

**ROLF KEMPER**  
RECHTSANWALT

Rechtsanwalt  
Rolf Kemper  
Grolmanstraße 39  
10623 Berlin  
auch zugelassen beim Kammergericht  
FON 030 - 889 20 90  
FAX 030 - 889 20 919  
MAIL kemper@ra-kemper-berlin.de

**Rechtsgutachten**

über

**„Die Garantenstellung  
der Amtstierärztinnen und Amtstierärzte  
im Tierschutz“**

im Auftrag des

Hessischen Ministeriums für Umwelt, ländlichen Raum und Verbraucherschutz  
- Landestierschutzbeauftragte Dr. Madeleine Martin -

vorgelegt von

Rechtsanwalt Rolf Kemper, Berlin

im September 2006

## **Gliederung**

	<b>Seite</b>
<b>Gliederung</b>	<b>2</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>4</b>
<b>1. Anlass und Gegenstand der Untersuchung</b>	<b>7</b>
<b>2. Die Garantenstellung bei unechten Unterlassungsdelikten</b>	<b>9</b>
<b>2.1. Straftaten i. S. d. §17 TierSchG als unechte Unterlassungsdelikte</b>	<b>9</b>
<b>2.2. Kategorien der Garantenstellungen</b>	<b>10</b>
<b>2.3. Garantenstellung von Amtsträgern</b>	<b>11</b>
<b>3. Voraussetzungen der Amtsträger-Garantenstellung im Allgemeinen</b>	<b>12</b>
<b>3.1 Judikatur</b>	<b>12</b>
<b>3.2. Literatur</b>	<b>15</b>
<b>3.3. Ergebnis</b>	<b>16</b>

<b>4. Garantenstellung von Amtstierärztinnen und Amtstierärzten</b>	<b>17</b>
<b>4.1. Voraussetzungen</b>	<b>17</b>
<b>4.2. Ergebnis</b>	<b>18</b>
<b>5. Einzelfragen</b>	<b>19</b>
<b>5.1. Zuständigkeit</b>	<b>19</b>
<b>5.2. Ermessen</b>	<b>21</b>
<b>5.3. Tatsächliche Handlungsmöglichkeit</b>	<b>23</b>
<b>5.4. Verwaltungsakzessorietät</b>	<b>24</b>
<b>5.5. Außerdienstliche Kenntniserlangung</b>	<b>25</b>
<b>6. Ergebnis</b>	<b>26</b>

## Literaturverzeichnis

- Bringewat, Peter      Anmerkung zu LG Osnabrück, Urt. v. 6.3.1996 – 22 Ns (VII 124/95),  
in: NJW 1997, 440
- Caspar, Johannes, /      Das neue Staatsziel „Tierschutz“ in Art.20a GG,  
Geissen, Martin      in: NVwZ 2002, 913
- Caspar, Johannes /      Das neue Staatsziel „Tierschutz“ in Art.20a GG, Bonn 2003.  
Schröter, Michael W.
- Dietz, Andreas      Anordnungen aufgrund von §16a S.1 des Tierschutzgesetzes,  
in: NuR 1999, 205
- Dolde, Klaus-Peter      Zur Verwaltungsakzessorietät von §327 StGB,  
in: NJW 1988, 2329
- Ellbogen, Klaus /      Die S-Bahn-Fahrt,  
Stage, Diana      in: JA 2005, 353
- Esser, Robert      Der Trittbrettfahrer,  
in: JURA 2004, 273
- Heinrich, Bernd      Strafrecht - Allgemeiner Teil II, Stuttgart 2005 (zitiert: AT II)
- Hirt, Almuth /      Tierschutzgesetz-Kommentar, München 2003  
Maisack, Christoph,  
Moritz, Johanna
- Herzberg,      Die Unterlassung im Strafrecht, 1972  
Wolf-Dietrich
- Hohmann, Harald      Wasserrechtliche Pflichten und Strafbarkeit der Wasserbehörden  
für unbefugte Gewässerverschmutzung durch Unterlassen,  
in: NuR 1991, 8
- ders.      Umweltschutz durch Strafrecht,  
in: NuR 1988, 63
- Horn, Eckhard /      Rechtsprechungsübersicht zum Umweltstrafrecht,  
Hoyer, Andreas      in: JZ 1991, 703
- Iburg, Ulrich      Zur Unterlassungstäterschaft des Amtstierarztes bei  
Nichteinschreiten gegen Tiermisshandlungen,  
in: NuR 2001, 77
- Jagusch, Heinrich      Anmerkung zu AG Öhringen, Urt. v. 18.12.1975 - DS 80/75 -,  
in: NJW 1976, 583

- Kaufmann, Armin, Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Heidelberg 1959
- Kluge, Hans-Georg (Hrsg.) Tierschutzgesetz-Kommentar, 1. Auflage, Stuttgart 2002 (zitiert: Kluge, TierSchG)
- ders. Staatsziel Tierschutz - Am Scheideweg zwischen verfassungspolitischer Deklamation und verfassungsrechtlichem Handlungsauftrag - in: ZRP 2004, 10
- ders. Das Staatsziel „Tierschutz“ und seine Umsetzung in der Rechtsprechung, in: Evangelische Akademie Bad Boll, Tierschutz in guter Verfassung?, Bad Boll 2004 (zitiert: Kluge, Bad Boll 2004)
- Kourim, Heinz Tierschutzrecht, in: Fricke / Ott, Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bonn 2005 (zitiert: Kourim)
- Krey, Volker Deutsches Strafrecht - Allgemeiner Teil - Band 2, 2. Auflage, Trier 2005 (zitiert: AT II)
- Kühl, Kristian Strafrecht - Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 2000
- Laubenthal, Klaus Strafrechtliche Garantenhaftung von Polizisten und außerdienstliche Kenntniserlangung, in: JuS 1993, 907
- Meinberg, Amtsträgerstrafbarkeit bei Umweltbehörden, in: NJW 1986, 2220
- Mitsch, Wolfgang Anmerkung zu BGH, Urt. v. 29.10.1992 - 4 StR 358/92 -, in: NStZ 1993, 384
- Möhrenschläger Anmerkung zu LG Bremen, Urt. v. 3.6.1981 - 18 Ns 71 Js 19/80 -, in: NStZ 1982, 165
- Müller, Wolf Zur Haftung der Amtsträger und politischen Mandatsträger im Umweltstrafrecht, in: UPR 1990, 367
- Ort, Jost-Dietrich Mängel des Tierschutzrechts bei der Anwendung und beim Vollzug aus der Sicht der Staatsanwaltschaft, in: Tierschutz vor Gericht - Tagung der ev. Akademie Bad Boll, Bad Boll 1997, 51 (zitiert: Bad Boll 1997)
- Otto, Harro Grundsätzliche Problemstellungen des Umweltstrafrechts, in: JURA 1991, 308
- Otto, Harro / Brammsen, Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens, in: JURA 1985, 592
- Pfohl, Michael Strafbarkeit von Amtsträgern wegen Duldung unzureichender Abwasserreinigungsanlagen, in: NJW 1994, 418
- Ranft, Otfried Rechtsprechungsübersicht zu den Unterlassungsdelikten,

- in: JZ 1987, 908
- Roxin, Klaus            Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, München 2003 (zitiert: AT II)
- Rudolphi,  
Hans-Joachim        Anmerkung zu BGH, B. v. 15.7.1986 - 4 StR 301/86 -,  
in: JR 1987, 336
- ders.                    Der Dienstvorgesetzte als Garant für die  
gesetzmäßige Bestrafung seiner Untergebenen,  
*in: NStZ 1991, 361*
- Schall, Hero            Umweltschutz durch Strafrecht: Anspruch und Wirklichkeit,  
in: NJW 1990, 1263
- Schindler,             Strafbarkeit der Käfigbatteriehaltung von Legehennen  
nach dem Urteil des BVerfG  
in: NuR 2001, 124
- Schönke, Adolf /  
Schröder, Horst      Strafgesetzbuch-Kommentar, 27. Auflage, München 2006
- Schünemann, Bernd    Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971  
(zitiert: Schünemann, 1971)
- ders.                    Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der  
Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars  
und des Wiener Kommentars,  
in: GA 1985, 341
- Seier, Jürgen            Probleme des Umweltstrafrechts,  
in: JA 1985, 23
- Winkelbauer            in: JZ 1986, 1119

## 1. Anlass und Gegenstand der Untersuchung

1. Seit längerem wird kritisiert, im Veterinärbereich bestünden Vollzugsdefizite.<sup>1</sup> Veterinärbehörden sollen z.B. trotz Kenntnis nicht oder nicht in zu deren Unterbindung geeigneter Weise gegen Tierschutzrechtsverletzungen einschreiten. Insbesondere sollen Amtstierärztinnen und Amtstierärzte trotz begründeten Verdachts die tierschutzrechtswidrige Haltung von Groß- und Wildtieren „sehenden Auges“ unbeachtet lassen.

Der Vorwurf dürfte stimmen, denn auch Amtstierärztinnen und Amtstierärzte bestätigen ihn. Zur Begründung ihrer Untätigkeit verweisen sie vor allem darauf, zum einen entzögen sich die Handelnden dem behördlichen Zugriff in der Regel durch Wegzug aus deren Zuständigkeitsbereich und zum anderen sei die Unterbringung gemäß §16a Satz 2 Ziff.2 TierSchG fortzunehmender oder gemäß §19 TierSchG einzuziehender Tiere in aller Regel weder praktisch möglich noch finanzierbar. Sie übersteige schlicht die Budgets.

Es muss demnach als erwiesen gelten, dass zuständige Behörden bei der Anwendung des TierSchG befürchtete Schwierigkeiten antizipativ zum Anlass nehmen, untätig zu bleiben, obwohl ihnen klar ist, dass sie tätig werden müssen.

Nicht allein dieses knapp skizzierte Beispiel wirft die Frage auf, ob Amtstierärztinnen und Amtstierärzte durch Nichteinschreiten gegen Tierrechtverstöße Straftaten begehen können. Ihre Beantwortung hängt grundsätzlich davon ab, ob Amtstierärztinnen und Amtstierärzte Garanten im strafrechtlichen Sinne des §13 StGB sind.

