Verfahren der In-vivo-Zufallsmutagenese sicherlich zutreffend und für diese war die Mutageneseausnahme vorgesehen.<sup>40</sup>

38 *Scobel*, Die neue grüne Genetik, Die neue grüne Genetik, 3sat Mediathek (Grüne Genetik), 7.4.2016, <<http://www.3sat.de/mediathek/?mode=play&obj=58185>> (Abfragedatum 9.1.2019).

39 EuGH 25.7.2018, C-528/16, Rn 48.

40 ErWG 17, Art 3 Abs 1 iVm Anhang I B RL 2001/18/EG.

Durch die seit Erlass der RL 2001/18/EG entwickelten neuen Verfahren der gezielten Mutagenese ist die Veränderung des genetischen Materials eines Organismus möglich, welche die gleiche Wirkung wie durch Einführung eines fremden Gens in Form der Transgenese haben kann.<sup>41</sup> Die **Erzeugung beabsichtigter genetischer Veränderung** in den GVO ist mit **höherer Geschwindigkeit und in größerem Ausmaß möglich als bei Verfahren der Zufallsmutagenese**. Das mit den neuen Verfahren verbundene Risiko<sup>42</sup> entspricht daher jenem der Transgenese und nicht jenem der In-vivo-Zufallsmutagenese, welches der Unionsgesetzgeber durch den Vorsorgegrundsatz in seinen Erwägungen ausdrückt.<sup>43</sup>

Es sind daher nur jene Organismen vom Anwendungsbereich und den Verpflichtungen der RL 2001/18/EG ausgenommen, welche durch Verfahren der Mutagenese erzeugt wurden, die herkömmlich bei einer Reihe von Anwendungen angewandt wurden und seit Langem als sicher gelten, nicht jedoch jene der gezielten Mutagenese.<sup>44</sup>

## V. Gemeinsamer Sortenkatalog, Mutageneseausnahme, Harmonisierung oder Ermessen der Mitgliedstaaten

Die RL 2002/53/EG regelt die Zulassung bestimmter landwirtschaftlicher Arten zu einem gemeinsamen Sortenkatalog, dessen landwirtschaftliche Pflanzenarten und Saatgut gewerbsmäßig in Verkehr gebracht werden dürfen.<sup>45</sup> Zur Definition von gentechnisch veränderten Sorten verweist Art 4 Abs 4 leg cit auf die RL 2001/18/EG.<sup>46</sup> Sorten, welche

---

41 EuGH 25.7.2018, C-528/16, Rn 48.

42 Materielle Kriterien; basierend auf einer möglichst umfassenden, dem aktuellen Stand der Wissenschaft entsprechenden Risikobewertung.

43 ErWG 17 sowie 8, 55 RL 2001/18/EG.

44 Der EuGH folgte in seiner Auslegung insofern den Schlussanträgen des Generalanwaltes nicht, als er nicht wie dieser auf den Zeitpunkt des Erlasses der RL 2001/18/EG abstellt. Dies ermöglicht die Ausnahme auch anderer Mutagenese-Verfahren als jene der Zufallsmutagenese, wenn auch diese nachweislich dem Vorsorgeprinzip genügen.

45 Art 1 Abs 1 RL 2002/53/EG.

46 Art 4 Abs 4 RL 2002/53/EG verweist auf Art 2 RL 90/220/EWG, nach deren Aufhebung durch die RL 2001/18/EG ist gemäß Übereinstimmungstabelle des An-

mit Verfahren/Methoden der Mutagenese hergestellt wurden, stellen daher genetisch veränderte Sorten dar.

Die RL 2002/53/EG normiert keine der Mutageneseausnahme der RL 2001/18/EG entsprechende Norm.<sup>47</sup> Der EuGH erläutert, dass es aber nicht stimmig wäre, für jene GVO, welche gemäß der RL 2001/18/EG ausgenommen sind, gemäß der RL 2002/53/EG Verpflichtungen vorzuschreiben. Zudem ist die RL 2002/53/EG hinsichtlich der Mutageneseausnahme als *lex specialis* zur RL 2001/18/EG zu sehen,<sup>48</sup> sodass diese iSd RL 2001/18/EG auszulegen ist.

Mit Verfahren/Methoden der Mutagenese erzeugte Pflanzenarten sowie Saatgut sind daher jedenfalls genetisch verändert<sup>49</sup> und mit Ausnahme jener, welche herkömmlich bei einer Reihe von Anwendungen angewandt wurden und seit Langem als sicher gelten, von den Verpflichtungen der RL 2002/53/EG umfasst.

Bezüglich der Verpflichtung zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung gemäß Art 7 Abs 4 lit a RL 2002/53/EG stellt der EuGH zunächst fest, dass bei jenen genetisch veränderten Organismen, welche nach der RL 2001/18/EG zugelassen sind, davon auszugehen ist, dass alle erforderlichen Maßnahmen getroffen wurden, um nachteilige Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit und die Umwelt iSv Art 4 Abs 4 der RL 2002/53/EG zu vermeiden. Die Verweisung des Art 4 Abs 4 RL 2002/53/EG auf die RL 2001/18/EG ist daher ebenso hinsichtlich der Verpflichtung zur Umweltverträglichkeitsprüfung gemäß Art 7 Abs 4 *leg cit* heranzuziehen.

Da der Unionsgesetzgeber für jene gentechnisch veränderten Organismen, Pflanzenarten sowie Saatgut, welche von der Mutageneseausnahme umfasst und daher (auch) von den Verpflichtungen der RL 2002/53/EG ausgenommen sind,<sup>50</sup> keine Regelungen getroffen hat, liegt es, soweit andere primärrechtliche Verpflichtungen, insb jene von Art 34 und 36 AEUV<sup>51</sup> nicht berührt werden, im Ermessen der Mitglied-

---

hang VIII RL 2001/18/EG der Verweis auf Art 2 Z 1 und 2 RL 2001/18/EG zu verstehen.

47 Schlussanträge GA *Bobek*, Rn 156.

48 Schlussanträge GA *Bobek*, Rn 163.

49 Art 4 Abs 4 RL 2002/53/EG.

50 Auslegung von Art 4 Abs 4 RL 2002/53/EG iSv Art 3 Abs 1 Anhang I sowie ErWG 17 RL 2001/18/EG: Verfahren der Mutagenese, welche herkömmlich bei einer Reihe von Anwendungen angewendet wurden und seit Langem als sicher gelten.

51 Vgl dazu auch ErWG 5 RL 2015/412/EU.



staaten, für diese GVO, Sorten sowie Saatgut, dennoch die Verpflichtungen der gegenständlichen Richtlinie oder andere Verpflichtungen vorzuschreiben.<sup>52</sup>

## VI. Würdigung

In diesem zukunfts- und richtungsweisenden Urteil entscheidet der EuGH mE nicht nur völlig stimmig und harmonisierend iSd gegenständlichen Sekundärrechtsakte, er bleibt gleichzeitig dem Vorsorgegrundsatz treu, ohne dadurch Forschung und Entwicklung einzuschränken.

Der Unionsgesetzgeber zieht mE völlig zu Recht in seinen Ausführungen hinsichtlich der Frage, ob es sich bei durch die Verfahren der gezielten Mutagenese erzeugten Organismen um GVO handelt oder nicht, **die zur Herstellung verwendeten Verfahren zur Bewertung der Sicherheit und des von durch diese Verfahren erzeugten Organismen ausgehenden Risikopotenzials** für die menschliche Gesundheit und die Umwelt heran<sup>53</sup> und stellt im gegenständlichen Urteil klar, dass

- 
- 52 EuGH 25.7.2018, C-528/16, Rn 80 sowie *Bernert*, Neues um die »biotechnologische Zwangsernährung« *Juridikum* 2004, 101 f.
- 53 Konträr dazu die produktbasierte Risikobewertung in den USA; vgl EuGH 25.7.2018, C-528/16, Rn 80; *Kahrmann/Leggewie*, Grundsatzurteil, NuR 2018, 762; Anmerkung zu den Ausführungen *Reiter*, GVO, RdU 2018, 210: Durch die allgemeine Formulierung der »gezielten Mutagenese« bestünde weiterhin Rechtsunsicherheit, weil nicht geklärt wurde, welche Verfahren genau gemeint sind, und der Annahme, Verfahren der In-vivo-Zufallsmutagenese würden ein höheres Risiko beinhalten, da bei diesen Mutationen an nicht zuvor bestimmbar Stellen im Genom ausgelöst werden, ist entgegenzuhalten, dass das Urteil sehr klar ausspricht, dass am Verfahren die Risikobewertung vorzunehmen ist und jene Verfahren, durch welche mit entsprechender Geschwindigkeit gezielt GVO erzeugt werden können, dem Regime der RL 2001/18/EG unterstellt sind. ME beruht das Risiko dieser Verfahren nicht lediglich darauf, dass die Verfahren selbst noch nicht herkömmlich über eine Reihe von Anwendungen angewendet wurden und sie daher noch nicht als sicher iSd Vorsorgegrundsatzes eingestuft werden können – es besteht vielmehr auch dadurch, dass anschließend an die Entwicklung des gewünschten GVO ungewollte Eigenschaften nicht, wie bei der Entwicklung mittels In-vivo-Zufallsmutagenese rückgekreuzt werden müssen, wodurch die Zeitspanne der weiteren Beobachtung fehlt und nicht abgesichert ist, dass keine Off-target-Mutationen vorliegen. Durch die gezielte Mutagenese scheint zwar eine höhere Sicherheit gegeben, da Mutationen nicht an nicht bestimmbar Stellen im Genom auftreten (sollten!) – de facto ist dies aber eine Scheinsicherheit, weil es regelmäßig

durch Verfahren der Mutagenese entwickelte Organismen GVO iSd RL 2001/18/EG darstellen. Hinsichtlich der Mutageneseausnahme ist eine **differenzierte Betrachtung der Verfahren der Mutagenese** vorzunehmen. Das von jenen GVO, Pflanzenarten und Saatgut, welche durch die Verfahren der gezielten Mutagenese erzeugt werden, ausgehende Risikopotenzial entspricht jenem der durch Transgenese hergestellten. Für sie gilt daher das Regime der RL 2001/18/EG und auch jenes der RL 2002/53/EG. Die RL 2002/53/EG ist im Kontext zu den Normierungen in der RL 2001/18/EG zu sehen. Sie können daher nicht von jedermann beliebig angebaut und freigesetzt werden,<sup>54</sup> sondern unterliegen dem in diesen Normen festgelegten Zulassungs- und Genehmigungsregime, einer Verträglichkeitsprüfung, der Kennzeichnungspflicht ua.

Durch die **verfahrensbasierte Perspektive** und die Klarstellung, dass **das von mit Verfahren der gezielten Mutagenese erzeugten Organismen ausgehende Risiko als gleichwertig zu jenem der durch Transgenese erzeugten GVO zu sehen** ist, gewährleistet dieses Urteil einen, dem Vorsorgeprinzip und dem geltenden rechtlichen Rahmen entsprechenden, hohen Schutz der menschlichen Gesundheit und der Umwelt. Dem Argument von Befürwortern einer produktbasierten Auslegung, manche durch gezielte Mutagenese entwickelte Produkte würden auch durch Züchtung erzeugt werden können – dies insofern als keine Fremd-DNA eingefügt wird – sodass bei diesen durch gezielte Mutagenese hergestellten Organismen keine genetische Veränderung, welche nicht eventuell auch durch Züchtung entstehen könnte, erkennbar ist – ist entgegenzuhalten, dass die Sicherheit von gezüchteten Organismen über einen langen Zeitraum sowie bei jedem entwickelten Organismus, dh im Einzelfall durch an die Mutagenese nachfolgende Züchtungs-/Rückkreuzungsschritten nachgewiesen wurde und wird. Bei mit Verfahren der gezielten Mutagenese entwickelten Organismen wird hingegen jeder einzelne erzeugte Organismus schnell entwickelt

---

zu Off-target-Mutationen kommt und diese durch die vermeintlich nicht notwendige Beobachtungszeit danach unerkannt bleiben können, wohingegen bei den mit Verfahren der In-vivo-Zufallsmutagenese hergestellten Organismen im Anschluss an das Mutagenese-Verfahren das Rückkreuzen der ungewollten Eigenschaften erforderlich ist und dieser Züchtungsprozess einen langen Zeitraum der Beobachtung der hergestellten Organismen gewährleistet, wodurch de facto eine höhere Sicherheit dieser Produkte gegeben ist.

54 EuGH 25.7.2018, C-528/16, Rn 80; vgl auch ErWG 8, 11, 13 sowie Art 1 und 2 RL 2004/35/EG vom 21.4.2004 des EP und des Rates über Umwelthaftung zur Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden, ABl L 2004/143, 56.

und Off-target-Mutationen müssen nicht zu Tage treten, weil durch diese gezielte Entwicklung eine Beobachtungszeit, wie sie im Falle des nötigen Rückkreuzens von ungewollten Eigenschaften bei den Verfahren der In-vivo-Zufallsmutagenese gegeben ist, in der Regel eben nicht erforderlich ist.<sup>55</sup>

Der EuGH stellt zudem fest, dass für jene GVO, genetisch veränderte Pflanzenarten sowie Saatgut, welche jedoch zB aufgrund der Mutageneseausnahme nicht dem Regime und den Verpflichtungen der RL 2001/18/EG wie auch nicht jenem der RL 2002/53/EG unterliegen, keine Harmonisierung vorliegt, sodass es im Ermessen der Mitgliedstaaten liegt, Verpflichtungen gemäß dieser Richtlinien wie auch andere Verpflichtungen für diese GVO, genetisch veränderte Pflanzenarten sowie Saatgut festzulegen.

Eine andere Beantwortung der durch das vorlegende Gericht an den EuGH gerichteten Fragen hätte weder dem Wortlaut, noch der im Vorsorgegrundsatz verankerten Intention des Unionsgesetzgebers bei Erlass der RL 2001/18/EG und auch nicht dem tatsächlich gegebenen im Verfahren zur Herstellung grundgelegten Risikopotenzial für die menschliche Gesundheit und die Umwelt entsprochen. Sie wäre auch nicht iSd Mehrheit der Mitgliedstaaten und im Interesse ihrer Bevölkerung gewesen<sup>56</sup> und sie wäre hinsichtlich der Risikobewertung als geradezu leichtsinnig zu bezeichnen gewesen und würde daher nicht nur den Zielen beider gegenständlichen Richtlinien, nämlich dem Schutz der menschlichen Gesundheit und der Umwelt, sondern auch jenem der Natur, der Lebensräume und der Arten<sup>57</sup> entgegenstehen.<sup>58</sup> Kritik an der Bewertung des Risikopotenzials von Verfahren der gezielten Mutagenese,<sup>59</sup> welches der EuGH jenem der Transgenese vergleichbar einstuft, wird ua damit begründet, dass sich in der überwiegende Zahl der Studien, welche auf Tierfütterungen beruhen, keine nachteilige Wirkung zeigt. Dem ist entgegenzuhalten, dass zum Schutz der menschlichen Gesundheit und der

55 Konträr zu *Reiter*, EuGH: Mit Mutagenese gewonnene Organismen sind GVO, RdU 2018, 205.

56 Vgl Kapitel VII.

57 Gemäß RL 92/43/EWG zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABl L 2006/363, 368 (FFH-RL), vgl auch Kapitel VII.

58 Bei Verfahren der gezielten Mutagenese treten regelmäßig an ungewollten Stellen im Genom Off-target-Mutationen auf, das Risiko der Verunreinigung anderer Organismen ua.

59 *Kahrman/Leggewie*, Grundsatzurteil, NuR 2018, 762.

Umwelt die Feststellung keiner nachteiligen Wirkung in der »überwiegenden Mehrheit« der Studien eine wohl nicht ausreichende Sicherheit darstellt, zumal der Zeitrahmen dieser Studien keinesfalls mit jenem epidemiologischer Studien vergleichbar ist, welche nötig wären, um langfristig nachteilige Wirkungen auf den menschlichen Stoffwechsel und die Gesundheit ausschließen zu können.

## VII. Wirkung, Befürchtungen, Erwartungen

Erheblichen Widerstandes der Bevölkerung,<sup>60</sup> NGOs, dem Schluß weiter Bereiche der Lebensmittelproduzenten und des Einzelhandels<sup>61</sup> sowie der Politik<sup>62</sup> zufolge wurde es den Mitgliedstaaten durch die RL 2015/412/EU<sup>63</sup> ermöglicht, unter Angaben von Gründen<sup>64</sup> gegen den Anbau von gentechnisch veränderten Pflanzen auf dem gesamten Staatsgebiet oder Teilen desselben zu optieren,<sup>65</sup> wofür sich die Mehrheit, nämlich 19 Mitgliedstaaten,<sup>66</sup> entschieden.<sup>67</sup>

60 ZB Gentechnik-Volksbegehren Österreich, über 1,2 Millionen Unterzeichner/innen.

61 ZB *Greenpeace*, Hintergrund: 20 Jahre Gentechnik-Volksbegehren, (Gentechnik), <[https://secured-static.greenpeace.org/austria/Global/austria/fotos/Presse/Greenpeace\\_FactSheet\\_20-Jahre-Gentechnik-Volksbegehren.pdf](https://secured-static.greenpeace.org/austria/Global/austria/fotos/Presse/Greenpeace_FactSheet_20-Jahre-Gentechnik-Volksbegehren.pdf)>; ARGE Gentechnikfrei, <<http://www.gentechnikfrei.at>> sowie WKO Die Lebensmittelindustrie, Schwerpunktthema Gentechnik (Lebensmittelindustrie), <<https://www.wko.at/branchen/industrie/nahrungs-genussmittelindustrie/Gentechnik.html>> (Abfragedatum 9.1.2019).

