

**Thümmel, Dierk**

*Einfuhr und Verbringung von Hunden  
durch Tierschutzorganisationen*

Erweitertes Manuskript des Vortrags am 17. September 2010\*  
„Aktuelle Probleme des Tierschutzes“  
Hannover, 16. und 17. September 2010

Fortbildungsveranstaltung der ATF-Fachgruppe Tierschutz und  
des Institutes für Tierhygiene, Tierschutz und Nutztierethologie  
der Stiftung Tierärztliche Hochschule Hannover

---

\*Dieser Beitrag ist vorgesehen zum Abdruck in einem Tagungsband; bis dahin kann er zitiert werden als:

**Thümmel, Dierk**, *Einfuhr und Verbringung von Hunden durch Tierschutzorganisationen*, (erweitertes) Manuskript zum Vortrag am 17. September 2010, „Aktuelle Probleme des Tierschutzes“, Hannover, 16. und 17. September 2010, Fortbildungsveranstaltung der ATF-Fachgruppe Tierschutz und des Institutes für Tierhygiene, Tierschutz und Nutztierethologie der Stiftung Tierärztliche Hochschule Hannover, 2010, S. 1–20

# Einfuhr und Verbringung von Hunden durch Tierschutzorganisationen

Dierk Thümmel\*  
Regierungspräsidium Stuttgart  
Ruppmannstr. 21  
70565 Stuttgart  
Tel.: 0711/904-13119  
Dierk.Thuemmel@rps.bwl.de

## Gliederung

- A. Sachverhalt
- B. Rechtliche Problematik
  - I. Tierseuchenrecht
    - 1. Die deutsche Sprachfassung – Die Verbringung der Hunde als privater Reiseverkehr?
    - 2. Die europäische Sprachfassung – Die Verbringung der Hunde als Handelsverkehr?
  - II. Tierschutzrecht
    - 1. Transport der Hunde nach Deutschland – eine wirtschaftliche Tätigkeit?
    - 2. Vorübergehende Unterbringung der Hunde in Deutschland – Private Pflegestellen als tierheimähnliche Einrichtungen?
    - 3. Vermittlung der Hunde an Dritte – Gewerbsmäßiger Handel ohne Gewinnerzielungsabsicht?
      - a. Die Bedeutsamkeit einer Qualifizierung der Hundevermittlung als „gewerbsmäßig“
      - b. Die bisherige Auslegung des Tatbestandsmerkmals „gewerbsmäßig“
        - aa. Die Orientierung am gewerberechtlichen Begriff
        - bb. Die Kardinalfrage: Gewinnerzielungsabsicht oder Kostenminderungsabsicht?
      - c. Die neue Auslegung des Tatbestandsmerkmals „gewerbsmäßig“
        - aa. Der europarechtlich orientierte Vorschlag einer neuen Auslegung
        - bb. Der am Gesetzeszweck orientierte Vorschlag einer neuen Auslegung
          - (1) Die Relativität des Gewerbebegriffs
          - (2) Die Notwendigkeit einer teleologisch-funktionellen Ausrichtung des Gewerbebegriffs
          - (3) Die Signalentscheidung des BGH zum Gewerbebegriff im Verbrauchsgüterkauf
          - (4) Der tierschutzrechtliche Gewerbebegriff
          - (5) Annex: Die „Allgemeine Verwaltungsvorschrift“ als Hindernis für eine neue Auslegung?
- C. Zusammenfassung / Summary

## A. Sachverhalt

Nicht nur Veterinärämtern fällt auf, dass Tierschutzorganisationen in Deutschland zunehmend Hunde aus dem Ausland holen, die sie privaten Abnehmern in Deutschland vermitteln. Aus dem osteuropäischen Ausland, wie bspw. Rumänien und Ungarn, aber auch aus Südeuropa und der Türkei transportieren die Tierschützer die Hunde auf den langen Strecken nach Deutschland in ihren eigenen Personenkraftwagen oder angemieteten Kleintransportern; vor allem aus Südeuropa, wie bspw. Spanien und Griechenland, kommen die Hunde auch zusammen mit Touristen, die sich, von Tierschutzorganisationen angesprochen, unentgeltlich als „Flugpaten“ zur Verfügung stellen, an Bord eines Flugzeuges nach Deutschland. Am Flughafen werden die Tiere von Tierschützern abgeholt und vorübergehend auf Tierheime und private Pflegestellen verteilt. Von dort aus werden dann die Hunde, zumeist Welpen, gegen eine als „Schutzgebühr“, „Spende“, „Unkostenbeitrag“ usw. bezeichnete Zahlung von ca. 250 bis 350 EUR pro Hund zeitlich unbegrenzt in die Obhut interessierter Hundehalter gegeben.

Den Zahlungen liegen Verträge mit wechselnden Bezeichnungen, wie „Pflegevertrag“, „Tierabgabevertrag“ usw., zugrunde. Wie bspw. im „Tierüberlassungsvertrag Tiere in Spanien e.V.“ (im folg.: TiS) wird festgelegt, dass die „Schutzgebühr“ die „bisherige tiermedizinische und pflegerische Versorgung, sowie Futter- und Transportkosten“ beinhalte (TiS, § 4). Die Tierschutzorganisationen berufen sich daher regelmäßig darauf, dass die Zahlungsverpflichtung des neuen Tierhalters nicht der Gewinnerzielung, sondern der Kostendeckung bzw. Kostenminimierung diene. Kennzeichnend für die „Pflegeverträge“ ist die Vereinbarung, dass

das Eigentum an den Hunden dauerhaft bei den Tierschutzorganisationen verbleibt (TVT 2009, S. 3); bspw. im „Tierüberlassungsvertrag Tiere in Spanien e.V.“ wird auch vereinbart, dass der Verein die Tierhaltung überprüfen darf und die „Übernehmer“ im Falle schlechter Tierhaltung die Tiere ohne Rückzahlung der „Schutzgebühr“ den Tierschutzverein zurückgeben müssen (TiS, § 6).

Die Tierschutzorganisationen wollen die Hunde aus dem Ausland holen, um den unter oft sehr schlechten Bedingungen lebenden Tieren in Deutschland Asyl zu bieten. Allerdings nährt die ansteigende Zahl der vermittelten Tiere auch den Verdacht, dass „unter dem Deckmantel des Tierschutzes mit Hunden gehandelt“ wird (TVT 2009, S. 3). Der steigende Umfang der Vermittlungen ist für die Veterinärämter Anlass, auf diese Tätigkeit der Tierschutzorganisationen die strengeren für den gewerbsmäßigen Handel einschlägigen Vorschriften anzuwenden. Dagegen wehren sich die Tierschutzorganisationen.

## **B. Rechtliche Problematik**

Der eben dargestellte Sachverhalt trifft auf zwei unterschiedliche rechtliche Problemkreise, einen tierseuchenrechtlichen und einen tierschutzrechtlichen. Da das Thema der Tagung auf die aktuellen Probleme des „Tierschutzes“ gerichtet ist, werde ich die tierseuchenrechtlichen Probleme an dieser Stelle nur insoweit behandeln, als sie den tierschutzrechtlichen Problemkreis vorprägen können.

### **I. Tierseuchenrecht**

Tierseuchenrechtliche Kernfrage ist, ob das „Befördern“ (auch: „Verbringen“) von Hunden zwischen EU-Mitgliedstaaten bzw. die „Einführung“ aus Drittländern den weniger strengen Voraussetzungen der Verordnung (EG) Nr. 998/2003 (im folg.: VO 998/2003) unterliegt, weil es sich um eine „Verbringung von Heimtieren zu anderen als Handelszwecken“ (Art. 1 der VO 998/2003) handelt (zur „Verbringung“ als Oberbegriff zum „Befördern“ u. zur „Einführung“ vgl. Art. 3 lit. c der VO 998/2003).

#### **1. Die deutsche Sprachfassung – Die Verbringung der Hunde als privater Reiseverkehr?**

Entscheidend für das Vorliegen eines privaten, d. h. nicht zu Handelszwecken erfolgenden Reiseverkehrs ist die Definition des Heimtieres in Art. 3 lit. a der VO 998/2003. Mit „Heimtieren“ sind Tiere gemeint, die „ihre Eigentümer oder eine andere natürliche Person, die während der Verbringung im Auftrag des Eigentümers für das Tier verantwortlich ist, begleiten und nicht dazu bestimmt sind, Gegenstand eines Verkaufs oder einer Eigentumsübertragung zu sein“.

In den „Pflegeverträgen“ wird regelmäßig ausdrücklich festgelegt, dass mit der Übergabe der Tiere an den „Übernehmer“ kein Eigentum an den Hunden i.S. von §§ 929 S. 1, 90a S. 3 BGB übergeht. Obgleich in manchen Verträgen davon die Rede ist, dass sich die Tierschutzorganisation das Eigentum „vorbehält“, liegt kein kaufrechtlicher Eigentumsvorbehalt i.S. des § 449 Abs. 1 BGB vor. Bei diesem geht das Eigentum mit vollständiger Zahlung des Kaufpreises endgültig auf den Käufer über; bei den „Pflegeverträgen“ dagegen verbleibt das Eigentum auch nach Zahlung der Schutzgebühr dauerhaft bei der Tierschutzorganisation. Den neuen Hundehaltern wird mit der Zahlung der Schutzgebühr nur der Besitz (§ 854 BGB), d. h. die tatsächliche Herrschaft über den Hund, eingeräumt. Im Kern handelt es sich um eine entgeltliche Gebrauchsüberlassung, sodass sich der „Pflegevertrag“, als ein aufgrund der Vertragsfreiheit zulässiger Vertrag „sui generis“, der Typik eines Mietvertrages (§ 535, § 90a S. 3

BGB) annähert. Entscheidend ist, dass der „Pflegevertrag“ keinen Kaufvertrag darstellt, weil es an einer für den Verkauf typischen Verpflichtung zur endgültigen Übertragung des Eigentums (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB) fehlt.

Wer die deutsche Fassung der VO 998/2003 liest, gelangt damit unweigerlich zur Auffassung, dass die von den Tierschutzvereinen organisierte Verbringung der Hunde durch Flugpaten oder durch eigene Transporte mangels Bestimmung der Tiere zum Verkauf bzw. zur Eigentumsübertragung als privater Reiseverkehr einzustufen ist; danach würde die Verbringung der Hunde nicht den z. T. strengeren tierseuchenrechtlichen Bestimmungen für den gewerbsmäßigen Handel mit Tieren unterfallen (Art. 1 u. 2 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 92/65/ EWG iV. mit § 4 S. 1 u. § 5 der Binnenmarkt-Tierseuchenschutzverordnung, im folg.: BmTierSSchV).