§13 Abs.1 StGB lautet: *„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 des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht.“*

Es gibt also Anlass, der Frage, ob Amtstierärztinnen und Amtstierärzten *„dafür einzustehen haben“*, dass Tierschutzrechtsverstöße unterbleiben, genauer auf den Grund zu gehen.

Ihre Beantwortung liegt vor allem im Interesse der Amtstierärztinnen und Amtstierärzte, denn sie sind als Amtsträger dem Gesetzmäßigkeitsprinzip unterworfen und zur rechtmäßigen Handhabung des TierSchG verpflichtet. Erst recht muss Amtstierärztinnen und Amtstierärzten die strafrechtliche Bedeutung fehlerhafter Tierschutzrechtsanwendung bewusst sein.

Der BGH hat – um die Notwendigkeit dieser Klärung dennoch zu unterstreichen – zur dabei bedeutsamen Verknüpfung von Verwaltungs- und Strafrecht schon 1993 klargestellt, dass ein *„Amtsträger, der eine mit dem materiellen Recht nicht zu vereinbarende Genehmigung erteilt hat, im Rahmen des rechtlich Möglichen zu deren Beseitigung verpflichtet ist, sobald er die Rechtswidrigkeit erkennt; bleibt er untätig, kann er sich ebenfalls als Täter, wenn auch durch Unterlassen, strafbar machen.“*<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Caspar/Schröter, Das Staatsziel Tierschutz in Art.20a GG, 124 ff.; Kluge, Bad Boll 2004, 10 ff.; vgl. auch die Vorträge zum Thema „Mängel des Tierschutzrechts bei der Anwendung und beim Vollzug“ v. Ofensberger, Fikuart, Goldhorn, Kluge, Ort und Bechthold und die darüber geführte Diskussion, abgedruckt in: Tierschutz vor Gericht, Tagungsprotokoll der ev. Akademie Bad Boll, Bad Boll 1997.

<sup>2</sup> BGH, NJW 1994, 670 (672).

2. Dass bei der Beantwortung Ansichten, die eine Amtsträger-Garantenstellung *grundsätzlich* bestritten haben, unberücksichtigt bleiben, rechtfertigt die dazu eingenommene praktische Perspektive, denn die eindeutige Entwicklung der Judikatur insbesondere des BGH<sup>3</sup> erlaubt *allein* den Befund, dass die *grundsätzliche* Bestätigung einer Amtsträger-Garantenstellung Gegenstand gefestigter Rechtsprechung des höchsten deutschen Strafgerichts ist. Dement-sprechend prognostiziert *Heinrich*, mit Anerkennung der auf die Übernahme eines Amtes gegründeten Garantenpflicht von Amtsträgern werde „*gerade im Umweltbereich die Strafbarkeit „träger“ Amtsträger in Zukunft größere Bedeutung erlangen*“.<sup>4</sup>

Amtstierärztinnen und Amtstierärzte selbst sind nicht zur *Gesetzesauslegung*, sondern zur Gesetzesanwendung, d.h. zur rechtsfehlerfreien *Gesetzesdurchführung* resp. *-befolgung* verpflichtet. Dabei kommt es für die Beurteilung ihrer Entscheidungen und Handlungen (wie auch Unterlassungen) *nicht* auf *individuelle* Kenntnisse und Einsichten an.

Vielmehr muss jede Amtstierärztin und jeder Amtstierarzt die zur Amtsführung notwendigen Rechts- und Verwaltungskennnisse besitzen oder sich verschaffen. Wie weit diese Pflicht reicht, zeigt die Judikatur zum Amtshaftungsrecht, nach der eine *objektiv* unrichtige Gesetzesauslegung oder Rechtsanwendung schuldhaft ist, wenn sie gegen den klaren und eindeutigen Wortlaut einer Norm verstößt oder nicht mit höchstrichterlicher Rechtsprechung übereinstimmt, die aufgetretene Zweifelsfragen bereits – und sei es auch nur durch eine einzige Entscheidung – geklärt hat.<sup>5</sup>

Das OLG Stuttgart hat in demselben Sinne die praktische Seite der Pflicht eines Amtsträgers, sich über die rechtlichen Hintergründe seines Aufgabengebiets zu informieren, verdeutlicht: „*Diese irrige Rechtsauffassung (...) hätte er (...) leicht durch einen Blick ins Gesetz, in einen Kommentar (...) oder durch Erkundigung an rechtskundiger Stelle (Rechtsamt der Stadt (...)) vermeiden können.*“<sup>6</sup>

Eine im Interesse der Amtstierärztinnen und Amtstierärzte unternommene Klärung *muss* deshalb die Judikatur in den Fokus nehmen und *darf* damit unvereinbare Rechtsauffassungen zurückstellen.

---

<sup>3</sup> Zuletzt BGH, NStZ 2000, 147.

<sup>4</sup> *Heinrich*, AT II, Rz.948.

<sup>5</sup> OLG Koblenz, NVwZ-RR 2003, 168.

<sup>6</sup> OLG Stuttgart, NJW 1998, 3131 (3133).

## 2. Die Garantenstellung bei unechten Unterlassungsdelikten

### 2.1. Straftaten i. S. d. §17 TierSchG als unechte Unterlassungsdelikte

Dass auch Nichtstun strafbar sein kann, ist ebenso anerkannt wie die Differenzierung der Unterlassungsdelikte nach „echter“ und „unechter“ Unterlassungstat<sup>7</sup>. Es gibt also zwei Arten strafbarer Unterlassung.

Erkennungsmerkmal „echter“ Unterlassungsdelikte ist, dass die Tat im Gesetz als Unterlassung eines Verhaltens beschrieben ist. Geläufigste Beispiele hierfür sind

- Nichtanzeige geplanter Straftaten gemäß §138 StGB und
- unterlassene Hilfeleistung gemäß §323c StGB.

Solche „echten“ Unterlassungsdelikte existieren im Tierschutzstrafrecht aber nicht und sind deshalb *nicht* Thema dieser Untersuchung.

§17 TierSchG als tierschutzstrafrechtliche Hauptnorm normiert seinem Wortlaut nach stattdessen *nur* die Strafbarkeit *aktiver* Verhaltensweisen, nämlich

- der *aktiven* Tötung von Wirbeltieren ohne vernünftigen Grund und
- der *aktiven* erheblichen rohen und *aktiven* länger anhaltenden oder sich wiederholenden Schmerz- oder Leidenszufügung.

Die Begehung dieser Taten durch Unterlassen ist nur als „unechte“ Unterlassungstat im Strafrechtssinne denkbar. „Unechte“ Unterlassungsdelikte sind Spiegelbilder der Begehungsdelikte<sup>8</sup>. Als „unechte“ Unterlassungsdelikte gelten nach überwiegender Rechtsauffassung deshalb Delikte, bei denen die Begehung durch Unterlassen

- *nicht* ausdrücklich tatbestandlich – wie per §§138 und 323c StGB einerseits – im Gesetzeswortlaut normiert ist,
- sondern aus dem ausdrücklich normierten aktiven Begehungsdelikt – wie §17 TierSchG andererseits – abgeleitet wird.

Der strafrechtliche Spiegel, in dem diese Spiegelbilder der Begehungsdelikte zu betrachten sind, ist §13 StGB. Eine Strafbarkeit wegen Unterlassens gemäß §17 TierSchG kommt daher in Betracht, wenn *zusätzlich* zu dessen gesetzlichen Tatbestandsalternativen – z.B. Tötung ohne vernünftigen Grund gemäß §17 Nr.1 TierSchG oder Zufügung länger anhaltender Schmerzen gemäß §17 Nr.2b TierSchG – *auch* §13 StGB erfüllt ist.

§13 Abs.1 StGB lautet: „*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 des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht.*“

<sup>7</sup> Statt aller: Roxin, AT II, §31 Rz.16: „... ist eingebürgert und wird grundsätzlich kaum bestritten“.

<sup>8</sup> Heinrich, AT II, Rz.861.

Entscheidendes aus der Passage „*dafür einzustehen hat*“ abgeleitetes Tatbestandsmerkmal „unechter“ Unterlassungsdelikte ist die „Garantenstellung“. Nur wer Garant ist, kann Straftaten i. S. d. §17 TierSchG durch Nichtstun begehen.

Deshalb lautet die hier zu beantwortende Frage, ob dem Tierschutzrecht zu entnehmen ist, dass Amtstierärztinnen und Amtstierärzte als Garanten dafür einstehen müssen, dass niemand gegen Tierschutzrecht verstößt und ob sie Straftaten i. S. d. §17 TierSchG begehen, wenn sie trotz Kenntnis solcher Verstöße untätig bleiben.

## 2.2. Kategorien der Garantenstellungen

Es ist allerdings sehr umstritten, welche Garantenstellungen unter welchen Voraussetzungen bestehen und *Roxin* als renommierter Diskutant konstatiert dementsprechend, die Garantenstellungsproblematik bei unechten Unterlassungsdelikten sei das heute noch umstrittenste und dunkelste Kapitel in der Dogmatik des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs.<sup>9</sup>

Doch bestehen ungeachtet zahlreicher die dogmatische Fundierung und Systematisierung sowie Einzelfragen der Garantenhaftung betreffender Kontroversen überwiegend anerkannte Garantenkategorien. Die besondere Bedeutung dieses Grundkonsenses liegt – vor allem aus der hier eingenommenen praktischen Sicht – darin, dass auch die Judikatur diese Garantenstellungen ausdrücklich anerkennt oder jedenfalls ständig anwendet.

Allerdings haben Begründung und Kategorisierung der Garantenstellungen einen Paradigmenwechsel erlebt und werden heute überwiegend aus einer neuen Perspektive betrachtet.

Die früher herrschende, nach Herkunft bzw. Herkunftsbereich überwiegend anerkannter Garantenstellungen differenzierende „*Rechtspflichttheorie*“ unterschied nämlich vier Fallgruppen der Garantenstellungen, und zwar aus

- Gesetz
- Vertrag
- enger Lebensgemeinschaft
- vorangegangenen gefährdendem Tun.