62 *Anschober/Schwaiger*, Die nächsten Schritte zur Gentechnik-Freiheit, Pressemitteilung, (Gentechnik-Freiheit). <<file:///E:/a/Publikationen/Genschere/Pressekonferenz%20ÖÖ%20opt%20out%20Freisetzungsrictlinie.pdf>> (Abfragedatum 9.1.2019).

63 RL 2015/412/EU zur Änderung der Richtlinie 2001/18/EG zu der den Mitgliedstaaten eingeräumten Möglichkeit, den Anbau von gentechnisch veränderten Organismen (GVO) in ihrem Hoheitsgebiet zu beschränken oder zu untersagen, ABl L 2015/68, 1.

64 Vgl auch ErWG 6–8 RL 2015/412/EU.

65 RL 2015/412/EU Art 1 Z 2.

66 Österreich, wallonische Regionen Belgiens, Bulgarien, Kroatien, Zypern, Dänemark, Frankreich, Deutschland, Griechenland, Ungarn, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Niederlande, Polen, Slowenien, weite Regionen des UK (Nordirland, Wales und Schottland), vgl auch <[https://ec.europa.eu/food/plant/gmo/authorisation/cultivation/geographical\\_scope\\_en](https://ec.europa.eu/food/plant/gmo/authorisation/cultivation/geographical_scope_en)> (Abfragedatum 9.1.2019); GB würde diese Techniken gerne anwenden – auch an menschlichen Embryonen vgl dazu *Scobel*, Grüne Genetik, <<http://www.3sat.de/mediathek/?mode=play&obj=58185>> (Abfragedatum 9.1.2019).

67 Von den Nicht-optierenden Mitgliedstaaten liegen die größten Anbauflächen von gentechnisch veränderten Sorten und Saatgut in Spanien (ca 130.000 ha). Vgl

Wie sehr die **Thematik der durch gezielte Mutagenese entwickelten Organismen** iZm den von ihnen ausgehenden Chancen und Risiken neuerlich sowohl Bevölkerung, Wirtschaft und Forschung **polarisiert**, war anhand der Diskussionen im Vorfeld zu diesem Urteil erkennbar.<sup>68</sup> IZm der Erzeugung herbizidresistenter sowie in anderer Art und Weise genetisch veränderter Pflanzensorten betrifft dies im Wesentlichen<sup>69</sup> ua

- ▷ die Befürchtung unkontrollierter Freisetzungen durch Erstreckung der Mutageneseausnahme auf Organismen, welche zB durch gezielte Mutagenese erzeugt wurden,
- ▷ die Möglichkeit von »Verunreinigungen« von Nicht-GVO<sup>70</sup> und damit einhergehend
- ▷ sich ausbreitende Herbizid-Resistenzen, welche den verstärkten Einsatz weiterer und anderer Herbizide und von Pestiziden mit sich bringen würden,<sup>71</sup> und auch konträr dazu
- ▷ die Chance auf einen Verzicht des Herbizideinsatzes bei gleichzeitiger Ertragssteigerung,<sup>72</sup>
- ▷ die rasche Entwicklung von stresstoleranteren Sorten, um bei fortschreitender Klimaveränderung auch in Jahren hoher Trockenheit und Temperatur gute Erträge zu gewährleisten,<sup>73</sup>
- ▷ ein Aufbrechen der Monopolstellungen von Großkonzernen durch die Möglichkeit der gezielten und relativ einfachen und kostengünstigen Herstellung von GVO; die Entwicklung von GVO könnte

---

dazu *Anschober/Schwaiger*, Gentechnik-Freiheit, <file:///E:/a/Publikationen/Genschere/Pressekonferenz%20OÖ%20opt%20out%20Freisetzungsrichtlinie.pdf> (Abfragedatum 9.1.2019).

68 *Scobel*, Grüne Genetik, <http://www.3sat.de/mediathek/?mode=play&obj=58185> (Abfragedatum 9.1.2019).

69 Vgl FN 68.

70 Durch Züchtung gewonnene landwirtschaftliche Nutzpflanzen ebenso wie durch die RL 2001/18/EG ausgenommene Methoden, jene des Art 2 Z 2 lit b iVm Anhang I Teil 2 RL 2001/18/EG sowie natürlicher Pflanzen.

71 *Greenpeace*, Gentechnik, <https://secured-static.greenpeace.org/austria/Global/austria/fotos/Presse/Greenpeace\_FactSheet\_20-Jahre-Gentechnik-Volksbegehren.pdf> (Abfragedatum 9.1.2019).

72 Ua manche Vertreter der ökologischen Landwirtschaft.

73 Vgl *Kahrmann/Leggewie*, Grundsatzurteil, NuR 2018, 762. Anmerkung: Pflanzen sind eingebettet in ein Agrarsystem. Veränderungen, welche sich im Labor als stresstoleranter erweisen, können sich in den komplexeren Umweltbedingungen auch negativer verhalten. Durch eine nachhaltige Landwirtschaft, ein Abgehen von Monokulturen hin zu einer größeren Vielfalt würden sich Ernteausfälle in Ausnahmejahren weniger drastisch auswirken.

auch durch »kleinere« Zuchtbetriebe und Produzenten erfolgen; so wie weiters

- ▷ Auswirkungen auf den Forschungs- und Entwicklungsstandort Europa.

Die Befürchtungen von Verunreinigungen herkömmlich verwendeter nicht genetisch veränderter Pflanzenarten und des Saatgutes der Landwirtschaft wie auch des natürlichen Pflanzenbestandes und der Lebensräume durch GVO sind wohl keineswegs unbegründet und stellen mE ein erhebliches Risiko dar. Die RL 2015/412/EU schreibt jenen Mitgliedstaaten, in welchen der Anbau von gentechnisch veränderten Sorten und das Ausbringen von ebensolchem Saatgut zulässig ist, vor, Maßnahmen zu ergreifen, um jene Mitgliedstaaten, welche gegen den Anbau von gentechnisch veränderten Pflanzenarten und das Ausbringen von ebensolchem Saatgut optiert haben, vor grenzüberschreitenden Verunreinigungen zu schützen.<sup>74</sup> – Im Konkreten legen die dadurch verpflichteten Mitgliedstaaten Grenzabstände zu diesen Nachbarstaaten fest, in welchen der Anbau von GVO untersagt ist. Diese Distanzen variieren, da sie von den verpflichteten Mitgliedstaaten festgelegt werden, stark und sind generell »überschaubar« und mE wohl weder ausreichend, um die Ausbreitung durch bestäubende Insekten, noch den Pollenflug (Windbestäubung) zu verhindern.<sup>75</sup>

Bezüglich der Entwicklung stresstoleranter Arten und Sorten, welche auch in Jahren höherer Temperaturen und Trockenheit hohe Erträge garantieren sollen, stellt sich mE eine andere grundsätzliche Frage: Braucht die europäische Landwirtschaft tatsächlich GVO, um die Erträge trotz Klimaveränderung weiterhin zu sichern, oder bräuchte es (neben weltweiten und geeigneten Maßnahmen, um die Klimaerwärmung hintanzuhalten) nicht vielmehr eher eine Landwirtschaft, die sich den sich verändernden Bedingungen anpasst und anstatt jahrzehntelang Ausfälle zu beklagen, flexibler und nachhaltiger agiert?<sup>76</sup>

---

74 Art 1 Z 1 RL 2015/412/EU.

75 Vgl <[https://ec.europa.eu/food/sites/food/files/plant/docs/plant\\_gmo\\_auth\\_nat\\_measures\\_summary-cross-border-national-measures.pdf](https://ec.europa.eu/food/sites/food/files/plant/docs/plant_gmo_auth_nat_measures_summary-cross-border-national-measures.pdf)> (Abfragedatum 9.1.2019).

76 Die Landwirtschaft, welche die einzige Unternehmens-Branche darstellt, die regelmäßig hohe Ausfallzahlungen fordert, wäre wohl besser beraten etwas flexibler das Anbauspektrum den sich ändernden Bedingungen anzupassen, andere Anbausysteme wie zB Fruchtwechsel- und/oder Brachewirtschaft zu forcieren, auf

Die faktisch fehlende Vermarktungsfähigkeit<sup>77</sup> von GVO und Produkten aus GVO beruht nicht darauf, dass die mit gezielter Mutagenese entwickelten GVO dem Regime der RL 2001/18/EG unterstellt werden, sondern auf der überwiegend ablehnenden Haltung der Bevölkerung gegenüber GVO.<sup>78</sup> Konsumenten und die Bevölkerung Europas haben einen sehr umfassend verankerten Rechtsanspruch, sich über Eigenschaften von Produkten sowie über die Umweltverträglichkeit von Projekten und Entwicklungen informieren zu können. Die Entscheidung, mit gezielter Mutagenese entwickelte GVO dem Regime der RL 2001/18/EG und gegebenenfalls der RL 2002/53/EG und daher der Kennzeichnungspflicht zu unterstellen, ist vor diesem Hintergrund ebenfalls konsequent. Forschung und Entwicklung in Europa sind nicht dadurch eingeschränkt, dass mit gezielter Mutagenese entwickelte Organismen als GVO anzusehen sind, sondern aufgrund des geringen Vermarktungspotenzials – Konzerne und Labors entwickeln GVO ohnehin – die Vermarktung in Europa ist aufgrund der Kosten durch das Genehmigungs- und Zulassungsregime, sowie das »opting out« gemäß RL 2015/412/EU zahlreicher Mitgliedstaaten für Konzerne sicherlich zeit- und kostenintensiver als in anderen Regionen. Es sollten nicht Rentabilitäten und Konzernziele über die Ziele des Schutzes von Gesundheit, Natur und Umwelt sowie über die Rechte der Bevölkerung und von Konsumenten hinweg verfolgt und durchgesetzt werden.

---

Vielfalt und Durchmischung anstelle von Monokulturen zu setzen und auch gegebenenfalls andere Pflanzen verstärkt anzubauen. Eine Klimaerwärmung von ca 2°C kann mE keinesfalls den Bedarf, den Anbau und die Freisetzung von GVO in die Umwelt rechtfertigen. Viele Regionen mit durchaus höheren Temperaturen und geringeren Niederschlägen als in weiten Teilen Europas gelten als äußerst produktive Regionen. So wird das südlich gelegene Sizilien als Kornkammer Italiens bezeichnet und im »rauen« Klima Österreichs bemüht man sich seit Kurzem, Soja anzupflanzen. Auch in Regionen mit höheren Temperaturen als in Europa besteht eine ertragreiche Landwirtschaft.

77 *Kahrman/Leggewie*, Grundsatzurteil, NuR 2018, 761. Anmerkung: Die Kennzeichnungspflicht GVO unterstützt den Verbraucher darin, sich Information über das Produkt zu verschaffen, und sollte daher begrüßt werden.

78 Vgl Kapitel VII.

## VIII. Exkurs: »gene editing« bei Tier und Mensch

Im Rahmen dieses Beitrages wird anhand weniger Beispiele auch ein kurzer Überblick von Entwicklungen der mittels der Methoden der gezielten Mutagenese genetisch veränderten Tiere sowie der jüngst in China geborenen durch »gene editing« angeblich<sup>79</sup> HIV-resistenten Säuglinge gegeben. Die Darstellung erhebt keineswegs Anspruch auf Vollständigkeit.

In der landwirtschaftlichen Produktion werden die Verfahren der gezielten Mutagenese eingesetzt:

- ▷ Zur Steigerung der Produktion: Bei Rind, Schwein, Schaf und Ziege wird daran gearbeitet, den Anteil der Muskulatur durch »knock-out« des für Myostatin codierenden Gens weiter zu erhöhen. Da die dazu verwendeten Nutztierassen ohnehin bereits eine maximierte Fleischleistung haben, bewirkt die mittels gezielter Mutagenese erreichte neuerliche Steigerung des Anteils der Muskulatur bei diesen Tieren, dass sie meist mittels Sectio Caesarea<sup>80</sup> geboren werden müssen. Die so veränderten Tiere haben zudem eine erheblich kürzere Lebenserwartung.<sup>81</sup>
- ▷ Zur Erhöhung des Proteingehaltes (Casein) der Milch,<sup>82</sup>
- ▷ um die Hauptallergene, Ovalbumin und Ovomuroid aus dem Hühnereiweiß zu entfernen,<sup>83</sup>
- ▷ zur Reduktion der Verletzungsgefahr durch Hornlosigkeit beim Rind,<sup>84</sup> ua.

79 *Cyranosky/Ledford*, How the genome-edited babies revelation will affect research, Nature news 2018, DOI: 10.1038/d41586-018-07559-8: diesbezügliche Nachweise stehen aus.

80 »Kaiserschnitt«.

81 *Cyranoski*, Super-musky pigs created by small genetic tweak, Nature news, 2015, 13 f; *Crispo et al*, Efficient Generation of Myostatin Knock-Out Sheep Using CRISPR/Cas9 Technology and Microinjection into Zygotes, PLoS ONE 2015, 10(8):e0136690, DOI:10.1371/journal.pone.0136690; *Proudfoot et al*, Genome edited sheep and cattle, Transgenic Res. 2015, 147 ff; *Guo et al*, Generation and evaluation of Myostatin knock-out rabbits and goats using CRISPR/Cas9 system, Nature Scientific Reports 2016, DOI: 10.1038/srep29855.

82 *Yu et al*, Highly efficient modification of *beta-lactoglobulin (BLG)* gene via zinc-finger nucleases in cattle, Cell Res. 2016, 1638 ff.

83 *Oishi et al*, Targeted mutagenesis in chicken using CRISPR/Cas9 system, Nature Scientific Reports, 2016, DOI: 10.1038/srep23980.

84 *Carlson et al*, Production of hornless dairy cattle from genome-edited cellines, Nature Biotechnology 2016, 479 ff.



Gezielte Mutagenese wird zur Entwicklung tierischer GVO mit (erhöhter) Krankheitsresistenz eingesetzt.<sup>85</sup> Diese Entwicklungen sind in jenen Fällen problematisch, in welchen diese Tiere aber auch Überträger dieser Krankheiten sind.

Erste Erfolge im Labor zeigen die Arbeiten an der Entwicklung von GVO zur Bekämpfung der Malaria: Es konnte gezeigt werden, dass mittels »gene drive« durch Crispr/Cas genetisch veränderte *Anopheles gambia*-Mücken, bei welchen die Fortpflanzungsfähigkeit der weiblichen Mücken eingeschränkt ist, sich in der Population durchsetzen, sodass die Übertragung von Malaria unterbunden werden könnte.<sup>86</sup> In früheren Experimenten entwickelten die Anopheles-Mücken **Resistenzen gegen die Genschere**, sodass von Freilandexperimenten abgesehen werden musste. Dies kann mit den jüngsten Ergebnissen der Studien an **einer** Containerpopulation derzeit nicht ausgeschlossen werden. Freisetzungsexperimente sind angestrebt. Die Ausbreitung und Verunreinigung von Freilandpopulationen stellt bei Tieren ein zumindest ebenso beachtliches Thema wie bei Pflanzen dar. Durch Wanderungen könnten und würden sich Verunreinigungen von Nicht-GVO durch GVO innerhalb kürzester Zeit zT global ausbreiten.

Im biomedizinischen Bereich werden die Verfahren der gezielten Mutagenese ua eingesetzt, um GVO zu entwickeln, anhand derer Xenotransplantationen ermöglicht werden, und um tierische Modelle für Krankheitsbilder, wie zB kardiovaskuläre Erkrankungen, Muskel Dystrophie uvm, herzustellen.<sup>87</sup>

So sehr die Entwicklungen in weiten Bereichen, va im biomedizinischen, die Hoffnungen anregen, sollte nicht übersehen werden, dass es sich überwiegend um erste Ergebnisse einzelner Labors oder Unternehmen handelt. Die Entwicklung von Resistenzen, wie im Falle früherer

---

85 *Gao et al*, Single Cas9 nickase induced generation of NRAMP1 knockin cattle with reduced off-target effects, *Genome Biology* 2017, DOI 10.1186/s13059-016-1144-4; *Wu et al*, TALE nickase-mediated SP110 knockin endows cattle with increased resistance to tuberculosis, *PNAS* 2015, doi.org/10.1073/pnas.1421587112; *Palgrave et al*, Species-Specific Variation in RELA Underlies Differences in NF-κB Activity: a Potential Role in African Swine Fever Pathogenesis, *J. Virol.* 2011, 6008 ff.

86 *Kyrou*, A CRISPR-Cas9 gene drive targeting *doublesex* causes complete population suppression in caged *Anopheles gambiae* mosquitoes, *Nature Biotechnology* 2018, 1062 ff.

87 *Yang et al*, Genome-wide inactivation of porcine endogenous retroviruses (PERVs), *Science Express* 2015, DOI/10.1126/science.aad1191; *Carlson et al*, Efficient TALEN-mediated gene knockout in livestock. *PNAS* 2012, 17382, doi.org/10.1073/pnas.1211446109.

