

Rechtsgutachten

zur Frage der

Handlungsmöglichkeiten

von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes

bei Verstößen gegen Art 2 § 5 Abs 2 Z 10 Tierschutzgesetz 2005

erstellt am 23.12.2011

von Rechtsanwalt Mag. Rainer Radlinger

Inhaltsverzeichnis

A.	Gutachtensauftrag	3
B.	Rechtliche Stellungnahme	4
	I. Grundlagen	4
	1. Das Verbot der Tierquälerei	4
	2. Die Strafbestimmung	5
	3. Die Vollziehung	6
	4. Akte unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt	8
	II. Anwendung auf den konkreten Sachverhalt	10
	1. Prüfungsschritte	10
	2. Der Befehl zur Beendigung des Verstoßes	11
	3. Der Zwangsakt	12
	4. Die Verletzung des Eigentumsrechtes durch unmittelbare Befehls- und Zwangsgewalt	12
	III. Exkurs: Die Handlungsmöglichkeiten von Privatpersonen	
	bei Verstößen gegen § 5 Abs 2 Z 10	15
	1. Allgemeines	15
	2. Die Nothilfe	15
	3. Die Geschäftsführung ohne Auftrag	17
	3.a. Die Geschäftsführung ohne Auftrag im Notfall	18
	3.b. Die Geschäftsführung zum Nutzen des Anderen	19
C.	Ergebnis	21

A. Gutachtensauftrag

Der Gutachter wurde von der Tierschutzombudsstelle Wien mit der Erstellung eines Gutachtens betreffend den Vollzug eines Verstoßes gegen Art 2 § 5 Abs 2 Z 10 iVm § 37 Tierschutzgesetz 2005 durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes beauftragt.

Der Gutachter soll dabei insbesondere den in der Praxis am häufigsten auftretenden Anlassfall dahingehend beleuchten, welche Handhabe die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes haben, wenn sie einen Hund alleine in einem geschlossenen Auto vorfinden, der dabei großer Hitze ausgesetzt ist.

Auszugehen war bei den Betrachtungen davon, dass in der Praxis oft eine große Hemmschwelle der Organe besteht einen leidenden Hund aus dem Auto zu befreien, da befürchtet wird, dass die betroffenen Fahrzeughalter aufgrund einer dadurch entstehenden Beschädigung des Autos eine nicht gerechtfertigte Verletzung ihres Eigentumsrechtes geltend machen. Dieser Umstand wird daher im Einzelnen untersucht werden.

Zusätzlich soll der Gutachter in einem Exkurs prüfen, ob Privatpersonen einen Verstoß gegen § 5 Abs 2 Z 10 Tierschutzgesetz 2005 im Wege der Nothilfe gemäß § 3 Strafgesetzbuch (StGB) bzw. durch eine Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß §§ 1035 ff ABGB beenden können.

B. Rechtliche Stellungnahme

I. Grundlagen

1. Das Verbot der Tierquälerei

Das Tierschutzgesetz 2005 (TierschutzG 2005) normiert in Art 2 § 5 Abs 1¹

„Es ist verboten, einem Tier ungerechtfertigt Schmerzen, Leiden oder Schäden zuzufügen oder es in schwere Angst zu versetzen.“

Abs 2 enthält in Z 1 bis Z 17 eine demonstrative Aufzählung („insbesondere“) von Tatbeständen. Gemäß Z 10 liegt insbesondere ein Verstoß gegen Abs 1 vor, wenn jemand

„ein Tier Temperaturen, Witterungseinflüssen, Sauerstoffmangel oder einer schweren Bewegungseinschränkung aussetzt und ihm dadurch Schmerzen, Leiden, Schäden oder schwere Angst zufügt;“

Diese Tathandlung ist als Erfolgsdelikt konzipiert, so dass die aus dem Verhalten des Täters resultierenden Folgen (Schmerzen, Leiden, Schäden oder schwere Angst) ein Tatbestandsmerkmal darstellen².

Als Tathandlung selbst kommt grundsätzlich jede objektiv sorgfaltswidrige Handlung in Betracht, wobei Täter durch aktives Tun jedermann sein kann (im Unterschied zu den Unterlassungsdelikten des § 5)³.

Bereits die Materialien⁴ verweisen ausdrücklich darauf, dass diese Bestimmung es insbesondere verbietet „ein Tier durch Verwahrung in abgeschlossenen Behältnissen, z.B. in einem Pkw, Temperaturen auszu-

¹ Paragraphenzitate ohne weitere Angaben beziehen sich immer auf das Tierschutzgesetz in seiner zum Zeitpunkt der Gutachtenserstellung geltenden Fassung.

² Siehe *Binder/von Fircks*, Das österreichische Tierschutzrecht² (2008), Seite 47.

³ Siehe auch *Herbrüggen/Raschauer/Wessely*, Tierschutzgesetz (2005), Seite 37, abweichend betreffend Unterlassungsdelikte, *Binder/von Fircks*, aaO, Seite 41 und *Standeker*, Praxiskommentar Tierschutzrecht (2005), Seite 41.

⁴ 446 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage - Materialien.

setzen, die ihm Schmerzen, Leiden, Schäden oder schwere Angst zufügen“⁵.

