

## VwGH 14.12.2023, Ro 2022/02/0012

### Doppelbestrafungs-/verfolgungsverbot

**Norm(en):** Art 4 Abs 1 7. ZPMRK; § 222 StGB; §§ 5, 38 Abs 7 TSchG

**Schlagwörter:** Verhältnis gerichtliches/Verwaltungsstrafrecht

- ▶ **Zur Würdigung der Frage, ob „dieselbe Sache“ vorliegt, ist iSd gefestigten Rspr allein auf die Fakten abzustellen und nicht auf die rechtliche Qualifikation derselben; eine neuerliche Strafverfolgung ist dann unzulässig, wenn sie sich auf denselben oder zumindest im Wesentlichen denselben Sachverhalt bezieht.**
- ▶ **Beurteilen das Strafgericht und die VwBeh „dasselbe tatsächliche Verhalten“, steht dies der verwaltungsstrafrechtlichen Verfolgung entgegen.**

#### **Sachverhalt:<sup>1</sup>**

Im Juni 2020 sprach das Straf-LG Graz den Beschuldigten gem § 259 Z 3 StPO vom Vorwurf frei, er habe am 8.5.2020 an näher angegebenen Tatorten ein Huhn 1. durch das Versetzen eines Schlages mit einer Holzlatte gegen den Hinterkopf und Entsorgen in einem Container der Tierkörperverwertungsgesellschaft, obwohl es noch gelebt habe, roh misshandelt und unnötige Qualen zugefügt, sodass das Tier habe getötet werden müssen; 2. ein Wirbeltier durch das unter 1. angeführte Versetzen eines Schlages mit einer Holzlatte gegen den Hinterkopf mutwillig zu töten versucht. Den Freispruch begründete es mit dem Fehlen des erforderlichen Tatvorsatzes bzw der Mutwilligkeit.

Im April 2021 leitete die zuständige BezVBeh ein Verwaltungsstrafverfahren ein und erkannte den Beschuldigten in einer Strafverfügung schuldig, er habe am 8.5.2020 an einer näher genannten Adresse ein Huhn entgegen § 5 Abs 1 TSchG ungerechtfertigt in schwere Angst versetzt und ihm dadurch unnötige Qualen zugefügt, indem er das Huhn in der „TKV-Tonne“ entsorgt

---

1 Zusammenfassung des Verfahrensablaufs durch den Autor.

habe, obwohl es noch gelebt habe. Das Tier sei am nächsten Tag noch lebend gefunden und daraufhin notgeschlachtet worden.

Einem dagegen erhobenen Einspruch des Beschuldigten gab die Beh Folge und stellte das Verwaltungsstrafverfahren gem § 45 1 Z 1 VStG ein. Eine dagegen von der Tierschutzombudsperson erhobene Beschwerde wies das LVwG Stmk als unbegründet ab. Die Tierschutzombudsperson wandte sich daraufhin gegen dieses Erk an den VwGH.

### **Aus den Entscheidungsgründen:**

[...]