Die „Länderarbeitsgemeinschaft gesundheitlicher Verbraucherschutz (LAV) – Arbeitsgruppe Tierschutz“ (Sitzung am 17./18. März 2010) hält dem entgegen, die VO 998/2003 könne nur Anwendung finden, wenn es sich um Tiere mit bekannter Herkunft und bekanntem Gesundheitsstatus handele; dies treffe aber bei den von Tierschutzorganisationen aus dem Ausland verbrachten Tieren nicht zu, weil sie direkt im Ausland eingesammelt werden und deren Herkunft oft unbekannt bleibe. Diese Argumentation überzeugt nicht, weil sie die Anwendbarkeit der VO 998/2003 mit der Anwendung eines ihrer Regelungstatbestände und der daraus resultierenden Rechtsfolgen vermengt:

Auch ein im Ausland herumstreunender „Straßenhund“, der nach Deutschland transportiert wird und dort gegen „Schutzgebühr“ in den Besitz eines Hundehalters kommt, bleibt nach der deutschen Sprachfassung des Art. 3 lit. a der VO 998/2003 mangels Verkauf bzw. Eigentumsübertragung ein Heimtier, das nicht zu Handelszwecken nach Deutschland verbracht wurde. Ist damit die Verordnung anzuwenden (Art. 1), bedeutet der mangelhafte oder fehlende Nachweis seiner Herkunft oder seines Gesundheitszustands, dass Voraussetzungen der Verordnung (Art. 4 u. Art. 5) nicht eingehalten werden. Dieser in Art. 14 Abs. 3 der Verordnung geregelte Tatbestand löst die Rechtsfolge aus, dass die zuständige Behörde eine der dort vorgesehenen, in ihrem Auswahlermessen stehenden Maßnahmen treffen muss (vgl. dazu jüngst VG Hannover, Urt. v. 26.05.2010, - 11 A 5040/09 -, Juris), sei es bspw. die Zurücksendung des Tieres in sein Herkunftsland oder im äußersten Fall die Tötung des Tieres. Entgegen der Auffassung der LAV verhindert damit die unbekannte Herkunft oder der unbekannt Gesundheitszustand von Hunden nicht die Anwendung der VO 998/2003, sondern erfüllt einen bestimmten Tatbestand der Verordnung, der eine bestimmte Rechtsfolge auslöst.

Auffällig ist, dass die deutsche Sprachfassung des Art. 3 lit. a der VO 998/2003 sinnwidrig ist, indem sie neben der Bestimmung der Tiere zu einem Verkauf noch die Bestimmung zu einer „Eigentumsübertragung“ als weiteren Grund heranzieht, um die Annahme eines privaten Reiseverkehrs auszuschließen. Die entgeltliche Eigentumsübertragung ist bereits mit dem Verkauf (§ 433 BGB) abgedeckt und die unentgeltliche Eigentumsübertragung, die letztlich auf eine Schenkung (§ 516 BGB) als Rechtsgrund hinauslaufen kann, ist selbstverständlich kein Fall, der die Verbringung der Hunde zu einem „Handels“zweck zu kennzeichnen vermag. Sinn dagegen macht es, eine Verbringung zu Handelszwecken anzunehmen, wenn die Hunde aus dem Ausland geholt werden, um sie in Deutschland Dritten gegen Entgelt zum Besitz zu überlassen. Damit steht man vor der Frage, ob der Wortlaut „Eigentumsübertragung“ so eindeutig ist, dass er eine unübersteigbare Grenze für die nach Sinn und Zweck fragende, „teleologisch“ ausdehnende Auslegung bildet, auch die entgeltliche Besitzübertragung als Handelszweck anzusehen. Die Frage kann aber dahinstehen, weil es fehlerhaft wäre, eine europäische Rechtsnorm nur nach der deutschen Sprachfassung auszulegen.

## 2. Die europäische Sprachfassung – Die Verbringung der Hunde als Handelsverkehr?

Eine sich nur an der deutschen Sprachfassung einer europäischen Verordnung orientierende Auslegung greift zu kurz. Diese nationale Einäugigkeit gerät in Widerspruch zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH, Rs. 80/76, North Kerry Milk, Slg. 1977, 425, Rnr. 11/12 ff.; EuGH Rs. 29/69, Stauder, Slg. 1969, 419; EuGH, Rs. 283/81, CILFIT, Slg. 1982, 3415). Danach ist bei der Auslegung europäischen Rechts der Wortlaut einer Bestimmung in allen Sprachfassungen gleichrangig heranzuziehen. Letztlich geht es darum, dass der Inhalt der europäischen Norm unabhängig von den möglicherweise divergierenden mitgliedstaatlichen Sprachfassungen bestimmt werden muss (Mayer 2006, S. 5 f., 15-19).

Daher ist der Hinweis des Ministeriums für Ländlichen Raum, Ernährung und Verbraucherschutz Baden-Württemberg (MLR Bad.-Württ.) ernst zu nehmen, wonach bspw. die englische Sprachfassung „transferred to another owner“ bzw. die spanische „de transmisión de propiedad“ nach Auskunft der im Internet aufrufbaren Übersetzungsmaschine der Europäischen Union neben dem deutschen Begriff der „Eigentums“übertragung auch den der „Besitz“übertragung umfasst. Dies deutet darauf hin, dass auch eine entgeltliche Besitzübertragung, wie es die geschilderte Überlassung der Hunde zur „Pflege“ gegen Zahlung einer „Schutzgebühr“ darstellt, nicht mehr dem Heimtierbegriff der VO 998/2003 unterfällt. Damit lässt sich die von den Tierschutzvereinen organisierte Verbringung der Hunde aus dem Ausland nicht als Privatreiseverkehr qualifizieren. Es handelt sich um Handelsverkehr, mit der Folge, dass die strengeren tierseuchenrechtlichen Vorschriften zur Anwendung kommen.

Für diese Auslegung spricht, dass der Verordnungsgeber im Erwägungsgrund Nr. 11 seine Absicht zu erkennen gibt, seine Regelungen so zu treffen, dass „die Verbringung zu Handelszwecken nicht in betrügerische Absicht als Verbringung von Heimtieren zu anderen als Handelszwecken im Sinne dieser Verordnung verschleiert werden kann“. Man wird daher die Verbringung zu Handelszwecken im weitesten Sinne zu verstehen haben und den Begriffskern des „Handels“ iS. der VO 998/2003 bereits im bloßen „Austausch von wirtschaftlichen Gütern“ (so Rengeling et al. 2007, Rnr. 130 für „Handel“ iS. des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) erfüllt sehen können. Dies bedeutet, dass die von den Tierschutzorganisationen organisierte Verbringung von Hunden aus dem Ausland dem Austausch des Wirtschaftsgutes „Besitz an einem Hund“ gegen das Wirtschaftsgut „Geld“ in Gestalt der „Schutzgebühr“ dient. Die Frage, ob die Tierschutzorganisationen mit der „Schutzgebühr“ nur angefallene Kosten mindern und zukünftige vermeiden wollen oder darüber hinaus mit der „Schutzgebühr“ die Absicht haben, einen den anfallenden Verlust übersteigenden „Gewinn“ erzielen wollen (zur Unterscheidung vgl. BVerwGE 19, 61, 64) ist eine Frage, ob der Handel „gewerblich“ betrieben wird. Wie bereits das insoweit differenzierende deutsche Verfassungsrecht zeigt (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG), ist der „Handel“ nicht notwendig deckungsgleich mit dem Rechtsbegriff „Gewerbe“. Es ist daher auch möglich, ohne Gewinnerzielungsabsicht oder tatsächlich erzielten Gewinn am Handel teilzunehmen.

Dies wird für europäische Rechtsebene durch das vom MLR Bad.-Württ. in die Diskussion eingebrachte Urteil des EuGH (Urt. v. 10.1.2006, Rs C-222/04, Rnr. 123) zur steuerlichen Begünstigung einer Bankenstiftung bestätigt. Danach ist das Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen auch ohne Absicht der Gewinnerzielung eine „wirtschaftliche“ Tätigkeit, weil das Angebot mit anderen, nicht steuerlich begünstigten Wirtschaftsteilnehmern konkurriert, die eine solche Absicht haben. Es liegt auf der Hand, dass die Tierschutzorganisationen mit einer breit organisierten und nicht nur gelegentlichen Abgabe von ausländischen Hunden in Konkurrenz mit den deutschen Tierzüchtern und -händlern treten und damit am Marktgeschehen teilnehmen. Außerdem konkurrieren inzwischen auch viele Tier-

schutzorganisationen untereinander, sodass innerhalb des Marktes der dauerhaften Überlassung von Hunden gegen Entgelt, ein weiterer Markt entstanden ist, in dem die Marktteilnehmer, die keine Gewinnabsicht haben, in Konkurrenz treten. Da die Besitzüberlassung entgeltlich erfolgt, liegt im Übrigen auch der für den „Handel“ typische Austausch von Wirtschaftsgütern (s.o.) vor.

Solange die aus dem Ausland geholten Hunde in dieser Weise marktrelevant vermittelt werden, kann es nicht zweifelhaft sein, dass die Verbringung der Hunde zu Handelszwecken erfolgt und daher nicht dem rechtlichen Regime der VO 998/2003 unterliegt.

Diese Feststellung führt zur Anschlussfrage, ob die in der BmTierSSchV statuierte Anzeige- bzw. Registrierungspflicht und Buchführungspflicht (§ 4 S.1 iV. mit § 5 BmTierSSch) für das „gewerbsmäßige“ Verbringen bereits mit der Annahme eines Handelszwecks zu bejahen ist. Die Bejahung ist nicht selbstverständlich, zumal – wie bereits darauf hingewiesen – das deutsche Verfassungsrecht (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) zeigt, dass der „Handel“ nicht zwangsläufig deckungsgleich mit dem Rechtsbegriff „Gewerbe“ zu sehen ist.

Da es sich hier im Ausgangspunkt um die Auslegung einer nationalen Norm handelt, werde ich mit Rücksicht auf das Tagungsthema „Tierschutz“ die Frage, was auf der nationalen Rechtsebene mit „gewerbsmäßig“ gemeint ist, bei der parallelen Fragestellung zur „§ 11-Erlaubnis“ innerhalb des tierschutzrechtlichen Problemkreises erörtern.