Experimente zur Bekämpfung der Übertragung von Malaria, steht einer Freisetzung entgegen – die mit den Verfahren der gezielten Mutagenese entwickelten GVO dem Regime der RL 2001/18/EG zu unterstellen, ist daher iSd Schutzes der Gesundheit des Menschen und der Umwelt jedenfalls geboten.<sup>88</sup>

Mittels gezielter Mutagenese entwickelte Myostatin-knockout-Rinder zur Steigerung der Fleischleistung erreichen mit seltenen Ausnahmen derzeit lediglich ein Alter von acht Monaten<sup>89</sup> – sie erreichen daher weder Geschlechts- noch Zuchtreife.<sup>90</sup> GVO herzustellen, um die Muskelentwicklung und Fleischproduktion soweit zu steigern, dass Tiere, deren Lebenserwartung derzeit geringer als die Geschlechts- bzw Zuchtreife ist, nur durch Kaiserschnitt geboren werden können, ist mE aus Gründen des Tierschutzes nicht zu vertreten. Ob eine Freilandhaltung dieser entwickelten Rinder geplant ist und ob die körperliche Konstitution mancher dieser zur Steigerung der Fleischproduktion gentechnisch veränderten Rassen dazu noch geeignet ist, ist fraglich. Eine Kontrolle bzw eine Reglementierung dieser Entwicklungen ist nicht nur iSd gegenständlichen Richtlinien, sondern auch iSd Tierschutzes geboten.<sup>91</sup>

Die Nachricht über die Geburt zweier Babys mit angeblicher<sup>92</sup> HIV-Resistenz nach »gene editing« am CCR5-Gen sorgte im November 2018 für weltweite Kritik der Forschungsgemeinschaft. Ein Knockout des Gens CCR5 erhöht zudem das Risiko schwerer Reaktionen auf manche Infektionskrankheiten.<sup>93</sup> Es wurden die Rechtfertigung für diese

88 Anmerkung: Nicht jede Entwicklung hat sich nach erster Euphorie letztlich als Vorsprung erwiesen.

89 *Cyranoski*, Super-muskly pigs, *Nature* 2015, 13 f.

90 Die Geschlechtsreife tritt bei weiblichen Rindern mit acht bis zehn und bei männlichen Rindern mit neun bis elf Monaten ein. Die Zuchtreife erreichen die weiblichen Tiere mit 18 bis 24, die Bullen mit etwa 15 Monaten. Ziel ist nicht die Fleischproduktion, sondern die Gewinnung von Sperma zur Besamung weiblicher Tiere.

91 Vgl dazu § 5 Abs 2 Z 1 lit m BG über den Schutz der Tiere, BGBl I 2004/118 idF 2018/86 (TSchG): Qualzuchtungen.

92 Der Nachweis wurde von der wissenschaftlichen Community gefordert und bislang nicht erbracht. Vgl dazu *Cyranosky/Ledford*, research, *Nature news* 2018, DOI: 10.1038/d41586-018-07559-8.

93 *Cyranosky*, Baby gene edits could affect a range of traits, *Nature news* 2018, 12, DOI: 10.1038/d41586-018-07713-2: zB Influenza, Meningitis sowie Encephalitis ausgelöst durch das West-Nil-Virus, Dengue Fieber und Gelbfieber. Die Rolle von CCR5 in anderen chronischen Erkrankungen, wie Hepatitis C und Diabetes, ist noch unklar.

riskanten Experimente an menschlichen Embryonen ohne internationalen wissenschaftlichen Konsens gefordert und die erhebliche Verantwortungslosigkeit aus wissenschaftlicher und ethischer Sicht aufs schärfste verurteilt sowie die Festlegung von Kriterien zur Anwendung von »gene editing« in der Reproduktionsmedizin gefordert.<sup>94</sup>

## IX. Gesamtkontext – Resumé

Die RL 2001/18/EG soll eine für Mensch und Umwelt sichere und verträgliche Nutzung von GVO gewährleisten. Das gegenständliche Urteil bedeutet eine Weichenstellung hinsichtlich der Umsetzung, Auslegung und Rsp iZm der RL 2001/18/EG. Der EuGH fokussiert in seiner Auslegung der Art 2, 3 iVm den Anhängen I A und B leg cit auf den Wortlaut, die Intention des Unionsgesetzgebers zum Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie, berücksichtigt die Fortentwicklung von Wissenschaft hinsichtlich des Wissensstandes, die Weiterentwicklung von Verfahren und Techniken, nimmt eine mE zutreffende Risikobewertung der Verfahren der gezielten Mutagenese vor und unterstellt die mit diesen Verfahren gewonnenen GVO, für welche auch die Mutageneseausnahme nicht gilt, damit mE völlig zu Recht in vollem Umfang dem Regime der RL 2001/18/EG.<sup>95</sup>

94 *Cyranosky/Ledford*, genome-edited babies, *Nature* 2018, 11, DOI: 10.1038/d41586-018-07559-8.

95 *WKO*, Die Lebensmittelindustrie, Schwerpunktthema Gentechnik <<https://www.wko.at/branchen/industrie/nahrungs-genussmittelindustrie/Gentechnik.html>> (Lebensmittelindustrie), (Abfragedatum 9.1.2019); vgl dazu *Spranger in Scobel*, Grüne Genetik: <<http://www.3sat.de/mediathek/?mode=play&obj=58185>> (Abfragedatum 9.1.2019): Eine Änderung dieser Bewertung könnte lediglich über eine Novellierung erfolgen; eigene Anmerkung: Diese müsste auch den Leitgedanken des Vorsorgegrundsatzes umfassen. Selbst eine spätere Ausdehnung der Mutageneseausnahme auf Verfahren der gezielten Mutagenese, nachdem sie herkömmlich in einer Reihe von Anwendungen angewendet werden, ist mE nicht möglich, da das Risiko ua im Tempo der Erzeugung von mit gegenständlichen Methoden entwickelten Pflanzen/Organismen liegt und der Beobachtungszeitraum, der durch die Notwendigkeit der Rückkreuzung ungewollter Eigenschaften bei Methoden anderer Mutageneseverfahren erforderlich ist, bei den Verfahren der gezielten Mutagenese jedenfalls fehlt. Da die Sicherheitsbetrachtung daher mE bei den Verfahren der gezielten Mutagenese in jedem Fall am konkreten Einzelfall vorzunehmen ist, können diese Verfahren nicht dem Vorsorgegrundsatz gemäß »seit langem als sicher gelten.«

In den vergangenen Jahrzehnten handelt der Unionsgesetzgeber in seiner Normsetzung hinsichtlich GVO zunehmend restriktiver.<sup>96</sup> Durch Erlass der RL 2015/412/EU, durch welche den Mitgliedstaaten ermöglicht wird, gegen den Anbau von gentechnisch veränderten Pflanzen zu optieren,<sup>97</sup> reagiert der Unionsgesetzgeber nicht lediglich auf die geübte Praxis vieler Mitgliedstaaten, nach der Zulassung von GVO Schutzklauseln und Notfallmaßnahmen gemäß Art 23 RL 2001/18/EG zu nutzen, um den Anbau von GVO einzuschränken oder zu verbieten,<sup>98</sup> er **stärkt** durch diese Möglichkeit **den verfahrensbasierten Ansatz bei der Risikobewertung** des Anbaus und damit der Freisetzung von GVO. Der Unionsgesetzgeber **berücksichtigt konsequent die erheblichen Widerstände** hinsichtlich gentechnisch veränderter Produkte in Lebens- und Futtermitteln, der Freisetzung und des Anbaus gentechnisch veränderter Pflanzenarten und ebensolchem Saatgut in der Bevölkerung und **ermöglicht gleichzeitig Forschung und Wirtschaft** die Entwicklung, das Inverkehrbringen und, soweit dies iSd jeweiligen Mitgliedstaates und seiner davon berührten übrigen Politiken und Ziele ist – seien dies zB jene der Bodennutzung und Raumordnung, sozialökonomische, umweltpolitische udgl – auch den Anbau von GVO. Dies unter Beachtung des **Grundsatzes der Vorsorge**, welcher die Gesundheit für Mensch und Tier sowie den Schutz der Umwelt gewährleisten soll. Eine andere Auslegung durch dieses Urteil des EuGH wäre nicht nur wider die Grundsätze der RL 2001/18/EG sowie der RL 2002/53/EG, sondern wäre mE auch nicht vereinbar mit dem Schutzregime der FFH-RL.<sup>99</sup> Ein »gene drift« und ein Übergehen und Einbringen genetischer Veränderung (zB von Herbizidresistenzen) in die Umwelt hätte erhebliche Auswirkung auf die Artenvielfalt und würde natürliche und geschützte Arten und Lebensräume bedrohen.

Die mit den Methoden der gezielten Mutagenese entwickelten Pflanzen werden auch **vom europäischen Patentamt patentiert**, obwohl sich die Europäische Kommission und die Mitgliedstaaten gegen

96 RL 2015/412/EU; Art 8 und 20 RL 2001/18/EG (und zur Vorläuferrichtlinie) EuGH 21.3.2000, C-6/99, Greenpeace/Frankreich EU:C:2000:148, Rn 44, sowie WKO, Lebensmittelindustrie, <<https://www.wko.at/branchen/industrie/nahrungs-genussmittel/industrie/Gentechnik.html>> (Abfragedatum 9.1.2019).

97 Art 1 Z 2 RL 2015/412/EU.

98 ErwG 6, 7 RL 2015/412/EU.

99 RL 92/43/EWG.

Patente auf Tiere und Pflanzen ausgesprochen haben.<sup>100</sup> Die gängige Praxis zeigt, dass es Landwirten nicht gestattet wird, das erworbene, patentierte Saatgut zu vermehren, und sie dieses meist nur erwerben können, wenn sie gleichzeitig Lizenzverträge über den Erwerb eines Herbizides desselben Herstellers abschließen. Die Landwirtschaft und die Bevölkerung könnten dadurch, wie in anderen Regionen außerhalb Europas, in **Abhängigkeit einer stark monopolisierten Wirtschaft** geraten. An dieser Stelle sei daran erinnert, dass Soja als Futtermittel in Österreich bereits nur noch aus gentechnisch veränderten Pflanzen erhältlich war und es der Anstrengung von NGOs zu verdanken ist, dass sich damals ein Hersteller bereit erklärte, wieder herkömmlich erzeugtes, gentechnikfreies Soja anzubieten.<sup>101</sup>

Die Entwicklungskosten bis zur Marktreife gentechnisch veränderter Sorten liegen im zwei- bis dreistelligen Millionen-Euro-Bereich. Danach bestehen immer noch Auflagen, Kennzeichnungspflichten etc. Die Kosten herkömmlicher Züchtungen belaufen sich im Vergleich dazu im zwei- bis dreistelligen Tausend-Euro-Bereich. Diese Zahlen dürften klar erkennbar machen, mit welchen Umsätzen Hersteller von gentechnisch veränderten Pflanzen weltweit rechnen und weshalb die Diskussion, welchen Weg Europa einschlagen sollte, im Vorfeld dieses Urteils mit solcher Vehemenz geführt wurde. **Anbau und Freisetzung von GVO sind überwiegend im Interesse weltweit agierender Konzerne mit Monopolstellung und nicht im Interesse des überwiegenden Teils der Mitgliedstaaten und ihrer Bevölkerung – und mE auch nicht iSd Schutzes der Arten und Lebensräume sowie der kleinräumig orientierten ökologischen und herkömmlichen Landwirtschaft, welche mittler-**

100 *Greenpeace*, Gentechnik: Syngenta, Patent für Tomate mit erhöhtem Anteil an Flavonolen.

101 *Greenpeace*, Gentechnik; vgl dazu auch *Niggli in Scobel*, Grüne Genetik: <<http://www.3sat.de/mediathek/?mode=play&obj=58185>> (Abfragedatum 9.1.2019): Die Wahlfreiheit, welche bei der herkömmlichen Züchtung, aber auch bei der Zufallsmutagenese gegeben ist, besteht bei der gezielten Mutagenese nicht. Da die Landwirtschaft weiterhin Zugang zu durch Züchtung erzeugtem Saatgut trotz der bestehenden Monopolisierung erhalten soll, regt er zudem eine staatliche Förderung für Zuchtbetriebe an. ME kann es wohl nicht Ziel sein, die Entwicklung von Monopolstrukturen und GVO zunehmend zuzulassen, um in Folge mit öffentlichen Mitteln die Vielfalt wiederbeleben zu wollen. Auch die Landwirtschaft ist als Wirtschaft zu sehen und sollte ihre Belange endlich zunehmend selbst in eine für die Gesundheit der Konsumenten und den Schutz von Natur und Umwelt gute Richtung entwickeln, ohne regelmäßig Forderungen und Förderungen aus öffentlichen Mitteln zu reklamieren.

weile zT durch andere geeignete(re) Methoden auf die Klimaveränderung reagieren.

Die Entwicklung von GVO mit Hilfe der Verfahren der gezielten Mutagenese ist relativ einfach und schnell und daher kostengünstig. Dies verleitet zu der Argumentation, der Monopolisierung könnte durch Ausnahme dieser Verfahren aus dem Zulassungs- und Genehmigungsregime der RL 2001/18/EG sowie der RL 2002/53/EG entgegengewirkt werden, da dadurch kleineren Zuchtbetrieben der Marktzugang erleichtert würde.<sup>102</sup> Dem muss entgegengehalten werden, dass es nicht das Ziel der RL 2001/18/EG und auch nicht jenes der RL 2002/53/EG ist, Monopolstellungen aufzubrechen, sondern die menschliche Gesundheit und die Umwelt zu schützen. Diese Aufgabe hätte das europäische Kartellrecht wahrzunehmen.

Würden die Verfahren der gezielten Mutagenese nicht als GVO gelten bzw von der Mutageneseausnahme umfasst sein und daher nicht dem Regime der RL 2001/18/EG und der RL 2002/53/EG unterliegen, hätte sich Europa in die Situation begeben, dass jedermann mit gezielter Mutagenese veränderte Organismen frei in die Umwelt aussetzen dürfte! Das Urteil ist daher nicht nur aufgrund der Risikobewertung dieser Verfahren als richtig, sondern auch zum Schutz der menschlichen Gesundheit, von Umwelt und Natur und auch der Landwirtschaft als notwendig zu bezeichnen. Es ist wegweisend und mE auch völlig stimmig und auf Grundlage des geltenden Unionsrechtes.

In Diskussionen, welche Belange der Wirtschaft sowie jene der Natur und Umwelt berühren, wird häufig übersehen, dass **Natur und Umwelt kein wiederherstellbares Gut** sind. Freigesetzte Organismen können nicht per Rückholaktion von Herstellern wieder ins »Werk«, Labor, zum Nachjustieren oder zur Verbesserung beordert werden. Es ist daher mE in Europa **jedenfalls ein vorsichtiger Zugang** bei Entwicklung und Freisetzung von GVO beizubehalten. Wissenschaft und Forschung werden durch dieses Urteil keineswegs eingeschränkt. Auch der Austausch von Wissenschaftlern und Ergebnissen mit Labors in anderen Regionen ist ohnehin seit Langem gegeben. Zulassung, Freisetzung und Anbau von durch Verfahren der gezielten Mutagenese entwickelten Organismen müssen weiterhin wie bisher unter dem Leitgedanken des Vorsorgegrundsatzes und einer sorgfältigen Risikobewertung auf

---

102 Vgl dazu *Reiter*, GVO, RdU 2018, 208.

dem aktuellsten Stand der Wissenschaft erfolgen. Natur- und Umweltschäden wie auch gesundheitliche Beeinträchtigungen der Bevölkerung könnten ein Ausmaß erreichen, für welches **kein Hersteller von GVO die Haftung übernehmen könnte** – ebenso fühlt sich keiner der Konzerne, welcher gentechnisch verändertes Saatgut vertreibt, verantwortlich für die in weiten Regionen weltweit bereits bestehenden Abhängigkeiten der Landwirtschaft.

Cui bono?

Der, auch durch die Aktivität und klare Meinungsäußerung der Bevölkerung, von NGOs und der Politik in den unionsrechtlichen Sekundärrechtsakten verankerte **Vorsorgegrundsatz sichert einen vorsichtigen und nachhaltigen Umgang mit den neuen Methoden der gezielten Mutagenese**. Dies stellt mE für die Bevölkerung Europas einen Gewinn dar, ohne Wissenschaft und Forschung und ohne Konzerne an der Zulassung und Genehmigung zu (be)hindern.

**Korrespondenz:**

MMag. Dr. Angelika Götzl  
ECONOLOGY GmbH  
Ferdinand-Hanusch-Platz 1/109a  
5020 Salzburg  
E-Mail: goetzl@econology.at

## Hinweis

### Tierschutz versus Artenschutz

Nachlese zum 3. Tier&Recht-Tag (2018)  
der Tierschutzombudsstelle Wien

Der 3. Tier&Recht-Tag der Tierschutzombudsstelle Wien widmete sich dem Thema »Tier- und Artenschutz: Gemeinsamkeiten-Unterschiede-Potentiale«. Zwischen dem Anspruch, ein Tier als Individuum und eine bestimmte Tierart als Population zu schützen, kann es zu Widersprüchen und Konflikten kommen. Wir sind diesem Thema am 6. Dezember 2018 in der Wiener Urania mithilfe spannender Gäste nachgegangen.

*Kurt Remele* von der Universität Graz warf zum Einstieg mit seinen Überlegungen zu »Dodos, Ratten und Calvariabäumen« viele Fragen ethischer Natur auf. Lag das moralische Unrecht der Ausrottung der Dodos darin, dass eine komplette Art ausgerottet wurde, weil sie mutwillig und aus Vergnügen und weniger aus Ernährungszwecken getötet wurden oder weil durch die Ausrottung der Vögel das gesamte Ökosystem durcheinandergebracht wurde?

Anschließend lieferte *Johanna Filip-Fröschl* von der Universität Salzburg einen Überblick über die juristische Entwicklung der letzten 30 Jahre zum Thema »Das Tier als Sache« in Österreich, Deutschland, der Schweiz und darüber hinaus.

Tierschutzgesetz, Jagdgesetz, Fischereigesetz, Tiertransportgesetz, sicherheitspolizeiliche Vorschriften der Länder etc. Der Umgang mit Tieren ist in vielen unterschiedlichen Bestimmungen geregelt. Der Abgrenzung des Kompetenztatbestands Tierschutz in der österreichischen Bundesverfassung und den sich daraus ergebenden Auswirkungen auf die betroffenen Tiere widmete sich *Heike Randl* von der Universität Salzburg.