17 Gem § 38 Abs 7 TSchG liegt eine Verwaltungsübertretung nicht vor, wenn eine in Abs 1 bis 3 bezeichnete Tat den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet. § 38 Abs 7 TSchG stellt auf die „Tat“ ab, welche sowohl den Tatbestand einer Verwaltungsübertretung verwirklicht als auch den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden Handlung bildet. Nicht erforderlich ist dabei, dass alle Aspekte dieses Verhaltens sowohl unter dem Gesichtspunkt des Verwaltungsstrafrechts als auch unter jenem der gerichtlich strafbaren Handlung relevant sind. Die Subsidiaritätsklausel greift vielmehr auch dann, wenn der Tatbestand der gerichtlich strafbaren Handlung nicht allein durch die verwaltungsstrafrechtlich relevanten Elemente des die Tat bildenden Verhaltens verwirklicht wird, sondern erst durch das Hinzutreten weiterer Sachverhaltselemente. Es ist bei Vorliegen einer ausdrücklichen Subsidiaritätsklausel nicht erforderlich, dass verdrängendes und verdrängtes Delikt die gleiche Angriffsrichtung haben (vgl VwGH 29.4.2008, 2007/05/0125, mwN; zu entsprechenden Regelungen in § 22 Abs 1 VStG und § 40 EpiG siehe VwGH 21.8.2023, Ra 2023/03/0017, mwN). Entscheidend ist, dass die Tat auch den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet; auf die tatsächliche Einleitung (oder gar den Abschluss) eines Strafverfahrens kommt es daher ebensowenig an wie auf den Umstand, dass die strafgerichtliche Verfolgung nur auf Verlangen zu erfolgen hat. Auch die Frage, ob der Beschuldigte die Tat verschuldet hat oder ein Entschuldigungsgrund in Betracht zu ziehen ist, ist für die Subsidiarität der Verwaltungsstrafdrohung nicht entscheidend. Ob die dem Beschuldigten vorgeworfene Tat den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, ist dabei von der VerwaltungsstrafBeh – im Falle einer Beschwerde vom VwG – als Vorfrage zu beurteilen (vgl wiederum VwGH 21.8.2023, Ra 2023/03/0017, mwN).

18 Das VwG hat zutreffend auf die Unterschiede zwischen den objektiven Tatbestandselementen des § 222 Abs 1 und Abs 3 StGB („rohe Misshandlung“, „Zufügung unnötiger Qualen“ bzw „Mutwilligkeit“) und denen des § 38 Abs 1 Z 1 iVm § 5 Abs 1 TSchG („Zufügung von Schmerzen, Leiden, Schäden oder schwerer Angst“) hingewiesen, und darauf, dass für die Erfüllung der subjektiven Tatseite bei den Verwaltungsstrafatbeständen Fahrlässigkeit genügt.

19 Daraus lässt sich aber mit Blick auf die einschlägige Rspr des EGMR noch nicht abschließend ableiten, dass im vorliegenden Fall keine Tatidentität vorliegen könne.

20 Nach Art 4 Abs 1 7. ZPEMRK darf niemand wegen einer strafbaren Handlung, wegen der er bereits nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut vor Gericht gestellt oder bestraft werden.

21 Art 4 Abs 1 7. ZPEMRK verbietet die Wiederholung eines Strafverfahrens, welches mit einer endgültigen E beendet worden ist. Eine E – Freispruch oder Verurteilung – ist dann als endgültig („final“) anzusehen, wenn sie die Wirkung einer *res iudicata* erlangt hat. Das ist der Fall, wenn sie unwiderruflich ist, dh wenn keine ordentlichen Rechtsmittel mehr vorhanden sind, alle Rechtsmittel ergriffen wurden oder Rechtsmittelfristen ergebnislos verstrichen sind (vgl VwGH 23.3.2022, Ra 2020/02/0286, mwN).

22 Zur Beurteilung der Frage, ob dieselbe strafbare Handlung iS dieser Bestimmung vorliegt, hat der EGMR in seiner grundlegenden E v 10.2.2009, Nr 14939/03 (*Zolotukhin*), sowie dieser folgend in seinen weiteren E v 16.6.2009, Nr 13079/03 (*Ruotsalainen*), v 25.6.2009, Nr 55759/07 (*Maresti*), und v 14.1.2010, Nr 2376/03 (*Tsonev*), die Ansicht vertreten, dass allein auf die Fakten abzustellen sei und die rechtliche Qualifikation derselben außer Betracht zu bleiben habe sowie dass eine neuerliche Strafverfolgung dann unzulässig sei, wenn sie sich auf denselben oder zumindest im Wesentlichen denselben Sachverhalt beziehe. In der angeführten E im Fall *Tsonev* hat er – mit gewisser Einbeziehung der Tatbestände der angewendeten Strafbestimmungen – darauf abgestellt, ob dieselben Fakten das zentrale Element der Anschuldigungen und der beiden angewendeten Strafbestimmungen gebildet haben, und betont, dass die strafrechtliche Anklage die Fakten der Verwaltungsstraftat in ihrer Gesamtheit umfasste und umgekehrt die Verwaltungsstraftat keine Elemente enthielt, die nicht bereits in der gerichtlich strafbaren Handlung gegeben waren, wegen welcher der Bf verurteilt worden war (vgl dazu VwGH 24.2.2011, 2007/09/0361).

