

**KEMPER**  
RECHTSANWÄLTE

**Die besondere Bedeutung des §16a TierSchG  
für die Garantenstellung  
der Amtstierärztinnen und Amtstierärzte**

Vortrag von

Rechtsanwalt Rolf Kemper

auf dem

Fortbildungsnachmittag der VETs

im Institut für Biochemie der Charité, Berlin-Dahlem

am 31. August 2008

## 1. Einführung

Mir geht es um Vertiefung eines Aspekts des §16a TierSchG, der sich schon vor Veröffentlichung meines Gutachtens über „Die Garantenstellung der Amtstierärztinnen und Amtstierärzte im Tierschutz“<sup>1</sup> als Problem der Praxis herauskristallisiert hat und auch seither viele Veterinärbehörden vom Tätigwerden gegen Tierschutzrechtsverletzungen abzuhalten scheint.

Ich will hierzu zunächst kurz Inhalt und Ergebnisse meines Gutachtens zusammenfassen (sogleich 2.) und dann die Problematik des §16a TierSchG (sogleich 3.) beschreiben und kommentieren.

## 2. Garantenstellung der Amtstierärztinnen und Amtstierärzte im Tierschutz

§17 TierSchG stellt nach seinem Wortlaut, also ausdrücklich, nur *aktive* Tierquälerei und Tiertötung unter Strafe, denn §17 TierSchG beschreibt beide als aktive Verhaltensweisen.

Auch das Strafgesetzbuch (StGB) beschreibt Straftaten überwiegend als aktive Verhaltensweisen. Im Allgemeinen Teil (AT) des StGB stellt §13 StGB aber ergänzend auch Inaktivität unter Strafe, indem diese Norm das Unterlassen dem Tun gleichstellt. Dieser §13 StGB lautet:  
„Begehen durch Unterlassen: Wer es unterlässt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört, ist nach diesem Gesetz nur dann strafbar, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung durch ein Tun entspricht.“

Wesentliche Tatbestandsvoraussetzung = Strafbarkeitsvoraussetzung des §13 StGB ist die aus der Passage „wenn er rechtlich dafür einzustehen hat“ abgeleitete so genannte „Garantenstellung“ des Täters. Unterlassen = Inaktivität steht dem aktiven Tun daher nur gleich, wenn der Täter Garant für das bedrohte oder geschädigte Rechtsgut ist.

Was dies bedeutet, wird seit langem kontrovers diskutiert. Aufgrund solcher Diskussionen ändert sich von Zeit zu Zeit das Verständnis von dem, was rechtmäßig bzw. strafbar ist und was erlaubt. Dies kann man nicht (immer) kritisieren, denn – so bringt es ein passender Satz in einem BGH-Urteil beinahe prosaisch zum Ausdruck: „Gesetz ist nicht toter Buchstabe, sondern lebendig sich fortentwickelnder Geist.“

So hat sich auch die Vorstellung von den „Garantenstellungen“ gewandelt. Heute als herrschend zu bezeichnende Anschauung in Rechtsprechung und Lehre unterscheidet grundsätzlich zwei Hauptkategorien der Garantenstellungen, nämlich

- Beschützergaranten = Pflicht zum Schutz bestimmter Rechtsgüter
- Überwachungsgaranten = Pflicht zur Überwachung bestimmter Gefahrenquellen

Eine anerkannte Unterkategorie ist die Amtsträger-Garantenstellung. Sie bedeutet, dass Amtsträger Garanten für Erhalt und Unversehrtheit ihnen anvertrauter Rechtsgüter sind. Diese Garanten-Last erlegt das Recht Amtsträgern allerdings nicht direkt auf. Stattdessen verpflichtet das TierSchG *Behörden*, also die – ich verkürze – Arbeitgeber der Amtsträger, für tierschutzrechtliche Zustände zu sorgen. Und aus *dieser* Behördenpflicht hat vor allem der BGH per-

---

<sup>1</sup> Auf der Internet-Seite der Bundestierärztekammer unter dem Stichwort “Tierschutz” als pdf abrufbar.

sönliche Pflichten der Amtsträger selbst abgeleitet. Amtsträger müssen deshalb aufgrund der gesetzlich geregelten Aufgaben und Kompetenzen „ihrer“ Behörden persönlich dafür sorgen, dass TierSch-Recht nicht verletzt wird. Die Behördenpflicht wird zur persönlichen = Garantstellung. Bleiben Amtsträger untätig, wenn und obwohl in ihrem Kompetenzbereich Rechtsverstöße passieren oder drohen, können sie sich deshalb persönlich wegen dieses Unterlassens strafbar machen.