Das Spannungsfeld zwischen Tier- und Artenschutz wird am Beispiel »Wolf« besonders deutlich. Wie man sich diesem hoch emotionalen Thema auch sachlich und lösungsorientiert nähern kann, zeigte *Klaus Rheda*, Staatssekretär im Ministerium für Umwelt, Landwirtschaft und Energie des Landes Sachsen-Anhalt.

*Vanessa Gerritsen* von der Stiftung für das Tier im Recht gab in ihrem Vortrag über Arten- und Tierschutz in der Schweiz unter anderem einen Einblick in die Diskussion rund um die geplante Errichtung ei-



nes Großaquariums in Basel. Sie stellte fest, dass die Nachzucht von Tierarten mit echter Arterhaltung wenig zu tun hat, das lebenslange Einsperren und Zurschaustellen aber eine schwere Verletzung der Würde der Tiere bedeutet. Eine spannende Forderung war, zukünftig auf klassische Zoos und Aquarien zu verzichten und dafür den großen und kleinen Besucher/innen die Unterwasser- und Tierwelt in virtuellen Räumen erlebbar zu machen.

Rund um das Thema »Invasive Arten« wurde der Konflikt zwischen Tier- und Artenschutz sehr lebhaft diskutiert. Welche rechtlichen Rahmenbedingungen sind beim Umgang mit invasiven gebietsfremden Arten zu beachten? *Erika Wagner* von der Universität Linz brachte dem Publikum die Vorgaben der einschlägigen EU-Verordnung und die aktuelle Lage in Österreich näher. Aus Tierschutzsicht ist wichtig zu betonen, dass bei Präventionsmaßnahmen und Management invasiver Arten sicherzustellen ist, dass den betroffenen Tieren vermeidbare Schmerzen, Qualen oder Leiden erspart bleiben.

Einen würdigen Abschluss fand der 3. Tier&Recht-Tag mit dem Vortrag von *Nicolas Entrup*, Gründer und Leiter der NGO Shifting Values, in dem best practice Beispiele für einen gemeinsamen Weg von Tier- und Artenschutz präsentiert wurden.

Der Tier&Recht Tag hat sich als fixer Treffpunkt von Praktiker/innen, Forschung und Interessierten im deutschsprachigen Raum etabliert. Unter den mehr als 100 Teilnehmer/innen fanden sich Mitarbeiter/innen aus der Bundes- und Landesverwaltung, Tierschutzombudspersonen, Anwält/inn/e/n, Landestierschutzbeauftragte, NGOs, Tierschutzvereine, Universitätsangehörige sowie Studierende aus dem In- und Ausland. Neben den spannenden Inputs gab es in den Pausen genug Zeit für Vernetzung und Austausch.

Wir bedanken uns bei *Undine Kurth*, Vizepräsidentin des Deutschen Naturschutzrings, die in fachlich kundiger Weise durch den Tag führte und zusammen mit *Nicolas Entrup* an der Planung des Tier&Recht-Tages maßgeblich beteiligt war.

Der 4. Tier&Recht-Tag wird Ende 2019 in Wien stattfinden.

*Niklas Hintermayr*

## Hinweis

## EuGH 26.2.2019, C-497/17 (Große Kammer): Rituelle Schlachtungen ohne vorherige Betäubung mit EU-Bio-Logo nicht vereinbar

Der EuGH hat mit Vorabentscheidungsurteil vom 26.2.2019 entschieden, dass EU-Bio-Logos nicht auf Erzeugnissen von Tieren, die ohne vorherige Betäubung durch rituelle Schlachtung getötet wurden, angebracht werden dürfen.

Das französische Vorabentscheidungsersuchen wurde im Juli 2017 von der Cour administrative d'appel de Versailles (Verwaltungsberufungsgericht Versailles, Frankreich) eingereicht. Grundlage war ein im Jahr 2012 begonnener Rechtsstreit zwischen dem Verband **Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs** (Hilfswerk für Schlachttiere; **OABA-Verband**) auf der einen Seite und dem **Ministre de l'Agriculture et de l'Alimentation** (Minister für Landwirtschaft und Ernährung), der **Bionoor SARL**, der **Ecocert France SAS** und dem **Institut national de l'origine et de la qualité** (Nationales Institut für Herkunft und Qualität; **INAO**) über einen Antrag des OABA-Verbands, die Werbung für und die Vermarktung von als »halal« **zertifizierten** und mit der **Kennzeichnung »ökologischer/biologischer Landbau«** versehenen **Waren aus Rindfleisch** der Marke »Tendre France« zu verbieten.

Die Vorlagefrage lautete, ob die einschlägigen Regeln des Unionsrechts, die sich insb aus Art 13 AEUV, der VO 834/2007<sup>1</sup>, deren Durchführungsmodalitäten in der VO 889/2008<sup>2</sup> festgelegt werden, sowie der VO 1099/2009<sup>3</sup> ergeben, dahin auszulegen sind, dass sie die Vergabe des europäischen Gütezeichens »ökologischer/biologischer Landbau« für Produkte, die von Tieren stammen, die unter den in der Verordnung 1099/2009 festgelegten Voraussetzungen einer rituellen Schlachtung

- 
- 1 VO (EG) 834/2007 des Rates vom 28.6.2007 über die ökologische/biologische Produktion und die Kennzeichnung von ökologischen/biologischen Erzeugnissen, ABl L 2007/189, 1.
  - 2 VO (EG) 889/2008 der Kommission vom 5.9.2008 mit Durchführungsvorschriften zur VO (EG) 834/2007 des Rates über die ökologische/biologische Produktion und die Kennzeichnung von ökologischen/biologischen Erzeugnissen hinsichtlich der ökologischen/biologischen Produktion, Kennzeichnung und Kontrolle, ABl L 2008/250, 1.
  - 3 VO (EG) 1099/2009 des Rates vom 24.9.2009 über den Schutz von Tieren zum Zeitpunkt der Tötung, ABl L 2009/303, 1.

ohne vorherige Betäubung unterzogen wurden, zulassen oder verbieten. Der Gerichtshof stellte dazu eingangs klar, dass das vorliegende Gericht ebenso wie die Parteien des Ausgangsverfahrens mit diesem »europäischen Gütezeichen« in Wirklichkeit das **EU-Bio-Logo iSd Art 25 der VO 834/2007 und Art 57 der VO 889/2008** meinen.

Inhaltlich führte der EuGH zunächst anhand der Erwägungsgründe und einschlägigen Vorschriften der VO 834/2007 aus, dass der Unionsgesetzgeber dadurch, dass er mehrfach die Absicht betont habe, im Rahmen des **ökologischen/biologischen Landbaus** ein hohes Tierschutzniveau sicherzustellen, besonders hervorheben wollte, dass sich diese landwirtschaftliche Produktionsmethode **durch die Beachtung strengerer Tierschutznormen an allen Orten und in allen Stadien dieser Produktion** (einschließlich des Schlachtens von Tieren), in denen es möglich ist, das Tierwohl noch weiter zu verbessern, **auszeichne**. Ein Leiden der Tiere sei dabei so gering wie möglich zu halten.<sup>4</sup>

Zwar sei weder in der VO 834/2007 noch in der VO 889/2008 ausdrücklich definiert, welche Art oder Arten der Schlachtung von Tieren geeignet seien, das **Leiden der Tiere auf ein Minimum zu reduzieren**, jedoch dürfe die VO 834/2007 nicht unabhängig von der VO 1099/2009 betrachtet werden, welche speziell das Schlachten von Tieren regle und als **Hauptziel den Tierschutz** verfolge. Diese VO stelle den **Grundsatz der Betäubung von Tieren vor ihrer Tötung** auf und erhebe diesen Grundsatz zur **Pflicht**. Wissenschaftliche Studien hätten gezeigt, dass die Betäubung jene Technik darstellt, die das Tierwohl zum Zeitpunkt der Schlachtung am wenigsten beeinträchtigt.<sup>5</sup>

Es treffe zwar zu, dass die VO 1099/2009 die **Praxis der rituellen Schlachtung**, in deren Rahmen das Tier ohne vorherige Betäubung getötet werden kann, unter bestimmten Voraussetzungen zulasse, doch sei diese Form der Schlachtung **in der EU nur ausnahmsweise erlaubt**, um die Beachtung der **Religionsfreiheit** sicherzustellen, und **nicht geeignet, Schmerzen, Stress oder Leiden von Tieren genauso wirksam zu mildern** wie eine Schlachtung, der eine Betäubung vorausgeht.<sup>6</sup> Eine

4 EuGH 26.2.2019, C-497/17, Rz 36–40.

5 EuGH 26.2.2019, C-497/17, Rz 41–47; hinsichtlich der wissenschaftlichen Studien verweist der Gerichtshof auf die Schlussanträge des Generalanwaltes *Nils Wahl* vom 20.9.2018 Rz 43.

6 Vgl EuGH 29.5.2018, C-426/16, Liga van Moskeeën; siehe dazu auch *Randl*, Schutz von Tieren zum Zeitpunkt ihrer Tötung: Schächten ausschließlich in einem EU-Schlachthof zulässig?, TiRuP 2018/B, 1.

Betäubung sei erforderlich, um beim Tier eine Wahrnehmungs- und Empfindungslosigkeit herzustellen, mit der sein Leiden erheblich verringert werden kann. Auch wenn es im 43. Erwägungsgrund der VO 1099/2009 heiÙe, dass bei der rituellen Schlachtung ein präziser Halschnitt mit einem scharfen Messer erforderlich sei, damit das Tier »nicht so lange« leiden muss, erlaube es eine solche Technik nicht, das Leiden der Tiere »so gering wie möglich« iSd VO 834/2007 zu halten. Die von religiösen Riten vorgeschriebenen speziellen Schlachtmethoden, die ohne vorherige Betäubung im Rahmen der Ausnahmeregelung der VO 1099/2009 durchgeführt werden, seien **nicht mit der – grundsätzlich vorgeschriebenen – Schlachtmethode unter vorheriger Betäubung gleichwertig, was die Sicherstellung eines hohen Tierschutzniveaus zum Zeitpunkt der Tötung betrifft.**<sup>7</sup>

Schließlich verwies der Gerichtshof auch auf den dritten Erwägungsgrund der VO 834/2007, wonach die Wahrung und Rechtfertigung des Vertrauens der Verbraucher in als ökologisch/biologisch gekennzeichnete Erzeugnisse ein Ziel der VO sei. Insoweit sei es **wichtig, darauf zu achten, dass die Verbraucher die Sicherheit haben, dass Erzeugnisse mit EU-Bio-Logo tatsächlich unter Beachtung der höchsten Normen, ua im Bereich des Tierschutzes, erzeugt wurden.**<sup>8</sup>

Der EuGH hat die Vorlagefrage im Ergebnis wie folgt beantwortet:<sup>9</sup>

*»Die Verordnung Nr. 834/2007 des Rates vom 28. Juni 2007 über die ökologische/biologische Produktion und die Kennzeichnung von ökologischen/biologischen Erzeugnissen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 2092/91, insbesondere ihr Art. 3 und ihr Art. 14 Abs. 1 Buchst. b Ziff. viii, ist im Licht von Art. 13 AEUV dahin auszulegen, dass sie die Anbringung des in Art. 57 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 889/2008 der Kommission vom 5. September 2008 mit Durchführungsvorschriften zur Verordnung Nr. 834/2007 in der Fassung der Verordnung (EU) Nr. 271/2010 vom 24. März 2010 genannten Logos der Europäischen Union für ökologische/biologische Produktion auf Erzeugnissen, die von Tieren stammen, die ohne vorherige Betäubung einer rituellen Schlachtung unterzogen wurden, die unter den von der Verordnung Nr. 1099/2009 vom 24. September 2009 über den Schutz von Tieren zum Zeitpunkt der Tötung,*

7 EuGH 26.2.2019, C-497/17, Rz 48–50.

8 EuGH 26.2.2019, C-497/17, Rz 51.

9 Hervorhebungen nicht im Original.

*insbesondere ihrem Art. 4 Abs. 4, festgelegten Bedingungen durchgeführt wurde, nicht gestattet.«*

*Heike Randl*

Praxisbeitrag

# Zur Auslegung der Begriffe »Beförderung« iSv Art 2 lit j bzw »Beförderungsdauer« iSv Anhang I Kapitel V Nr 1.2 bis 1.9 der EU-Tiertransportverordnung (EG) Nr 1/2005

CHRISTOPH MAISACK/ALEXANDER RABITSCH

DOI: 10.25598/tirup/2019-4

## Inhaltsübersicht:

I.	Überblick .....	90
II.	Eingehende Darstellung .....	95
	A. Problemstellung .....	95
	B. Unterschiedliche Auslegung der Begriffe »Beförderung« und »Beförderungsdauer« .....	96
	C. Ver- und Entladezeiten sind in die Beförderungsdauer einzurechnen .....	101
	1. Der Wortlaut der Legaldefinition .....	101
	2. Der systematische Zusammenhang mit anderen Teilen der EU-Tiertransportverordnung .....	104
	3. Die unterschiedlichen Sprachfassungen .....	106
	4. Die teleologische Auslegung .....	108
	Literaturauswahl .....	110

**Abstract:** Bei Tiertransporten nach der Europäischen Tiertransportverordnung (EG) Nr 1/2005 müssen die Ver- und Entladezeiten der Tiere in die Beförderungsdauer ebenso eingerechnet werden wie unter der Geltung der vormaligen Richtlinie 91/628/EWG (geändert durch Richtlinie 95/29/EG) in die Transportdauer.

Es ist ausgeschlossen, dass der terminologische Wechsel von »Transport« (in der vormaligen Richtlinie) zu »Beförderung« (in der jetzigen Verordnung) dazu führen kann, dass sich die Zeiten, nach deren Ablauf den Tieren Ruhepausen bzw Ruhezeiten mit Ausladen gewährt werden müssen, durch die Nicht-Einrechnung der Verladezeiten gegenüber der früheren, nach der Richtlinie geltenden Rechtslage verlängert haben,

zumal es ein wesentlicher Regelungszweck der Verordnung gemäß ihrem Erwägungsgrund Nr 6 ist, zum Schutz der Tiere »strengere Vorschriften« (als nach der bis dahin geltenden Richtlinie) zu erlassen, und

die teleologische, dh an der Zwecksetzung des Unionsgesetzgebers ausgerichtete Gesetzesauslegung nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs das wichtigste Auslegungsmittel ist.

Jede andere Auslegung würde dazu führen, dass die Tiertransportverordnung (EG) Nr 1/2005 entgegen ihrer ausdrücklichen Zielsetzung zu einer Abschwächung des vormals bestehenden Tierschutzniveaus geführt hat.

**Rechtsquellen:** VO (EG) 1/2005 (EU-Tiertransportverordnung); RL 91/628/EWG idF RL 95/29/EG (EG-Tiertransportrichtlinie).

**Schlagworte:** EuGH-Rechtsprechung; Langstreckentransporte; Lebendtiertransporte; Tiertransporte, Beförderungsdauer, Entladezeiten, Verladezeiten; Tiertransportverordnung.

## I. Überblick

Die Vorschriften zu Tiertransporten über die Zeitabstände für das Füttern und Tränken sowie über die Beförderungsdauer und die Ruhezei-

ten haben – in der deutschen Sprachfassung – beim Übergang von der früheren EG-Tiertransportrichtlinie (Richtlinie 91/628/EWG<sup>1</sup>, geändert durch Richtlinie 95/29/EG<sup>2</sup>) zu der seit 5.1.2007 in Kraft befindlichen EU-Tiertransportverordnung 1/2005<sup>3</sup> eine Änderung erfahren:

Während nach Abschnitt 48 Nr 4 und Nr 5 des Anhangs der EG-Tiertransportrichtlinie Ruhepausen zum Tränken und Füttern und Ruhezeiten mit Abladen an dafür zugelassenen Aufenthaltsorten nach einer bestimmten Transportdauer einzulegen waren, sind in Anhang I Kapitel V Nr 1.4 und 1.5 der EU-Tiertransportverordnung an die Stelle der in der Richtlinie verwendeten Begriffe »Transport« und »Transportdauer« jetzt die Formulierungen »Beförderung« und »Beförderungsdauer« getreten.

Diese Änderung – sowie die unterschiedliche Definition der Begriffe »Beförderung« und »Transport« in Art 2 lit j bzw lit w der EU-Tiertransportverordnung – ist in Politik und Rechtsliteratur teilweise zum Anlass genommen worden, den Zeitraum, nach dessen Ablauf den transportierten Tieren eine Ruhepause zum Tränken und gegebenenfalls Füttern bzw eine Ruhezeit mit Ausladen gewährt werden muss, länger zu berechnen als früher: Während nach der Rechtsprechung des EuGH der Begriff »Transportdauer« in der EG-Tiertransportrichtlinie dahin auszulegen war, dass er das Ver- und Entladen der Tiere einschloss,<sup>4</sup> soll dies nach der erwähnten Ansicht für den jetzt stattdessen verwendeten Begriff »Beförderungsdauer« in der EU-Tiertransportverordnung nicht mehr gelten: Eine Beförderung – so zB *U. Herzog*, Leiter der Gruppe »Veterinärmedizin und Veterinärwesen, Lebensmittelsicherheit« (Chief Veterinary Officer – CVO) im Österreichischen Bundesministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz (Sozialministerium, BMASGK) in einer E-Mail vom 29.3.2019 – beginne erst, wenn sich das Transportfahrzeug in Bewegung setze, und ende

- 1 Richtlinie 91/628/EWG des Rates vom 19. November 1991 über den Schutz von Tieren beim Transport sowie zur Änderung der Richtlinien 90/425/EWG und 91/496/EWG, ABl L 1991/340, 17.
- 2 Richtlinie 95/29/EG des Rates vom 29. Juni 1995 zur Änderung der Richtlinie 91/628/EWG über den Schutz von Tieren beim Transport, ABl L 1995/148, 52.
- 3 Verordnung (EG) Nr 1/2005 des Rates vom 22. Dezember 2004 über den Schutz von Tieren beim Transport und damit zusammenhängenden Vorgängen sowie zur Änderung der Richtlinien 64/432/EWG und 93/119/EG und der Verordnung (EG) Nr 1255/97, ABl L 2005/3, 1.
- 4 EuGH 23.11.2006, C-300/05.



bereits, wenn es am Bestimmungsort wieder anhalte;<sup>5</sup> Ver- und Entladezeiten seien nicht Teil der Beförderungsdauer, das gegenteilige EuGH-Urteil könne seit Inkrafttreten der EU-Tiertransportverordnung nicht mehr »herangezogen werden«, habe also seine Geltung verloren. Diese Ansicht wird auch in einem Vermerk der Berliner Senatsverwaltung für Justiz, Verbraucherschutz und Antidiskriminierung vom 29.1.2019 als vertretbar eingestuft (vgl. *M. Krist*, SenJustVA V A VET 4 (913) 3244).