So bejahte der UVS Wien in seinem Bescheid GZ 06/46/7438/2006⁶ einen Verstoß gegen § 5 Abs 2 Z 10 gestützt auf nachstehende Erwägungen:

„[...] hat die Berufungswerberin gegenständlich den von ihr gehaltenen Hunden durch das Belassen der Tiere im abgestellten Fahrzeug bei am Tatort herrschenden Außentemperaturen von 26 bis 27° C für einen Zeitraum von insgesamt 2 Stunden insofern Leiden zugefügt, als die Hunde über längere Zeit einer über bloßes Unbehagen deutlich hinausgehenden Einschränkung ihres Wohlbefindens infolge der großen Hitze im Fahrzeuginneren (mindestens 40° C) ausgesetzt waren, dem sie durch natürliches Anpassungsverhalten nicht entsprechend gegensteuern konnten.

Die darin getroffene Charakterisierung von Leiden entspricht auch den Erläuterungen in den Materialien⁷, wonach unter Leiden *„alle nicht bereits vom Begriff des Schmerzens umfassten Beeinträchtigungen im Wohlbefinden, die über ein schlichtes Unbehagen hinausgehen und eine nicht ganz unwesentliche Zeitspanne fortdauern“*, konkret *„ein länger andauernder Zustand deutlichen körperlichen oder nicht-körperlichen Unbehagens zu verstehen, der durch das Tier nicht beeinflussbar ist und von typischen Symptomen⁸ begleitet wird“*.

2. Die Strafbestimmung

Im TierschutzG 2005 sind im 4. Hauptstück unterschiedliche Strafsätze vorgesehen, wobei für die Übertretung des § 5, ebenso wie für die Bestimmungen des §§ 6, 7 und 8 eine höhere Strafdrohung als für andere Bestimmungen dieses Gesetzes zur Anwendung kommt.

Die Strafbestimmung in § 38 normiert

Abs 1: Wer

⁵ 446 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage - Materialien, zu Z 10.

⁶ UVS Wien am 21.03.2007 über die Berufung gegen ein Straferkenntnis wegen einer Übertretung des § 5 Abs 1 in Verbindung mit § 5 Abs 2 Z 10.

⁷ 446 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage - Materialien, zu § 5 Abs 1.

⁸ Siehe dazu auch die Ausführungen des Sachverständigen in selbigem Verfahren, wonach bei einer Raumtemperatur von mindestens 40 Grad, *„die Hunde durch Anpassungsverhalten, insbesondere durch Hecheln und durch das Aufsuchen kühlerer Orte den von ihnen als zu heiß empfundenen Temperaturen nicht mehr gegensteuern konnten, ihre Anpassungsfähigkeit also überfordert war und*

Z 1: einem Tier entgegen § 5 Schmerzen, Leiden, Schäden oder schwere Angst zufügt begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit einer Geldstrafe bis zu Euro 7 500, im Wiederholungsfall bis zu Euro 15 000 zu bestrafen.

Abs 2: In schweren Fällen der Tierquälerei ist eine Strafe von mindestens 2 000 Euro zu verhängen.

Sowohl die absolute (bis zu EUR 7.500,-) wie auch die relative Höhe der Strafdrohung im Vergleich zu anderen Übertretungen des TierschutzG 2005 zeigen klar auf, dass *„der Gesetzgeber bei Verstößen gegen das Tierquälereiverbot grundsätzlich von einem bedeutenden Unrechtsgehalt und ernsten Folgen für das geschützte Rechtsgut ausgeht“* (VwGH am 26.04.2011 in 2010/03/0171).

3. Die Vollziehung

Das dritte Hauptstück des TierschutzG 2005 regelt die Vollziehung der Bestimmungen. Grundsätzlich ist die Bezirksverwaltungsbehörde als Landesbehörde die sachlich zuständige Tierschutzbehörde erster Instanz (§ 33). Sie hat bei der Durchführung von Verwaltungsverfahren nach dem TierschutzG das AVG und das VStG anzuwenden⁹.

Ebenso ist die Mitwirkung von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes normiert (§ 34).

Abs 1: Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes haben an der Vollziehung des § 37 in Verbindung mit § 5, mit Ausnahme des Abs 2 Z 1, 2 und 7, in Verbindung mit § 6 sowie mit § 8 durch

1. Maßnahmen zur Vorbeugung gegen drohende Verwaltungsübertretungen,
2. Maßnahmen zur sofortigen Beendigung von Verwaltungsübertretungen
3. Maßnahmen, die für die Einleitung und Durchführung von Verwaltungsstrafen erforderlich sind,
4. Maßnahmen der unmittelbaren Befehls- und Zwangsgewalt im Zusammenhang mit § 36 und § 37 Abs 1

daher, zumal dieser Zustand zumindest eine halbe bis dreiviertel Stunde andauerte, ein als Leiden bezeichneter Zustand vorlag."

⁹ Herbrüggen/Raschauer/Wessely, aao, Seite 104.

mitzuwirken.

Die Definition von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes regelt § 5 Sicherheitspolizeigesetz (SPG). Aus § 5 Abs 2 SPG ergibt sich, dass davon die Angehörigen des Wachkörpers Bundespolizei (Z 1), die Gemeindewachkörper (Z 2) sowie des rechtskundigen Dienstes bei Sicherheitsbehörden, wenn diese Organe zur Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt ermächtigt sind (Z 3) erfasst sind.

„Mitwirken“ iSd § 34 Abs 1 meint die Unterstützung der zuständigen Behörden bei der Vollziehung des TierschutzG, d.h. die Durchführung von Teilhilfstätigkeiten. Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes fungieren dabei formaliter als Hilfsorgane der im Einzelfall zuständigen Tierschutzbehörde und auch die gesetzten Akte werden dieser funktionell zugerechnet¹⁰.