Gegen die Rechtspflichttheorie wird vor allem vorgebracht, dass die Rechtsprechung ihren Vorgaben nicht mehr gefolgt ist, weil diese Theorie nicht mehr in der Lage war, der tatsächlich praktizierten Judikatur eine tragfähige Begründung zu geben.<sup>10</sup>

Die herrschende Rolle der Rechtspflichttheorie hat deshalb eine vor allem<sup>11</sup> nach den Funktionen der Garantenpflichten unterscheidende und dementsprechend als „*Funktionentheorie*“<sup>12</sup> bezeichnete Betrachtungsweise übernommen<sup>13</sup>, die zwei Garantenkategorien differenziert:

---

<sup>9</sup> *Roxin*, AT II, §32 Rz.2.

<sup>10</sup> *Roxin*, AT II, §32 Rz.10.

<sup>11</sup> Zurückgehend auf A. *Kaufmann*, Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 283 ff.; *Krey*, AT II, Rz.334 betont allerdings wie auch andere (etwa *Jescheck/Weigend*, AT, §59 IV; *Stree*, in: Schönke/Schröder, §13 Rz.8) dass beide

- Schutzpflichten bzw. Pflichten zum Schutz bestimmter Rechtsgüter (sog. Obhuts- und Beschützergaranten) und
- Überwachungspflichten bzw. Verantwortlichkeit für eine bestimmte Gefahrenquelle (sog. Sicherungs- und Überwachungsgaranten).

Diesen beiden Kategorien werden auf Basis der „Funktionentheorie“ in nicht immer übereinstimmender Systematik, aber weitgehend einstimmiger Bejahung im Ergebnis Unterkategorien der Garantenstellungen zugeordnet.

### 2.3. Garantenstellung von Amtsträgern

Eine insbesondere auch durch Judikatur geprägte Unterkategorie ist die Garantenstellung von Amtsträgern. Sie hatte ihren Ausgangspunkt in Spezialbereichen des Besonderen Verwaltungs- und dort vor allem, aber nicht allein, des Umweltrechts. Ihre Entwicklung beruhte maßgeblich auf der Einfügung der umweltstrafrechtlichen Normen der §§324 ff. ins StGB<sup>14</sup>.

Deren Entstehung kann kaum pointierter begründet werden als mit den in eine rhetorische Frage mündenden Worten *Horns* aus dem Jahr 1988: „Die Umwelt sollte nicht nur *von*, sondern auch *vor* der Umweltverwaltung geschützt werden: durch das Strafrecht, was sonst?“<sup>15</sup> Die Strecke, auf der sich dieser „*Umweltschutz durch Strafrecht*“<sup>16</sup> vor allem in Fällen behördlicher Untätigkeit voranbewegen musste, erwies sich allerdings als ein so steiniger Weg, wie *Roxins* Einschätzung („*umstritten und dunkel*“) ahnen lässt. Insbesondere über Garantenstellungen von Amtsträgern im Zusammenhang mit dem Wasserrecht und dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht<sup>17</sup> bestehen neben zahlreichen Urteilen noch mehr diese kommentierende Meinungsäußerungen zur Qualifizierung von Amtsträgern als Garanten im strafrechtlichen Sinne und allen straf- und verwaltungsrechtlich relevanten Voraussetzungen.

Es liegt nahe, diese Positionierungen zur Beantwortung der Frage, ob auch Amtstierärztinnen und Amtstierärzte rechtlich dafür einstehen müssen, dass das Tierschutzrecht nicht verletzt wird und damit der Frage nach *ihrer* etwaigen Garantenstellung nach dem Tierschutzrecht heranzuziehen<sup>18</sup> und sodann aus der Perspektive des Tierschutzrechts zu beleuchten.

---

Betrachtungsweisen zu verbinden sind, um die Garantenstellungen zu konturieren (Funktionsgedanke) und sicherzustellen, dass sie rechtlich und nicht nur moralisch fundiert sind (Rechtspflichtgedanke).

<sup>12</sup> *Schünemann* (1971), 160 ff.; *Jescheck/Weigend*, AT, §59 IV; *Stree*, in: Schönke/Schröder, §13 Rz.9 ff.

<sup>13</sup> Überblick über weitere Denk- und Systemansätze gibt *Roxin*, AT II, §32 Rz.17 ff.

<sup>14</sup> Durch das am 1.7.1980 in Kraft getretene 18. StrafÄndG.

<sup>15</sup> *Horn*, NuR 1988, 63 (67).

<sup>16</sup> So der Aufsatztitel von *Horn*.

<sup>17</sup> Intensiv diskutiert wurde die Garantenstellung von Bürgermeistern, Gemeinderäten, Behördenbediensteten im Zusammenhang vor allem mit dem

- Abwasserrecht,
- Sozial- bzw. Jugendhilferecht,
- Wasserwirtschaftsrecht,
- Polizei- und Ordnungsrecht.

<sup>18</sup> Mit der oben 1. erläuterten Einschränkung.

### 3. Voraussetzungen der Amtsträger-Garantenstellung im Allgemeinen

Zunächst gilt es daher, die Voraussetzungen herauszuarbeiten, an deren Vorliegen Judikatur<sup>19</sup> und Literatur<sup>20</sup> die Amtsträger-Garantenstellung geknüpft haben.

Da Amtsträger nicht Täter der auf andere Personenkreise ausgerichteten *Sonderdelikte* wie §§325, 327 und §328 StGB sein können, stehen dabei die umweltrechtlichen *Allgemeindelikte* im Vordergrund der Betrachtung.<sup>21</sup> Den *dazu*, aber auch über Verstöße gegen anderes Fachverwaltungsrecht ergangenen Strafurteilen liegen Fallkonstellationen zugrunde, die auch in der tierschutzrechtlichen Praxis vorkommen, nämlich vor allem

- Erteilung fehlerhafter Erlaubnisse,<sup>22</sup>
- pflichtwidriges Nichteinschreiten gegen rechtswidrige Umweltbeeinträchtigungen Dritter und
- Aufrechterhaltung rechtswidriger Erlaubnisse.

Eher geringere Relevanz dürfte im tierschutzrechtlichen Bereich die besonders im Abwasserrecht vorgekommene Konstellation haben, dass Behörden Anlagenbetreiber sind. Auch und gerade diese Rechtsprechung enthält aber viele grundsätzliche Aussagen über die Amtsträger-Garantenstellung.

#### 3.1. Judikatur

Die Strafgerichte haben Garantenstellungen von Amtsträgern in unterschiedlichen Funktionen in unterschiedlichen Verwaltungs- (rechts-) bereichen bestätigt. Beispielhaft hervorzuheben sind:

---

<sup>19</sup> BGHSt 14, 284; 15, 18 (22); 37, 106; 38, 325; 38, 388; 42, 82; 43, 85; NJW 1955, 192; NJW 1982, 1327; NJW 1987, 199; NJW 1989, 914; NJW 1992, 122; NStZ 2000, 147; OLG Frankfurt, NJW 1987, 2753; OLG Köln, NJW 1988, 2119; OLG Stuttgart, NStZ 1989, 122; BayObLG, NuR 1996, 637; OLG Oldenburg, NStZ 1997, 238; OLG Stuttgart, NJW 1998, 3131; LG Bremen, NStZ 1982, 164; LG Osnabrück, NStZ 1996, 437; AG Öhringen, NJW 1976, 580; AG Hechingen; NJW 1976, 1222; vgl. auch die Strafverfolgungsbehörden: StA Mannheim, NJW 1976, 585; GenStA Hamm; NStZ 1984, 219; StA Celle, NJW 1988, 2394.

<sup>20</sup> *Ellbogen/Stage*, JA 2005, 353; *Esser*, JURA 2004, 273; *Hohmann*, NuR 1991, 8; *Horn*, Eckhard, NJW 1981, 10; ders., NuR 1988, 63; *Horn/Hoyer*, JZ 1991, 703; *Iburg*, NuR 2001, 77; Kluge, Tierschutzgesetz-Kommentar, 1. Auflage, Stuttgart 2002; *Laubenthal*, JuS 1993, 907; *Meinberg*, NuR 1986, 52; *Mitsch*, NStZ 1993, 384; *Möhrenschläger*; NStZ 1982, 165; ders., NuR 1983, 212; ders., WuV 84, 57; *Müller*, Wolf, UPR 1990, 367; *Otto*, JURA 1991, 308; *ders./Brammsen*, JURA 1985, 592; *Pfohl*, NJW 1994, 418; *Ranft*, JZ 1987, 908; *Rogall*, Die Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltbereich, 1991; *Roxin*, AT II; *Rudolphi*, JR 1987, 336; NStZ 1991, 361; *Sangenstedt*, Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern, 1989; *Schall*, NJW 1990, 1263; *Seier*, JA 1985, 23; *Winkelbauer*, JZ 1986, 1119.

<sup>21</sup> Vgl. *Otto*, Jura 1991, 308 (314); *Schall*, NJW 1990, 1263 (1269).

<sup>22</sup> Bei Erteilung fehlerhafter, also rechtswidriger Erlaubnisse liegt der Schwerpunkt des Strafbarkeitsvorwurfs nicht auf der Unterlassung rechtmäßiger Versagung der Erlaubnis, sondern auf der Aktivität und bestraft die herrschende Meinung den Amtsträger als mittelbaren Täter.

- 1981 eines Leiters des Wasserwirtschaftsamts für die Reinhaltung der Wasserstraße<sup>23</sup>
- 1986 eines Ordnungsamtsleiters für die Verfolgung der Prostitution<sup>24</sup>
- 1987 eines Wasserrechtsdezernenten für die Gewässerreinhaltung<sup>25</sup>
- 1988 zweier für den Abwasserbereich zuständiger Kommunalbediensteter<sup>26</sup>
- 1991 eines technischen Betriebsleiters im Abfallbereich für Grundwasserreinhaltung<sup>27</sup>
- 1992 eines Bürgermeisters für die Abwasserbeseitigung<sup>28</sup>
- 1992 eines Schutzpolizeibeamten für die Verhinderung von Prostitution<sup>29</sup>
- 1993 eines Bediensteten einer Landesanstalt für Umwelt für die Richtigkeit seiner fachlichen Stellungnahme gegenüber der Genehmigungsbehörde<sup>30</sup>
- 1996 einer Sozialarbeiterin für die Unversehrtheit des behördlich betreuten Kindes<sup>31</sup>
- 1998 eines Mitarbeiters eines Jugendamts für körperliche Unversehrtheit des Kindes<sup>32</sup>
- 1999 zweier Polizeibeamter auch bei außerdienstlicher Kenntniserlangung von Vermögensdelikten, wenn die Straftat während der Dienstausbübung fortwirkt<sup>33</sup>.