## **II. Tierschutzrecht**

Der tierschutzrechtliche Problemkreis lässt sich in drei chronologisch geordnete Abschnitte aufteilen: Transport der Hunde nach Deutschland, vorübergehende Unterbringung der Hunde in Deutschland und Vermittlung der Hunde an Dritte.

### **1. Transport der Hunde nach Deutschland – eine wirtschaftliche Tätigkeit?**

Für den langen Transport der Hunde nach Deutschland auf dem Straßenweg oder mit dem Flugzeug lautet die Kernfrage, ob die zum Schutz von Tieren beim Transport erlassene Verordnung (EG) Nr. 1/2005 (im folg.: VO 1/2005) Anwendung findet. Nach Art. 1 Abs. 5 Alt. 1 der Verordnung gilt diese „nicht für den Transport von Tieren, der nicht in Verbindung mit einer wirtschaftlichen Tätigkeit durchgeführt wird“.

Ordnet man tierseuchenrechtlich die Verbringung der Hunde als Handelsverkehr ein (s.o. unter I 2) liegt es nahe bspw. mit dem MLR Bad.-Württ. und der LAV (Arbeitsgruppe Tierschutz, Sitzung am 17./18. März 2010) anzunehmen, dass ein Transport von Tieren, deren Verbringung Handelszwecken dient, in Verbindung mit einer wirtschaftlichen Tätigkeit steht. Die Tatsache, dass Flugpaten und Tierschützer die Tiere unentgeltlich transportieren, ist unerheblich. Wie der Erwägungsgrund Nr. 12 zur VO 1/2005 erläutert, kann ein „Transport zu kommerziellen Zwecken“ auch dann vorliegen, wenn er unmittelbar kein Geld erbringt; ein Transport zu kommerziellen Zwecken schließt „insbesondere auch Fälle ein, in denen direkt oder indirekt ein Gewinn entsteht bzw. angestrebt wird.“ Nun kann man aus Sicht der Tierschutzorganisationen einwenden, genau dies sei nicht der Fall, weil die für die Vermittlung der Tiere erhaltene Schutzgebühr nicht der Gewinnerzielung, sondern der Kostendeckung diene (s.o. unter A). Unterstellt, dass sich diese Behauptung in den zu überprüfenden Einzelfällen als richtig erweist, könnte dann eine fehlende Gewinnabsicht bzw. ein tatsächlich ausbleibender Gewinn dazu führen, einen Transport zu kommerziellen Zwecken verneinen zu müssen?

Dieser Schluss wäre voreilig. Zunächst darf nicht übersehen werden, dass der Erwägungsgrund Nr. 12 den kommerziellen Charakter unentgeltlicher Transporte nicht ausschließlich darauf beschränkt, dass indirekt ein Gewinn entsteht bzw. angestrebt wird. Wie das Wort „insbesondere“ zeigt, ist dies keine abschließende Beschreibung, sondern nur ein Beispielfall. Damit steht schon nach dem Wortlaut des Erwägungsgrundes eindeutig fest, dass es neben den Fällen der Gewinnerzielung oder -absicht weitere Fälle gibt, in denen ein unentgeltlicher Transport kommerzielle Züge trägt und daher die VO 1/2005 zur Anwendung kommt. Was spricht nun dafür, unentgeltliche Transporte von Tieren, die ohne Gewinnabsicht, aber immerhin gegen Entgelt Dritten übergeben werden, als kommerziellen Transport anzusehen?

Betrachtet man Art. 1 Abs. 5 der VO 1/2005 und den Erwägungsgrund 12 im systematisch-teleologischen Zusammenhang, lässt sich ablesen, dass ein Tiertransport trotz seiner unentgeltlichen Durchführung immer dann kommerziell ist und zur Anwendung der Verordnung führt, wenn die in Aussicht genommene Verwendung der transportierten Tiere eine „wirtschaftliche“ Tätigkeit darstellt. Der EuGH hat in der bereits erwähnten Entscheidung zur Besteuerung von Bankstiftung (EuGH, Urt. v. 10.01.2006, Rs C-222/04, Rnr. 123) bereits klargestellt, dass das Anbieten von Gütern auch ohne Absicht der Gewinnerzielung schon allein aus dem Grund eine „wirtschaftliche“ Tätigkeit darstellt, weil das Angebot mit dem anderer Wirtschaftsteilnehmer konkurriert. Die Ausführungen des EuGH sind an dieser Stelle allgemein gehalten, denn den Formulierungen sind keinerlei Beschränkungen auf die streitgegenständliche Frage der Besteuerung von Bankstiftungen zu entnehmen (wie Pielow 2009, Rnr. 146, richtig feststellt, verzichtet das Europarecht im Hinblick auf „Unternehmen“ auf das Merkmal der „Gewinnerzielungsabsicht“). Daher ist damit zu rechnen, dass der EuGH auch auf anderen Gebieten der europäischen Rechtsebene, in denen es tatbestandlich auf die wirtschaftliche Tätigkeit ankommt, eine solche ungeachtet der Absicht der Gewinnerzielung annimmt. Entscheidend ist für den EuGH allein, dass die Tätigkeit Marktrelevanz hat, d. h. die Tätigkeit in Konkurrenz zu anderen Wirtschaftsteilnehmern tritt, die den gleichen Zweck verfolgen. Wie bereits dargelegt, ist dies bei der Vermittlung von Hunden an Dritten der Fall (s.o. unter I 2), denn die Tierschutzorganisationen agieren „wie“ Unternehmen wirtschaftlich, indem sie am Markt der dauerhaften Überlassung von Hunden gegen Entgelt teilnehmen und in Konkurrenz zu anderen Marktteilnehmern treten, die mit oder ohne Gewinnabsicht Dritten Hunde gegen Entgelt dauerhaft überlassen.

Aber auch ein weiterer systematischer Zusammenhang spricht für die Annahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit. Es wäre innerhalb der europäischen Rechtsordnung ein normativer Wertungswiderspruch, wenn man für dieselbe Tätigkeit, der Verbringung der Hunde aus dem Ausland, tierseuchenrechtlich einen die Privatreise verneinenden Handelszweck annimmt, tierschutzrechtlich dagegen einen die wirtschaftliche Tätigkeit kennzeichnenden Handelszweck verneint und von einer Privatreise ausgeht. Wegen der eindeutigen Marktrelevanz der Verbringung von Hunden aus dem Ausland kann im Rahmen der systematisch-teleologischen Auslegung dieser Wertungswiderspruch sinnvoll nur in Richtung einer Bejahung des Handelszwecks aufgelöst werden, sodass man auf der europäischen Rechtsebene die Verbringung der Hunde nach Deutschland weder tierseuchenrechtlich noch tierschutzrechtlich als Privatreise ansehen kann.

Im Ergebnis ist damit die Anwendung der zum Schutz von Tieren beim Transport erlassene VO 1/2005 ungeachtet der Unentgeltlichkeit des Transports und unabhängig davon, ob die Hunde mit Gewinnabsicht in Deutschland vermittelt werden oder nicht, zu bejahen.

## **2. Vorübergehende Unterbringung der Hunde in Deutschland – Private Pflegestellen als tierheimähnliche Einrichtungen?**

Nach der Ankunft der Hunde in Deutschland werden die Tiere vor ihrer Vermittlung an Dritte zunächst in Tierheimen oder private Pflegestellen untergebracht. Das Tierschutzgesetz sieht in der Unterbringung von Tieren in Tierheimen und tierheimähnlichen Einrichtungen eine erlaubnispflichtige Tätigkeit (§ 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TierSchG), d. h. ohne behördliche Erlaubnis ist eine solche Unterbringung verboten und kann auf der Grundlage einer auf § 16 a S. 1 TierSchG gestützten Untersagungsverfügung notfalls zwangsweise aufgelöst werden. Mit einem solchen „präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ (Maurer 2009, § 9, Rnr. 51: „Kontrollerlaubnis“) soll es der Verwaltung ermöglicht werden, bereits vor Beginn der ersten Unterbringung zu prüfen, ob die verantwortlichen Personen die notwendige Sachkunde besitzen, zuverlässig sind und die Räume und Einrichtungen eine tierschutzgerechte Haltung (§ 2 Nr. 1-3 TierSchG) ermöglichen (§ 11 Abs. 2 Nr. 1-3 TierSchG).

Streitig war bis Ende 2008, ob ein Tierschutzverein, der Fund- und Pflieger in privaten Wohnungen bzw. Anwesen seiner Mitglieder oder dritter Personen betreuen lässt, eine einem Tierheim ähnliche Einrichtung betreibt. Bejaht man dies, würden Personen, die eine private Pflegestelle betreiben wollen, der vorbeugenden Kontrolle der Veterinärämter unterliegen; sie müssten dann der zuständigen Behörde vor der ersten Unterbringung nachweisen, ob sie überhaupt in der Lage sind, für eine tierschutzgerechte Unterbringung zu sorgen.

Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG, Urt. v. 23.10.2008, - 7 C 9/08 -, NVwZ-RR 2009, 102) hat eine Erlaubnispflichtigkeit verneint. Wesentliches Merkmal eines Tierheims sei, dass viele Tiere gleichzeitig an einem Ort konzentriert seien. Eine solche Situation erfordere spezifische Haltungsbedingungen und besondere Kenntnisse und Fähigkeiten vom Leiter eines Tierheims. Dies sei bei der Haltung von Tieren in privaten Haushalten, auch wenn es um Fund- oder Pflieger gehe, nicht der Fall. Während bei einem Tierheim die Räumlichkeiten in erster Linie der Unterbringung von Tieren dienen, werde ein Haus bzw. eine Wohnung nicht zum Tierheim, weil dessen Bewohner dort auch Haustiere halten.

Ein Urteil des BVerwG (sofern keine Zurückverweisung an das OVG/den VGH zur erneuten Verhandlung und Entscheidung erfolgt) bindet – anders als eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (§ 31 BVerfGG) – nur die am Prozess Beteiligten (§§ 121 Nr. 1, 63 Nr. 1 u. 2, 61 VwGO). Könnten im vorliegenden Fall Veterinärämter außerhalb des Landes Nordrhein-Westfalen damit eine andere Auffassung vertreten?