23 Diese Judikatur des EGMR wurde vom VwGH übernommen. Zur Würdigung der Frage, ob „dieselbe Sache“ vorliegt, ist iSd gefestigten Rspr allein auf die Fakten abzustellen und nicht auf die rechtliche Qualifikation derselben; eine neuerliche Strafverfolgung ist dann unzulässig, wenn sie sich auf denselben oder zumindest im Wesentlichen denselben Sachverhalt bezieht (vgl VwGH 13.9.2016, Ra 2016/03/0083; VwGH 13.12.2019, Ra 2019/02/0020; zuletzt VwGH 21.8.2023, Ra 2023/03/0017).

24 Im gegenständlichen Fall hatte das VwG die Tatidentität der von dem Strafericht einerseits und der von der VwBeh andererseits (zunächst) verfolgten Handlungen des Mitbeteiligten zu beurteilen. Die Antwort auf die Frage, ob sich das anhängige Verwaltungsstrafverfahren auf dieselbe Tat bezieht, von der der Mitbeteiligte rechtskräftig freigesprochen wurde, sohin ob ein im Wesentlichen identer Sachverhalt iSd oben dargestellten Rspr vorliegt, hängt jedoch von den festgestellten Umständen ab, insbesondere

welcher Sachverhalt (welche „Tat“) dem Beschuldigten im gerichtlichen Verfahren angelastet wurde (vgl idZ VwGH 5.5.2023, Ra 2022/03/0280).

25 Dem VwG ist nicht entgegenzutreten, wenn es in Übereinstimmung mit den bereits in der Rspr aufgestellten Leitlinien davon ausging, dass das Strafgericht und die VwBeh im konkreten Fall „dasselbe tatsächliche Verhalten“ beurteilt haben, wurde dem Mitbeteiligten doch in beiden Verfahren vorgeworfen, einem Huhn mit einer Holzlatte gegen den Hinterkopf einen Schlag versetzt zu haben und dieses in einen Container der Tierkörperverwertungsgesellschaft entsorgt zu haben, obwohl es noch gelebt habe. Dass in der Strafverfügung nicht sämtliche im Strafantrag, der dem strafgerichtlichen Verfahren zugrunde lag, enthaltenen Sachverhaltselemente angesprochen wurden, sondern die Beh – iSd zugrundeliegenden Tatbestände – den Aspekt hervorhob, dass das Huhn in schwere Angst versetzt worden sei, ändert nichts daran, dass sich die Prüfung im Wesentlichen auf denselben Sachverhalt bezog.

### Anmerkung:

Der vorliegende Beschluss liegt auf Linie eines Teils der jüngeren Rspr des VwGH zum Doppelbestrafungs- bzw -verfolgungsverbot nach Art 4 Abs 1 7. ZPEMRK<sup>2</sup> (vgl auch VwGH 27.4.2016, 2013/05/0099; 21.8.2023, Ra 2023/03/0017). Ins Auge sticht dabei der vermeintlich jeden Zweifel an der Richtigkeit der E im Keim erstickende Hinweis auf eine „gefestigte Rspr“. Nicht nur, dass die davon abweichende Rspr des VfGH keine Erwähnung findet, kann auch von einer einheitlichen Linie des VwGH keine Rede sein.<sup>3</sup> So verweist das Höchstgericht bspw in seinem vom selben Senat (im Übrigen in identer Zusammensetzung) erlassenen Erk v 27.7.2022, Ra 2022/02/0057, selbst darauf, dass es gerade nicht nur auf denselben (Lebens-)Sachverhalt ankommt, sondern die Beurteilung einer allfälligen Sperrwirkung anhand der „*inhaltliche[n] Basis und [der] Prüfungstiefe der Entscheidung*“<sup>4</sup> zu erfolgen hat.