In der Literatur wurde allerdings – u. a. 1987 von *Rudolphi* – kritisiert, der BGH habe versäumt, seine Position gegenüber kritischen Stimmen in der Literatur zu begründen.<sup>34</sup> Tatsächlich hat sich gerade der BGH bis dahin genauerer Begründung seiner Position enthalten, die als dem Stand der bereits differenzierten fachliterarischen Diskussion geradezu geschuldet angesehen werden darf. Im sowieso umstrittensten und dunkelsten Kapitel<sup>35</sup> des Allgemeinen Strafrechts hätte etwas Licht gerade auf die Amtsträger-Garantenstellung als ein noch dazu neues Diskussionsthema auch die Orientierungschancen der Rechtsunterworfenen erhöht.

Der BGH hat dies aber insbesondere per Urteil vom 19.8.1992<sup>36</sup> zur Unterlassungstäterschaft eines hessischen Bürgermeisters nach §324 StGB detailliert nachgeholt und vor allem über die Herleitung der Garantenstellung des verurteilten Amtsträgers ausgeführt:

*„Für diese Unterlassung muss er strafrechtlich einstehen. Im Rahmen des §324 Abs.1 StGB besteht strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht nur für positives Tun, sondern auch für Unterlassen*

*(...).*

*Dabei bedarf es in diesem Zusammenhang keiner Erörterung der Voraussetzungen, unter denen Amtsträger allgemein für die Abwendung eines tatbestandsmäßigen Erfolgs strafrechtlich haften*

*(...).*

<sup>23</sup> LG Bremen, NStZ 1982, 164 (mit Anm. Möhrenschräger). Das Urteil gilt als erstes nach Inkrafttreten des 18. StrÄndG die Garantenstellung eines Amtsträgers bestätigendes Strafurteil; das LG sah §34 StGB als erfüllt an).

<sup>24</sup> BGH, JR 1987, 335 = NJW 1987, 199.

<sup>25</sup> OLG Frankfurt, NJW 1987, 2753 (2757).

<sup>26</sup> OLG Köln, NJW 1988, 2119 (abl. Anm. Hange, NStZ 1989, 122).

<sup>27</sup> BGH, NJW 1992, 122.

<sup>28</sup> BGHSt 38, 325.

<sup>29</sup> BGHSt 38, 388 (grundsätzliche Bejahung der Garantenstellung, aber Verneinung tatbestandsmäßigen Verhaltens wegen außerdienstlicher Kenntniserlangung).

<sup>30</sup> NJW 1994, 670 = BGHSt 39, 386 (bestätigt durch BVerfG, NJW 1995, 186).

<sup>31</sup> OLG Oldenburg, NStZ 1997, 238; LG Bremen, NStZ 1996, 437.

<sup>32</sup> OLG Stuttgart, NJW 1998, 3131.

<sup>33</sup> BGH, NStZ 2000, 147.

<sup>34</sup> *Rudolphi*, JR 1987, 336 (336).

<sup>35</sup> *Roxin*, AT II, §32

<sup>36</sup> BGHSt 32, 325 (Unterstreichungen durch den Verfasser).

*Nach dem zu beurteilenden Sachverhalt steht allein zur Entscheidung, ob der Bürgermeister einer hessischen Gemeinde für Gewässerverunreinigungen im Rahmen der Abwasserbeseitigung als Garant strafrechtlich haftet. Das ist zu bejahen. Er nimmt eine Garantenstellung ein, kraft derer ihn die Verpflichtung trifft, rechtswidrige Gewässerverunreinigungen abzuwenden, die dadurch entstehen, dass ortsansässige Grundstückseigentümer nicht vorgeklärte Abwässer der Ortskanalisation zuführen und damit den Vorfluter verschmutzen. Grund dieser Garantenstellung ist eine entsprechende Pflicht der Gemeinde, deren Erfüllung dem Bürgermeister zufolge seiner dienstlichen Aufgaben als Amtsträger der Gemeinde obliegt.*

(...)

*Die Pflicht der Gemeinde, im Bereich der ihr zugewiesenen Abwasserbeseitigung dafür zu sorgen, dass Gewässerverunreinigungen unterbleiben, reicht dabei soweit, wie die verunreinigenden Einwirkungen auf das Gewässer verwaltungsrechtlich unstatthaft, also nicht durch eine entsprechende Erlaubnis der Wasserbehörde gedeckt sind.*

(...)

*Angesichts dieser Rechtslage verdichtete sich die allgemeine Pflicht der Gemeinde, Gewässerverunreinigungen zu verhüten, hier für die Stadt zu einem Handlungsgebot*

(...)

*Die Mittel dazu standen ihr zu Gebote. Sie konnte die Pflichtigen durch Verfügungsverfügung (...) auffordern, die sofortige Vollziehung anordnen und sodann die Vollstreckung betreiben (...). Sie war verpflichtet, von dieser Möglichkeit erforderlichenfalls auch Gebrauch zu machen. Einen Ermessensspielraum hatte sie insoweit nicht. Ein Entschließungsermessen stand ihr nicht zu*

(...).

*Den Angeklagten traf hierfür die strafrechtliche Verantwortlichkeit als Garant, da diese Stellung in seiner Person begründet war. Als Bürgermeister oblag ihm die Dienstpflicht zur Wahrnehmung seines Amtes und damit zugleich die Verpflichtung, für die Erfüllung des Handlungsgebotes zu sorgen, dass die Stadt zu befolgen hatte*

(...).

*Die dazu notwendigen Maßnahmen fielen in seine Zuständigkeit.*

(...)

*Die Rechtslage war eindeutig*

(...).

*Eine differenzierende Beurteilung (...) kam nicht in Betracht. Die Stadt hatte rechtlich keinen Handlungsspielraum*

(...).

*Die dem Angeklagten danach obliegende Garantiepflicht umfasste (...) nicht nur das Gebot, gegen Grundstückseigentümer vorzugehen (...). Vielmehr war er (...) auch dazu verpflichtet, sie zu ermitteln. Denn seine Garantiepflicht leitete sich ab aus der entsprechenden Verpflichtung der Stadt, die er als deren Bürgermeister wahrzunehmen hatte (...).*

Zur Herleitung der Amtsträger-Garantenstellung hat der BGH später entschieden, die Pflicht eines Polizeibeamten zur Verhinderung von Straftaten diene jedenfalls auch dem Zweck,

*„das von dem jeweiligen Straftatbestand geschützte Rechtsgut vor der ihm konkret drohenden Gefahr zu bewahren (...). Beide Schutzzwecke – Verhinderung oder Beseitigung normwidriger Zustände im Interesse der Allgemeinheit und Sicherung von Indi-*

*vidualrechtsgütern im Interesse des einzelnen – sind untrennbar miteinander verbunden. Die Aufgabe, den einzelnen Bürger vor Straftaten zu schützen, ist damit nicht nur Reflex- oder Nebenwirkung einer Berufspflicht anderen Inhaltes (...), sondern sie ist wesentlicher Bestandteil der Berufspflicht des Polizeibeamten (...). Dies ergibt sich schon daraus, dass der Bürger Träger öffentlicher Rechte gegen den Staat ist. Somit hat er Anspruch darauf, dass die Polizei zum Schutze seiner Rechtsgüter eingreift.“<sup>37</sup>*

### 3.2. Literatur

Das Schrifttum hat sich zur Amtsträger-Garantenstellung zwar kontrovers im Detail geäußert, die Amtsträger-Garantenstellung aber deutlich überwiegend bestätigt<sup>38</sup>. Pointiert betont ein Vertreter der herrschenden Literaturmeinung, Amtsträgern sei ein genau abgegrenzter Aufgabenbereich zugewiesen, innerhalb dessen ihnen der Schutz eines oder mehrerer Rechtsgüter obliege und anvertraut sei. Zum Schutz dieser Rechtsgüter seien Amtsträger „auf Posten gestellt“.<sup>39</sup>

Die im Schrifttum ausgetragenen Kontroversen betreffen überwiegend dogmatische und systematische bzw. Detailfragen, die aus der hier eingenommenen *praktischen* Perspektive – wie zwei Beispiele belegen – für das Tierschutzstrafrecht keine tragenden Rollen spielen und daher auch nicht genauer betrachtet werden müssen.

So wurde gegen eine Amtsträger-Garantenstellung von Polizeibeamten und Strafverfolgungsbehörden für den Schutz des Bürgers vertreten, der Bürger habe ausreichende Verteidigungsmöglichkeiten und müsse seinen Anspruch auf Schutz zunächst *ausdrücklich fordern*. Diese Rechtsauffassung ist in den Tierschutzbereich nicht übertragbar, weil dies schon – um nochmals mit *Roxin* zu sprechen – „wegen der tatsächlichen Situation nicht möglich“ ist.<sup>40</sup>

Auch wurde eine strafsanktionierte Handlungspflicht von Amtsträgern nur für dienstlich anvertraute Rechtsgüter der Anstellungskörperschaft, nicht aber der Allgemeinheit oder einzelner Bürger angenommen.<sup>41</sup>

Diese Ansicht widerspricht jedoch der ständigen Judikatur vor allem des BGH<sup>42</sup>, an der sich Veterinärbehörden aber orientieren müssen<sup>43</sup>. Danach müssen Amtsträger das durch den jeweiligen Straftatbestand geschützte Rechtsgut vor jeder ihm konkret drohenden Gefahr bewahren und sind die Verhinderung bzw. Beseitigung normwidriger Zustände sowohl im Interesse der Allgemeinheit *und* wie auch die Sicherung von Individualrechtsgütern im Interesse des einzelnen untrennbar miteinander verbunden, weil der Bürger Träger öffentlicher Rechte

<sup>37</sup> BGHSt 38, 388 = NStZ 1993, 383 (mit abl. Anm. von *Mitsch*).