Die genannte Rechtsansicht würde also zB bei einem Rindertransport, dessen Verladung am Versandort bereits eineinhalb Stunden in Anspruch genommen hat, dazu führen, dass die nach Anhang I Kapitel V Nr 1.4 lit d der EU-Tiertransportverordnung einzulegende mindestens einstündige Ruhepause erst fünfzehneinhalb Stunden nach Verladebeginn (nämlich 14 Stunden nach Fahrtbeginn) zu gewähren wäre.

Überdies würde diese Rechtsansicht selbst einer Verladung bereits am Vortag des Fahrtantrittes nicht entgegenstehen.

Gegen diese Rechtsansicht spricht zunächst, dass die Legaldefinition von »Transport« in Art 2 lit w der EU-Tiertransportverordnung die Vorgänge des Verladens und Entladens der Tiere nach wie vor einbezieht – ein Transport beginnt nach dieser Definition mit dem Einladen des ersten Tieres am Versandort und endet mit dem Ausladen des letzten Tieres am Bestimmungsort –, und dass die Legaldefinition von »Beförderung« in Art 2 lit j als Beförderung »den gesamten Transportvorgang vom Versand- zum Bestimmungsort« bezeichnet. Die Legaldefinition von »Beförderung« schließt also den Begriff »Transport« explizit ein. Dass dennoch in einem »Transportvorgang«, von dem die Legaldefinition spricht, etwas grundlegend anderes zu sehen sein soll als in einem »Transport«, erscheint kaum nachvollziehbar, denn selbst wenn die Vertreter der genannten Rechtsansicht dahingehend argumentieren sollten, dass ein »Vorgang« etwas sei, was unbedingt eine Bewegung umfassen müsse, so spricht doch nichts dafür, dass dafür nicht auch die mit dem Ein- und Ausladen verbundenen Bewegungen der Tiere ausreichend sein könnten und es sich – wie die genannten Autoren wohl meinen – unbedingt um eine Fahrtbewegung des Transportfahrzeuges handeln müsste.

---

5 Auszug aus dem Antwortschreiben von *U. Herzog* an *T. Waitz* vom 29.3.2019: »Sobald sich ein Fahrzeug mit dem ersten Tier in Bewegung setzt, beginnt die Beförderungszeit. Sie endet, wenn das Verkehrsmittel am Bestimmungsort wieder anhält.«

Ist somit der Begriff »Beförderung«, was die Einbeziehung des Ver- und Entladens der Tiere angeht, nicht eindeutig, so sind für seine Auslegung – wie immer im Unionsrecht – der systematische Zusammenhang mit anderen Rechtsvorschriften, die verschiedenen sprachlichen Fassungen sowie vor allem der mit dem Erlass der EU-Tiertransportverordnung verfolgte Regelungszweck (»teleologische Auslegung«)<sup>6</sup> heranzuziehen.

Was den systematischen Zusammenhang von Art 2 lit j und von Anhang I Kapitel V Nr 1.1 bis 1.9 zu anderen Rechtsvorschriften in der EU-Tiertransportverordnung angeht, so fällt auf, dass die Argumente, mit denen der EuGH seine Entscheidung vom 23.11.2006, C-300/05, begründet hat, für die heutige EU-Tiertransportverordnung ebenso gelten wie für die damals geltende EG-Tiertransportrichtlinie. Beide Regelwerke haben gleichermaßen zum Ziel, einen angemessenen Schutz der betroffenen Tiere zu gewährleisten und den Ferntransport von Tieren so weit wie möglich einzuschränken. Auch enthält die EU-Tiertransportverordnung ebenso wenig wie die damalige EG-Tiertransportrichtlinie eine Beschränkung für die Dauer der Ver- und Entladevorgänge, so dass diese – wenn sie nicht in die Zeiträume, nach deren Ablauf den Tieren eine Ruhepause bzw eine Ruhezeit zu gewähren ist, einbezogen werden – überhaupt nicht berücksichtigt würden, trotz der Belastungen, die für die Tiere unzweifelhaft damit verbunden sind.

Bei der Heranziehung von anderen Sprachfassungen fällt auf, dass zwar in der deutschen Sprachfassung die Vorschriften über die Zeiträume, nach denen den Tieren eine Ruhepause bzw eine Ruhezeit zu gewähren ist, beim Übergang von der EG-Tiertransportrichtlinie zur EU-Tiertransportverordnung eine Änderung erfahren haben – dergestalt, dass an die Stelle der vormals in der Richtlinie verwendeten Begriffe »Transport« und »Transportdauer« jetzt in der Verordnung die Wörter »Beförderung« und »Beförderungsdauer« getreten sind –, dass sich eine vergleichbare Änderung aber nicht auch in der englischen, der französischen und der italienischen Sprachfassung findet. In der englischen Sprachfassung von Anhang I Kapitel V Nr 1.4 und 1.5 der EU-Tiertransportverordnung werden mit »journey time« und »hours of travel« exakt dieselben Begriffe verwendet wie vordem in Abschnitt 48 Nr 4 und 5 des Anhangs der EG-

---

6 Vgl zB *Thiel/Block*, Anmerkung zu EuGH C-416/16, Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (ZESAR) 2018, 230, 231.

Tiertransportrichtlinie. Ebenso verhält es sich mit der französischen und der italienischen Sprachfassung. Es spricht nichts dafür, dass eine terminologische Änderung, die nur in der deutschen und nicht zugleich in allen anderen Sprachfassungen des Unionsrechts stattgefunden hat, dazu führen könnte, dass die EU-Tiertransportverordnung grundlegend anders auszulegen wäre als die frühere EG-Tiertransportrichtlinie und dass EuGH-Entscheidungen, die zur früheren EG-Tiertransportrichtlinie ergangen sind, deswegen nicht mehr – wie der Vertreter des Österreichischen Sozialministeriums meint – »herangezogen werden« könnten. Hinzu kommt noch, dass in der französischen Sprachfassung von Anhang I Kapitel V Nr 1.4 der EU-Tiertransportverordnung – ebenso wie schon in der früheren Richtlinie – ausdrücklich davon gesprochen wird, dass die bei Kälber- bzw Rindertransporten zu gewährenden Ruhepausen nach neun bzw 14 Stunden »Transport« (lit a: »après neuf heures de transport«; lit d: »après quatorze heures de transport«) zu gewähren sind, mithin also die aktuell geltende französische Sprachfassung explizit auf die Transportdefinition in Art 2 lit w der EU-Tiertransportverordnung Bezug nimmt. Wäre die Rechtsansicht derer, die meinen, dass die Ver- und Entladezeiten nicht in die Beförderungsdauer eingerechnet werden dürften, richtig, dann müsste für die Berechnung des Zeitraums, nach dem den Tieren bei langen Beförderungen Ruhepausen bzw Ruhezeiten zu gewähren sind, im deutschsprachigen Raum ein anderer, weniger tierfreundlicher Maßstab angelegt werden als im französischsprachigen – ein Ergebnis, das schlicht nicht sein kann.

Entscheidend dafür, wie die Begriffe »Beförderung« und »Beförderungsdauer« in Art 2 lit j und in Anhang I Kapitel V Nr 1.4 und 1.5 der EU-Tiertransportverordnung letztlich ausgelegt werden müssen, ist aber die Zielsetzung, die der Unionsgesetzgeber mit der EU-Tiertransportverordnung verfolgt hat. Diese kommt in Erwägungsgrund Nr 6 dieser Verordnung unmissverständlich zum Ausdruck: Danach ging es beim Übergang von der EG-Tiertransportrichtlinie zur EU-Tiertransportverordnung darum, »dass im Interesse einer artgerechten Tierbehandlung und zum Schutz der Gesundheit der Tiere während und nach dem Transport *strenge Vorschriften* [Hervorhebung durch die Verfasser] eingeführt werden, um den Tieren Schmerzen und Leiden zu ersparen«. Eine Auslegung, die die Ver- und Entladezeiten nicht als Bestandteil der »Beförderung« und der »Beförderungsdauer« sehen, sondern stattdessen die Beförderung erst beginnen lassen will, wenn sich das Transportfahrzeug nach Abschluss der Verladung am Versandort in Bewegung setzt (und sie be-

reits mit dem Anhalten des Fahrzeugs am Bestimmungsort enden lassen will), würde dieser Zielsetzung diametral zuwiderlaufen. In dem vom EuGH am 23.11.2006, C-300/05, entschiedenen Fall hatte die Transportfirma den transportierten Rindern erst 15 Stunden nach dem Beginn des Verladens die nach maximal 14 Stunden obligatorische Ruhezeit gewährt und geltend gemacht, weil das Verladen der Rinder bereits eineinhalb Stunden in Anspruch genommen habe, habe ihrer Meinung nach der Transport bis zu dieser Ruhepause nur 13 Stunden und 30 Minuten betragen, sei also rechtskonform gewesen. Der EuGH hat diese Argumentation zurückgewiesen und dafür gesorgt, dass der Transportfirma wegen der verspäteten Ruhepause die Ausfuhrerstattung entzogen wurde. Nach der Auffassung derer, die in der Beförderungsdauer allein die Fahrzeiten berücksichtigt sehen wollen, wäre die vom EuGH als tierschutzwidrig zurückgewiesene Argumentation der Transportfirma jetzt zulässig. Das würde bedeuten, dass es durch den Übergang von der EG-Tiertransportrichtlinie zur EU-Tiertransportverordnung in einem wesentlichen Punkt zu einer deutlichen Abschwächung des nach der Richtlinie bislang bestehenden Tierschutzstandards gekommen wäre – ein Ergebnis, das der in Erwägungsgrund Nr 6 zum Ausdruck kommenden gegenteiligen Zielsetzung des Unionsgesetzgebers und damit dem Gebot zu einer teleologischen Gesetzesauslegung so eindeutig widerspricht, dass diese Auslegung (und ebenso die Meinung, dass das EuGH-Urteil C-300/05 für die EU-Tiertransportverordnung keine Geltung mehr habe) nur als eindeutig falsch zurückgewiesen werden kann.

## II. Eingehende Darstellung

### A. Problemstellung

Die EG-Tiertransportrichtlinie war in der deutschen Sprachfassung etwas anders formuliert als die jetzige EU-Tiertransportverordnung:

In Abschnitt 48 Nr 4 und 5 des Anhangs der EG-Tiertransportrichtlinie waren zur Festlegung der auf einem Tiertransport einzuhaltenden Ruhezeiten jeweils die Begriffe »Transport« und »Transportdauer« verwendet worden.

Abschnitt 48 Nr 4 lit d: »Alle anderen unter Nummer 1 genannten Tiere [Anmerkung der Verfasser: ua erwachsene Rinder]

müssen nach einer Transportdauer von 14 Stunden eine ausreichende, mindestens einstündige Ruhepause erhalten, insbesondere damit sie getränkt und nötigenfalls gefüttert werden können. Nach dieser Ruhepause kann der Transport für weitere 14 Stunden fortgesetzt werden.«

Abschnitt 48 Nr 5: »Nach der festgesetzten Transportdauer müssen die Tiere entladen, gefüttert und getränkt werden und eine Ruhezeit von mindestens 24 Stunden erhalten.«

In Anhang I Kapitel V Nr 1.4 bzw 1.5 der EU-Tiertransportverordnung werden jetzt anstelle der Begriffe »Transport« und »Transportdauer« die Wörter »Beförderung« und »Beförderungsdauer« verwendet.

Kapitel V Nr 1.4 lit d: »Alle anderen unter Nummer 1.1 genannten Tiere [Anmerkung der Verfasser: ua erwachsene Rinder] müssen nach einer Beförderungsdauer von 14 Stunden eine ausreichende, mindestens einstündige Ruhepause erhalten, insbesondere damit sie getränkt und nötigenfalls gefüttert werden können. Nach dieser Ruhepause kann die Beförderung für weitere 14 Stunden fortgesetzt werden.«

Kapitel V Nr 1.5: »Nach der festgesetzten Beförderungsdauer müssen die Tiere entladen, gefüttert und getränkt werden und eine Ruhezeit von mindestens 24 Stunden erhalten.«

Aus dieser Änderung – Auswechslung der Begriffe »Transport« und »Transportdauer« durch »Beförderung« und »Beförderungsdauer« – wird zT geschlossen, dass die Verladezeiten (also die Zeit für das Einladen der Tiere am Versandort und ihr Ausladen an einem Aufenthaltsort oder am Bestimmungsort) nicht mehr in die Berechnung des Zeitraums einbezogen werden dürften, nach dessen Ablauf den Tieren eine Ruhepause zum Tränken und gegebenenfalls Füttern bzw eine Ruhezeit mit Abladen gewährt werden muss.

## **B. Unterschiedliche Auslegung der Begriffe »Beförderung« und »Beförderungsdauer«**

1. Nach Ansicht eines Vertreters des Österreichischen Bundesministeriums für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz

(BMASGK) (Antwortschreiben *U. Herzog* vom 29.3.2019) soll der Begriff »Beförderung« das Ver- und Entladen nicht einschließen:

» ... dass Beförderung grundsätzlich auf die Fortbewegung/Verbringung des Tieres im Transportmittel abstellt. Sobald sich ein Fahrzeug mit dem ersten Tier in Bewegung setzt, beginnt die Beförderungszeit. Sie endet, wenn das Verkehrsmittel am Bestimmungsort wieder anhält.«

In dem Schriftwechsel zwischen *T. Waitz* (MEP Die Grünen AT) und *U. Herzog* (CVO, Gruppenleiter im BMASGK) wird auch ein Salzburger Amtstierarzt zitiert, der gesagt habe, dass nach einem Erlass des zuständigen Ministeriums die Transportdauer bei Langstreckentransporten erst mit der Abfahrt des Fahrzeugs beginne.

Ähnliche Ansichten werden zT auch in deutschen Behörden vertreten.<sup>7</sup>

2. Anders sieht es demgegenüber die EU-Kommission (Schreiben vom 9.1.2008 an das Deutsche Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft, SANCO D2 LPA/dj D(2007)420763):

»Die Kommission vertritt ... eine Auslegung der Verordnung, wonach die Zeit für die Verladung der Tiere am Versandort bei der Berechnung der Beförderungsdauer zu berücksichtigen ist. Die Kommission ist der Ansicht, dass die Auslegung des Gerichtshofes in seinem Urteil vom 23. November 2006 hinsichtlich der Bestimmungen der Richtlinie 91/628/EWG auf die neue rechtliche Situation der Verordnung (EG) Nr. 1/2005 angewendet werden kann.«

Ebenso Schreiben der EU-Kommission vom 9.8.2007 an Mrs. Lesley Moffat, Animals' Angels eV, Freiburg (SANCO D2 DS/dj D(2007)420506):

» ... the Commission shares the views that time spent for loading and unloading should be included as to establish the maximum journey times as referred to in point 1.2, 1.4 and 1.5 of Chapter V of Annex to Regulation (EC) No 1/2005 on the protection of animals during transport.«

---

7 Vgl. Stellungnahme *M. Krist*, Berliner Senatsverwaltung für Justiz, Verbraucherschutz und Antidiskriminierung vom 29.1.2019, (913) 3244: Die Ansicht, dass eine Beförderung »ab Abfahrt des Fahrzeugs bis zu seiner Ankunft am Bestimmungsort« gelte, sei vertretbar.