Davon ist abzuraten: In prozessökonomischer Hinsicht ist unwahrscheinlich, dass sich die Verwaltungsgerichte nicht an dieser Leitentscheidung des BVerwG orientieren; vor allem aber in rechtlicher Hinsicht gilt zu beachten, dass der für die Amtshaftung (§ 839 BGB, Art. 34 GG) zuständige Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in ständiger Rechtsprechung (BGHZ 130, 332; BGH, NJW-RR 1992, 919; BGH VersR 1989, 184; BGHZ 30, 19) eine schuldhaftes Amtspflichtverletzung bejaht, wenn sich die Auslegung eines Beamten in Gegensatz zu einer gefestigten, höchstrichterlichen Rechtsprechung stellt. Auch wenn erhebliche rechtsdogmatische Gründe gegen eine solche Auffassung sprechen (Ossenbühl 1967), sollte sich die Verwaltungspraxis der Veterinärämter schon aus diesem Grund an der zitierten Entscheidung des BVerwG ausrichten.

Ich komme schließlich zum umstrittensten und scheinbar am schwierigsten zu lösenden Problem:



### **3. Vermittlung der Hunde an Dritte – Gewerbsmäßiger Handel ohne Gewinnerzielungsabsicht?**

#### **a. Die Bedeutsamkeit einer Qualifizierung der Hundevermittlung als „gewerbsmäßig“**

Indem die Tierschutzorganisationen, die aus dem Ausland geholten Hunde an Dritte vermitteln, „handeln“ sie aus Sicht der Veterinärverwaltung (vgl. bspw. LAV – Arbeitsgruppe Tierschutz“, Sitzung am 17./18. März 2010) „gewerbsmäßig“ mit Wirbeltieren und unterliegen daher der behördlichen Erlaubnispflicht (§ 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 lit. b TierSchG). Bejaht man dies, müssten sich die Tierschutzorganisationen, bevor sie Hunde aus dem Ausland holen, um sie gegen eine „Schutzgebühr“ an Hundehalter zu vermitteln, sich der präventiven Kontrolle der Veterinärverwaltung unterziehen.

Dies hätte sehr weitreichende Folgen, von denen ich einige beispielhaft anführe:

- Soweit der – nach herkömmlicher Aussage der Tierschutzorganisationen unentgeltliche – Eigentumserwerb des Hundes bereits im Ausland stattfindet, beginnt schon dort mit dem Transport der Handel mit den Hunden, für deren Organisation und Durchführung eine generell verantwortliche Person zu benennen ist, die zuverlässig ist und über Sachkunde verfügt (§ 11 S. 2 Nr. 2 iV. mit § 11 Abs. 2 Nr. 1 u. 2 TierSchG).
- Der von den Tierschutzorganisationen selbst durchgeführte bzw. veranlasste Transport der Hunde aus dem Ausland unterfällt tierschutzrechtlich schon aufgrund seiner Gewerbsmäßigkeit unstreitig der VO 1/2005 (s.o. unter II 1) und unterliegt tierseuchenrechtlich der in der BmTierSSchV statuierten Anzeige- bzw. Registrierungspflicht und Buchführungspflicht (§ 4 S.1 iV. mit § 5 BmTierSSch), weil ein „gewerbsmäßiges“ Verbringen (zur Fragestellung s.o. unter I 2 am Ende) vorliegt.
- Auch für die Organisation und Durchführung der vorübergehenden Unterbringung der Hunde in privaten Pflegestellen wäre eine generell verantwortliche Person zu benennen, die zuverlässig ist und über Sachkunde verfügt. Vor allem aber unterlägen die privaten Pflegestellen – ungeachtet ihrer vom BVerwG verneinten Tierheimähnlichkeit (s.o. unter 2) – der präventiven Kontrolle, weil sie zu den bereits im Erlaubnisantrag zu benennenden „Räumen und Einrichtungen“ (§ 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 iV. mit § 11 Abs. 2 Nr. 3 TierSchG) gehören, in denen der gewerbsmäßige Handel betrieben wird.

Um einem möglichen Missverständnis vorzubeugen, sei darauf hingewiesen, dass die öffentlich-rechtliche Bejahung der „Gewerbsmäßigkeit“ den zivilrechtlichen Status einer Tierschutzorganisation als nicht wirtschaftlicher Idealverein (§ 21 BGB) nicht beeinträchtigt. Ebenso wenig wie ein Sportverein seinen zivilrechtlichen Status als Idealverein durch seine gewerbliche, mit Gewinnerzielungsabsicht betriebene Sportgaststätte verliert, kann auch eine Tierschutzorganisation Idealverein bleiben, wenn sie beginnt, gewerbsmäßig mit Hunden zu handeln. Voraussetzung ist allerdings, dass der Tierschutzverein den Hundehandel seinem ideellen, nichtwirtschaftlichen Hauptzweck zu- und unterordnet und die Einnahmen aus diesem Handel Hilfsmittel zu dessen Erreichung sind (sog. „Nebenzweckprivileg“: BGHZ 85, 84, 92; BVerwGE 105, 313, zit. nach Juris, Rnr. 20).

Die Hauptbedeutung der Qualifizierung als „gewerbsmäßig“ (iS. von § 11 Abs. 1 S.1 Nr. 3 lit. b TierSchG) liegt also in der Möglichkeit der Veterinärbehörden, bereits im Vorfeld auf eine tierschutzgerechte Durchführung der Hundevermittlung hinwirken zu können, die dem Ni-

veau des unternehmerischen Umfangs gerecht wird. Die betroffenen Tierschutzorganisationen wehren sich allerdings dagegen, die Vermittlung der aus dem Ausland geholten Hunde als erlaubnispflichtige Tätigkeit anzusehen. Sie stellen darauf ab, dass sie nicht „gewerbsmäßig“ handeln würden, weil sie keinerlei Gewinnabsicht hätten. Was bedeutet „gewerbsmäßig“ i.S. des § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 lit. b TierSchG?

## **b. Die bisherige Auslegung des Tatbestandsmerkmals „gewerbsmäßig“**

Der Gesetzgeber hat im Tierschutzgesetz den Begriff der Gewerbsmäßigkeit nicht definiert. Daher fragt sich, woran sich die gesetzesanwendende Verwaltung bei der Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals orientieren kann und muss:

### **aa. Die Orientierung am gewerberechtlichen Begriff**

Das BVerwG hat in einer frühen Entscheidung aus dem Jahre 1956 (BVerwGE 3, 179, 180 f.) zum Personenbeförderungsgesetz (1934) eine über diesen Streitgegenstand hinausgreifende Aussage getroffen: „Grundsätzlich ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber [...] mit der Verwendung des Wortes ‚gewerbsmäßig‘ einen anderen Sinn hat verbinden wollen, als im Schrifttum und in der Rechtsprechung auf dem Gebiete des Gewerberechts bereits entwickelt war.“ Diese Auffassung geht von einer nur durch den Gesetzgeber widerlegbaren Vermutung einer begrifflichen Einheit der Rechtsordnung aus; danach ist derselbe Rechtsbegriff auch in verschiedenen Rechtsgebieten grundsätzlich in derselben Weise auszulegen, wenn nicht ausnahmsweise der historische Gesetzgeber in einem bestimmten Rechtsgebiet erkennbar dem Begriff einen anderen Sinn verleihen wollte (dieser Auffassung auch der Bundesfinanzhof in BFHE 75, 96). Selbst in der Kommentarliteratur zum Tierschutzgesetz findet man die Auffassung, dass „mangels entgegengesetzter Anhaltspunkte“ der allgemeine Begriff, der aus der Gewerbeordnung stamme, gemeint sei (Goetschel 2002, Rnr. 11).

In der Gewerbeordnung (GewO) selbst wurde bewusst auf eine Legaldefinition verzichtet, um einen Handlungsspielraum angesichts der sich stetig verändernden technischen, wirtschaftlichen und sozialen Strukturen zu erhalten (Kahl 2010, Rnr. 3). Der unbestimmte Gewerbebegriff der GewO erhält daher seine inhaltlichen Konturen erst durch Rechtsprechung (vgl. bspw. BVerwGE 78, 6 – zit. nach Juris, Rnr. 13) und Rechtslehre. Diese haben neben den negativen, ein Gewerbe ausschließenden Merkmalen (Urproduktion, freiberufliche Tätigkeit, bloße Verwaltung eigenen Vermögens) vier positiv-konstitutive Merkmale des Gewerbes entwickelt, die zumeist unter „Gewerbsmäßigkeit“ zusammengefasst werden: Dauerhaftigkeit der Tätigkeit, die damit verfolgte Gewinnerzielungsabsicht, ferner die Selbstständigkeit und schließlich das Erlaubtsein der fraglichen Betätigung (Pielow 2009, Rnr. 142). Es ist augenscheinlich, dass sich die von der Bundesregierung erlassene „Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Durchführung des Tierschutzes“ (im folg.: AVV) in Nr. 12.2.1.5 als norminterpretierende Verwaltungsvorschrift zur Auslegung des Begriffs „gewerbsmäßig“ in § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TierSchG auf den gewerberechtlichen Begriff stützt, indem es heißt: „Gewerbsmäßig [...] handelt, wer die genannten Tätigkeiten selbstständig, planmäßig, fortgesetzt und mit der Absicht der Gewinnerzielung ausübt.“

Obgleich Verwaltungsgerichte bei der Auslegung von Gesetzen nicht an die norminterpretierenden Verwaltungsvorschriften der Exekutive gebunden sind (Ossenbühl, 1968, 286 u. 544), haben die Untergerichte (VG Stuttgart, Beschl. vom 21.9.1998, - 4 K 2598/98 -, NuR 1999, 52; VG München, Urt. v. 9.4.2008, - M 18 K 07.1105 -, Juris, Rnr. 42; VG Freiburg, Beschl. v. 9.12.2008, - 2 K 1500/08 -, Umdruck, S. 8) durch ausdrückliche Bezugnahme auf die AVV Nr. 12.2.1.5 bislang deren Übernahme des gewerberechtlichen Gewerbebegriffs

gebilligt und verlangen daher für die Gewerbsmäßigkeit (iS. des § 11 Abs. 1 S.1 Nr. 3 TierSchG) auch eine Gewinnerzielungsabsicht. Auch die Kommentare zum Tierschutzgesetz fordern unter Heranziehung der AVV einhellig für das „gewerbsmäßige Handeln“ eine Gewinnerzielungsabsicht (Goetschel 2002, Rnr. 11; Hirt et al. 2007, Rnr. 9; Metzger 2008, Rnr. 18 i.V. mit 15: „Anlehnung an den entsprechenden gewerberechtlichen Begriff“).