Diese Mitwirkung der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes ist vor allem in Bezug auf jene Bestimmungen vorgesehen, an deren Vollzug eine Mitwirkung möglich und sinnvoll ist¹¹. Die Materialien¹² betonen eine Mitwirkung insbesondere bei der Erstattung von Anzeigen, der Festnahme von, auf frischer Tat betretenen Personen sowie bei der vorläufigen Beschlagnahme von Tieren und Gegenständen.

Die Ausübung der Befehls- und Zwangsgewalt durch die Organe der Behörde im TierschutzG 2005 normiert § 37:

Abs 1: Die Organe der Behörde sind verpflichtet,

Z 1: wahrgenommene Verstöße gegen §§ 5 bis 7 durch
unmittelbare behördliche Befehls- und Zwangsgewalt zu beenden¹³;

Z 2: ein Tier, das in einem Zustand vorgefunden wird, der
erwarten lässt, dass das Tier ohne unverzügliche Abhilfe
Schmerzen, Leiden, Schäden oder schwere Angst erleiden wird,

¹⁰ Herbrüggen/Raschauer/Wessely, aao, Seite 106 mit Verweis auf VfSlg. 9098/1981.

¹¹ 446 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage - Materialien, zu § 34, siehe auch Herbrüggen/Raschauer/Wessely, aao, Seite 106, Irresberger/Obenaus/Eberhard, Tierschutzgesetz (2005), Seite 144.

¹² 446 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage - Materialien, zu § 34.

¹³ 446 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage - Materialien, zu § 37 betonen eine „effektive“ Beendigung.

dem Halter abzunehmen, wenn dieser nicht willens oder in der Lage ist, Abhilfe zu schaffen.

Abs 2: Wenn dies für das Wohlbefinden des Tieres erforderlich ist, können Organe der Behörde Personen, die gegen §§ 5 bis 7 verstoßen, das betreffende Tier abnehmen. Die Organe der Behörde sind berechtigt, bei Tieren, für die das Weiterleben mit nicht behebbaren Qualen verbunden ist, für eine schmerzlose Tötung zu sorgen.

Diese eindeutige Verpflichtung der Behörde (§ 33) sowie der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes zur Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt ergibt sich sohin eindeutig aus dem Gesetztext sowie den Materialien¹⁴ und ist auch die Meinung der Literatur diesbezüglich einhellig¹⁵.

Dabei ist zu beachten, dass § 37 keine Ermächtigung zur Erlassung eines Bescheides enthält; für einen dennoch erlassenen Bescheid besteht daher keine Rechtsgrundlage¹⁶.

In der Literatur¹⁷ wird darüber hinaus ergänzend ausgeführt, dass gemäß § 37 Abs 1 Z 2 die Behörde ist jenem Fall zur Abnahme des betroffenen Tieres *„bereits vor der Zufügung einer Tierquälerei“* verpflichtet sei, *„z.B wenn ein unversorgtes Tier in einer Wohnung oder bei großer Hitze in einem Auto angetroffen wird und der Aufenthalt des Halters nicht ermittelt werden kann.“*

4. Akte unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt

Diese in den §§ 34, 37 vorgesehene unmittelbare Befehls- und Zwangsgewalt wird im TierschutzG 2005 nicht näher erläutert.

Akte unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt („AuvbZ“) werden in der Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich auch als „faktische Amtshandlungen“, „Akte des sofortigen Polizeizwanges“ oder als „verfahrensfreie Verwaltungsakte“ bezeichnet.

¹⁴ 446 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage - Materialien, zu § 37.

¹⁵ Herbrüggen/Raschauer/Wessely, aaO, Seite 115, Binder/von Fircks, aaO, Seite 161.

¹⁶ Siehe UVS Burgenland am 03.04.2009 in 052/15/09001.

¹⁷ Binder/von Fircks, aaO, Seite 161.

AuvbZ liegen nach der Rechtsprechung des Verfassungs- und des Verwaltungsgerichtshofes dann vor, „wenn ein Verwaltungsorgan im Rahmen der Hoheitsverwaltung einseitig einen Befehl erteilt oder Zwang ausübt und dieser Akt gegen individuell bestimmte Adressaten gerichtet ist¹⁸“.

Es muss daher einseitig in subjektive Rechte des Betroffenen eingegriffen werden¹⁹. Es wird dabei entweder physischer Zwang ausgeübt oder die unmittelbare Ausübung physischen Zwanges bei Nichtbefolgung angedroht²⁰. Es entspricht dabei dem rechtsstaatlichen Grundsatz, dass staatliche Eingriffsakte grundsätzlich gegenüber anwesenden Betroffenen gesetzt werden – wenn dadurch der Zweck der Amtshandlung nicht beeinträchtigt wird. Werden Akte hingegen in Abwesenheit des Berechtigten gesetzt, ist dieser tunlichst zu informieren²¹.

Die gesetzliche Grundlage zur Ausübung von Befehls- und Zwangsgewalt sowie die Zuständigkeit der anwesenden Exekutivorgane ergibt sich dabei wie bereits ausgeführt aus §§ 34, 37.

Weiters unterliegen die Eingriffsakte dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, demzufolge unter den „noch zum Ziel führenden Mitteln das gelindeste“ einzusetzen ist (siehe dazu ausführlich unter Punkt B. II. 4.)²².

Eine Rechtsgüterabwägung ist demgegenüber nicht notwendig, da § 37 eine Verpflichtung der Behörde und kein Ermessen normiert²³.

¹⁸ Siehe VwGH am 21.12.2000 in 96/01/1032.

¹⁹ Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 610 mit Verweis auf Mayer in FS Walter (1991) 463.

²⁰ Vgl. dazu VwGH am 19.01.1982 in 81/07/0060; selbiger am 03.10.1996 in 96/06/0188; sowie am 28.10.2003 in 2001/11/0162; VfSlg. 10.020.