<sup>38</sup> Die Amtsträger-Garantenstellung bejahen u.a. *Bringewat*, NJW 1997, 440; *Cramer/Heine*, in: Schönke-Schröder, Vor §324 Rz.29 ff.; *Heinrich*, AT II, Rz.948; *Krey*, AT II, Rz.336 (für Strafverfolgungsbehörden); *Meinberg*, NJW 1986, 2220; *Möhrenschläger*, NuR 1983, 212; *Otto*, Jura 1991, 308; *Stree*, in: Schönke-Schröder, §13 Rz.31; *Winkelbauer*, NStZ 1986, 151; wenngleich viele Entscheidungen ablehnend bestätigt auch *Ranft*, JZ 1987, 908 (916) die vom LG Bremen, NStZ 1982, 164 vertretene Amtsträger-Garantenstellung.

<sup>39</sup> *Winkelbauer*, NStZ 1986, 151 und ihm zustimmend *Otto*, Jura 1991, 308 (315).

<sup>40</sup> *Roxin*, AT II, §31 Rz.90 ff.

<sup>41</sup> *Ranft*, JZ 1987, 908 (917).

<sup>42</sup> Vgl. insbesondere BGHSt 38, 388 = NStZ 1993, 383.

<sup>43</sup> Siehe oben 1.

gegen den Staat ist und daher Anspruch darauf hat, dass die zuständigen Behörden zum Schutz seiner Rechtsgüter eingreifen.“<sup>44</sup>

### 3.3. Ergebnis

Die Judikatur bestätigt für unterschiedliche Bereiche des Fach- und insbesondere des Umweltverwaltungsrechts in ständiger Rechtsprechung eine Amtsträger-Garantenstellung. Die herrschende Literatur bejaht diese Garantenstellung grundsätzlich. Abweichungen betreffen Detailfragen. Die Amtsträger-Garantenstellung ist deshalb eine durch *ständige Rechtsprechung* und herrschende Literaturmeinung anerkannte Garantenstellung i. S. d. §13 StGB.

Sie resultiert grundsätzlich aus der gesetzlichen Verpflichtung des einzelnen Amtsträgers, Gesetzesverstöße abzuwenden.<sup>45</sup>

Die persönliche Pflicht des einzelnen Amtsträgers beruht auf entsprechender/n Pflicht/en der Behörde, für die er tätig ist und deren Erfüllung dem Amtsträger als dienstliche Aufgabe/n obliegt. Die behördliche Schutzpflicht besteht da, wo das Gesetz eine solche Schutzpflicht und ein Wächteramt des Staates konstituiert.<sup>46</sup>

Dieses staatliche Wächteramt und die daraus resultierende allgemeine Dienstpflicht, Gesetzesverstöße zu verhüten, verdichten sich für den einzelnen Amtsträger zu einem Handlungsgebot. Soweit er zuständig ist und ihm Mittel zur Beseitigung von Gesetzesverstößen zur Verfügung stehen, muss der Amtsträger davon auch Gebrauch machen.

Ermessen hat er nur, wo ihm das Gesetz ein Entschließungsermessen einräumt. Wo keine differenzierende Beurteilung in Betracht kommt, hat er auch rechtlich keinen Handlungsspielraum.

Eine persönliche strafrechtliche Verantwortlichkeit als Garant trifft einen Amtsträger also deshalb, weil er die Dienstpflicht zur Wahrnehmung des Amtes hat und damit zugleich die Verpflichtung trägt, für die Erfüllung der damit verbundenen Handlungsgebote zu sorgen und Gesetzesverstöße abzuwenden.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> BGHSt 38, 388 = NStZ 1993, 383.

<sup>45</sup> Deshalb hat der BGH die Garantenpflicht von Strafvollzugsbeamten, in der Vollzugsanstalt begangene Straftaten anzuzeigen, mit der Begründung verneint, sie trügen nicht die amtliche Aufgabe der Strafverfolgung (vgl. BGHSt 43, 82 (84 f.).

<sup>46</sup> OLG Stuttgart, NJW 1998, 3131 (3132); OLG Oldenburg, NStZ 1997, 238.

<sup>47</sup> *Bringewat*, NJW 1997, 440.

## 4. Garantenstellung von Amtstierärztinnen und Amtstierärzten

### 4.1. Voraussetzungen

Eine Amtsträger-Garantenstellung auch der Amtstierärztinnen und Amtstierärzte ist auf Grundlage des bisher Festgehaltenen zu bejahen, wenn auch tierschutzrechtlichen Normen zu entnehmen ist, dass zuständigen Behörden i.S.d. TierSchG eine rechtliche Schutzpflicht für die Tiere obliegt und sie also ein „Wächteramt des Staates“ für das Wohl der Tiere statuieren, zu dessen Ausübung Amtstierärztinnen und Amtstierärzte verpflichtet sind.

Ein solches Wächteramt statuiert die tierschutzrechtliche Generalermächtigung des §16a TierSchG. Diese Norm ermächtigt die zuständigen Behörden i.S.d. §15 TierSchG, die zur Beseitigung festgestellter und Verhütung künftiger Verstöße notwendigen Anordnungen zu treffen. Veterinär- und Ordnungsbehörden<sup>48</sup> sind verpflichtet, diese Ermächtigung auch anzuwenden. §16a TierSchG statuiert daher die Rechtspflicht der für den Vollzug des TierSchG zuständigen Behörden zur Reaktion, wenn Tierschutzrechtsverstöße geschehen oder drohen. Wo organisations- und verfahrensrechtlich eigenständige Veterinärbehörden eingerichtet sind, trifft diese Pflicht die dort tätigen Amtstierärztinnen und Amtstierärzte.<sup>49</sup>

Zwar sagt §16a TierSchG nicht ausdrücklich, auf welche Verstöße die Behörde reagieren soll, doch liegt auf der Hand, dass zuständige Behörden auf Verstöße gegen Tierschutzrecht reagieren müssen und ergibt sich dies aus dem §1 Satz 1 TierSchG i. V. m. dem Verfahrensrecht.

Normen des Tierschutzrechts, auf deren Verletzung sie gemäß §16a TierSchG reagieren bzw. tätig werden müssen, sind neben tierschutzrechtlich relevantem höherrangigen Recht sämtliche Bestimmungen des Tierschutzrechts, also alle gesetzlichen und untergesetzlichen tierschutzrechtlichen Normen.<sup>50</sup>

§16a TierSchG weist den zuständigen Behörden mithin die Aufgabe zu, zur Einhaltung des gesamten Tierschutzrechts tätig zu werden und verpflichtet sie zur Reaktion auf tierschutzrechtswidrige Handlungen und Zustände.<sup>51</sup>

Eine solche Pflichtenlage kann zwar nur eine Garantenstellung begründen, wenn sie rechtlichen und nicht nur sittlichen oder moralischen Ursprung hat.<sup>52</sup> Doch dass §16a TierSchG eine *Rechts-* und keine „nur“ sittliche oder moralische Pflicht begründet, steht außer Frage.

---

<sup>48</sup> Die Zuständigkeit richtet sich nach Landesrecht.

<sup>49</sup> Zur Einbeziehung auf Grundlage des §15

<sup>50</sup> *Hirt/Maisack/Moritz*, TierSchG, §16a Rz.1.

<sup>51</sup> Vgl. nur *Kluge*, in: ders., TierSchG, §16a Rz.1.

<sup>52</sup> *Heinrich*, AT II, Rz.928 mit Verweis auf BGHSt 7, 268 (271); 30, 391 (394).

Auf Grundlage der „*Funktionenlehre*“ führt dies zu der weiteren Frage, welcher der zwei Grundsituationen im Sinne dieser Lehre die durch 16a TierSchG statuierte Handlungspflicht entspricht. Die „*Funktionenlehre*“ unterscheidet

- eine *Beschützergarantenstellung*, die bestehen kann, weil aufgrund besonderer tatsächlicher oder rechtlicher Bindungen eine Pflicht zum Schutz eines bestimmten Rechtsguts gegen äußere Gefahren besteht, und
- eine *Überwachergarantenstellung*, die bestehen kann, weil eine Person wegen einer tatsächlichen oder rechtlichen Übernahme von Verantwortung für eine bestimmte Gefahrenquelle verpflichtet ist, dafür zu sorgen, dass Rechtsgüter anderer durch diese Gefahrenquelle nicht geschädigt werden.<sup>53</sup>

Für den Vollzug des §16a TierSchG zuständige Behörden sind nicht für die Überwachung von Gefahrenquellen verantwortlich, sondern zum Schutz der Tiere berufen. Dies ergibt sich aus Art.20a GG und §1 Satz 1 TierSchG. Gemäß Art.20a GG schützt der Staat die Tiere durch die vollziehende Gewalt. Zuständige Behörden und beamtete Tierärzte i.S.d. §15 Abs.2 TierSchG sind Teil der Exekutive. Außerdem ist es gemäß §1 Satz 1 TierSchG „*Zweck dieses Gesetzes, aus der Verantwortung des Menschen für das Tier als Mitgeschöpf dessen Leben und Wohlbefinden zu schützen*“.

Konsequenz ist, dass Amtstierärztinnen und Amtstierärzte als Amtsträger eine Garantenstellung innehaben und die durch §17 TierSchG strafrechtlich sanktionierte Verantwortung dafür tragen, dass dieses durch §16a TierSchG statuierte Wächteramt auch wahrgenommen wird. Sie sind mithin grundsätzlich verpflichtet, tätig zu werden und einzuschreiten, wenn sie Tatsachen erfahren, die auf vergangene, aktuelle oder künftige Verstöße gegen Tierschutzrecht schließen lassen. Ihre persönliche Pflicht beruht dabei auf der entsprechenden Pflicht ihrer Behörde, deren Erfüllung ihnen als dienstliche Aufgabe obliegt.