Vor allem seit Einführung des Umweltstrafrechts in den 80-ern ist die Bedeutung solcher Straftaten gestiegen. Strafgerichte verurteilten Amtsträger, weil sie umweltrechtliche Vorschriften nicht umgesetzt haben. Bundesweit Furore machte die Verurteilung eines Bürgermeisters, weil er den Bau einer zur Verbesserung der Wasserqualität nötigen Kläranlage unterband, nachdem seine Wähler wegen der dadurch verursachten Kosten (Kommunalabgaben) protestierten.

Die verurteilten Unterlassungen lassen sich fallgruppenartig beschreiben als

- pflichtwidriges Nichteinschreiten gegen Gesetzesverstöße und
- Aufrechterhalten ursprünglich rechtmäßiger und später aufgrund veränderter Situation rechtswidriger Verhältnisse.

Fälle nicht nur des Umweltrechts, in denen insbesondere der Bundesgerichtshof (BGH = höchstes und die Praxis der anderen Instanzen (Oberlandesgerichte / Kammergericht (OLG/KG), Landgerichte (LG) und Amtsgerichte (AG) prägendes deutsches Strafgericht) Amtsträger wegen Nichtumsetzung verwaltungsrechtlicher Normen verurteilt, sind:

- Bürgermeister – schon erwähnt – als Garant für Wasserqualität, weil er aus politischer Rücksichtnahme wasserrechtliche Vorgaben zur Verbesserung der Wasserqualität nicht umsetzte; er hätte eine Kläranlage errichten lassen müssen, was aus Kostengründen den „Unwillen“ seiner Wähler provozierte;
- Polizist als Garant für Verhinderung der Prostitution;
- Mitarbeiter eines Jugendamts als Garant für Unversehrtheit eines Kindes, der trotz Kenntnis über Misshandlungen untätig blieb.

Eine Garantstellung muss – denn siehe oben: §13 StGB lautet „rechtlich einzustehen“ – rechtlich und nicht nur moralisch begründet sein. Für Amtsveterinäre resultiert diese Rechtspflicht aus dem TierSchG:

- Tierschutzrecht begründet die Schutzpflicht der Veterinärbehörde für Tiere
- §16a TierSchG verpflichtet zuständige Behörden, „notwendige Anordnungen zur Beseitigung festgestellter Verstöße“ zu treffen
- dies ist keine Pflicht zur Gefahrenüberwachung (Überwachungsgarant), sondern eine Schutzpflicht (Schutzgarant), denn gemäß §1 Abs.1 TierSchG ist „Zweck dieses Gesetzes, aus der Verantwortung des Menschen für das Tier als Mitgeschöpf dessen Leben und Wohlbefinden zu schützen“
- die Handlungspflicht der Behörde entspricht der Handlungspflicht des einzelnen Amtsträgers.

Zusammenfassend darf ich daher sagen: Amtstierärzte sind aufgrund §16a TierSchG i.V.m. §1 TierSchG „Beschützergaranten“ für das Wohl der Tiere und die Einhaltung des Tierschutzrechts und verpflichtet, gegen tierschutzrechtswidrige Handlungen und Zustände einzuschreiten. Bleiben sie untätig, obwohl die Voraussetzungen des §16a TierSchG erfüllt sind, können sie Tierquälerei oder Tierötung i. S. d. §17 TierSchG durch Unterlassen begehen.

### 3. Besondere Bedeutung des §16a TierSchG

Dass Amtsveterinäre nicht immer tätig werden und einschreiten, wenn dies gesetzlich geboten ist, beruht oft – neben immer wiederkehrenden Schwierigkeiten der Vollstreckung – auf einem Fehlverständnis des Wortlauts des §16a TierSchG! Die wichtigen Begriffe und Passagen des §16a TierSchG lauten:

Satz 1 = „Die ... **Behörde trifft** die ... notwendigen **Anordnungen**.“

Satz 2 = „Sie **kann** insbesondere ...“

#### 3.1. Ist §16a Satz 1 TierSchutzG Ermessensvorschrift?

Der Praxis scheint nicht eindeutig klar, ob §16a TierSchG der Veterinärbehörde durch die soeben hervorgehobenen Wörter „trifft“ und „kann“

- **Ermessen** eröffnet = Befugnis, über Tätigwerden zu entscheiden  
oder
- **strikte Rechtsfolge** anordnet = Tätigwerden zwingend vorschreibt.