²¹ Vgl. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht² (2003), Seite 281 Rz 1048.

²² Siehe Raschauer, aaO, Seite 281 Rz 1047.

²³ Vgl. Raschauer, aaO, Seite 280 Rz 1045:

„Wenn das Gesetz nicht zwingend zu einem hoheitlichen Einschreiten verpflichtet („hat zu“) kann im Ermessensbereich eine Rechtsgüterabwägung zulässig und geboten sein („polizeiliches Opportunitätsprinzip“; vgl. § 23 SPG).“.

II. Anwendung auf den konkreten Sachverhalt

1. Prüfungsschritte

Im konkreten Fall findet ein Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes, entweder aufgrund eigener Wahrnehmung oder weil Dritte die Behörden verständigt haben, einen Hund in einem Fahrzeug vor.

1.a.

Zuerst ist von dem betreffenden Organ zu überprüfen, ob im Einzelfall ein Verstoß gegen Art 2 § 5 Abs 2 Z 10 vorliegt (siehe dazu die Ausführungen unter B. I. 1.).

Ein wichtiger Parameter für diese Entscheidung ist zunächst die Außentemperatur sowie der Standplatz des Fahrzeuges. Insbesondere sind dabei die Sonneneinstrahlung sowie ein etwaiger Schatten oder ein bereits geöffnetes Fenster zu berücksichtigen, da diese wichtige Indikatoren für die Innentemperatur im Auto sind. In weiterer Folge ist der Zustand des potentiell leidenden Tieres einzuschätzen, wobei insbesondere Hecheln oder ein etwaiges Winseln jedenfalls im Suckus stehen sollten. In diese Betrachtung ist allenfalls einzubeziehen, ob dem Tier die Möglichkeit einer Wasseraufnahme gewährt wird. Weiters ist festzustellen ob ein „nicht unwesentlicher Zeitraum²⁴“ vorliegt. Sofern zur Dauer des Zeitraumes („nicht ganz unwesentliche Zeitspanne“) keine Wahrnehmungen Dritter oder der Organe des Sicherheitsdienstes selbst vorliegen, ist mE bei deren Beurteilung kein allzu strenger Maßstab anzulegen, da in der Regel bei Vorliegen einer entsprechenden Ausprägung bzw. Stärke der Symptome des Hundes ein nicht ganz unwesentlicher Zeitraum impliziert ist.

1.b.

Wenn das Organ diesen Verstoß bejaht, ist es gesetzlich verpflichtet, diesen Verstoß durch Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt effektiv zu beenden.

1.c.

Es gilt nun zu prüfen, welche Handlungen des Sicherheitsorgans - um diesen Verstoß zu beenden - rechtmäßig im Sinne des §§ 34 und 37 sind.

In Frage kommen ein Befehl an den Täter oder die Setzung eines Zwangsaktes. Dabei ist stets zu beachten, dass das gelindeste noch zum Ziel - also Beendigung des Verstoßes - führende Mittel zu wählen ist. Bei der Wahl der zur Verfügung stehenden Mittel sind dabei stets die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.

2. Der Befehl zur Beendigung des Verstoßes

Der Befehl zur Abwendung des Verstoßes ist nur dann möglich, wenn der Täter als Individuum bekannt bzw. greifbar ist.

Vorab ist dabei festzuhalten, dass eine Ausforschung des Täters verbunden mit einem nachfolgenden Befehl nicht in jeder Situation zielführend ist. Insbesondere ist dabei der Zustand des betroffenen Tieres zu berücksichtigen sowie der sich daraus ergebende Zeithorizont.

Sollte sich das Fahrzeug mit dem leidenden Tier beispielsweise auf dem Parkplatz vor einem Geschäft befinden, wäre es dem einschreitenden Organ möglich den Fahrer ausrufen zu lassen. Weiters könnten anwesende Dritte wie Passanten oder Hausbewohner befragt werden, ob sie Wahrnehmungen zum Täter haben bzw. positive Kenntnis wo sich dieser befindet.

Bei der Ausübung des Befehlsaktes muss sich das Organ in weiterer Folge an den Fahrer des betreffenden Kennzeichens wenden²⁴ und ihn unter Androhung der gewaltsamen Öffnung des Fahrzeuges auffordern, das leidende Tier zu befreien. Diese Androhung ist deshalb wichtig, da bloße Aufforderungen oder Wünsche, nicht als AuvBz zu qualifizieren sind²⁶. Es ist daher relevant, dass der Befehladressat bei Nicht-

²⁴ Siehe dazu die Ausführungen zur Definition des Begriffes „Leiden“ unter Punkt I. 1.

²⁵ Sollte er sich lediglich an den unbestimmten Personenkreis im Geschäft richten, würde es an einem individuellen Akt fehlen und dieses Verhalten wäre als Verordnung zu qualifizieren.

²⁶ Siehe *Raschauer*, aaO, Seite 276 Rz 1026a.

befolgung eine unverzüglich einsetzende physische Sanktion angedroht wird.

3. Der Zwangsakt

Sollte die unter Punkt B. II. 2. beschriebene Variante aufgrund der Umstände im Einzelfall kein zum Ziel führendes Mittel sein, etwa weil der Zustand des Tieres keine zeitliche Verzögerung zulässt bzw. ein sofortiges Einschreiten des Organes notwendig ist, oder eine Vielzahl von Objekten als Aufenthaltsort des Täters in Frage kommt (z.B. das Fahrzeug ist auf einem Parkplatz eines großen Einkaufszentrums geparkt), bliebe nur die Möglichkeit zur Setzung eines Zwangsaktes.