3. Anders als zT in Österreich und in Berlin – nämlich wie die EU-Kommission in dem Sinne, dass die Zeiten für das Ein- und Ausladen der Tiere bei der Berechnung der Zeiträume, nach deren Ablauf den Tieren eine Ruhepause bzw eine Ruhezeit gewährt werden muss, einzubeziehen sind – sieht es auch die Deutsche Bundesregierung in ihrer Antwort vom 9.4.2013 auf eine Kleine Anfrage von Abgeordneten und Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (Bundestagsdrucksache 17/13006, 2):

»Aus Artikel 2 Buchstaben j und m der Verordnung (EG) Nr. 1/2005 ergibt sich, dass die Gesamtbeförderungsdauer die Zeit vom Beginn des Verladens des ersten Tieres am Versandort bis zum Abladen des letzten Tieres am Bestimmungsort umfasst. Einen entsprechenden Hinweis haben die für den Vollzug zuständigen Länder in ihre Vollzugshinweise (Handbuch Tiertransporte) zur einheitlichen Durchführung und Umsetzung des Tierschutzrechts bezüglich des Transportgeschehens aufgenommen. Die Vollzugshinweise der Länder verweisen außerdem auf ein Schreiben der Europäischen Kommission vom 9. Januar 2008, in dem diese Auslegung bestätigt wird. Die Bundesregierung teilt diese Auffassung. Insofern ergeben sich keine unterschiedlichen Rechtsauffassungen.«

4. Ebenso wie die EU-Kommission und die Deutsche Bundesregierung sieht es auch die Kommentarliteratur (*Hirt/Maisack/Moritz*, Tierschutzgesetz 3. Auflage, Vahlen [2016], EU-Tiertransport-VO Art 2 Rn 5):

»Beförderung iS von Art. 2 lit. j umfasst den gesamten Transportvorgang einschließlich des Einladens der Tiere am Versandort und des Ausladens am Bestimmungsort (vgl. AG Uelzen, Urt. v. 25.11.2013, 204 OWi 3105 Js 3887/13 (63/13): »...wobei gem. Art. 2 lit. w die Zeiten des Be- und Entladens zur Beförderungsdauer zählen«). Auf eine zulässige Beförderungshöchstdauer (z. B. nach Anh. I Kap. V Nr. 1.2, 1.4 und 1.5) ist also das Beladen des Transportmittels oder -behälters mit Tieren am Versandort und das Entladen der Tiere am Bestimmungsort anzurechnen. Die Gesamtbeförderungsdauer umfasst damit die Zeit vom Beginn des Einladens des ersten Tieres am Versandort bis zum Abladen des letzten Tieres am Bestimmungsort ...«

5. Die seitens des CVO im Österreichischen Sozialministerium vertretene und unter 1. wiedergegebene Rechtsmeinung steht überdies im diametralen Gegensatz zu dem von Österreich im Einklang mit allen anderen Mitgliedstaaten mitverfassten Konsensdokument »Netzwerkpapier zu Kontrollen vor der Beförderung lebender Tiere zur Ausfuhr im Straßentransport«, aus dessen Anhang 2 (Seite 13) unmissverständlich hervorgeht, dass die Zeiten für das Ver- und Entladen der Tiere in die Berechnung der voraussichtlichen Gesamtbeförderungsdauer, nach deren Ablauf eine Ruhepause bzw eine Ruhezeit mit Abladen zu gewähren ist, einzubeziehen sind:

ANHANG 2					
VORLAGE FÜR EINEN VORSCHRIFTSMÄßIGEN PLAN ZUR BEFÖRDERUNG AUSGEWACHSENER RINDER					
2. VORAUSSICHTLICHE GESAMTBEFÖRDERUNGSDAUER (Stunden/Tage)			(= Summe der Beförderungs- und Ruhezeiten)		
3.1 VERSANDORT (Ort und Land)		4.1 BESTIMMUNGSORT (Ort und Land)			
3.2 Datum	3.3 Uhrzeit (Verladen des ERSTEN Tieres)	4.2 Datum	4.3 Uhrzeit (Entladen des LETZTEN Tieres)		
5.1 Tierart	5.2 Zahl der Tiere	5.3 Nummer(n) der Veterinärbescheinigung(en)			
5. Gesamtgewicht der Sendung in kg (Schätzung)		5.5 Für die Sendung voraussichtlich erforderliche Gesamtfläche (in m <sup>2</sup> )			
6. LISTE DER VORAUSSICHTLICHEN RUHE-, UMLADE- UND AUSGANGSORTE					
6.1 Namen der Orte, an denen die Tiere ruhen oder umgeladen werden sollen (einschließlich Ausgangsorte)	6.2 Ankunft		6.3 Dauer (in Stunden)	6.4 Name und Zulassungsnr. des Transportunternehmers (sofern es sich nicht um den Organisator handelt)	6.5 Identifizierung
	Datum	Uhrzeit			
[Ruheort]		≤ 14 Stunden nach Uhrzeit in Feld 3.3	≥ 1 Stunde		
[Kontrollstelle]		≤ 14+1+14 Stunden nach Uhrzeit in Feld 3.3	≥ 24 Stunden		
[Ausgangsort]			≥ 1 Stunde		
[Kontrollstelle im Drittland]			≥ 1 Stunde (≥ 6 Stunden für die Türkei)		
[Ruheort im Drittland]		≤ 14 Stunden nach Beginn des Wiederverladens an der Kontrollstelle	≥ 1 Stunde		
[Bestimmungsort] (In Feld 4.1 angegebener Ort)		Voraussichtliche Ankunftszeit (vor Uhrzeit in Feld 4.3)			

Abbildung 1: aus »Netzwerkpapier zu Kontrollen vor der Beförderung lebender Tiere zur Ausfuhr im Straßentransport« (farbliche Hervorhebungen durch den Zweitautor).



6. Die seitens des CVO im Österreichischen Sozialministerium geäußerte und unter 1. wiedergegebene Rechtsmeinung hat bereits in das »Österreichische Handbuch Tiertransporte inkl. Erleichterungen für landwirtschaftliche Transporte Stand 2018« Eingang gefunden. Dort heißt es auf Seite 50 beispielsweise: »Die Beförderung endet bei der Ankunft am Bestimmungsort ...«. Diese neuerdings seitens Österreichs vertretene Meinung ist neu und ergeht unvermutet, vor allem aber ohne jegliche Änderung der zugrundeliegenden Rechtsgrundlagen.

Aus welchen Gründen Österreich zur Änderung der zumindest seit 2009 vertretenen und in einer Arbeitsgruppe unter Beteiligung von Vertretern des Transportgewerbes, des Bundesministeriums für Gesundheit, des Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft und Vertretern der Landesveterinärdirektionen zustande gekommenen Rechtsmeinung gelangt ist, erschließt sich nicht. In dem unter Mitarbeit des Zweitautors verfassten seinerzeitigen Handbuch wird betont: »Werden Tiere für einen Transport verladen, so ist diese Verladezeit Teil des Transportvorganges und zählt zur Beförderungsdauer. Die »Uhr fängt« also dann »zu ticken« an, wenn das erste Tier auf das Fahrzeug verladen wird.« und »Der Transport endet bei Ankunft am Bestimmungsort, wobei die für die Entladung notwendige Zeit in die Beförderungsdauer einzurechnen ist.«

7. Die seitens des CVO im Österreichischen Sozialministerium geäußerte und unter 1. wiedergegebene Rechtsmeinung steht im Widerspruch zum Deutschen Handbuch Tiertransporte, Stand Dez 2018, in dem es auf Seite 66 heißt: »Mit der Verladung auf der ersten Sammelstelle beginnt die zulässige Höchstbeförderungsdauer«.

8. Die seitens des CVO im Österreichischen Sozialministerium geäußerte und unter 1. wiedergegebene Rechtsmeinung steht auch nicht in Übereinstimmung mit den seitens des zuständigen Bundesministeriums approbierten und vom Zweitautor im Rahmen der Amtstierärztausbildung (Physikat) vorgetragenen Lehrinhalte sowie im Widerspruch zur herrschenden Lehrmeinung.

9. Die seitens des CVO im Österreichischen Sozialministerium geäußerte und unter 1. wiedergegebene Rechtsmeinung ermöglicht den Transport nicht-entwöhnter Kälber von der Sammelstelle Bergheim bei Salzburg zum Bestimmungsort Vic, Katalonien, Spanien, welcher

nach der bisherigen österreichischen Rechtsinterpretation nicht möglich wäre.

### **C. Ver- und Entladezeiten sind in die Beförderungsdauer einzurechnen**

Die Begriffe »Beförderung« und »Beförderungsdauer« in Kapitel V des Anhangs der EU-Tiertransportverordnung (insbesondere in Nr 1.2, 1.3, 1.4 und 1.5) müssen dahin ausgelegt werden, dass die Zeiten des Verladens der Tiere (also des Einladens am Versandort und des Ausladens an einem Aufenthaltsort oder am Bestimmungsort) einzurechnen sind. Dafür spricht bereits der Wortlaut der Legaldefinition von »Beförderung« in Art 2 lit j (dazu nachfolgend unter 1). Dafür spricht weiter der systematische Zusammenhang mit anderen Teilen der EU-Tiertransportverordnung und die Berücksichtigung der unterschiedlichen Sprachfassungen (dazu nachfolgend unter 2 und 3). Vor allem aber verbietet die teleologische (dh am Regelungszweck der EU-Tiertransportverordnung) ausgerichtete Auslegung, die Begriffe »Beförderung« und »Beförderungsdauer« dahin auszulegen, dass es zu einer nachhaltigen Abschwächung des Tierschutzniveaus im Vergleich zur früher geltenden EG-Tiertransportrichtlinie kommt (dazu nachfolgend unter 4).

#### **1. Der Wortlaut der Legaldefinition**

Schon der Wortlaut der heute geltenden Vorschriften – Art 2 lit j und w sowie Anhang I Kapitel V Nr 1.4 und 1.5 der EU-Tiertransportverordnung – legt nahe, dass die Begriffe »Beförderung« und »Beförderungsdauer« ebenso wie die Begriffe »Transport« und »Transportdauer« die Zeiten des Verladens am Versand- und des Entladens an Aufenthaltsorten und am Bestimmungsort einschließen.

1.1 »Beförderung« wird in Art 2 lit j definiert als »der gesamte Transportvorgang vom Versand- zum Bestimmungsort einschließlich des Entladens, Unterbringens und Verladens an Zwischenstationen«. »Transport« schließt nach Art 2 lit w das Verladen, Entladen, Umladen und Ruhen bis zum Ende des Entladens der Tiere am Bestimmungsort ein.

In der Legaldefinition von »Beförderung« ist also der Begriff »Transport« explizit enthalten. Schon das lässt es als schwer nachvollziehbar erscheinen, weshalb in »Beförderung« gegenüber »Transport« ein Weniger (also ein »Minus«) gesehen werden soll. Zwar könnte dem Zusatz »Vorgang« (englisch: »operation«, also »Tätigkeit«, »Ablauf«) entnommen werden, dass eine Bewegung gemeint ist. Das muss aber keineswegs notwendig eine Bewegung des Transportfahrzeuges sein. Vielmehr liegt ein mit Bewegung verbundener Transportvorgang auch vor, wenn Tiere am Versandort auf ein Transportfahrzeug getrieben werden und wenn sie am Bestimmungsort wieder hinuntergetrieben werden. Es ist folglich in keiner Weise zwingend, in »Transportvorgang« nur ein fahrendes Transportfahrzeug zu sehen.

1.2 Das Zusammenspiel der beiden Legaldefinitionen von »Beförderung« und »Transport« in Art 2 lit j bzw w macht deutlich, dass die Definition von »Beförderung« die Definition von »Transport« einschließt: Weil nämlich in der Definition von »Transport« in Art 2 lit w das Verladen am Versandort und das Entladen am Bestimmungsort bereits enthalten sind, hielt es der Unionsgesetzgeber für ausreichend, bei der Definition von »Beförderung« in Art 2 lit j klarzustellen, dass – über das im Transportbegriff bereits enthaltene Verladen am Versandort und Entladen am Bestimmungsort hinaus – auch das Ausladen, Unterbringen und Wiedereinladen an Zwischenstationen (englisch: »intermediate points«; französisch: »points intermédiaires«) zur »Beförderung« gehören sollte.

1.3 Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH sind bei der Auslegung von Unionsrecht die verschiedenen sprachlichen Fassungen einer Vorschrift zu berücksichtigen und kommt es bei Unterschieden auf die allgemeine Systematik und den Zweck der Regelung an.<sup>8</sup>

Während die deutsche Sprachfassung in Anhang I Kapitel V Nr 1.4 und 1.5 der EU-Tiertransportverordnung anstelle der in der EG-Tiertransportrichtlinie verwendeten Begriffe »Transport« und »Transportdauer« ausschließlich die Wörter »Beför-

---

8 EuGH 23.11.2006, C-300/05 Rn 16; 14.5.2019, C-391/16 Rn 88.

derung« und »Beförderungsdauer« verwendet, wird in der französischen Sprachfassung der Verordnung weiterhin der Begriff »transport« verwendet:

Nach Kapitel V Nr 1.4 lit a müssen nicht abgesetzte Kälber, Lämmer, Zickel und Ferkel »après neuf heures de transport« eine Stunde lang getränkt und wenn nötig gefüttert werden.

Nach Kapitel V Nr 1.4 lit d müssen erwachsene Rinder, Schafe und Ziegen »après quatorze heures de transport« eine mindestens einstündige Ruhepause mit Tränkung und wenn nötig Fütterung erhalten.

Da mit »transport« in der französischen Sprachfassung unzweifelhaft der in Art 2 lit w der Verordnung definierte Transportbegriff, der das Einladen am Versandort und das Entladen an Aufenthaltsorten und am Bestimmungsort einschließt, gemeint ist, würde – wenn sich die Auslegung, wonach »Beförderung« nur die Zeit zwischen Abfahrt und Ankunft des Transportfahrzeugs umfassen soll, im deutschsprachigen Raum durchsetzen sollte – in Frankreich und in Deutschland/Österreich unterschiedliches Unionsrecht gelten: Im deutschsprachigen Raum müsste Rindern, die am Versandort eineinhalb Stunden lang verladen worden sind, erst 15 ½ Stunden nach Verladebeginn (= 14 Stunden nach Fahrtbeginn) die in Anhang I Kapitel V Nr 1.4 lit d vorgesehene einstündige Ruhepause gewährt werden, im französischsprachigen Raum dagegen bereits 14 Stunden nach Verladebeginn (»après quatorze heures de transport«) und damit 12 ½ Stunden nach Fahrtbeginn. Das wäre ein unmögliches Ergebnis.

Zumindest zeigt bereits die Wortfassung, dass die Begriffe »Beförderung« und »Beförderungsdauer« mit guten Gründen auch dahin ausgelegt werden können, dass sie neben der Zeit zwischen Abfahren und Ankommen (also der reinen Fahrzeit) auch die Zeiträume des Verladens und Entladens einschließen. Welche der vom Wortlaut her denkbaren Auslegungen im Ergebnis die richtige ist, muss deshalb – wie immer bei der Auslegung von Rechtsvorschriften des Unionsrechts – nach dem systematischen Zusammenhang mit anderen Teilen der EU-Tiertransportverordnung, unter Berücksichtigung der verschiedenen sprachlichen Fassungen und nach dem Regelungszweck der Verordnung entschieden werden.

## 2. Der systematische Zusammenhang mit anderen Teilen der EU-Tiertransportverordnung

Der EuGH hat mit Urteil vom 23.11.2006, C-300/05, für die damals noch in Kraft befindliche EG-Tiertransportrichtlinie 91/628/EWG entschieden, dass der Begriff »Transport« in Abschnitt 48 Nr 4 lit d des Anhangs dahin auszulegen sei, dass er das Ver- und Entladen der Tiere einschlieÙe.

Soweit für die jetzt geltende EU-Tiertransportverordnung geltend gemacht wird, dass »Beförderung« iSd in Art 2 lit j enthaltenen Definition anders, nämlich enger ausgelegt werden müsse, wird dies damit begründet, dass die jetzige Definition von »Beförderung« in der EG-Tiertransportrichtlinie so nicht enthalten gewesen sei.<sup>9</sup> Allerdings enthielt die Richtlinie in Art 2 lit g für den Begriff »Verbringung« eine Definition, die sich eng an die jetzt für »Beförderung« geltende Definition anlehnt: »Verbringung: der Transport vom Versandort zum Bestimmungsort«.

Es bedarf indes einer eingehenderen Betrachtung, ob das EuGH-Urteil vom 23.11.2006, C-300/05, wegen des danach stattgefundenen Übergangs von der Richtlinie zur Verordnung tatsächlich – so der CVO Österreichs – »nicht [mehr] herangezogen werden kann«, also seine Geltung verloren hat.

2.1 Der EuGH hatte über folgenden Sachverhalt zu entscheiden: Eine Tiertransportfirma (Zuchtvieh-Kontor GmbH, ZVK) hatte 28 lebende Rinder nach Ägypten transportiert und dafür eine Ausfuhrerstattung erhalten. Das Hauptzollamt Hamburg-Jonas hatte diese Ausfuhrerstattung zurückgefordert, weil sich aus dem Transportplan der ZVK ergeben hatte, dass der Transport nicht 14, sondern erst 15 Stunden nach seinem Beginn für die in Abschnitt 48 Nr 4 lit d des Anhangs der EG-Tiertransportrichtlinie vorgeschriebene Ruhepause unterbrochen worden war. Die ZVK hatte dagegen eingewendet, dass das Einladen der Rinder am Versandort eineinhalb Stunden in Anspruch genommen habe und deswegen der streitige Transport vom Fahrtbeginn an gerechnet bis zur Ruhepause lediglich 13 Stunden und 30 Minu-

---

9 Vgl M. Krist, Stellungnahme vom 29.1.2019, Berliner Senatsverwaltung für Justiz, Verbraucherschutz und Antidiskriminierung, (913) 3244.

ten gedauert habe. Demgegenüber hatte das Hauptzollamt geltend gemacht, dass der Transport auch die Zeiten der Ver- und Entladung einschlieÙe und seine Dauer bis zu der gewährten Ruhepause deswegen länger gewesen sei als die maximal erlaubten 14 Stunden.

Der EuGH hat dem Hauptzollamt recht gegeben und entschieden, dass der Begriff »Transport« in Abschnitt 48 Nr 4 lit d des Anhangs der EG-Tiertransportrichtlinie dahin auszulegen sei, dass er das Ver- und Entladen der Tiere einschlieÙe. Im Ergebnis musste also die ZVK, weil sie die Rinder einschließlich der Verladezeit bis zur ersten Ruhepause 15 Stunden lang transportiert hatte, die Ausfuhrerstattung zurückerstatten.