### **bb. Die Kardinalfrage: Gewinnerzielungsabsicht oder Kostenminderungsabsicht?**

Die Tierschutzorganisationen, die Hunde aus dem Ausland holen, um sie im Inland an Dritte zu vermitteln, verwehren sich in den bekannten Streitfällen weniger dagegen, dass sie dies selbstständig, planmäßig und fortgesetzt betreiben. Das VG München (Urt. v. 9.4.2008, - M 18 K 07.1105 -, Juris, Rnr. 42) hat in dieser Hinsicht klargestellt, dass bereits ein gewisser Umfang der Abgabe von Hunden – im vorliegenden Streitfall waren es 22 abgegebene Hunde innerhalb eines Zeitraums von dreieinhalb Monaten – für ein planmäßiges und fortgesetztes Handeln spreche. Damit fehlt aber noch ein Merkmal, um die Gewerbsmäßigkeit bejahen zu können: die Gewinnerzielungsabsicht. Genau diese bestreiten die Tierschutzorganisationen vehement. Kosten bspw. für Impfungen (120 EUR), Kastration (150 EUR), Mikrochip (15 EUR), Entwurmen (20 EUR), zuzüglich Transport- und Futterkosten usw. würden durch den „Unkostenbeitrag“ des neuen Hundehalters nicht ausgeglichen. Im Regelfall komme eine Kostenminderung, im seltenen Optimalfall eine Kostendeckung, keinesfalls aber ein Gewinn, d. h. ein die Kosten übersteigender Erlös zustande. Ist damit bereits eine Gewinnerzielungsabsicht zu verneinen?

Das wäre zu vorschnell, zumal die Gewerbsmäßigkeit eine „Absicht“ zur Gewinnerzielung voraussetzt, und es daher nicht darauf ankommt, ob tatsächlich ein Gewinn erzielt wird (BVerwG, NVwZ 1995, 473, zit. nach Juris, Rnr. 17; VG München, Urt. v. 9.4.2008, - M 18 K 07.1105 -, Juris, Rnr. 42; Sprenger-Richter 2002, Rnr. 13). Mit Gewinnerzielungsabsicht wird daher auch derjenige tätig, der wider Erwarten Verluste erwirtschaftet oder dessen Gewinn nicht den erhofften Umfang erreicht (Hirt et al. 2007, Rnr. 9 a.E.).

Gewinnerzielungsabsicht bedeutet das planmäßige Streben, mehr zu erwirtschaften, als zur Deckung der betrieblichen Kosten erforderlich ist, wobei als Gewinn jeder unmittelbare oder mittelbare Vorteil anzusehen ist, der zu einem Überschuss über die Selbstkosten führt (Sprenger-Richter 2002, Rnr. 13). Folgerichtig hat das BVerwG (E 19, 61, 65) schon in einer frühen, 1964 ergangenen Entscheidung festgestellt, dass die „Absicht, lediglich Kosten zu mindern“ für eine „Gewinn“erzielungsabsicht nicht ausreicht und in diesem Fall die Gewerbsmäßigkeit zu verneinen ist (anders dag. Pielow 2009, Rnr. 150, der für die Annahme eines „Gewerbes“ iS. des § 1 GewO selbst bei bloßer Absicht der Kostenminderung plädiert, dessen Rechtsprechungsnachweise aber diese Auffassung nicht klar genug stützen).

Wie aber lässt sich eine Kostenminderungsabsicht von einer Gewinnerzielungsabsicht abgrenzen?

Die Absicht als innerer, subjektiver Vorgang muss an äußerlich wahrnehmbaren, sog. „objektiven“ Indiztatsachen sichtbar werden. Das BVerwG (a. a. O., 64) verneinte eine bloße Absicht, Kosten zu mindern, wenn „planmäßig“ Tätigkeiten vorgenommen werden und dabei Unkostenbeiträge erhoben werden, die sich nicht mehr in einem „bescheidenen“ Rahmen halten. Im vorliegenden Fall hatte der Betroffene bei seinen Geschäftsfahrten planmäßig fremde Personen in seinem PKW mitgenommen und dabei durchschnittlich einen Fahrtbeitrag (111 DM) verlangt, der sich der Höhe nach nicht auf einen Anteil an den reinen Fahrkosten

(Benzin- und Ölkosten) beschränkte, sondern sogar die Betriebskosten (neben Kraftstoff, Öl auch Reparaturen, Ersatzteile, Wertminderung usw.: 101 DM) leicht überstieg.

Ohne eine trennscharfe Linie ziehen zu können, kann man daran anknüpfend eine vorwiegend **graduelle Unterscheidung** zwischen Gewinnerzielungs- und Kostenminderungsabsicht treffen:

- Eine **bloße Absicht, Kosten zu mindern**, ist mit hinreichender Wahrscheinlichkeit anzunehmen, wenn sich die „Schutzgebühr“ des neuen Hundehalters der Höhe nach deutlich von den bisher für die Tierschutzorganisation entstandenen Gesamtkosten des Hundes absetzt und sich auf einen bloßen Anteil an einem einzelnen Kostenposten (bspw. Impfkosten) beschränkt. Für die Annahme einer Absicht, Kosten zu mindern, reicht es noch nicht aus, dass es objektiv an einer „Möglichkeit“ fehlt, die Gewinnerzielungsabsicht auch zu verwirklichen (BVerwG, Urt. v. 5.11.1985, - 1 C 14/84 -, NVwZ 1986, 296, zit. nach Juris, Rnr. 14). Hinzukommen muss subjektiv, dass die defizitäre Durchführung der Tätigkeit eingeplant ist bzw. in der Organisationsstruktur angelegt ist (AG Radolfzell, Urt. v. 22.9.1997, - 1 Owi 127/97 -, NVwZ-RR 1998, 233). Gerade dieser Gesichtspunkt lässt begründete Zweifel am Vorliegen eines „bescheidenen“ (BVerwGE 19, 61, 64) Unkostenbeitrags entstehen, wenn die Übernahmegebühr des Hundehalters bspw. mehr als die Hälfte der Gesamtkosten beträgt.
- Eine **Gewinnerzielungsabsicht** liegt um so eher vor, je mehr sich die Vermittlungsgebühr für den neuen Hundehalter einer Deckung der bisher für die Tierschutzorganisation aufgelaufenen Gesamtkosten annähert. Wird gar eine auf Kostendeckung abzielende Vertragsvereinbarung getroffen (vgl. bspw. TiS, § 4: „Die ... zu bezahlende Schutzgebühr beinhaltet bisherige tiermedizinische und pflegerische Versorgung, sowie Futter- und Transportkosten“) spricht vieles für eine Gewinnerzielungsabsicht und wenig für eine bloße Absicht, Kosten zu mindern. Fordert jemand den ortsüblichen Marktpreis, gilt dies in Rechtsprechung und Rechtslehre als starkes Indiz für eine Gewinnerzielungsabsicht (VG München, Urt. v. 9.4.2008, - M 18 K 07.1105 -, Juris, Rnr. 42; OVG Münster, GewArch 1976, 236 f.; Tettinger, Rnr. 15; Pielow, Rnr. 149 m.w.N.). Eine am Marktpreis orientierte Vermittlungsgebühr kann schon deswegen kein „bescheidener“ Unkostenbeitrag sein, wenn man berücksichtigt, dass der Hundehalter nur den Besitz, nicht aber das Eigentum am Hund erhält. Orientiert sich daher bspw. die „Schutzgebühr“ für Hundewelpen an dem Preis, der in Internet- und Zeitungsanzeigen verlangt wird (darauf abstellend VG München, a. a. O., Rnr. 42), müssen erhebliche Gegengründe vorliegen, um eine Gewinnerzielungsabsicht verneinen zu können. Das starke Indiz der Marktpreisorientierung wird noch verstärkt, wenn sich bspw. eine Tierschutzorganisation, die aus ideellen Gründen hilfsbedürftigen Hunden ein Asyl in Deutschland gewähren will, augenfällig auf die Hunderassen und -alter konzentriert, die gerade auf dem deutschen Hundemarkt sehr begehrt sind (zu Recht so argumentierend die Veterinärverwaltung im Fall des VG München, a.a.O., Rnr. 8, das allerdings dieses Argument nicht in seine Urteils-erörterung mit aufgenommen hat). Die ideelle, gemeinnützige Zielsetzung, die mit der Verbringung der Hunde aus dem Ausland verbunden wird, hindert nicht an der Annahme einer Gewinnerzielungsabsicht, solange die Gewinnerzielung neben dem ideellen Zweck als Nebenziel hinzutritt. Auch die spätere ideelle Verwendung der Einnahmen, d. h. die ideelle Gewinn“verwendungs“absicht, lässt noch nicht eine Gewinn“erzielungs“absicht entfallen: Ähnlich wie bei einem Vereinsfest, das für eine wohltätige Spende veranstaltet wird, oder wie bei den „Dritte-Welt-Läden“ wird auch bei der Hundevermittlung zunächst Geld eingenommen und erst dann in einem

weiteren Schritt für altruistische Zwecke verwendet (OVG Hamburg „Scientology Church“-Fall, Urt. v. 6.7.1993, - Bf VI 12/91 -, NVwZ 1994, 192, zit. nach Juris, Rnr. 223; VG München, a.a.O., Rnr. 42; Sprenger-Richter B Rnr. 20; Pielow Rnr. 152; Tettinger, Rnr. 18 u. 22).

Anhand dieser groben Orientierungsmarken müssen die Veterinärbehörden in jedem Einzelfall aufgrund ihrer Amtsermittlungspflicht (§ 24 Abs. 1 S. 1 Landesverwaltungsverfahrensgesetz, im folg.: LVwVfG) im Rahmen einer umfassenden Gesamtschau alle für und gegen eine Gewinnerzielungsabsicht sprechenden Indiztatsachen ermitteln (§ 24 Abs. 2 LVwVfG). Die mögliche Vielzahl unterschiedlicher Konstruktionen der Hundevermittlung wird die Entscheidung zur Gewinnerzielungsabsicht von Fall zu Fall unterschiedlich ausfallen lassen.