Zu berücksichtigen sind in dieser Konstellation jedenfalls mögliche Neben- und Folgepflichten, zu denen der Eingriff führen kann, da es, um den Verstoß gegen § 5 Abs 2 Z 10 durch Zwangsgewalt zu beenden, notwendigerweise zu Beschädigungen am Fahrzeug kommt.

4. Die Verletzung des Eigentumsrechtes durch unmittelbare Befehls- und Zwangsgewalt

Art 5 StGG normiert, dass „*das Eigentum unverletzlich ist*“. Diese Bestimmung wird durch das Art 1 des 1. ZProtMRK ergänzt, wobei der Verfassungsgerichtshof generell Art 5 StGG anwendet und damit davon ausgeht, dass beide Eigentumsgarantien „im Wesentlichen deckungsgleich sind“²⁷. Bei den möglichen Eingriffen in das Eigentum unterscheidet die Judikatur einerseits Enteignungen und andererseits Eigentumsbeschränkungen.

Eigentumsbeschränkungen (sonstige Eigentumseingriffe) sind „Eigentumseingriffe, die nicht als Enteignung zu qualifizieren sind. Dies sind alle hoheitlichen Maßnahmen, die das Eigentum belasten oder seine Nutzung regeln.“²⁸

²⁷ Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rz 610 mit Verweis auf Korinek in Korinek/Holoubek, Kommentar, Rz 3ff zu Art 1 1. ZPMRK.

²⁸ Siehe Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, aaO, Rz 1484.

Der Verfassungsgerichtshof hat betreffend die Beschädigung eines KfZ in B1156/89²⁹ erkannt, dass:

Die Beschädigung des dem Beschwerdeführer gehörenden Autos durch den Gendarmeriebeamten greift in das Eigentumsrecht des Beschwerdeführers ein. Dieser Eingriff wäre nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (zB VfSlg. 10.356/1985, 10.482/1985) dann verfassungswidrig, wenn der Verwaltungsakt ohne jede Rechtsgrundlage ergangen wäre oder auf einer verfassungswidrigen Rechtsgrundlage beruhte, oder wenn das behördliche Hilfsorgan eine verfassungsrechtlich unbedenkliche Rechtsgrundlage in denkunmöglicher Weise angewendet hätte, ein Fall, der nur vorläge, wenn das behördliche Hilfsorgan einen so schweren Fehler begangen hätte, dass dieser mit Gesetzlosigkeit auf eine Stufe zu stellen wäre.

Die Beschädigung des Fahrzeugs, in dem sich der Hund befindet, stellt daher grundsätzlich eine Eigentumsbeschränkung dar.

Dies bedeutet jedoch keineswegs, dass die Eigentumsbeschränkung unrechtmäßig ist. Das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Unverletzlichkeit des Eigentums wird gemäß der ständigen Rechtsprechung des VfGH nur dann verletzt, wenn die bekämpfte Amtshandlung unter Heranziehung einer verfassungswidrigen Rechtsgrundlage durchgeführt wurde oder wenn sie gesetzlos erfolgte, wobei die denkunmögliche Anwendung des Gesetzes ebenfalls als Gesetzlosigkeit anzusehen ist³⁰.

Bei der Eigentumsgarantie wird verlangt, dass der Eingriff in Übereinstimmung mit dem öffentlichen Interesse steht. Der Suckus der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist dabei die Eignung des Eingriffs zur Erreichung des Ziels, wobei die eingreifende Maßnahme das gelindeste Mittel zur Zielerreichung sein muss³¹. Die Verhältnismäßigkeit muss dabei einer ex-ante Betrachtung stand halten³².

Berücksichtigt man den Aspekt, dass die Beendigung des Verstoßes – also Leiden des Hundes im heißen Auto – nachvollziehbar und effektiv

²⁹ VfGH am 30.06.1990.

³⁰ Vgl. hiezu VfGH vom 04.10.1980, B 625/78 sowie 12.06.1986, B 904/84 und Slg 8776 und 9490.

³¹ Siehe ausführlich *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention² (2005), Seite 111.

³² Siehe UVS Steiermark am 06.04.2007 in 20.3-22/2006 betreffend die Kontrolle einer Tierhaltung.

nur durch eine ausreichende Frischluftzufuhr herbeigeführt werden kann, ist es in der Regel unumgänglich, dass ein Fenster oder das Türschloss (bei einer späteren geplanten Abnahme des Tieres) durch Gewalteinwirkung geöffnet werden muss.

Rückschlüsse dazu finden sich einerseits auch in der Entscheidung des UVS Oberösterreich vom 02.11.2005, wo dieser grundsätzlich festgestellt hat, dass die Behörde – gleiches gilt für deren Hilfsorgane – bei Wahrnehmen eines Verstoßes gegen § 5 TSchG

„unmittelbar verpflichtet ist, diesen rechtswidrigen Zustand durch unmittelbare Befehls- und Zwangsgewalt zu beenden, ohne dass ihr bei dieser Entscheidung ein wie immer geartetes Ermessen zukam. Dass die Beendigung wirksam nur durch eine Abnahme der Tiere und deren Abtransport erfolgen konnte, ist nachvollziehbar. Gleiches gilt für die Notwendigkeit, das Grundstück zu betreten und den Stall zu öffnen.