Die Problematik der vom VwGH im vorliegenden Beschluss vertretenen „prozessualen Gesichtspunktetheorie“<sup>5</sup> besteht nun nicht bezogen auf Art 4 Abs 1 7. ZPEMRK, sondern darauf, dass das für das österr Recht charakteristischen Nebeneinander von Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht schlechthin infrage gestellt wird: Hätte der Beschuldigte vorliegend vorsätzlich/mutwillig gehandelt, wäre er ebenso bestraft worden, wie wenn man von vornherein den Vorsatz/die Mutwilligkeit ausgeschlossen hätte – einmal nach § 222 StGB, einmal nach §§ 5 iVm 38 Abs 1 TSchG. Weil aber die innere

2 7. Zusatzprotokoll zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten.

3 Zur uneinheitlichen Rspr des VwGH vgl *Lewisich* in *Lewisich/Fister/Weilguni*, VStG<sup>3</sup> [2023] § 30 Rz 3 ff.

4 VwGH 27.2.2022, Ra 2022/02/0057, mwN.

5 Vgl *Lewisich*, aaO Rz 3/5.

Tatseite bzw die Intention des Beschuldigten unklar war, ging er letztlich straffrei aus. Gleichartig wäre die Sachlage bei einer massiven Vernachlässigung von Nutztieren. Erfolgt sie vorsätzlich und lassen sich die durch die Handlung bewirkten Folgen als Qualen qualifizieren, wäre der Täter nach § 222 Abs 1 Z 1 StGB zu bestrafen. Sieht man die Schwelle von Leiden zu Qualen von vornherein als nicht überschritten an, bleibt es bei einer Strafbarkeit nach §§ 5 Abs 1 iVm 38 Abs 1 TSchG. Bleiben hingegen Zweifel, ob die Schwelle überschritten ist oder nicht, und wird dies von der Strafjustiz verneint, wäre der Täter notwendig straflos – mögen die widrigen Haltungsverhältnisse auch schwere Leiden der Tiere nach sich gezogen haben. Solche Ergebnisse wären nicht nur schwer verständlich und sinnwidrig, sondern aufgrund des sich ergebenden offenen Wertungswiderspruchs evidentermaßen auch verfassungs-, konkret gleichheitswidrig. Der Sitz der Verfassungswidrigkeit wäre wohl in § 38 Abs 1 und 3 TSchG zu sehen.

Hinzu tritt, dass die Frage der Strafbarkeit im Ergebnis von Zufällen abhängig gemacht würde, näherhin davon, ob die Anzeige auch an die Strafverfolgungsbehörden erstattet wird oder nicht. Bleibt schließlich, dass der einer Übertretung des TSchG Verdächtige im Ergebnis dadurch straflos werden könnte, dass er in Form einer Selbstanzeige, er habe vorsätzlich gehandelt und sei von Qualen auszugehen, mit nachheriger Beschuldigtenvernehmung eine Straflosigkeit bewirken könnte. Dazu müsste man ihm wohl aus Verteidigersicht auch raten.

All das macht deutlich, dass der vom VwGH vorliegend vertretene Ansatz das ua tierschutzrechtliche Sanktionensystem in eine Schiefelage bringen, das Nebeneinander vom Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht infrage stellen und (konsequent zu Ende gedacht) letztendlich einen völligen Umbau staatlicher Strukturen in diesem Bereich erforderlich machen würde. Dass gerade letzteres den EGMR bewogen hat, seine Rspr zu relativieren,<sup>6</sup> mag letzterem, vom EGMR wohl nicht intendiertem Umstand geschuldet sein.

*Wolfgang Wessely  
Universität Wien/LVwG NÖ*

---

6 Krit *Lewisch*, aaO Rz 3/2.