Diese Ungewissheit überrascht, denn §16a TierSchG ist aus handwerklichem Blickwinkel zwar keine Meisterleistung, aber auch kein Rätsel!

##### 3.1.1. Exkurs in die Gesetzgebungstechnik

Zur Erläuterung ein kleiner technischer Exkurs über die Gesetzgebung: eine bestimmte „Sorte“ Rechtsnorm kann bestehen aus

- Beschreibung bestimmter Umstände = Tatbestand und
- Anordnung einer Konsequenz = Rechtsfolge.

Je nach Entschlossenheit *kann* der Gesetzgeber solche Normen völlig klar formulieren oder auch nicht. Grenze der Unklarheit: Unbestimmtheit! Sie verstößt gegen das aus Art.20 GG abgeleitete Bestimmtheitsgebot. Der Spielraum des Gesetzgebers ist aber groß. *Will* er etwas tatsächlich vollkommen klar regeln, dann

- beschreibt er den Tatbestand mit definierten Begriffen und
- ordnet eine Rechtsfolge zwingend für den Fall an, dass diese Begriffe erfüllt sind.

Beispiel: wenn 1, 2, 3, 4, 5 Voraussetzungen bestehen (= Tatbestand erfüllt), muss eine Behörde eine Genehmigung erteilen (zwingende Rechtsfolge = *kein* Spielraum für die Behörde).

Will der Gesetzgeber – z. B. weil er unsicher oder die politische Interessenlage kontrovers ist – keine absolute Klarheit oder will er positiv gesprochen Offenheit, z. B. weil der Regelungsbereich zu komplex ist und zu konkrete heutige Vorschriften morgen von den Entwicklungen schon wieder überholt werden könnten, dann kann er

- den Tatbestand mit unbestimmten, also definitionsbedürftigen Begriffen beschreiben und
- anstatt eine zwingende Rechtsfolge anzuordnen der Behörde Ermessen einräumen.

Typische Gesetzesbegriffe, die Ermessen eröffnen, sind modale Hilfsverben wie „kann“, „darf“, „soll“.

Beispiel: wenn 1, 2, 3, 4 Voraussetzungen bestehen (= Tatbestand erfüllt), „kann“, „darf“, „soll“ die Behörde *nur* eine Genehmigung erteilen (Rechtsfolge also: Ermessen = Spielraum für die Behörde).

### 3.1.2. Ermessensarten

Entscheidet der Gesetzgeber sich, eine Norm als Ermessensnorm zu fassen, stehen ihm zwei Regelungsbausteine zur Verfügung, um behördliche Ermessensausübung zu steuern, nämlich

- **Entschließungsermessen** = Ermessensentscheidung über das **OB** des Tätigwerdens und
- **Auswahlermessen** = Ermessensentscheidung über das **WIE** des Tätigwerdens  
= über die Wahl des Mittels.

Es besteht Einvernehmen, dass Amtsträger mit Entschließungsermessen nur *zum Tätigwerden und Einschreiten verpflichtet* sind, wenn die Umstände so gravierend sind, dass ihr Ermessensspielraum auf Null reduziert ist. Denn dann haben sie nur noch *eine* rechtmäßige Entscheidungsmöglichkeit: ALLEIN AKTIVITÄT ist dann richtig und rechtmäßig!

Auf §16a TierSchG übertragen bedeutet dies: ist Satz 1 Ermessensnorm, müssen Amtsveterinäre nur dann zwingend aktiv werden, wenn allein Aktivität rechtmäßig und Untätigkeit falsch ist! Amtstierärztliche Pflicht zum Tätigwerden gegen Tierschutzrechtsverstöße ist dann *umgekehrt* aus Ermessenserwägungen zu verneinen,

- wenn Tierschutzrecht Entschließungsermessen eröffnet *und*
- die tatsächlichen Umstände die behördliche Ermessensausübung nicht zwingend allein auf Tätigwerfen als *allein* richtiges Ergebnis festlegen.

Mit diesem theoretischen Hintergrundwissen – Gesetzgebungstechnik und Ermessensbausteine – gilt es, sich §16a Satz 1 TierSchG genauer anzusehen.

### 3.2. §16a Satz 1 TierSchG ist keine Ermessensnorm

Zurück also zu §16a TierSchG: meines Erachtens eröffnet die Norm durch die Wörter „trifft“ (Satz 1) und „kann“ (Satz 2)

- **kein Entschließungsermessen** = keine Ermessensentscheidung der Behörde über das **OB** ihres Tätigwerdens, sondern
- **nur Auswahlermessen** = Ermessensentscheidung der Behörde nur über das **WIE** des Tätigwerdens, also die Wahl des Mittels.