Bei der Ermittlung der Gewinnerzielungsabsicht steht den Veterinärbehörden im Tierschutzrecht allerdings eine besonders scharfe Waffe zur Verfügung. In den meisten anderen Rechtsgebieten ist die Behörde bei der Sachverhaltsaufklärung auf die rechtlich nicht erzwingbare Mitwirkungsobliegenheit der Beteiligten angewiesen (§ 26 Abs. 2 S. 1 LVwVfG). Hier kann sich allerdings die Verwaltung zumindest für die Frage der Gewinnerzielungsabsicht auf eine Rechtsprechung abstützen, die im Parallellfall der prozessualen Mitwirkungsobliegenheit eine der Beweislastumkehr gleichkommende Beweiswürdigung vornahm; so hat das OVG Hamburg („Scientology Church“-Fall, Urt. v. 6.7.1993, - Bf VI 12/91 -, NVwZ 1994, 192, zit. nach Juris, Rnr. 208 iV. mit Leitsatz 5) aus der Weigerung eines Vereins, seine wirtschaftlichen Daten für die Ermittlung einer Gewinnabsicht vollständig offenzulegen, auf einen Überschuss geschlossen und damit eine Gewinnerzielungsabsicht bejaht. Im Tierschutzrecht dagegen besteht – außer im Falle eines Aussageverweigerungsrechts – eine bußgeldbewehrte Aussagepflicht (vgl. §§ 16 Abs. 2 u. 4, 18 Abs. 1 Nr. 26 TierSchG, § 26 Abs. 2 S. 3 Alt. 2 LVwVfG), die auf der Grundlage des § 16 a TierSchG durch einen Verwaltungsakt konkretisiert und bspw. im Rahmen der Verwaltungsvollstreckung mit Zwangsgeld durchgesetzt werden kann.

Bei der Beweiswürdigung ist zu beachten, dass nicht immer alle von den Tierschutzorganisationen vorgetragene Verlustposten berücksichtigungsfähig sind. So dürfen keine Verlustposten einfließen, die nicht im Zusammenhang mit der Hundehaltung stehen (VG München, Urt. v. 9.4.2008, - M 18 K 07.1105 -, Juris, Rnr. 42); bspw. wären aber auch die Transportkosten als Kostenpunkt abzulehnen, wenn die Hunde von Vereinsmitgliedern mit ihrem eigenen PKW aus dem Ausland transportiert werden, ohne dass der Verein diesen Mitgliedern die Kosten erstattet. Überprüft werden muss schließlich auch, ob eine publik gemachte Vermittlung von hilfsbedürftigen Hunden aus dem Ausland letztlich auch dazu dienen soll, das Spendenaufkommen zu erhöhen; selbst eine solche nur mittelbare Gewinnerzielungsabsicht kann ausreichen (BVerwGE 20, 325; Tettinger 2004, Rnr. 17).

Allein diese – hier nicht abschließend aufzählbaren – Detailfragen und die oben nur in groben Zügen mögliche Linienführung einer Unterscheidung zwischen Gewinnerzielungs- und Kostenminderungsabsicht zeigen, mit welchen Unsicherheiten die Ermittlung einer Gewinnerzielungsabsicht verbunden ist. Diese Unsicherheit geht in vielen Fällen zulasten der Tiere und widerspricht daher dem Grundanliegen des Tierschutzgesetzes. Darum muss die radikale Frage erlaubt sein, ob die Gleichsetzung des tierschutzrechtlichen Begriffs der „Gewerbsmäßigkeit“ mit dem des Gewerberechts nicht verfehlt ist und daher das Merkmal der „Gewinnerzielungsabsicht“ im Tierschutzrecht entbehrlich ist.

### **c. Die neue Auslegung des Tatbestandsmerkmals „gewerbsmäßig“**

Dazu hat bereits das MLR Bad.-Württ. einen von der LAV – Arbeitsgruppe Tierschutz“ (Sitzung am 17./18. März 2010) zustimmend rezipierten Vorschlag gemacht, dem ich nicht folge und daher einen eigenen gegenüberstelle:

#### **aa. Der europarechtlich orientierte Vorschlag einer neuen Auslegung**

Die Veterinärverwaltung (LAV – Arbeitsgruppe Tierschutz“, Sitzung am 17./18. März 2010) will die bereits mehrfach erwähnte Entscheidung des EuGH (Urt. v. 10.01.2006, Rs C-222/04, Rnr. 123) zur steuerlichen Begünstigung einer Bankenstiftung auf die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „gewerbsmäßig“ iS. des § 11 Abs. 1 S.1 Nr. 3 lit. b TierSchG anwenden. Nach dem EuGH ist das Anbieten von Gütern oder Dienstleistungen auch ohne Absicht der Gewinnerzielung eine „wirtschaftliche“ Tätigkeit, weil das Angebot mit anderen Wirtschaftsteilnehmern konkurriert.

Diese Auffassung übersieht, dass der EuGH eine Entscheidung für die europäische Rechtsordnung getroffen hat. Die dabei betroffenen europäischen Normen beziehen sich auf Rechtsgebiete (staatliche Beihilfen durch Steuererleichterung), die nichts mit dem Tierschutz zu tun haben. Die Auslegung des EuGH könnte für die Auslegung einer Regelung des Tierschutzgesetzes nur dann rechtlich bedeutsam sein, wenn diese eine europäische Richtlinie im nationalen Recht umsetzt. Dies ist bei § 11 Abs. 1 S.1 Nr. 3 lit. b TierSchG nicht der Fall. Wenn das Europarecht im Hinblick auf „Unternehmen“ auf das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht verzichtet (wie Pielow 2009, Rnr. 146 richtig feststellt), so geschieht dies im Hinblick darauf, dass die europäische Rechtsordnung im historischen Kern eine Marktordnung ist; diese versucht alles Marktrelevante im europäischen Rechtsraum so zu vereinheitlichen, dass sich rechtliche Divergenzen der Mitgliedstaaten nicht mehr markthemmend auswirken können. Aus diesem Grund kann auf das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht verzichtet werden, wenn sich eine Tätigkeit in wirtschaftlicher Hinsicht ohne sie genauso auswirken kann, wie mit ihr.

Die Gewinnerzielungsabsicht im deutschen Gewerberecht verfolgt dagegen völlig andere Zwecke. Nicht das Funktionieren des Markts soll geschützt werden. Traditionell wird vielmehr aus einer mit Gewinnerzielungsabsicht verfolgten wirtschaftlichen Tätigkeit eine erhöhte Gefährlichkeit gefolgert, vor der die Allgemeinheit und der Einzelne durch präventive behördliche Kontrolle geschützt werden müssen (BVerwG 105, 313, zit. nach Juris, Rnr. 22; Pielow 2009, Rnr. 146); daneben soll das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht vor allem rein gemeinnützige Betätigungen und bestimmte „Bagatellfälle“ aus der Gewerbeüberwachung ausscheiden (Pielow 2009, Rnr. 146). Schon allein wegen dieser strukturellen Unterschiede zwischen nationalen und europäischen Rechtsgebieten, die nicht rechtlich miteinander verzahnt sind, kann der Verzicht des EuGH auf die Gewinnerzielungsabsicht ebenso wenig Bedeutung für die Auslegung des Merkmals der Gewerbsmäßigkeit im deutschen Tierschutzrecht haben, wie im Gewerberecht, wo die Absicht der Gewinnerzielung vom BVerwG als „unverzichtbares Element des Gewerbebegriffes“ bezeichnet wird (BVerwG, Urt. v. 5.11.1985, - 1 C 14/84 -, NVwZ 1986, 296, zit. nach Juris, Rnr. 16).

Der europarechtlich orientierte Vorschlag einer neuen Auslegung ist daher mangels „europarechtlicher Präformierung“ des tierschutzrechtlichen Gewerbebegriffs abzulehnen. Jedoch kann eine eben angestellte Überlegung eine wesentlich standfestere Ausgangsgrundlage für eine neue Auslegung bieten. Zu fragen ist:

Wenn die Gewinnerzielungsabsicht ein spezifisches Merkmal ist, um Zwecke des Gewerbe-rechts zu erreichen, ist sie dann gleichermaßen geeignet, anders gelagerte Ziele des Tier-schutzes zu verwirklichen? Diese Fragestellung führt zum Vorschlag einer am Sinn und Zweck (gr. „telos“) des Tierschutzgesetzes orientierten, teleologischen Auslegung des Merkmals der Gewerbsmäßigkeit.

## **bb. Der am Gesetzeszweck orientierte Vorschlag einer neuen Auslegung**

### **(1) Die Relativität des Gewerbebegriffs**

Die notgedrungene Vermutung des BVerwG (BVerwGE 3, 179, 180 f.; im Erg. ebenso Goetschel, Rnr. 11), es sei grundsätzlich nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber mit der Verwendung des Wortes „gewerbsmäßig“ einen anderen Begriff als den des Gewerbe-rechts wählen wollte, zeigt, dass es im Gesetzgebungsverfahren keinen ausreichenden Beleg für eine entsprechende historische Auslegung gibt. Für das Tierschutzrecht wurde zumindest bisher kein Hinweis gefunden. Die Norminterpretation der AVV entstammt der Exekutive und kann damit keine authentische Interpretation eines „Parlamentsgesetzes“ sein (zur „authentischen“ Interpretation Ossenbühl 1968, 288 ff., 301). Die Vermutung des BVerwG widerspricht über-dies der Erkenntnis der Rechtslehre, dass das öffentliche Recht keinen einheitlichen Begriff des Gewerbes kennt (Pielow 2009, Rnr. 134 u. 138 f.: „Ein ... gesetzesübergreifendes Ver-ständnis des ‚Gewerbes‘ ist weiterhin nicht ersichtlich ...“). Auch der Bundesgerichtshof (BGH) hat schon 1960 darauf hingewiesen, dass die verschiedenen Gesetze den Begriff „Gewerbebetrieb“ nicht immer mit einem völlig gleichen Inhalt gebrauchen; der Begriff werde „im Einzelfall von diesem oder jenem Gesetz mit einer bald engeren, bald weiteren Bedeutung versehen“ (BGHZ 33, 321, zit. nach Juris, Rnr. 12; Hopt 2010, Rnr. 11).

Dies bestätigt die „Relativität“ der Rechtsbegriffe, die bspw. dazu führt, dass der „Besitz“ im Zivilrecht etwas anderes bedeutet, als im Strafrecht und sogar im BGB nicht stets dieselbe Bedeutung hat (Engisch 1935, S. 44 f.). Die begriffliche Einheit der Rechtsordnung ist eine rechtspolitische bzw. rechtstheoretische Forderung, ein entsprechendes verfassungsrechtliches Gebot existiert nicht (Felix 1998, S. 226). Daher gibt es weder eine Vermutung noch ein Gebot, die Gewerbsmäßigkeit im Tierschutzgesetz mit dem Begriff der Gewerbeordnung gleich-zusetzen.