2.2 Die Argumente, mit denen der EuGH seine Rechtsauffassung begründet hat, gelten für die heutige EU-Tiertransportverordnung gleichermaßen wie für die damalige Richtlinie:

- ▶ Zu den Zielen der Richtlinie gehöre – so der EuGH – nach der zweiten Begründungserwägung, den angemessenen Schutz der betroffenen Tiere zu gewährleisten (EuGH C-300/05 Rn 19). Dies ist ebenso Ziel der jetzt geltenden EU-Tiertransportverordnung (vgl deren sechsten Erwägungsgrund: »Der Rat hat die Kommission ... aufgefordert, durch geeignete Vorschläge dafür zu sorgen, dass ... im Interesse einer artgerechten Tierbehandlung und zum Schutz der Gesundheit der Tiere während und nach dem Transport strengere Vorschriften eingeführt werden, um den Tieren Schmerzen und Leiden zu ersparen«).
- ▶ Ein weiteres Ziel der Richtlinie sei nach der achten Begründungserwägung, den Ferntransport von Tieren so weit wie möglich einzuschränken (EuGH C-300/05 Rn 19). Dies ist ebenso das Ziel der EU-Tiertransportverordnung (vgl deren fünften Erwägungsgrund: »Aus Tierschutzgründen sollten lange Beförderungen von Tieren – auch von Schlachttieren – auf ein Mindestmaß begrenzt werden«).
- ▶ Der EuGH hat seine Entscheidung weiter damit begründet, dass die EG-Tiertransportrichtlinie keinerlei Beschränkungen für die Zeit des Ver- und Entladens der Tiere als solche enthalte, so dass – würde Abschnitt 48 Nr 4 lit d des Anhangs dahin ausgelegt, dass diese Zeit nicht zur Transportdauer gehöre – die

Dauer der Ver- und Entladevorgänge überhaupt nicht berücksichtigt würde, »was dieser Vorschrift ihre praktische Wirksamkeit nähme« (EuGH C-300/05 Rn 20). Genau dieselbe Situation besteht nach der jetzt geltenden EU-Tiertransportverordnung: Auch sie enthält keine Beschränkungen für die Zeit des Ver- und Entladens der Tiere. Auch nach ihr würde also – wenn Anhang I Kapitel V Nr 1.4 lit d dahin ausgelegt würde, dass die Ver- und Entladezeiten nicht zur Beförderungsdauer gehören – die Dauer der Ver- und Entladevorgänge vollständig unberücksichtigt bleiben, was in Anbetracht der Belastungen, die für die Tiere mit diesen Vorgängen unzweifelhaft verbunden sind, dieser Vorschrift jedenfalls einen Teil ihrer praktischen Wirksamkeit nähme.

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten: Die Gründe, die für den EuGH in seinem Urteil C-300/05 dafür maßgeblich waren, das Verladen in den Zeitraum einzurechnen, nach dessen Ablauf die beförderten Tiere eine Ruhepause bzw eine Ruhezeit erhalten müssen, gelten für die EU-Tiertransportverordnung in gleichem Umfang wie für die damals geltende EG-Tiertransportrichtlinie. Insbesondere gilt auch heute noch das vom EuGH herangezogene systematische Argument, dass – weil es für die Zeiten des Verladens und Entladens keinerlei Begrenzungen gibt – diese für die Tiere unzweifelhaft belastenden Vorgänge völlig außer Betracht blieben, wenn man diese Zeiten nicht in die »Beförderungsdauer« einrechnen würde, und dass dies ein dem Tierschutzziel, wie es der Richtlinie und der Verordnung gleichermaßen zugrunde liegt, abträgliches Ergebnis wäre.

Dies lässt eine Argumentation, die dahin geht, dass das EuGH-Urteil wegen des Wechsels von der EG-Tiertransportrichtlinie 91/628/EWG zur EU-Tiertransportverordnung 1/2005 »nicht [mehr] herangezogen werden kann« (so der CVO Österreichs), sehr fragwürdig erscheinen.

### 3. Die unterschiedlichen Sprachfassungen

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sind Vorschriften des Unionsrechts »im Zweifelsfall unter Berücksichtigung der Fassungen in den anderen Sprachen«<sup>10</sup> auszulegen. Hier fällt auf, dass zwar in der

---

<sup>10</sup> EuGH 23.11.2006, C-300/05 Rn 16.

deutschen Sprachfassung beim Übergang von der EG-Tiertransportrichtlinie 91/628/EWG zur EU-Tiertransportverordnung 1/2005 der Wortlaut der Vorschriften über die Zeiträume, nach deren Ablauf den Tieren Ruhepausen bzw Ruhezeiten gewährt werden müssen, geändert worden ist, in anderen Sprachfassungen hingegen nicht:

- ▶ Deutsche Sprachfassung: In der EG-Tiertransportrichtlinie werden im Abschnitt 48 Nr 4 und 5 des Anhangs für diesen Zeitraum die Begriffe »Transportdauer« (Nr 4 lit a und d sowie Nr 5) bzw »Transport« (Nr 4 lit b) verwendet. In der EU-Tiertransportverordnung treten im Anhang Kapitel V Nr 1.4 und 1.5 an die Stelle dieser Begriffe die Begriffe »Beförderungsdauer« (Nr 1.4 lit a und d sowie Nr 1.5) bzw »Beförderung« (Nr 1.4 lit b).
- ▶ In der englischen Sprachfassung hat es hingegen einen derartigen Wechsel in der Begrifflichkeit beim Übergang von der Richtlinie zur Verordnung nicht gegeben: In Abschnitt 48 Nr 4 und 5 des Anhangs der Richtlinie werden für diesen Zeitraum die Begriffe »hours of travel« (Nr 4 lit a und d) bzw »journey time« (Nr 4 erster Satz und Nr 5) sowie »journey« (Nr 4 lit b) verwendet. Genau gleich geblieben ist die Begriffswahl in Anhang I Kapitel V Nr 1.4 und 1.5 der EU-Tiertransportverordnung: »hours of travel« (Nr 1.4 lit a und d), »journey time« (Nr 1.4 erster Satz und Nr 1.5) sowie »journey« (Nr 1.4 lit b).
- ▶ Dasselbe findet man in der französischen Sprachfassung: In Abschnitt 48 Nr 4 und 5 des Anhangs der Richtlinie werden für den Zeitraum, nach dessen Ablauf eine Ruhepause bzw Ruhezeit gewährt werden muss, die Begriffe »heures de transport« (Nr 4 lit a und d) bzw »durée de voyage« (Nr 4 erster Satz und Nr 5) sowie »voyage« (Nr 4 lit b) verwendet. Genau gleich geblieben ist die Begriffswahl in Anhang I Kapitel V Nr 1.4 und 1.5 der EU-Tiertransportverordnung: »heures de transport« (Nr 1.4 lit a und d), »durée de voyage« (Nr 1.4 erster Satz und Nr 1.5) und »voyage« (Nr 1.4 lit b).
- ▶ Auch in der italienischen Sprachfassung hat es den für die deutsche Sprachfassung kennzeichnenden Wechsel von »Transportdauer« zu »Beförderungsdauer« und von »Transport« zu »Beförderung« nicht gegeben: In Abschnitt 48 Nr 4 und 5 des Anhangs der Richtlinie werden für den Zeitraum, nach dessen Ablauf eine Ruhepause bzw Ruhezeit gewährt werden muss, die Begriffe



»ore di viaggio« (Nr 4 lit a und d) bzw »durate di viaggio« (Nr 4 erster Satz), »periodo di viaggio« (Nr 5) sowie »viaggio« (Nr 4 lit b) verwendet. Genau gleich ist die Begriffswahl in Anhang I Kapitel V Nr 1.4 und 1.5 der EU-Tiertransportverordnung geblieben: »ore di viaggio« (Nr 1.4 lit a und d), »durate di viaggio« (Nr 1.4 erster Satz), »periodo di viaggio« (Nr 1.5) sowie »viaggio« (Nr 1.4 lit b).

Wenn also, wie dargelegt, beim Übergang von der Richtlinie zur Verordnung der Wechsel von »Transport« bzw »Transportdauer« in der Richtlinie hin zu »Beförderung« bzw »Beförderungsdauer« in der Verordnung nur in der deutschen und nicht zugleich auch in der englischen, französischen und italienischen Sprachfassung stattgefunden hat, sollte es sich eigentlich von selbst verbieten, auf diesen offenbar nur in der deutschen Sprachfassung stattgefundenen terminologischen Wechsel die These zu stützen, dass das EuGH-Urteil von 2006 seit dem Inkrafttreten der EU-Tiertransportverordnung »nicht [mehr] herangezogen werden« könne und somit seine Geltung verloren habe. Zugleich erscheint völlig ausgeschlossen, für den deutschsprachigen Raum eine Auslegung von Unionsrecht zu vertreten, für die es im englisch-, französisch- und italienischsprachigen Raum keine Grundlage gibt.

#### 4. Die teleologische Auslegung

Entscheidend für die Auslegung einer Rechtsvorschrift, die – wie oben in 1. dargelegt – nach ihrem Wortlaut unterschiedliche Interpretationen zulässt, ist aber letztendlich der Zweck, den der Normgeber mit der jeweiligen Regelung verfolgt hat (vgl EuGH C-372/88 Rn 19; C-174/05 Rn 20; C-300/05 Rn 16; man nennt diese am Normzweck ausgerichtete Gesetzesauslegung »teleologische Auslegung«).

Der wesentliche Zweck der EU-Tiertransportverordnung besteht nach ihrem Erwägungsgrund Nr 6 darin, »dass im Interesse einer artgerechten Tierbehandlung und zum Schutz der Gesundheit der Tiere während und nach dem Transport strengere Vorschriften [Hervorhebung durch die Verfasser] eingeführt werden, um den Tieren Schmerzen und Leiden zu ersparen«.

Mit dem Wechsel von der EG-Tiertransportrichtlinie 91/628/EWG zur EU-Tiertransportverordnung 1/2005 sollte sich also nach dem Willen des Unionsgesetzgebers das bisherige Tierschutzniveau auf Tier-

transporten nicht etwa abschwächen, sondern es sollte im Gegenteil erhöht werden.

Eine Auslegung, der zufolge zur »Beförderung« und »Beförderungsdauer« nicht auch das Verladen der Tiere gehören soll, würde jedoch in diametralem Gegensatz zu dieser Zielsetzung den Schutz, der Tieren auf dem Transport durch die EG-Tiertransportrichtlinie bislang zuteilgeworden ist, abschwächen.

Dies zeigt sich besonders eindrücklich an dem Fall, der Gegenstand des EuGH-Urteils vom 23.11.2006, C-300/05, gewesen ist:

Nach Abschnitt 48 Nr 4 lit d des Anhangs der EG-Tiertransportrichtlinie war die Transportfirma ZVK GmbH – nachdem das Einladen der 28 Rinder am Versandort bereits eineinhalb Stunden in Anspruch genommen hatte – verpflichtet, den Rindern nach spätestens zwölfteinhalb Stunden reiner Fahrzeit (und damit nach 14 Stunden Transportdauer) eine einstündige Ruhepause zum Tränken und nötigenfalls Füttern zu gewähren.

Nach Anhang I Kapitel V Nr 1.4 lit d der EU-Tiertransportverordnung wäre die Firma demgegenüber – schlosse man sich der Rechtsauffassung derer an, die die Beförderung erst mit der Abfahrt des Transportfahrzeuges beginnen lassen und die Verladezeit nicht in die Beförderungsdauer einrechnen wollen – berechtigt, den Rindern, wie sie es tatsächlich getan hat, erst nach 15 ½ Stunden Transportdauer (nämlich nach eineinhalb Stunden Verladezeit + daran anschließenden 14 Stunden Fahrzeit) eine Ruhepause zum Tränken und nötigenfalls Füttern zu gewähren. Etwas, was nach der EG-Tiertransportrichtlinie tierschutzwidrig gewesen ist, wäre also nach der EU-Tiertransportverordnung – obwohl deren wesentlicher Regelungszweck darin besteht, im Vergleich zur Richtlinie »strengere Vorschriften« zum Schutz der Tiere einzuführen – als rechtmäßig zu qualifizieren.

Eine Auslegung der Begriffe »Beförderung« und »Beförderungsdauer«, die dafür nur die reine Fahrzeit berücksichtigen will, würde also dazu führen, dass sich – entgegen dem in Erwägungsgrund Nr 6 unmissverständlich zum Ausdruck kommenden zentralen Regelungszweck der EU-Tiertransportverordnung – der Schutz von Tieren auf dem Transport im Vergleich zur früheren Rechtslage in einem wesentlichen Punkt deutlich verschlechtern würde. Durch die EU-Tiertransportverordnung

wären damit – im Vergleich zur vorher geltenden EG-Tiertransportrichtlinie – nicht »strengere Vorschriften eingeführt« worden, sondern weniger strenge, schwächere.

Ein solches Ergebnis ist mit dem Grundsatz der teleologischen Gesetzesauslegung, dass sich der Inhalt einer Rechtsvorschrift in erster Linie an dem vom Gesetzgeber verfolgten Regelungszweck auszurichten hat, evident unvereinbar.

## Literaturauswahl

- ▷ Antwortschreiben des *U. Herzog an T. Waitz* vom 29.3.2019, 16:46 Uhr, betreffend »Auslegung VO (EG) 1/2005«  
Schreiben *M. Krist*, Berliner Senatsverwaltung für Justiz, Verbraucherschutz und Antidiskriminierung v 29.1.2019, (913) 3244
- ▷ *BMASGK* (Hrsg), Handbücher Tiertransporte (Stand 2018), <<https://www.tierschutzkonform.at/downloads>> (letzter Zugriff: 14.5.2019)
- ▷ *BMG* (Hrsg), Handbuch Tiertransporte inkl. Erleichterungen für landwirtschaftliche Transporte (Stand 2009), nicht mehr online verfügbar, beim Zweitautor erhältlich
- ▷ *BMG* (Hrsg), Handbuch Tiertransporte inkl. Erleichterungen für landwirtschaftliche Transporte (Stand 2010), <[https://www.salzburg.gv.at/agrarwald\\_/Documents/tt\\_handbuch\\_kurzstrecke.pdf](https://www.salzburg.gv.at/agrarwald_/Documents/tt_handbuch_kurzstrecke.pdf)> (letzter Zugriff: 14.5.2019)
- ▷ *Gayer/Rabitsch/Eberhardt*, Tiertransporte: Rechtliche Grundlagen, Transportpraxis, mit Prüfungswissen Befähigungsnachweis Tiertransport (2016)
- ▷ *Länderarbeitsgemeinschaft Verbraucherschutz, AG Tierschutz* (Hrsg), Handbuch Tiertransporte – Vollzugshinweise zur Verordnung (EG) Nr. 1/2005 des Rates vom 22. Dezember 2004 über den Schutz von Tieren beim Transport und damit zusammenhängenden Vorgängen ... und zur Tierschutztransportverordnung vom 11.2.2009 (Stand Dezember 2018), <[https://www.openagrар.de/receive/openagrар\\_mods\\_00046352](https://www.openagrار.de/receive/openagrар_mods_00046352)> (letzter Zugriff: 14.5.2019)
- ▷ *Rabitsch/Wessely*, Zur Beachtung der Lenk- und Ruhezeiten der Fahrer im Zusammenhang mit Langstreckentransporten

von Tieren, Amtstierärztlicher Dienst und Lebensmittelkontrolle  
2012/2, 99–109

- ▷ *Wessely/Rabitsch*, Konsequenzen aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes zu Ruhezeiten bei Tiertransporten (Sache C-469/14), Amtstierärztlicher Dienst und Lebensmittelkontrolle 2017/2, 109–112

**Korrespondenz:**

Dr. Christoph Maisack

Richter am Amtsgericht, abgeordnet zur Landesbeauftragten  
für Tierschutzangelegenheiten

Hessisches Ministerium für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft  
und Verbraucherschutz (HMUKLV)

65189 Wiesbaden, Deutschland

E-Mail: Christoph.Maisack@umwelt.hessen.de

Dr. Alexander Rabitsch

Tierarzt

9170 Ferlach, Österreich

E-Mail: animalwelfare@rabitsch-vet.at

## Hinweis

### **OGH 25.6.2019, 1 Ob 98/19x: Fangschuss bei nach Verkehrsunfall verletztem Wild ist Jagdausübung und nicht Jagdschutz**

Keine Amtshaftung bei Gehörschaden nach Schussabgabe durch Jagdschutzorgan

Der OGH hatte in einem Revisionsrekursverfahren die Frage zu klären, ob ein zu einem Verkehrsunfall gerufener Jagdaufseher, der ein durch ein Kraftfahrzeug verletztes Reh mit einem Fangschuss erlegt, hoheitlich tätig ist und daraus entstandene Schäden als Amtshaftungsansprüche geltend zu machen sind, und diese Frage im Ergebnis verneint.

Dem Beschluss des OGH vom Juni 2019 liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Ein Polizeibeamter (der spätere Kläger) wurde im Februar 2018 in Tirol zu einem Verkehrsunfall gerufen, bei dem der Lenker eines Kraftfahrzeuges ein Reh angefahren hatte, das durch den Aufprall schwer verletzt wurde. Ein Kollege des Polizeibeamten verständigte den Jagdpächter, dieser wiederum den Revierjäger, der allerdings kein Gewehr bei sich führte. Der Revierjäger verständigte daraufhin den in der Nähe des Unfallortes wohnhaften Jagdaufseher (den späteren Beklagten). Der Jagdaufseher gab einen Schuss auf das verletzte Reh ab, verfehlte dieses aber, holte von daheim ein Gewehr mit einem besseren Zielfernrohr und konnte das Tier schließlich von seinen Qualen erlösen. Der Polizeibeamte erlitt bei einem der Schüsse eine Tinnitus-Symptomatik und beehrte in der Folge als Kläger vor Gericht vom Schuss abgebenden Jagdaufseher Schmerzensgeld, den Ersatz von Fahrtkosten und Nebenspesen sowie die Feststellung der Haftung des Beklagten für allfällige Spät- und Dauerfolgen.