Damit war die bekämpfte Maßnahme schon aus diesem Grund rechtmäßig.“

Der UVS Steiermark führte hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit bei einer Kontrolle wegen des Verdachtes der ungesetzlichen Hundezucht aus³³:

Im Rahmen der ex ante Betrachtung, vor allem unter Bedachtnahme auf die fruchtlosen verbalen Aufforderungen, war es für das Kontrollorgan sicher notwendig, eine gewaltsame Öffnung der Schwingtür zu versuchen, um zum Raum der Tierhaltung zu gelangen. Das Kontrollorgan handelte auch insofern Maß haltend, als es, nachdem ihm auf Grund des Verhaltens der Beschwerdeführerin die Öffnung der Schwingtür nicht gelang, wieder zurückwich und die Tür erst nach dem Weggehen der Beschwerdeführerin passierte.

Sollte daher das zuständige Organ entweder den Zwangsakt angedroht haben (siehe dazu Punkt B. II. 2.) oder die Zwangsmaßnahme aufgrund der Umstände des Einzelfalls als einziges zum Ziel führendes Mittel sofort gesetzt haben (siehe dazu Punkt B. II. 3.), stellt der Eingriff in das Eigentumsrecht keine denkunmögliche Anwendung des Gesetzes dar.

³³ Am 06.04.2007 in 20.3-22/2006.

Die Beschädigung des Fahrzeuges ist vielmehr eine unmittelbare sekundäre Folge der Beendigung des Verstoßes gegen § 5 Abs 2 Z 10, weswegen die Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes auf Unversehrtheit des Eigentums zu verneinen ist³⁴.

III. Exkurs: Die Handlungsmöglichkeiten von Privatpersonen

bei Verstößen gegen § 5 Abs 2 Z 10

1. Allgemeines

Es gilt zu prüfen ob Privatpersonen bei Auffinden eines leidenden Hundes in einem Fahrzeug zum Schutz des leidenden Tieres und zur Gefahrenabwehr zu einer gewaltsamen Öffnung samt damit einhergehender Beschädigung, sohin zu einem Eingriff in die Rechtsgüter eines Anderen berechtigt sind.

Die Grenzen einer Gefahrenabwehr durch Jedermann, wenn staatliche Hilfe eben gerade nicht oder nicht rechtzeitig zur Stelle ist, sind dabei im Hinblick auf die allgemeinen Rechtfertigungsgründe zu prüfen.

2. Die Nothilfe

Liegt ein rechtswidriger Angriff auf ein notwehrfähiges Rechtsgut vor, ist der Einzelne grundsätzlich berechtigt - nicht aber verpflichtet (es sei denn im konkreten Einzelfall besteht eine besondere rechtliche Hilfspflicht) - den Angriff in dem durch § 3 StGB gezogenen Rahmen von sich oder einem anderen abzuwehren (Nothilfe).

Konkret normiert § 3 StGB:

Abs 1: Nicht rechtswidrig handelt, wer sich nur der Verteidigung bedient, die notwendig ist, um einen gegenwärtigen oder unmittelbar drohenden rechtswidrigen Angriff auf Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit, Freiheit oder Vermögen von sich oder einem anderen abzuwehren. Die Handlung ist jedoch nicht gerechtfertigt, wenn es offensichtlich ist, dass dem Angegriffenen bloß ein ge-

³⁴ Vgl. VfGH am 27.02.1984 in B 8/83 betreffend die Beschädigung der Kleidung beim Hinausdrängen eines ungestümen Betroffenen aus dem Wachzimmer.

ringer Nachteil droht und die Verteidigung, insbesondere wegen der Schwere der zur Abwehr nötigen Beeinträchtigung des Angreifers, unangemessen ist.

Zur Abwehr notwendig sind dabei für den Nothelfer jene Mittel, die aus seiner Situation objektiv ex-ante zur verlässlichen Abwehr des Angriffes erforderlich sind.

Zu beachten ist, dass das Gesetz die Nothilfe nicht von einem „Primärrecht“ des Rechtsinhabers ableitet, sondern schlechthin die notwendige Abwehr eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs auf eigene oder fremde Rechtsgüter regelt. Die Lehre vertritt daher die Ansicht, dass Nothilfe nicht die Zustimmung oder Einwilligung des Angegriffenen voraussetzt, und auch gegen den Willen des Angegriffenen im vollen Umfang möglich ist³⁵.

Der in § 3 Abs 1 StGB angeführte Katalog der notwehrfähigen Güter mit "Leben, Gesundheit, körperlicher Unversehrtheit, Freiheit und Vermögen" ist dabei taxativ umschrieben (RV 30 BlgNR 13. GP 62). Eine Erweiterung für den Bereich des bürgerlichen Rechts ist unzulässig, weil der Eingriff in ein Gut nicht zugleich rechtmäßig und strafbar sein kann³⁶. Da § 3 StGB jedoch nur die dort aufgezählten Rechtsgüter von Menschen, nicht aber ausdrücklich die körperliche Unversehrtheit von Tieren erfasst, sind Tiere grundsätzlich nur als Vermögen von Menschen notwehrfähig. Da sie keine Rechtssubjekte sind, sind sie auch nicht Träger der Rechtsgüter Gesundheit oder Leben³⁷.

Der OGH³⁸ schloss daraus ohne nähere Begründung:

„Demzufolge sind Tiere nur als Vermögen von Menschen notwehrfähig; eine Nothilfehandlung zugunsten eines Tieres gegen seinen Eigentümer ist somit begrifflich ausgeschlossen.“

³⁵ Ausführlich *Lewisch* in *WK*² § 3 Rz133.

³⁶ Siehe *Reischauer* in *Rummel*, *ABGB*³, § 19 Rz 4 mwN.

³⁷ *Reischauer* in *Rummel*, *ABGB*³, § 19 Rz 4.