## 4.2. Ergebnis

Aus §§16a i.V.m. Art.20a GG und §1 TierSchG ist abzuleiten, dass Amtstierärztinnen und Amtstierärzte im Rahmen ihrer Zuständigkeit „Beschützergaranten“ im Sinne der „*Funktionenlehre*“ und als solche dazu verpflichtet sind, gegen tierschutzrechtswidrige weil gegen Normen des Tierschutzrechts verstoßende Handlungen und Zustände einzuschreiten.

---

<sup>53</sup> Statt aller: *Heinrich*, AT II, Rz.923 ff.

## 5. Einzelfragen

Ungeachtet überwiegender grundsätzlicher Bestätigung einer Amtsträger-Garantenstellung sind in Judikatur und Literatur Stimmen auszumachen, die eine konkrete Pflicht des Amtsträgers zum Einschreiten aus unterschiedlichen Erwägungen einschränken oder in Frage stellen. Diese Erwägungen betreffen u.a. Zuständigkeits- und Fragen der Ermessensausübung sowie die Bedeutung tatsächlicher Handlungsmöglichkeiten.

Sie werden als Aspekte der Garantenstellung, der Garantenpflicht oder anderer Strafbarkeitsvoraussetzungen behandelt. Ohne auf die systematische Verortung einzugehen ist als für das hier behandelte Thema relevant festzuhalten:

### 5.1. Zuständigkeit

Es besteht Einvernehmen darüber, dass Amtsträger nur im Rahmen örtlicher und sachlicher Zuständigkeit Garanten sind.<sup>54</sup>

Die Zuständigkeit von Amtstierärztinnen und Amtstierärzten bestimmt nicht das (Bundes-) TierSchG, sondern Landesrecht. §15 TierSchG kann Behördenzuständigkeiten wegen Art.83, 84 GG resp. mangels Bundeskompetenz zum Erlass von Verfahrensrecht nicht vorgeben.

Die Länder haben die Behördenzuständigkeit für die Durchführung des TierSchG aber weitgehend einheitlich geregelt. Danach sind für die Durchführung des TierSchG zuständige Behörden nicht für alle tierschutzrechtlichen Fragestellungen zuständig und können

- *Immissionsschutzbehörden* wegen §6 Abs.1 Nr.2 BImSchG für die selbständige Prüfung der Einhaltung des Tierschutzrechts bei Errichtung und Betrieb von Hennenhaltungen und
- *Baubehörden* für die selbständige Prüfung der Übereinstimmung von Baugenehmigungen mit allen öffentlich-rechtlichen Vorschriften (und damit auch solchen des Tierschutzrechts) für die Errichtung von Gebäuden auch für die Tierhaltung

zuständig sein. Die tierschutzrechtlichen Kommentare betonen aber unisono, dass auch in solchen Fällen eine Amtsveterinärzuständigkeit aus §11 TierSchG resultieren *kann*.<sup>55</sup>

Auch in Fällen gesetzlich angeordneter Konzentration mit der Folge anderweitiger Behördenzuständigkeit endet die Zuständigkeit gemäß §15 TierSchG nicht vollständig. Der BGH hat zwar zunächst ohne Spezifizierung oder Relativierung dieses Begriffs zur Voraussetzung einer Amtsträger-Garantenstellung erhoben, dass der Amtsträger für die zur Erfolgsabwendung notwendigen Maßnahmen „zuständig“ sein muss.<sup>56</sup> Doch entspricht – wie einer späteren Entscheidung zu entnehmen ist – „Zuständigkeit“ im strafrechtlichen nicht derjenigen im verwaltungsverfahrens- bzw. organisationsrechtlichen Sinn, sondern geht der strafrechtliche Zuständigkeitsbegriff weiter. Denn der BGH hat per Urteil vom 3.11.1993 den Einwand feh-

<sup>54</sup> Statt aller: BGHSt 38, 388 (390).

<sup>55</sup> Vgl. nur *Kluge*, in: ders., TierSchG, §15 Rz.1.

<sup>56</sup> So in BGHSt 38, 325 (336).

lender organisationsrechtlicher Zuständigkeit in einem Fall, in dem ein Vertreter der „Hessischen Landesanstalt für Umwelt“ (HLfU) als Fachbehörde auf Bitte eines für den Abfallbereich zuständigen Regierungspräsidiums (RP) eine fehlerhafte Stellungnahme abgegeben hat, auf deren Basis der RP eine umweltgefährdende Abfallmaßnahme genehmigte, nicht gelten lassen und mit folgender Begründung zurückgewiesen:

*„Der Umstand, dass der Angekl. als Angehöriger der HLfU nicht als Bediensteter des Regierungspräsidiums gehandelt hat, ist rechtlich ohne Bedeutung. Der Angekl. hatte zur Entscheidung des Regierungspräsidenten in gleicher Weise beizutragen wie wenn er in dessen Behörde tätig gewesen wäre; auf die organisatorische Trennung der HLfU von der Genehmigungsbehörde kommt es nicht an. Ebensowenig ist es von Belang, dass die Aufgabe der HLfU im organisationsrechtlichen Sinne auf die Beratung beschränkt war; für die strafrechtliche Beurteilung entscheidend ist der tatsächliche Einfluss, den der Angekl. auf den Geschehensablauf hatte.“<sup>57</sup>*

Organisations- und/oder verfahrensrechtliche Unzuständigkeit steht der Annahme einer Garantspflicht also nicht entgegen, wenn Amtstierärztinnen und Amtstierärzte tatsächlichen Einfluss auf Geschehensabläufe haben, die zur Verletzung des Tierschutzrechts führen bzw. führen können. Dies hat gerade für beamtete Tierärzte besondere Bedeutung, denn die dem entschiedenen BGH-Fall zugrunde liegende Konstellation dürfte der praktische Regelfall des §15 Abs.2 TierSchG sein.

In der Praxis entscheiden Fachbehörden im Rahmen ihnen per gesetzlich angeordneter Konzentration zugefallener Letztentscheidung *nicht ohne* Beteiligung der zwar im Außenverhältnis unzuständigen, aber originär für ein Sachgebiet zuständigen und fachkompetent(er)en Behörde/n, sondern erst nach und aufgrund deren verwaltungsintern oder per Amtshilfe eingeholter Stellungnahme. So erteilen z.B. Baubehörden Baugenehmigungen für bewaldete Baugrundstücke aufgrund der Stellungnahme der Forstbehörden und beziehen in die Prüfung der Genehmigungsfähigkeit baulicher Anlagen, die (auch) der Unterbringung von Tieren dienen, die nach dem TierSchG zuständigen Behörden ein.<sup>58</sup>

Unterlassen es dergestalt – ungeachtet fehlender Außenzuständigkeit im organisationsrechtlichen Sinne<sup>59</sup> – eingeschaltete Amtstierärztinnen und Amtstierärzte, auf etwa wegen der Gestaltung einer Anlage nach dem BImSchG drohende Verstöße gegen das Tierschutzrecht zu reagieren und die – für diese Beurteilung nicht ebenso kompetente – Behörde hierauf hinzuweisen und hierdurch die tierschutzrechtswidrige Genehmigung zu verhindern, so verletzen beteiligte Amtstierärztinnen und Amtstierärzte eine ihnen obliegende Garantpflicht.<sup>60</sup> Dasselbe gilt in allen Fällen des §15 Abs.1 S.1 TierSchG.

Schließlich können bestimmte Fachbehörden zwar formell für die Beurteilung tierschutzrechtlicher Fragen zuständig sein, weil ihnen verfahrensrechtlich die Entscheidung über eine Anlagenzulassung oder Baugenehmigung obliegt, nicht aber für die Überwachung der Einhaltung des TierSchG in Fällen, die solche Erlaubnisse nicht erfassen. Deshalb müssen Amtstierärztinnen und Amtstierärzte den Inhalt anderweitig – durch eine andere Sonderbehörde – erteilter Genehmigungen samt Nebenbestimmungen genauestens prüfen und sind nicht von der Überwachung der Einhaltung des Tierschutzrechts beim Betrieb solcher Anlagen entbunden.

<sup>57</sup> BGH, NJW 1994, 670 (670); ausdrücklich bestätigt durch BVerfG, NJW 1995, 186 (187).

<sup>58</sup> Vgl. *Kourim*, Rz.55.

<sup>59</sup> BGH, NJW 1994, 670 (670).

<sup>60</sup> Die Konstellation entspricht derjenigen, die Gegenstand des BGH-Urteils war (vgl. BGH, NJW 1994, 670).

## 5.2. Ermessen

Es besteht für den Bereich der Ermessensausübung in Rechtsprechung und herrschender Literaturmeinung Einvernehmen darüber, dass Amtsträger aufgrund einer Garantenstellung nur dann zum Einschreiten verpflichtet sind, wenn ihr Ermessen auf Null reduziert ist und ihnen deshalb nur noch *eine* rechtmäßige Entscheidungsmöglichkeit zu Gebote steht.<sup>61</sup> Eine Sondermeinung stellt etwas strenger auf etwaigen Ermessens Fehlgebrauch ab und senkt so die Risikoschwelle zuungunsten untätig bleibender Amtsträger etwas herab<sup>62</sup>.

Eine amtstierärztliche Pflicht zum Einschreiten gegen einen Tierschutzrechtsverstoß wäre danach im Einzelfall aus Ermessenserwägungen zu verneinen, wo das TierSchG Ermessen eröffnet und die tatsächlichen Umstände die behördliche Ermessensausübung nicht zwingend auf nur *ein* richtiges Ergebnis festlegen.

Allerdings ist nicht geklärt, wo – also im Rahmen welcher Entscheidung der zuständigen Behörde – das Tierschutzrecht Ermessen einräumt. Denn neben der *grundsätzlich* und über konkrete Rechtsbereiche hinweg geführten Diskussion besteht innerhalb des zum Tierschutzstrafrecht vertretenen Meinungsspektrums keine Übereinstimmung darüber, ob und inwieweit die Generalermächtigung des §16a TierSchG überhaupt Ermessensvorschrift ist. Deshalb tritt neben die allgemeine Diskussion über die Bedeutung von Ermessenspielraum und fehlerfreiem Ermessensgebrauch für die Amtsträger-Garantenstellung eine zweite Meinungsverschiedenheit über die Auslegung des §16a TierSchG.