Manche sehen und sehen §16a Satz 1 und §16a Satz 2 TierSchG als Ermessenskomplex, der der Behörde Entschließungs- und Auswahlermessen eröffnet. Vor allem Praktiker vermengen beide Ermessensarten und sehen den gesamten §16a TierSchG als Ermessensnorm. Vor allem die erreichbaren Urteile – vor allem in den letzten Jahren nicht eben wenige – helfen der Praxis rechtlich nicht weiter, weil sie sich mit der Frage befassen, ob die Behörden richtig gehandelt haben. Urteile, die die Grundsatzfrage nach dem Entschließungsermessen beantworten, fehlen.

Vor allem in der Literatur ist dies anders. Die Literatur zum TierSchG betont überwiegend und richtig, dass §16a TierSchG

- nur partiell – nämlich nur durch Satz 2 für die Auswahl der konkreten praktischen Vorgehensweise – Ermessensnorm ist, während
- Satz 1 kein *Entschließungsermessen* einräumt.

Nach überwiegender Literaturansicht *muss* die Veterinärbehörde also aktiv werden, wenn der Tatbestand des §16a TierSchG erfüllt ist (vgl. Caspar/Cirsovius, NuR 2002, 22 (26); Hirt / Maisack / Moritz, TierSchG, §16a Rz.1. + §17 Rz.56; Kemper, Natur und Recht 2007, 790 (794); Kluge, in: ders., TierSchG, §16a Rz.1 + 15).

Eindeutig hat aber auch das VG Regensburg diese „Lesart“ des §16a TierSchG bestätigt (vgl. VG Regensburg - RN 11 S 03.2415 -):

Dafür, dass §16a Satz 1 TierSchG kein Entschließungsermessen eröffnet, spricht:

*Grammatikalisch* – also am Wortlaut – fällt auf, dass §16a Satz 1 im Imperativ formuliert ist und *kein* – was für Ermessen sprechen würde – modales Hilfsverb wie z.B. „kann“ oder „darf“ enthält. Es heißt „die Behörde trifft“ und nicht „kann treffen“ oder „soll“ oder „darf treffen“. Umgekehrt spricht das Wort „kann“ nur in Satz 2 dafür, dass

- lediglich dieser Satz der Veterinärbehörde *Auswahlermessen* einräumt und
- Satz 1 zwingend anordnet, dass die Veterinärbehörde einschreiten *muss*, wenn sie Verstöße erkennt oder Kenntnis über Tatsachen erlangt, die auf aktuelle oder künftige Verstöße schließen lassen.

*Teleologisch* – also nach der Absicht des Gesetzgebers – spricht für diese am Gesetzeswortlaut orientierte Auslegung, dass der Gesetzgeber dieselbe Formulierung „trifft“ im Arzneimittelgesetz (AMG) verwendet und auch dort nicht als Ermessenermächtigung gemeint hat.

### **3.3. Keine Untätigkeit rechtfertigenden Ermessensgründe in Sicht**

Selbst wenn man §16a TierSchG als Ermessensnorm ansieht, lässt sich Untätigkeit seit Inkrafttreten des Art.20a GG kaum begründen, denn das Staatsziel schränkt den Spielraum der Behörde bei der Ermessensentscheidung ein. Auch wer §16a TierSchG als Ermessensnorm auslegt wird also kaum akzeptabel begründen können, welche Erwägungen ihn vom Einschreiten absehen und eine Tierschutzrechtsverletzung geschehen lassen.

## **4. Ordnungswidrigkeiten**

Abschließend noch ein Hinweis für das Ordnungswidrigkeiten (OWi): meine Ausführungen über die Strafbarkeit des Unterlassens gelten analog für OWi-en nach dem TierSchG: der trotz Handlungsanlass untätige Amtsveterinär kann durch Untätigkeit auch OWi-en begehen.

## **5. Fazit**

§16a S.1 TierSchG eröffnet Amtstierärzten kein Entschließungsermessen darüber, *ob* sie handeln, wenn sie von Tierschutzrechtsverletzungen erfahren. Sie *müssen immer* handeln, wenn sie von Verstößen gegen Tierschutzrecht in ihrem Zuständigkeitsbereich erfahren. Ermessen räumt ihnen nur §16a Satz 2 TierSchG für die Entscheidung darüber ein, *wie* sie tätig werden.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.