### **(2) Die Notwendigkeit einer teleologisch-funktionellen Ausrichtung des Gewerbebegriffs**

So wie die Merkmale des Gewerbebegriffs in der Gewerbeordnung darauf ausgerichtet sind, die gesetzgeberischen Zwecke der Gewerbeordnung zu erfüllen, so muss der Begriff der Ge-werbsmäßigkeit im Tierschutzgesetz der Erreichung der Ziele dieses Gesetzes dienen (allg. zur Notwendigkeit einer teleologischen Auslegung des Gewerbebegriffs Tettinger 2004, Rnr. 12 u. Hopt 2010, Rnr. 11). Es liegt auf der Hand, dass die Gewerbeordnung andere Ziele (s.o. unter aa.) verfolgt als der Tierschutz. Schon allein darum kann der tierschutzrechtliche Gewerbebegriff nicht derselbe sein wie der gewerberechtliche.

In Anlehnung an die ursprünglich aus dem Völkerrecht stammende Auslegungsregel des „ef-fet utile“, der sich auch der EuGH bedient (Potacs 2009, 467 f.), darf meiner Auffassung nach der teleologisch ausgerichtete Begriff der Gewerbsmäßigkeit nur Merkmale enthalten, welche eine möglichst weitreichende Zweckerreichung ermöglichen; dagegen darf er keine Merkmale enthalten, welche die Zweckerreichung nicht fördern oder gar beeinträchtigen. Was bedeutet dies für das umstrittene Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht?

Bemerkenswert ist zunächst, dass die Rechtslehre, je mehr sie sich der teleologischen Auslegung des Gewerbebegriffs zuwendet und das Begriffsverständnis nach den spezifischen Zwecken des jeweiligen Gesetzes ausrichtet, vom Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht abbrückt. Als Beispiel sei der handelsrechtliche Gewerbebegriff (vgl. § 1 Handelsgesetzbuch) genannt. Die Differenzierung des Gewinnbegriffs in der modernen Betriebswirtschaftslehre, das Auftreten von Abschreibungsgesellschaften und gemeinnützigen Unternehmen usw. haben zu Organisationsformen geführt, die der historische Gesetzgeber noch nicht bedacht hat. Für diese neuen Organisationsformen greifen die Zwecke und Charakteristika des Handelsrechts, wie bspw. Einfachheit und Schnelligkeit im Rechtsverkehr (Hopt 2010, Rnr. 11), auch dann ein, wenn es an einer Gewinnerzielungsabsicht fehlt. Darum wird im Handelsrecht überwiegend auf dieses subjektive Merkmal verzichtet (Tettinger 2004, Rnr. 12) und objektivierend auf eine „anbietende, entgeltliche Tätigkeit an einem Markt“ abgestellt (Hopt, Rnr. 16; ähnlich auch OLG Dresden, Urt. v. 20.11.2001, - 2 U 1928/01 -, NJW-RR 2003, 257, hier zit. nach Juris, Rnr. 14-16 u. 31, wonach eine „entgeltliche Tätigkeit am Markt“ ausreicht, ohne dass es auf eine Gewinnerzielungsabsicht ankommt).

Auch der Gewerbebegriff im „Mutterhaus“ der Gewerbeordnung ist einem Wandel ausgesetzt. Es lässt sich auch im Gewerberecht nicht (mehr) pauschal sagen, ob bei fehlender Gewinnerzielungsabsicht die gewerberechtliche Überwachungsbedürftigkeit entfällt (so Tettinger 2004, Rnr. 12). Obgleich noch 1985 das BVerwG die Absicht der Gewinnerzielung als „unverzichtbares Element des Gewerbebegriffes“ bezeichnet hat (BVerwG, Urt. v. 5.11.1985, - 1 C 14/84 -, NVwZ 1986, 296, zit. nach Juris, Rnr. 16), gibt es inzwischen Stimmen in der Rechtslehre, die auch bei einer bloßen Absicht der Kostenminderung ein Gewerbe bejahen, solange eine objektive Möglichkeit der Gewinnerzielung nicht ausgeschlossen ist (Pielow 2009, Rnr. 150).

Schon dieser kurze Überblick zeigt, wie bedenklich es ist, dem Tierschutzgesetz pauschal einen gewerberechtlichen Begriff der „Gewerbsmäßigkeit“ zu unterstellen und diese zu verneinen, wenn eine Gewinnerzielungsabsicht fehlt. Die Widersinnigkeit wird deutlich, wenn man die 2006 ergangene BGH-Entscheidung des 8. Zivilsenats zum Gewerbebegriff im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs heranzieht (BGHZ 166, 2250); dies ist meiner Auffassung nach eine höchstrichterliche Entscheidung, die gerade auch für den Gewerbebegriff des Tierschutzgesetzes eine wegweisende Orientierung bietet.

### **(3) Die Signalentscheidung des BGH zum Gewerbebegriff im Verbrauchsgüterkauf**

Beim Verbrauchsgüterkauf (§ 474 Abs. 1 BGB) gibt es den Verbraucher schützende Regeln, die ihn besser stellen als einen gewerblichen Kunden (vgl. bspw. zur Beweislastumkehr § 476 BGB). Dem Verbraucher als Käufer steht als Verkäufer der „Unternehmer“ gegenüber; dieser wird in § 14 BGB u.a. als eine Person definiert, die beim Abschluss des Rechtsgeschäfts „in Ausübung ihrer gewerblichen Tätigkeit handelt.“

Im Streitfall wehrte sich der Beklagte dagegen, sich als „Unternehmer“ die strengeren Regeln des Verbrauchsgüterkaufs entgegenhalten lassen zu müssen. Der Beklagte betrieb eine Pferdezucht als Hobby und bot planmäßig und dauerhaft nicht nur Deckhengste zur Zucht an, sondern verkaufte auch Pferde aus der eigenen Nachzucht. Der Beklagte wandte ein, auch wenn er aufgrund des planmäßigen und dauerhaften Vorgehens geschäftsmäßig auftrete, läge dennoch keine gewerbliche Tätigkeit vor. Es fehle ihm an einer dafür erforderlichen Absicht der Gewinnerzielung, da seine Geschäfte nur dazu dienten, die Verluste etwas zu reduzieren (BGHZ 166, 2250, zit. nach Juris, Rnr. 14 f.).



Der BGH war – wie schon zuvor bei einer Entscheidung zum Verbraucherkredit (BGHZ 155, 240) – nicht bereit, die Absicht der Gewinnerzielung als konstitutives Merkmal für das Vorliegen eines Gewerbe anzusehen. Dies begründete er damit, dass kein überzeugender Grund dafür ersichtlich sei, „den Verbraucherschutz beim Verbrauchsgüterkauf davon abhängig zu machen, ob der Verkäufer mit einer **in professioneller Weise betriebenen Geschäftstätigkeit** Gewinn erzielen oder [...] damit lediglich Verlust reduzieren will.“ Nichts spreche dafür, „das **Schutzbedürfnis des Verbrauchers**, auf das für den Anwendungsbereich des Gesetzes wesentlich abzustellen ist, für geringer zu erachten, wenn dem Verkäufer, der am Markt – nach seinem ganzen Entscheidungsbild – als Unternehmer auftritt, die Absicht der Gewinnerzielung fehlt.“ (BGH 166, 2250, zit. nach Juris, Rnr. 18 a.E.; Hervorhebungen v. Verf.). Der Gewerbebegriff sei nach **objektiven** Gegebenheiten auszurichten; dem habe sich auch die ältere Rechtsprechung des BGH zum handelsrechtlichen Gewerbebegriff angenähert (BGHZ 33, 321, 324; BGHZ 95, 155, 177), die den Zweck der Gewinnerzielung dahin verstanden habe, dass der Geschäftsbetrieb auf Erzielung „dauernder Einnahmen“ gerichtet sei. Beim Beklagten sei dies der Fall, da die von ihm betriebene Pferdezucht zur Deckung der damit verbundenen Kosten **auf die Erzielung wiederkehrender Einnahmen** durch Deckgelder und Verkaufserlöse **ausgerichtet** sei (BGHZ 166, 2250, zit. nach Juris, Rnr. 18 f.). Muss nicht das, was hier vom BGH für den Verbraucherschutz eingefordert wird, gleichermaßen auch für den Tierschutz gelten?

#### (4) Der tierschutzrechtliche Gewerbebegriff

Wenn eine Tierschutzorganisation dauerhaft und planmäßig im erheblichen Umfang Hunde aus dem Ausland verbringt, um sie im Inland Dritten gegen Zahlung einer „Schutzgebühr“ anzubieten, ist das nicht mehr mit den Einzelaktionen einer tierliebenden Privatperson vergleichbar; die Tierschutzorganisation handelt hier geschäftsmäßig wie ein Unternehmen. Soll man, in den Worten des BGH gesprochen, in einem solchen Fall den Tierschutz davon abhängig machen, ob eine professionell auftretende Tierschutzorganisation Gewinn erzielen oder nur ihre Kosten reduzieren will? Hat die Verbringung der Hunde aus dem Ausland erst einmal einen bestimmten Umfang erreicht, kann das Schutzbedürfnis der Hunde, auf das nach dem Zweck des Tierschutzgesetzes im Wesentlichen abzustellen ist, nicht geringer veranschlagt werden, wenn die Tierschutzorganisation, statt Gewinn zu erzielen, nur die Kosten senken will.

Das Tierschutzgesetz will mit dem Begriff der Gewerbsmäßigkeit die präventive Kontrolle und die erhöhten Anforderungen an die verantwortlichen Personen in den Fällen einführen, in den durch das dauerhafte und planmäßige Handeln dieser Person bzw. ihrer Organisation eine Vielzahl von Tieren betroffen ist. Die erhöhte Gefährlichkeit für die Tiere tritt hier nicht erst mit der Absicht der Gewinnerzielung ein, sondern bereits mit dem Umfang der Tätigkeit, der die Überschaubarkeit eines privaten Haushalts, in dem Tiere gehalten werden, überschreitet. Lässt man die erhöhten Tierschutzanforderungen erst bei einer Gewinnerzielungsabsicht eingreifen, beeinträchtigt dies die Wirksamkeit des Tierschutzes. Er ist lückenhaft. Ein Indiz dafür, dass ein geschäftlicher Umfang erreicht wird, der zu erhöhten Anforderungen an den Tierschutz führen muss, ist das Anschwellen von Kosten; diese wecken ab einem gewissen Umfang der Tätigkeit das Bedürfnis nach einer Kostenreduzierung, sodass die Tätigkeit nicht mehr unentgeltlich vorgenommen wird. Im Gewerbebegriff des Tierschutzgesetzes ist daher das Merkmal der „Gewinnerzielungsansicht“ durch das Merkmal der „Entgeltlichkeit“ zu ersetzen.