Die wohl überwiegend vertretene Ansicht sieht §16a *Satz 1 und* §16a *Satz 2* TierSchG als Ermessensvorschrift an, die der Behörde Entschließungs- und Auswahlermessen eröffnet.<sup>63</sup>

Dagegen eröffnet §16a TierSchG nach anderer Ansicht nur partiell – nämlich nur durch Satz 2 für die Auswahl der konkreten praktischen Vorgehensweise zur Beseitigung oder Verhinderung eines Verstoßes – Ermessen, während Satz 1 kein *Entschließungs*ermessen einräumt, sondern das Einschreiten bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen zwingend anordnen soll.<sup>64</sup>

Für diese letztgenannte Ansicht spricht in grammatikalischer Hinsicht, dass Satz 1 des §16a TierSchG ein Aussagesatz mit imperativischem Charakter ist und *kein* – was Ermessen eröffnen würde – modales Hilfsverb wie z.B. „kann“ enthält. Dessen Verwendung nur in Satz 2 spricht für die Einräumung lediglich eines *Auswahl*ermessens sowie dafür, dass Satz 1 zwingend anordnet, dass die Veterinärbehörde einschreiten *muss*, wenn sie vergangene Verstöße festgestellt oder Kenntnis über Tatsachen erlangt hat, die auf aktuelle oder künftige Verstöße schließen lassen.

---

<sup>61</sup> BGHSt 32, 325 (335 f.); *Otto/Brammsen*, JURA 1985, 592 (597); *Müller*, UPR 1990, 367 (372 f.). *Meinberg*, NJW 1986, 2020 (2026); *Winkelbauer*, NSTZ 1986, 149 (152); weiter differenzierend *Hohmann*, NuR 1991, 8 (12).

<sup>62</sup> *Horn*, NJW 1981, 10; *Möhrenschläger*, NuR 1983, 212; *Hohmann*, NuR 1991, 8 (12).

<sup>63</sup> Strafrechtliche Judikatur fehlt. Vgl. aber BVerwG, RdL 2000, 157; VG Oldenburg, AgrarR 1989, 77; *Dietz*, NuR 1999, 205; *Caspar/Schröter*, Das Staatsziel Tierschutz in Art.20a GG, 122 ff..

<sup>64</sup> Überzeugend: *Kluge*, in: ders., TierSchG, §16a Rz.1 + 15; ebenso *Hirt / Maisack / Moritz*, TierSchG, §16a Rz.1. + §17 Rz.56.

Dass diese grammatikalische Auslegung zutrifft, hat *Kluge* auch teleologisch überzeugend durch den Nachweis belegt, dass diese am Gesetzeswortlaut orientierte Auslegung *genau das* zum Ausdruck bringt, was auch Intention des Gesetzgebers war<sup>65</sup>. Nur der Handlungskatalog des §16a S.2 TierSchG eröffnet Amtstierärztinnen und Amtstierärzten daher durch das Wort „kann“ ein Auswahlermessen für die Auswahl des Mittels bzw. Bestimmung ihrer Vorgehensweise. Die Entscheidung über Tun oder Nichtstun und damit das „Ob“ des Einschreitens steht aber gerade nicht in ihrem Ermessen.

Die eingangs skizzierte allgemeine Kontroverse dürfte aber seit Inkrafttreten des Art.20a GG auch deshalb keine praktische Bedeutung mehr entfalten können, weil auch wer §16a TierSchG als Ermessensnorm ansieht der durch seine Erhebung zum Staatsziel gestiegenen Wertigkeit des Tierschutzes kaum gerecht werden kann, indem er Spielraum der Behörde bei der Ermessensentscheidung über ihr Tätigwerden bejaht. Für die Verletzung von Verbotsnormen wird dies bereits bejaht.<sup>66</sup>

Auch bei für weniger gravierend gehaltenen Verstößen wird wer §16a TierSchG als Ermessensnorm auslegt kaum begründen können, aufgrund welcher aus Sicht des Art.20a GG akzeptablen Ermessenserwägungen zuständige Amtstierärztinnen und Amtstierärzte vom Einschreiten sollten absehen und die Rechtsverletzung geschehen lassen dürfen.

Amtstierärztinnen und Amtstierärzte werden sich also nicht auf gesichertem Terrain ermessensbasiert pro Untätigkeit und Unterlassen entscheiden können, wenn sie davon erfahren, dass gegen Tierschutzrecht verstoßen wird oder sogar eine Tiertötung oder Tiermisshandlung i. S. d. §17 TierSchG droht und müssen davon ausgehen, dass Untätigkeit den Anfangsverdacht einer Straftat gemäß §17 TierSchG durch Unterlassen begründet.<sup>67</sup>

### 5.3. Tatsächliche Handlungsmöglichkeit

Es wird schließlich verlangt, dass ein von Amtsträgern aufgrund Garantenstellung gefordertes Einschreiten tatsächlich möglich sein muss und eine Garantenpflicht verneint, wenn konkrete Handlungsmöglichkeiten fehlen.<sup>68</sup>

Zum Beispiel in Fällen wie dem eingangs skizzierten Zirkus- oder auch dem Fall, dass größere Tierbestände „eigentlich“ gemäß §16a Satz 2 Ziff.2 TierSchG fortzunehmen oder gemäß §19 TierSchG einzuziehen sind, kann die Pflicht zum Einschreiten aber nicht deshalb entfallen, weil die Behörde die Tiere nicht unterbringen oder solche Unterbringungen nicht finan-

---

<sup>65</sup> *Kluge*, TierSchG, §16a Rz.1 + 15.

<sup>66</sup> So auch *Caspar/Schröter*, Das Staatsziel des Art.20a GG, S.122 ff.

<sup>67</sup> Nicht unerwähnt soll bleiben, dass die „Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Durchführung des Tierschutzgesetzes“ v. 9.2.2000 (BAnz Nr.36a v. 22.2.2000 / AVV) die Frage nach dem grundsätzlichen Normbefehl des §16a TierSchG unverständlicher Weise vollkommen übergeht, obwohl der Verordnungsgeber durch einfache Klarstellung hohe Wirkung erzeugen und den Vollzug des TierSchG mit geringem Mitteleinsatz stark verbessern könnte wenn nicht nach Einführung des Art.20a GG sogar müsste.

<sup>68</sup> Vgl. BGHSt 38, 325 (335: „Die Mittel standen zu Gebote“); vgl. auch LG Bremen, NStZ 1982, 164, das wegen des Mangels der Handlungsmöglichkeit §34 StGB anwendet; *Kühl*, §18 Rz.87.

zieren kann.<sup>69</sup> Die Folgerung, praktische technische oder finanzielle Schwierigkeiten der Behörde oder Körperschaft berechtigten zur Untätigkeit, trifft nicht zu.

Stattdessen müssen Amtstierärztinnen und Amtstierärzte gemäß §16a TierSchG zwischen Entschließungs- und Auswahlentscheidung differenzieren und verhalten sich rechtswidrig, wenn sie Anzeichen für einen Verstoß gegen Tierschutzrecht ignorieren und vollkommen untätig bleiben, weil sie die auf der 2. Stufe, also der des Auswahlermessens, für erforderlich erachtete Maßnahmen als praktisch undurchführbar einschätzen. Unzureichende technische und finanzielle Vorkehrung und Ausstattung kann völlige veterinärbehördliche Untätigkeit trotz tierrechtswidriger Handlungen und Zustände nicht legitimieren.

Amtstierärztinnen und Amtstierärzte müssen in Fällen fehlender Sach- und / oder Finanzmittel der Behörde oder Körperschaft vielmehr klären, ob und welche Handlungsalternativen bestehen. Zwar hat der BGH früher einen Strafbarkeitsvorwurf gegen den angeklagten untätigen Amtsträger verneint, weil die erforderliche Maßnahme – im entschiedenen Fall die Umrüstung einer Kläranlage – aus technischen Gründen über mehrere Jahre nicht realisierbar war.<sup>70</sup> Doch lässt sich dies auf den Veterinärbereich nicht übertragen und wird heute fehlende örtliche oder regionale Notfallplanung und fehlende Vorhaltung erforderlicher Auffangstationen und anderer Ressourcen durch Behörde oder Körperschaft die strafrechtliche Beurteilung nicht so zwingend zugunsten Untätiger beeinflussen können, dass ein Anfangsverdacht gegen untätige Amtsveterinäre kategorisch zu verneinen ist.

Stattdessen wird in Rechnung zu stellen sein, ob tatsächlich alle Möglichkeiten geprüft und z.B. moderne Kommunikationsmöglichkeiten genutzt wurden, um fehlende Kapazität durch anderswo vorhandene auszugleichen. Im zitierten BGH-Fall konnte dies nicht ausschlaggebend sein, weil das Fehlen einer Kläranlage nicht durch eine andernorts vorhandene ausgeglichen werden konnte. Dagegen können z.B. Wild- und Großtiere auch andernorts untergebracht bzw. müssen generell nicht in behördlicher Obhut gehalten werden. Auch müssen Angebote auch auswärtiger privater Tierschutzorganisationen ermittelt und genutzt werden.

Grundsätzlich sind die zuständigen Behörden wegen des durch das Staatsziel des Art.20a GG zum Ausdruck kommenden Stellenwerts des Tierschutzes zum effektiven Schutz der Tiere und deshalb dazu verpflichtet, erforderliche Kapazitäten vorzuhalten oder sich Benutzungsanspruch zu verschaffen. In jedem Fall hat der Tierschutz als Rechtsgut mit Verfassungsrang Vorrang vor behördlicher Sparsamkeit und können Sparsamkeitsgründe die aus §16a TierSchG abzuleitende Garantenstellung nicht eliminieren. Die Duldung von Tierrechtsverletzungen aus Sparsamkeitserwägungen widerspricht eklatant dem einfachgesetzlichen Bewacherauftrag der Behörden und erst recht dem Verfassungsrang des Tierschutzes. Es liegt deshalb nahe, in den offenbar verbreiteten Fällen chronischer Ausstattungsdefizite auch die Strafbarkeit der für diese mangelhafte Behördenausstattung Verantwortlichen zu prüfen.