³⁸ Siehe dazu OGH bereits am 11.07.1989 in 4 Ob 544/89 (RS0009073) im Zusammenhang mit einem Verstoß gegen § 222 StGB (Tierquälerei).

Rummel hat sich ebenfalls näher mit den Rechtsbehelfen zugunsten von Tieren in Bezug auf § 19 ABGB³⁹ auseinander gesetzt und führt aus⁴⁰:

„Da nur **Rechtssubjekte** Träger von Rechten u Pflichten sein können, können **Tiere nicht in den Genuß von Notwehrbefugnissen oder Selbsthilferechten** kommen (idS SZ 62/132). Es gibt daher auch **keine Befugnis, Tieren**, die in ihrer Gesundheit oder ihrem Leben bedroht sind, **Nothilfe** (Rz 11) oder **Selbsthilfe-Hilfe** (Rz 20 a) zu leisten (idS SZ 62/132: Tierschutzverein/Schimpansen). Auch **Notstandshilfe** (Rz 14 zu § 1306 a) **zugunsten von Tieren** scheidet naturgemäß aus (Rz 20 a). Dritte dürfen mit diesen Mitteln Tiere nicht vor ihren Eigentümern schützen (vgl SZ 62/132). Die abwegige Rechtsansicht des bekl Vereins in SZ 62/132 (*Anmerkung: dabei handelt es sich um die oben referierte Entscheidung 4 Ob 544/89*) dürfte nicht zuletzt auf den nicht sehr sinnvollen § 285 a⁴¹ (vgl dazu Rz 1 zu § 285 a u Rz 1 zu § 1332 a) zurückzuführen sein. - Dem **Eigentümer als Träger des Vermögensgutes Tier** darf naturgemäß beigestanden werden (s Rz 4).“

Da dem Gutachter keine gegenteiligen auf den gegenständlichen Sachverhalt anwendbaren Entscheidungen der Höchstgerichte zur Nothilfe bekannt sind, setzt sich ein Einschreiter beim derzeitigen Stand der Lehre und Judikatur jedenfalls der Gefahr aus, dass seine Handlung nicht als Nothilfe qualifiziert wird und stellte sein Einschreiten damit gegebenenfalls sogar eine Sachbeschädigung gemäß § 125 StGB dar. Insgesamt muss daher im Hinblick auf die derzeitigen gesetzlichen Grundlagen bzw. die Judikatur davon ausgegangen werden, dass eine Nothilfe abschlägig beurteilt würde.

3. Die Geschäftsführung ohne Auftrag

Die §§ 1035 ff enthalten das Prinzip der Geschäftsführung ohne Auftrag. Den Kern einer Geschäftsführung bildet dabei die Absicht im fremden Interesse tätig zu werden, wobei diese bei einer Untrennbar-

³⁹ § 19 ABGB normiert („Verfolgung der Rechte“):

Jedem, der sich in seinem Rechte gekränkt zu seyn erachtet, steht es frey, seine Beschwerde vor der durch die Gesetze bestimmten Behörde anzubringen. Wer sich aber mit Hintansetzung derselben der eigenmächtigen Hülfe bedient, oder, wer die Grenzen der Nothwehre überschreitet, ist dafür verantwortlich.

⁴⁰ Reischauer in Rummel, ABGB³, § 19 Rz 1.

⁴¹ § 285a ABGB normiert:

Tiere sind keine Sachen; sie werden durch besondere Gesetze geschützt. Die für Sachen geltenden Vorschriften sind auf Tiere nur insoweit anzuwenden, als keine abweichenden Regelungen bestehen.

keit von Eigen- und Fremdinteressen überwiegend bejaht wird⁴². Das ABGB unterscheidet dabei grundsätzlich zwischen der Geschäftsführung im Notfall (§ 1036 ABGB), der nützlichen Geschäftsführung (§ 1037 ABGB), der unnützen (§ 1038 ABGB) und der gegen Willen des Geschäftsherren geführten Geschäftsführung (§ 1040 ABGB).

3.a. Die Geschäftsführung ohne Auftrag im Notfall

Die Geschäftsführung ohne Auftrag im Notfall ist als Spezialfall in § 1036 ABGB geregelt und lautet:

Wer, obgleich ungerufen, ein fremdes Geschäft zur Abwendung eines bevorstehenden Schadens besorgt, dem ist derjenige, dessen Geschäft er besorgt hat, den notwendigen und zweckmäßig gemachten Aufwand zu ersetzen schuldig; wenn gleich die Bemühung ohne Verschulden fruchtlos geblieben ist (§. 403).

Vorausgesetzt wird - neben den Merkmalen in § 1035 ABGB - die Absicht einen bevorstehenden Schaden an Gesundheit oder Vermögen abzuwehren. Im Rahmen einer vorzunehmenden Güterabwägung bzw. Verhältnismäßigkeitsprüfung muss das Ausmaß des zu erwartenden Schadens den gewählten Eingriff in die Rechtssphäre des Geschäftsherren rechtfertigen⁴³, wobei diese aus der Sicht eines redlichen, objektiven Bewerbers zu prüfen ist, sodass unter Umständen auch ein vermeintlicher Notfall ausreichen kann⁴⁴. Gemäß Rechtsprechung kann ein Notfall weiters nur dann angenommen werden, wenn es dem Geschäftsführer, also dem eingreifenden Dritten, nicht möglich war, rechtzeitig die Zustimmung des Geschäftsherrn einzuholen⁴⁵. Sobald diese Zustimmung eingeholt werden kann, liegen die Voraussetzungen des § 1036 daher nicht mehr vor⁴⁶. Der eingreifende Dritte müsste daher jedenfalls zuerst versuchen den Dritten (Geschäftsherren) zu finden bzw. zu erreichen und dessen Zustimmung einzuholen oder andernfalls beweisen, dass die rechtzeitige Einholung des Einverständnisses im Einzelfall nicht möglich war.