Das Bezirksgericht wies die Klage des Polizeibeamten unter Berufung auf das AHG<sup>1</sup> als unzulässig zurück. Der Beklagte sei nach den Bestim-

---

1 Bundesgesetz über die Haftung der Gebietskörperschaften und der sonstigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts für in Vollziehung der Gesetze zugefügte Schäden (Amtshaftungsgesetz – AHG), BGBl 20/1949 idF zuletzt I 122/2013.

mungen des TJG<sup>2</sup> in seiner Funktion als Jagdaufseher als Organ anzusehen und die Schussabgabe sei in Vollziehung des TJG erfolgt. Daraus entstandene Schäden könnten gemäß § 9 Abs 5 AHG nicht im ordentlichen Rechtsweg geltend gemacht werden. Das Landesgericht als Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung, ließ jedoch mangels einschlägiger höchstgerichtlicher Rsp den Revisionsrekurs zu.

Unstrittig ist, dass der Beklagte zum Zeitpunkt der betreffenden Schussabgabe zum Jagdaufseher für das Revier, in dem sich der Verkehrsunfall ereignet hatte, bestellt war. Als solcher ist er jagdschutzberechtigte Person iSd § 30 TJG. **Jagdschutzorganen** werden vom Gesetzgeber bestimmte behördliche Befugnisse, insb zur Setzung von Befehls- und Zwangsmaßnahmen, als **Organe der öffentlichen Aufsicht** übertragen. Sie sind in dieser Funktion zur Erfüllung von Aufgaben der staatlichen Hoheitsverwaltung beliehene bzw in Pflicht genomene Private.<sup>3</sup> Fügen **Beliehene in Vollziehung der Gesetze** jemandem rechtswidrig und schuldhaft einen **Schaden** zu, ist dieses Verhalten der zuständigen Körperschaft des öffentlichen Rechts (im Falle von Jagdschutzorganen dem jeweiligen Bundesland) funktionell zuzurechnen. Dieser Rechtsträger haftet grundsätzlich nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts im Wege der **Amtshaftung**.<sup>4</sup>

Nun ist aber nicht jegliches Handeln eines Jagdaufsehers bzw Jagdschutzorganes als hoheitlich anzusehen, sondern nur jenes »in Vollziehung der Gesetze«, namentlich jenes in Wahrnehmung der dem Jagdschutzorgan gesetzlich übertragenen Aufgaben des Jagdschutzes. Der OGH lässt in stRsp für solche Verhaltensweisen einen hinreichend engen inneren und äußeren Zusammenhang mit der hoheitlichen Aufgabe genügen.<sup>5</sup> Im vorliegenden Fall setzte sich der OGH daher schwerpunktmäßig mit dem **Begriff »Jagdschutz«** auseinander, der in § 2 Abs 5 TJG folgendermaßen definiert wird: »*Jagdschutz ist der Schutz des Wildes vor Raubwild, Raubzeug und vor Wilderern sowie die Überwachung der Einhaltung jagdrechtlicher Vorschriften*«. Der Jagdschutz ist gemäß § 30 Abs 2 leg cit »*regelmäßig, dauernd und ausreichend auszuüben*«. Ordnungsgemäß bestellte und behördlich bestätigte Jagdschutzorgane

2 Tiroler Jagdgesetz 2004 (TJG 2004), LGBL 41/2004 idF zuletzt 75/2019.

3 Vgl VwGH 3.5.2017, Ro 2017/03/0004; 24.5.2016, Ro 2014/03/0048; 27.11.2012, 2012/03/0091.

4 Zur Beleihung im Allgemeinen und privaten Wachorganen im Besonderen sowie zur Amtshaftung siehe insb *Berka*, Verfassungsrecht<sup>v</sup> (2018) Rz 773 und 831 ff (834).

5 Vgl RS0049948.

haben bei Vorliegen der Voraussetzungen die in § 35 TJG taxativ angeführten besonderen Befugnisse (ua in Bezug auf das Tragen von Waffen und den Waffengebrauch, die Anhaltung, Identitätsfeststellung und Festnahme von Personen sowie die Durchsuchung und Abnahme von Gegenständen). In Ausübung ihres Dienstes haben Jagdschutzorgane das Jagdschutzabzeichen sichtbar zu tragen, den Dienstausweis mit sich zu führen und diesen auf Verlangen vorzuweisen (§ 34 Abs 3 TJG). Der Kläger hatte in seinem Begehren zwar auch vorgebracht, dass sich der Beklagte nicht als Jagdaufseher ausgewiesen habe, die Richtigkeit dieser Behauptung ist jedoch gegenständlich ohne Belang, denn der OGH hat das **Vorliegen hoheitlichen Handelns durch den Jagdaufseher bei der Schussabgabe auf das verunfallte Reh klar verneint**.

Das Einschreiten des Beklagten sei in keinem Zusammenhang mit einer Übertretung der zur Ausübung des Jagdrechts erlassenen landesrechtlichen Bestimmungen gestanden. Sein Handeln habe daher auch nicht der Überwachung der Einhaltung jagdrechtlicher Vorschriften iSd § 2 Abs 5 TJG gedient. Das Jagdrecht sei gemäß § 1 Abs 1 leg cit die aus dem Grundrecht erfließende ausschließliche Befugnis, jagdbaren Tieren nachzustellen, sie zu fangen, zu erlegen und sich erlegtes Wild, Fallwild, Abwurfstangen und die Eier jagdbaren Federwildes anzueignen. Die Verletzung von Wild bei einem Verkehrsunfall berühre die Rechte des Jagdausübungsberechtigten. Der OGH wies in diesem Zusammenhang – gleichwohl unter Bedachtnahme darauf, dass Tiere gemäß § 285a ABGB keine Sachen sind – auf § 4 Abs 5 StVO hin, welcher eine Verständigungspflicht der nächsten Polizeidienststelle im Falle eines durch einen Verkehrsunfall verursachten Sachschadens vorsieht,<sup>6</sup> weswegen sich der Kläger an den Unfallort begeben hatte. Der von dritter Seite herbeigerufene Beklagte wiederum habe den Schuss abgegeben, um das durch den Verkehrsunfall verletzte Wild von seinen Qualen zu erlösen. Dabei habe er nicht in Wahrnehmung der ihm als Aufsichts-jäger bzw Jagdschutzorgan zukommenden Aufgaben des Jagdschutzes gehandelt, sondern an Stelle des vom Jagdpächter (**Jagdausübungsberechtigten**) an den Unfallort entsandten Revierjägers **das Jagdrecht ausgeübt**. Es zähle nämlich zur **Hege und damit zur Jagdausübung, kümmerndes und krankes Wild weidgerecht zu erlegen**. Ein hoheitliches Handeln des Beklagten lasse sich daraus nicht

6 Bundesgesetz, mit dem Vorschriften über die Straßenpolizei erlassen werden (Straßenverkehrsordnung 1960 – StVO 1960), BGBl 159/1960 iDF zuletzt BGBl I 77/2019.

ableiten. Mangels Amtshaftung waren daher die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges zu verwerfen, die Entscheidungen der Vorinstanzen zu beheben und dem Erstgericht die Fortsetzung des Verfahrens aufzutragen.

An dieser Stelle sei angemerkt, dass sich im Falle der Verletzung eines Tieres – auch eines jagdbaren Tieres – im Rahmen eines Verkehrsunfalles ebenso eine **Hilfeleistungspflicht** aus § 9 TSchG ergibt.<sup>7</sup> Demnach hat jeder, der ein Tier erkennbar verletzt oder in Gefahr gebracht hat, soweit ihm dies zumutbar ist, die erforderliche Hilfe zu leisten oder, wenn dies nicht möglich ist, eine solche Hilfeleistung zu veranlassen. Aus dem jagdgesetzlichen Aneignungsrecht resultiert zwar die Pflicht der Verständigung des Jagdausübungsberechtigten, **aus tierschutzrechtlichen Gesichtspunkten** ist aber im Falle der Involvierung von Wild in einen Verkehrsunfall jedenfalls zumindest eine Hilfeleistungspflicht gemäß § 9 TSchG für den Verursacher iSv »Hilfe veranlassen«, also »Hilfe holen«, zu bejahen, ohne dass hierbei in die verfassungsrechtliche Jagdkompetenz eingegriffen würde. Eine solche Hilfeleistungspflicht aus tierschutzrechtlichen Gründen gilt in diesem Sinne bei Verkehrsunfällen für alle jagdbaren Tiere (nicht »nur« für Reh- oder Rotwild) und ist auch bei allen anderen nichtjagdlichen Situationen anzunehmen, in denen Wild erkennbar verletzt oder in Gefahr gebracht wird (zB im Zuge von Maßnahmen der Land- und Forstwirtschaft). Der ordnungsgemäß verständigte Jagdausübungsberechtigte hat iSd Weidgerechtigkeit ein verletztes Tier ohne Aufschub von unnötigen Qualen zu erlösen oder von einer sonst jagdausübungsbefugten Person erlösen zu lassen bzw kann hilfebedürftiges Wild bis zur Wiederauswilderung selbst in Pflege nehmen (zB nach Verkehrsunfall verwaistes Jungtier). Verzichtet er auf sein Aneignungsrecht, steht dem Abtransport und der notwendigen Versorgung von verletztem oder sonst hilfebedürftigem Wild jagdrechtlich nichts im Wege.<sup>8</sup>

*Heike Randl*

7 Bundesgesetz über den Schutz der Tiere (Tierschutzgesetz – TSchG), BGBl I 118/2004 idF zuletzt BGBl I 86/2018.

8 *Randl*, Tier- oder Artenschutz? Oder doch waidgerecht? Der Kompetenztatbestand Tierschutz und seine Abgrenzung, in Persy/Hintermayr/Wagner (Hrsg), Tierschutzrecht 2018/2019 (2019) 16, 21 f; weitergehend *Binder*, Das österreichische Tierschutzrecht. Kommentar<sup>4</sup> (2019) 74.



## Hinweis

# Novelle 2019 zum Niederösterreichischen Hundehaltegesetz

Der NÖ Landtag hat unter Protest zahlreicher Hundebesitzer am 24.10.2019 die Änderung des NÖ HundehalteG, LGBl 4001, beschlossen. Die wesentlichen Änderungen sind die Schaffung von Hundesicherungszonen und eine Ausweitung der Maulkorb- und Leinenpflicht.

In § 1 NÖ HundehalteG wurde als Abs 3 eine Definition der Begriffe des öffentlichen Ortes und des Ortsbereiches hinzugefügt. Die Definition des Ortsbereiches fand sich in der alten Fassung in § 8 leg cit. In § 4 Abs 1 Z 2, § 5 Abs 2 und § 6 Abs 2 Z 3 und Z 6, § 7 Z 4 und Z 5, § 8b Abs 2, § 10 leg cit wurden die Verweise auf die aktuellen Fassungen der dort genannten Gesetze, wie das TSchG, das SMG, das VwStG und das StGB, angepasst.

Weiters wurde mit § 4 Abs 6 und 7 NÖ HundehalteG die Verpflichtung angefügt, dass bei einem Umzug die Beendigung der Haltung bei der Gemeinde binnen einer Woche anzuzeigen und die neue Adresse bekannt zu geben ist, damit die neue Wohnsitzgemeinde über für auffällig erklärte Hunde oder ein Hundehalteverbot verständigt werden kann.

Durch die Aufnahme der Z 7 in § 6 Abs 2 leg cit hat die Behörde die Möglichkeit, auch ein verhängtes Waffenverbot als Grund für ein Hundehalteverbot heranzuziehen. Mit dem neuen Abs 4 des § 6 wurde zudem die aufschiebende Wirkung für Rechtsmittel gegen Bescheide nach Abs 2, also Hundehalteverbote wegen der drohenden Gefährdung von Menschen wegen mangelnder Eignung des Halters, ausgeschlossen.

Relevante Änderungen finden sich weiters vor allem in § 8 NÖ HundehalteG:

- ▷ Abs 2 befasst sich mit der Entsorgungspflicht der Exkremente des Hundes, stellt aber im Wesentlichen nur eine Umformulierung der bisherigen Regelung dar.
- ▷ Abs 3 stellt die grundsätzliche Regelung auf, dass Hunde an öffentlichen Orten im Ortsbereich mit Maulkorb ODER Leine geführt werden müssen.
- ▷ Nach Abs 4 müssen sog »Listenhunde« laut § 2 NÖ HundehalteG oder auffällige Hunde nach § 3 leg cit an diesen Orten mit Maulkorb UND Leine geführt werden.

- ▷ Abs 5 hält fest, dass sofern erforderlich, jedenfalls aber an den in Abs 5 genannten Orten, wie beispielsweise in öffentlichen Verkehrsmitteln, in Schulen, auf Kinderspielplätzen, an Orten, an denen üblicherweise größere Menschenansammlungen auftreten, bei Veranstaltungen und nunmehr auch in beengten Räumen wie Liften etc, Hunde mit Maulkorb UND Leine zu führen sind. Im Gesetzesänderungsantrag wurde dies damit begründet, dass ein wesentlicher Faktor für Konflikte zwischen Hunden und Menschen Stresssituationen durch zusätzliche Reize oder räumliche Beengung seien. Daher seien derartige Orte und Orte, an denen häufig Kinder anzutreffen sind, im Gesetz demonstrativ aufgezählt. Zu beachten ist, dass dies bei Veranstaltungen mit größeren Menschenansammlungen auch außerhalb des Ortsbereiches zum Tragen kommen kann.
- ▷ In Abs 6 werden zum einen Prinzipien hinsichtlich der Maulkorbbeschaffenheit festgehalten, zum anderen wird auch normiert, dass die Maulkorbpflicht nicht für Hunde gilt, die krank sind und ein entsprechendes tierärztliches Attest mitführen, und sie auch nicht für Hunde gilt, die ständig am Arm oder in einem Behältnis getragen werden.
- ▷ Diese Hunde, die ständig am Arm oder in einem Behältnis getragen werden, befreit Abs 7 auch von der Leinenpflicht, während in diesem Absatz für alle anderen Hunde Maßstäbe für das Führen an der Leine festgehalten sind.
- ▷ Die bereits bisherige Befreiung von der Maulkorb- und Leinenpflicht während der Ausbildung und Verwendung bestimmter Hunde, wie beispielsweise Rettungs- und Diensthunde, wurde in Abs 8 auf Hundeveranstaltungen ausgedehnt.

In den §§ 8a und 8b NÖ HundehalteG wurde die Befugnis der gemeindeeigenen Organe erweitert. Diese sollen auch die Einhaltung der Maulkorb und Leinenpflicht überwachen und bei Übertretungen einschreiten können. Da der Gesetzgeber jetzt auch eine Maulkorb- und Leinenpflicht außerhalb des Ortsgebietes ermöglicht hat, wurde die Beschränkung der Möglichkeit von Hundezonen nur in Ortsgebieten in § 9 Abs 1 leg cit gestrichen. Dafür wurden in § 9a leg cit sog »Hundesicherungszonen« eingeführt, in denen die Gemeinde eine weitere Maulkorb- und/oder Leinenpflicht (auch räumlich oder zeitlich beschränkt) verordnen kann. Diese Zonen sind zu kennzeichnen. Eine Interessenabwägung sowohl hinsichtlich des Zusammentreffens von

Hunden mit anderen Personen als auch des Flächenausmaßes hat hier stattzufinden. Im Antrag wurde bereits festgehalten, dass es rechtlich unzulässig ist, das gesamte Gemeindegebiet zur Hundesicherungszone zu erklären.

§ 10 musste im Hinblick auf die vorerwähnten Änderungen teilweise angepasst werden. Im Hinblick auf die Erweiterungen der §§ 8 Abs 5 und 9a NÖ HundehalteG wurde es in § 11 leg cit auch notwendig, die Befugnisse der Bundespolizei zu erweitern.

Das Gesetz wurde am 24.10.2019 im NÖ Landtag einstimmig beschlossen. Am 5.12.2019 endete die Einspruchsfrist der Landesbürger und der Gemeinden und am 19.12.2019 jene der Bundesregierung.

Laut Auskunft der zuständigen Behörde langten bis zum Ablauf des 5.12.2019 insgesamt ein Einspruch einer Gemeinde sowie 5.051 Anträge gemäß § 47 NÖ Volksbegehrens-, Volksabstimmungs- und VolksbefragungsG auf Einleitung einer Volksabstimmung betreffend das NÖ HundehalteG ein. Somit wurde die gemäß Art 27 NÖ L-VG für eine Volksabstimmung notwendige Anzahl an Einsprüchen von mindestens 25.000 Landesbürgern bzw 50 Gemeinden nicht erreicht.

Aufgrund des Antrages der ÖVP vom 12.11.2019 wurde am 21.11.2019 die authentische Interpretation des § 8 Abs 5 Z 4 des NÖ HundehalteG mit den Stimmen von ÖVP und SPÖ dahingehend beschlossen, dass unter »größere Menschenansammlungen« zumindest 150 Personen zu verstehen sind. Weiters, dass § 8 Abs 8 leg cit so auszulegen ist, dass unter »Behindertenbegleit- und Therapiehunde« auch Assistenzhunde und Therapiebegleithunde gemäß § 39a BundesbehindertenG idF BGBl I 100/2018 zu verstehen sind. Für diese Gesetzesänderung endet die Einspruchsfrist der Landesbürger und Gemeinden am 2.1.2020 und jene der Bundesregierung am 17.1.2020. Mit diesem ergänzenden Gesetz wird auch klargestellt, dass die Mitnahme von Hunden in Gasthäusern, in denen nicht mit mindestens 150 Personen gerechnet werden kann, keiner Änderung zur bisherigen Gesetzeslage unterliegt.

*Susanne Chyba, TWSC Rechtsanwälte OG (St.Pölten/Wien)*