---

<sup>69</sup> Vgl. zu solchen Versäumnissen schon *Ort/Reckewell*, in: Kluge, §19 Rz.20. Der Frage, ob und welche Verantwortlichen in Verwaltungen und Beschlussorganen sich eventuell nach §17 TierSchG i.V.m. §13 StGB strafbar machen, indem sie für die Durchführung des TierSchG erforderliche Vorkehrungen und Einrichtungen unterlassen, kann hier nicht nachgegangen werden. Parallelen zu Fällen, in denen die Unterlassung ausreichender Vorsorge im Abwasser- und Abfallbereich zur Unterlassungsstrafbarkeit von Bürgermeistern führten, liegen auf der Hand. Damit für den Tierschutzbereich zu stellende Fragen harren jedoch noch genauer Prüfung.

<sup>70</sup> BGHSt 15, 18 (22)..

Im Grundrechtsbereich ist anerkannt, dass bei Vorschriften, die grundrechtliche Schutzpflichten erfüllen sollen, das maßgebende Grundrecht verletzt ist, wenn ihre Auslegung und Anwendung den vom Grundgesetz vorbezeichneten Schutzzweck grundlegend verfehlt.<sup>71</sup> Dafür, dass dies für die Durchsetzung des Staatsziels Tierschutz gemäß Art 20a GG und die Nichtanwendung des gerade dazu dienenden §16a TierSchG anders zu sehen ist, ist kein Grund ersichtlich. Das Staatsziel des Art.20a GG statuiert die Aufgabe, das Tierschutzrecht gegenüber Verletzungen effizient durchzusetzen. Dem entspricht eine Förderungspflicht, die erforderlich macht, die für den Vollzug des TierSchG notwendigen Verbesserungen der personellen<sup>72</sup> und sachlichen Ausstattung der zuständigen Behörden vorzunehmen.

#### 5.4. Verwaltungsakzessorietät

Im umweltstrafrechtlichen Schrifttum nimmt vor allem die sehr differenziert vertretene Lehre von der Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts breiten Raum ein. Grundkonsens dieser Lehre ist, dass *nicht* strafbar sein soll, was verwaltungsrechtlich erlaubt ist. Streitig ist jedoch, was verwaltungsrechtlich erlaubt ist, wenn sich die Behörde falsch verhält. Zentraler Diskussionspunkt ist deshalb die Frage, wie sich die Fehlerhaftigkeit einer Verwaltungsentscheidung auf die Strafbarkeit des im Einklang hiermit handelnden Täters resp. Adressaten auswirkt.<sup>73</sup>

Die zur Verwaltungsakzessorietät vertretenen Ansichten geben für die Beantwortung der hier gestellten Frage nach der Garantenstellung von Amtstierärztinnen und Amtstierärzten wenig her, weil es nicht um die Frage geht, ob ein Fehlverhalten einer Amtstierärztin oder eines Amtstierarztes Bedeutung für die Strafbarkeit eines Dritten hat, sondern darum, ob und unter welchen Voraussetzungen eine tierverwaltungsrechtlich fehlerhafte Untätigkeit zur Strafbarkeit von Amtstierärztinnen und Amtstierärzten wegen Unterlassens führen kann.

Verwaltungsakzessorietät im Sinne eines Zusammenhangs zwischen verwaltungsrechtlicher und strafrechtlicher Beurteilung besteht dabei insoweit, als Untätigkeit in Fällen, in denen Amtstierärztinnen und Amtstierärzte aufgrund der Generalermächtigung des §16a TierSchG gegen Tierschutzrechtsverstöße einschreiten müssen, eine Tatbestandsalternative des §17 TierSchG verwirklichen kann. Verfügt ein gegen Tierschutzrecht verstoßender Adressat über eine tierverwaltungsrechtliche Gestattung wie z.B. Erlaubnisse i. S. d. §11 TierSchG, so steht dies der grundsätzlichen Pflicht zum Einschreiten nicht entgegen, sondern wirft die Frage auf, ob die Erlaubnis eingehalten oder gemäß §§48, 49 VwVfG aufzuheben ist.

---

<sup>71</sup> BVerfGE 89, 276.

<sup>72</sup> Laut *Schöne/Jöhrens*, Statistische Untersuchungen über die Tierärzte in der Bundesrepublik Deutschland - Stand 31.12.2003, in: Deutsches Tierärzteblatt 7/2004 gab es per 31.12.2003 in Deutschland lediglich 1.532 beamtete Tierärzte, davon 508 in Diensten der Länder und 501 in Diensten der Kommunen und Kreise. Ein personelles Defizit im Bereich der Veterinärverwaltung scheint „auf der Hand“ zu liegen.

<sup>73</sup> *Cramer/Heine*, in: Schönke-Schröder, StGB, vor §324 Rz.16. Vgl. auch BGHSt 32, 325: „Die Pflicht der Gemeinde, im Bereich der ihr zugewiesenen Abwasserbeseitigung dafür zu sorgen, dass Gewässerverunreinigungen unterbleiben, reicht dabei soweit, wie die verunreinigenden Einwirkungen auf das Gewässer verwaltungsrechtlich unstatthaft, also nicht durch eine entsprechende Erlaubnis der Wasserbehörde gedeckt sind.“

## 5.5. Außerdienstliche Kenntniserlangung

Der BGH hat zunächst zur Voraussetzung einer Amtsträger-Garantenstellung gemacht, dass der Amtsträger sich im Zeitpunkt, in dem er die für Erkennen und Beurteilung geschützter Rechtsgüter drohender Gefahren maßgeblichen Tatsachen wahrnimmt, im Dienst befindet.<sup>74</sup>

Dies würde z.B. für den Fall tierschutzrechtswidriger Haltung von Groß- und Wildtieren im Zirkus zu dem Schluss führen, Amtstierärztinnen und Amtstierärzte, die beim privaten Zirkusbesuch beobachten, dass Tieren Schmerzen zugefügt werden, dürften untätig bleiben. Für den Moment der Beobachtung und damit Erlangung der maßgeblichen Kenntnisse mag dies auch zutreffen.

Doch ändert sich diese Beurteilung, wenn die Umstände den Schluss zulassen, das beobachtete rechtswidrige Verhalten könne fortauern. Fortgesetzte Untätigkeit wäre *dann* strafrechtlich äußerst riskant, denn der BGH hat durch späteres Urteil v. 3.11.1999<sup>75</sup> über die Unterlassungsstrafbarkeit untätiger Polizisten entschieden und deren Amtsträger-Garantenpflicht auf Situationen ausgedehnt, in denen diese außerdienstlich Kenntnisse über Straftaten erlangten:

*„Ein Polizeibeamter ist zwar grundsätzlich nur im Rahmen seiner Dienstausbübung Garant für strafrechtlich geschützte Rechtsgüter Dritter. Besonderheiten können sich aber ergeben, wenn er außerdienstlich Kenntnis von Straftaten erlangt, die – wie Dauerdelikte oder auf ständige Wiederholung angelegte Handlungen – während seiner Dienstausbübung fortwirken; dabei bedarf es der Abwägung im Einzelfall, ob das öffentliche Interesse privaten Belangen vorgeht.“*

Auch Amtstierärztinnen und Amtstierärzte müssen deshalb außerdienstliche Beobachtungen, die auf nach Dienstantritt fortdauernde Verstöße schließen lassen, nach Dienstantritt zum Handlungsanlass nehmen, aktiv werden und einschreiten.

Der Amtsträger muss dann eine Abwägung darüber vornehmen, ob

*„durch die Straftat Rechtsgüter der Allgemeinheit oder des einzelnen betroffen sind, denen jeweils ein besonderes Gewicht zukommt.“<sup>76</sup>*

Außerdem sei maßgebend,

*„welches konkrete Handeln von den Angeklagten (...) unter Beachtung der Grenze des Zumutbaren verlangt werden konnte“<sup>77</sup>*

Amtstierärztinnen und Amtstierärzte müssen in Fällen wie dem oben skizzierten bei dieser Abwägung berücksichtigen, das nur wirtschaftlich motiviertes, also Sparsamkeitsmotiven entspringendes tierschutzwidriges Verhalten *überhaupt kein* abwägungsrelevantes Gewicht haben kann, wenn es einen Straftatbestand – i. d. R. wohl §17 Nr.2a oder Nr.2b TierSchG – verwirklicht. Erwägungen, die ein Einschreiten dann unzumutbar machen könnten, sind nicht ersichtlich.

<sup>74</sup> BGH NJW 1989, 914; BGHSt 38, 388 (391).

<sup>75</sup> BGH; NSTZ 2000, 147; auch schon BGHSt 38, 388 (391 f.).

<sup>76</sup> BGH, NSTZ 2000, 147 (147).

<sup>77</sup> BGH, NSTZ 2000, 147 (147).

## 6. Ergebnis

Amtstierärztinnen und Amtstierärzte sind aufgrund §16a TierSchG i.V.m. Art.20a GG und §1 TierSchG „Beschützergaranten“ für das Wohl der Tiere und die Einhaltung des Tierschutzrechts und als solche verpflichtet, gegen tierschutzrechtswidrige weil gegen Normen des Tierschutzrechts verstoßende Handlungen und Zustände einzuschreiten.

Diese persönliche Pflicht einzelner Amtstierärztinnen und Amtstierärzte beruht auf der entsprechenden Pflicht der Behörde, für die sie tätig sind und deren Erfüllung ihnen als dienstliche Aufgabe obliegt.

§16a S.1 TierSchG eröffnet Amtstierärztinnen und Amtstierärzten kein Entschließungsersessen. Stattdessen *müssen* sie immer handeln, wenn in ihrem Zuständigkeitsbereich Verstöße gegen Tierschutzrecht begangen wurden, noch werden oder bevorstehen.

Dies kann auch gelten, wenn unzureichende Behördenausstattung die Durchführung des Tierschutzgesetzes praktisch erschwert.

Bleiben Amtstierärztinnen und Amtstierärzte untätig, obwohl die Voraussetzungen der Generalermächtigung des §16a TierSchG erfüllt sind, können sie selbst Straftaten i. S. d. §17 TierSchG durch Unterlassen begehen.

\* \*

Berlin, 30. September 2006

Rolf Kemper  
Rechtsanwalt