⁴² Rummel, Kommentar zum ABGB⁴, § 1035 Rz 4 ff.

⁴³ Lurger in ABGB-ON (2010), § 1036 Rz 2.

⁴⁴ Rummel, Kommentar zum ABGB⁴, § 1036 Rz 1.

⁴⁵ OGH am 08.11.1984 in 6 Ob 710/84.

⁴⁶ Lurger in ABGB-ON (2010), § 1036 Rz 3.

Problematisch ist ferner, dass ein uneinsichtiger und „unverständiger“ Hundehalter – nach dem erfolgten Eingriff durch eine Privatperson – der Berufung auf eine Geschäftsführung im Notfall entgegenhalten kann und wird, dass aus der Tatsache, dass der Hundehalter (oder eine von ihm mit der Obsorge betraute Person), den Hund bewusst im Auto eingesperrt und sich entfernt hat, eine Tätigkeit im fremden Interesse ausgeschlossen ist und die Privatperson vielmehr im Eigeninteresse tätig wurde.

Wie die Gerichte diesen Umstand im konkreten Einzelfall bewerten, kann nicht vorweggenommen werden, und unterliegt jeder Anlassfall der Würdigung und insbesondere der Beweiswürdigung durch das jeweilige Gericht.

3.b. Die Geschäftsführung zum Nutzen des Anderen

Auch der nützliche Geschäftsführer in § 1037 ABGB muss sich um die Einwilligung seines Geschäftsherrn kümmern, da er andernfalls ebenfalls rechtswidrig handelt.

Die oben bereits aufgezeigten Probleme werden hier zu Lasten des eingreifenden Dritten insofern verschärft, als eine „Nützlichkeit“ nach dieser Gesetzesstelle nur dann bejaht wird, wenn die Geschäftsführung objektiv nach der Verkehrsauffassung, aber unter möglicher Berücksichtigung der subjektiven Interessen des Geschäftsherrn, vorliegt⁴⁷.

Auch in diesem Fall trifft den Geschäftsführer die Beweislast und ist bei Vermögensinteressen, zu denen die Tiere zählen, nach ständiger Rechtsprechung des Höchstgerichtes eine Erhöhung des objektiven Wertes erforderlich⁴⁸. Hinzu kommt, dass im Zweifel die Bewertung durch den Geschäftsherrn entscheidet und *„selbst wenn nun dieser Standpunkt nach objektiven Gesichtspunkten uneinsichtig wäre, dürfen dem Geschäftsherrn nicht Vorteile aufgedrängt werden, die er nach seinen persönlichen Verhältnissen als Nachteil empfindet.“*⁴⁹

⁴⁷ Lurger in ABGB-ON (2010), § 1037 Rz 2.

⁴⁸ Rummel, Kommentar zum ABGB⁴, § 1037 Rz 4 ebenso OGH in RS 0019869.

⁴⁹ OGH in RS0019862.

Die Berufung auf eine Geschäftsführung zum Nutzen des Anderen ist daher mit einem hohem Risiko verbunden, da im Streitfall im Zweifel die Bewertung durch den geschädigten Geschäftsherrn entscheidet.

C. Ergebnis

Im Ergebnis ist ein Einschreiten der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes zur Beendigung eines Verstoßes gegen § 5 Abs 2 Z 10 TSchG sowohl in Form der Androhung von Zwangsgewalt als auch durch Setzung eines Zwangsaktes, wie dem gewaltsamen Öffnen des Fahrzeuges bei Vorliegen der Voraussetzungen, wie im Punkt II ausgeführt vom Tierschutzgesetz 2005 gedeckt und intendiert.

Anders stellt sich die Situation betreffend das Einschreiten von Privatpersonen dar:

Die Nothilfe bietet aufgrund der derzeitigen rechtlichen Rahmenbedingungen keine Rechtfertigung für ein Einschreiten und scheidet grosso modo aus. Angesichts der spärlichen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes ist ferner kaum prognostizierbar ob dieser von seiner bisherigen Rechtsmeinung abweichen würde.

Demgegenüber stellt die Geschäftsführung im Auftrag gemäß §§ 1035 ABGB zwar grundsätzlich eine taugliche Rechtsgrundlage dar, aufgrund der den privaten Einschreiter treffenden Beweislast sowie der vorzunehmenden Güterabwägung ist eine Berufung darauf allerdings mit hohem Risiko verbunden.

Trotz dieses aus rechtspolitischer Sicht des Verfassers unbefriedigenden Ergebnisses, gilt es zu beachten, dass die aufgezeigten Probleme Privatpersonen nur dann betreffen, wenn der Tierhalter das Einschreiten ex-post nicht begrüßt. Ein verständiger Tierhalter wird sich gegen ein Einschreiten - insbesondere bei Gefahr im Verzug - kaum wenden, da ihm das - gegebenenfalls irreversible - Wohl des Tieres mehr bedeutet, als ein reiner Vermögensschaden an einem Kraftfahrzeug. In der überwiegenden Zahl der Fälle ist auch davon auszugehen, dass der Tierhalter das Problem einer Tierquälerei nicht erkannt oder bedacht hat, weil er beispielsweise mit einer früheren Rückkehr zum Fahrzeug gerechnet oder den Sonnenstand/Schatten falsch berechnet hat.