Diese Überlegungen führen zu folgenden Ergebnissen:

- Es gibt weder eine Vermutung noch ein Gebot, die Gewerbsmäßigkeit im Tierschutzgesetz mit dem Begriff der Gewerbeordnung gleichzusetzen.
- Der Auslegung des Begriffs der Gewerbsmäßigkeit im Tierschutzgesetz hat sich nach dessen Zielen auszurichten, nicht nach den Zielen des Gewerberechts.
- Der Begriff der tierschutzrechtlichen Gewerbsmäßigkeit darf nur Merkmale enthalten, welche eine möglichst weitreichende Zweckerreichung des Tierschutzgesetzes ermöglichen; dagegen darf er keine Merkmale enthalten, welche die tierschutzrechtliche Zweckerreichung nicht fördern oder gar beeinträchtigen.
- Das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht ist aufzugeben, da es zu Lücken im Tierschutz führt, indem die Notwendigkeit erhöhter tierschutzrechtlicher Anforderungen bereits mit der Kostenminderungsabsicht und nicht erst mit der Absicht der Gewinnerzielung indiziert wird.
- Für die Gewerbsmäßigkeit im Tierschutzrecht ist es notwendig, aber auch ausreichend, dass eine selbstständige, dauerhafte und planmäßige Tätigkeit vorliegt, deren Umfang, der erhöhte tierschutzrechtliche Anforderungen notwendig werden lässt, dadurch indiziert wird, dass für die Tätigkeit ein Entgelt verlangt wird, das die Kosten zumindest reduzieren soll.

Dies bedeutet:

**Selbstständig**, d. h. auf eigene Rechnung, unter eigener Verantwortung und grundsätzlich im eigenen Namen handelnde Tierschutzorganisationen, die nicht nur gelegentlich oder vorübergehend, sondern **planmäßig wiederholend** Hunde aus dem Ausland holen bzw. holen lassen und sie im Inland Dritten regelmäßig gegen ein **zumindest Kosten minderndes Entgelt** überlassen, „handeln“ im Sinne des Tierschutzgesetzes „gewerbsmäßig“ mit diesen Hunden. Die Verbringung und Vermittlung von Hunden aus dem Ausland ist in diesem Fall **erlaubnispflichtig**, d. h. rechtlich nur zulässig, wenn eine vorherige Kontrollerlaubnis der zuständigen Veterinärbehörde vorliegt (§ 11 Abs. 1 S.1 Nr. 3 lit. b TierSchG).

#### **(5) Annex: Die „Allgemeine Verwaltungsvorschrift“ als Hindernis für eine neue Auslegung?**

Nr. 12.2.1.5 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Durchführung des Tierschutzgesetzes (AVV) orientiert ihre Interpretationshilfe des Begriffs „gewerbsmäßig“ am Gewerbeamt und fordert daher das Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht (s.o. unter b. aa.).

Die Veterinärverwaltung (LAV – Arbeitsgruppe „Tierschutz“, Sitzung am 17./18. März 2010) meint, diese Auslegung der AVV ändere nichts daran, dass eine Gewinnerzielungsabsicht nach der Rechtsprechung des EuGH irrelevant sei. Dies entspricht der allgemeinen Auffassung, dass von einer norminterpretierenden Verwaltungsvorschrift abgewichen werden müsse, wenn sie unzutreffend sei (Hirt et al. 2007, Rnr.2). In eine ähnliche Richtung weist eine frühe Entscheidung des BVerwG (E 10, 12, 14), wonach ein Rundschreiben der vorgesetzten Behörden deshalb nicht bindend sei, „weil sich ein Verwaltungsakt im Rahmen des Rechts halten“ müsse.

Ein Beamter, der diesen Auffassungen folgt, läuft Gefahr mit dem Disziplinarrecht Bekanntheit zu machen. Die beamtenrechtliche Gehorsamspflicht gegenüber seinen Vorgesetzten

(vgl. bspw. § 74 S. 2 LBG Bad.-Württ.) erstreckt sich nach einhelliger Auffassung auch auf die Beachtung der Verwaltungsvorschriften Ossenbühl 1968, 485). Hält ein Beamter die Verwaltungsvorschrift für nichtig oder rechtswidrig, kann er remonstrieren (§ 75 Abs. 2 LBG Bad.-Württ.); er muss jedoch die von ihm für rechtswidrig oder nichtig gehaltene Vorschrift anwenden, weil er keine Verwerfungskompetenz besitzt (Ehlers 2005, Rnr. 114; Bachof 1963, S. 227; Ossenbühl 1968, S. 285).

Es fragt sich, ob es neben dieser Innenrechtsbindung auch eine Außenrechtsbindung gibt. Verwaltungsvorschriften sind Rechtssätze des Innenrechts, könne jedoch über den Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) mittelbar Außenrechtswirkung erhalten (Maurer 2009, § 15, Rnr. 15-31). Gibt es demnach einen auf Art 3 Abs. 1 GG gestützten Anspruch einer Tierschutzorganisation, dass die Verwaltung nach wie vor am Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht festhält? Dies ist zu verneinen, denn der Bürger kann eine Maßnahme nur wegen ihrer Gesetzwidrigkeit, nicht aber deswegen angreifen, weil von einer norminterpretierenden Verwaltungsvorschrift abgewichen wurde (Ossenbühl 1968, S. 545).

Es verbleibt die Frage, ob der rechtsanwendende Organwalter die Bindung der Verwaltungsvorschrift zugunsten einer neuen Auslegung der Gewerbsmäßigkeit überwinden kann, ohne dass die Verwaltungsvorschrift von der Bundesregierung geändert werden muss. Hier bietet sich folgende Überlegung an:

Die Verwaltungsvorschrift ist ein Rechtssatz, der gegen die gesetzliche Regelung des § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 lit. b TierSchG verstößt, wenn man ihn so liest, dass eine Gewerbsmäßigkeit „nur“ dann bejaht werden kann, wenn eine Gewinnerzielungsabsicht vorliegt. In Anlehnung an die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen ist zu prüfen, ob die Verwaltungsvorschrift einer anderen gesetzeskonformen Auslegung zugänglich ist. Dies ist zu bejahen, da man vom insoweit unvollständigen Wortlaut her die Verwaltungsvorschrift wortlautergänzend auch so lesen kann, dass eine Gewerbsmäßigkeit „insbesondere“ zu bejahen ist, wenn eine Gewinnerzielungsabsicht vorliegt. Diese gesetzeskonforme Auslegung würde bedeuten, dass die norminterpretierende Verwaltungsvorschrift nur den klaren Fall benennt, in dem eine Gewerbsmäßigkeit unstreitig vorliegt, wohingegen sie zu den streitigen Fällen (Kostenminderungsabsicht ausreichend?) keine Stellung beziehen will, um so dem rechtsanwendenden Organwalter einen Spielraum zu belassen, die Auslegung der Norm an eine sich möglicherweise verändernde Rechtsauffassung in Rechtsprechung und Rechtslehre anzupassen. Diese dynamische Sichtweise dürfte für norminterpretierende Verwaltungsvorschriften zutreffen, weil andernfalls der Organwalter über seine Gehorsamspflicht gezwungen wäre in rechtswidriger Weise eine Gewerbsmäßigkeit erst dann anzunehmen, wenn eine Gewinnerzielungsabsicht vorliegt. Dies entspräche weder dem Rechtsstaatsprinzip noch dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. III GG).

Dennoch wäre es empfehlenswert, auf eine klarstellende Neuregelung in Nr. 12.2.1.5 AVV hinzuwirken.

### **C. Zusammenfassung**

Deutsche Tierschutzorganisationen holen zunehmend Hunde aus dem Ausland, um sie im Inland an Dritte zu vermitteln. Diese zahlen eine Gebühr, der zumeist dem Marktpreis der Hunde entspricht. Der neue Hundehalter erhält eine zeitlich unbegrenzte tatsächliche Verfügungsgewalt (Besitz), die rechtliche Verfügungsmacht (Eigentum) über den Hund bleibt bei den Tierschutzorganisationen. Da die entgeltliche Besitzüberlassung und der Umfang der Vermittlungen wirtschaftlich relevant sind, sind für den Transport nach Deutschland tier-

schutz- und tierseuchenrechtlich die für den gewerblichen Handel bestimmten europäischen Vorschriften anzuwenden. Wegen der Marktrelevanz der Tätigkeit kommt es dabei auf eine Gewinnerzielungsabsicht der Tierschutzorganisationen nicht an (EuGH).

Ob die Vermittlung ausländischer Hunde als „gewerbsmäßiger Handel“ im Sinne des deutschen Tierschutzgesetzes einer behördlichen Erlaubnis bedarf, die erhöhte Anforderungen an die Sachkunde der verantwortlichen Person und an die vorübergehende Unterbringung der Hunde stellt, hängt nach herrschender Rechtsauffassung davon ab, ob im Sinne des Gewerberechts eine Gewinnerzielungsabsicht vorliegt. Die Tierschutzorganisationen behaupten, die Vermittlungsgebühr diene nicht der Gewinnerzielung, sondern nur der Minderung ihrer Kosten. Mit dem Nachweis der Gewinnerzielungsabsicht sind erhebliche Rechtsunsicherheiten verbunden. Rechtsprechung und Rechtslehre übersehen, dass das Tierschutzgesetz einen eigenen Gewerbebegriff besitzt, dessen Auslegung sich nach den Zielen des Tierschutzrechts, nicht nach den Zielen des Gewerberechts auszurichten hat. Für die Gewerbsmäßigkeit im Tierschutzrecht ist es daher notwendig, aber auch ausreichend, dass eine selbstständige, dauerhafte und planmäßige Tätigkeit vorliegt, deren Umfang, der erhöhte tierschutzrechtliche Anforderungen notwendig werden lässt, dadurch indiziert wird, dass für die Tätigkeit ein Kosten minderndes Entgelt verlangt wird. Die Vermittlung ausländischer Hunde durch Tierschutzorganisationen ist damit erlaubnispflichtig.

## Summary

German animal welfare organisations are increasingly bringing dogs back from abroad to rehome them in Germany. The people the dogs are rehomed with pay a fee that is usually much the same as the market price for the dog. The new “foster parent” has the *de facto* control over the dog, i.e. has possession of the dog, for an unlimited period of time, but the legal power of disposal remains with the animal welfare organisation. As the activities are of commercial relevance because fees are charged for the transfer of possession and because of the extent of the rehoming activities, the European animal protection and animal health regulations governing commercial trade are applicable to the transportation of the dogs to Germany. Because of the market relevance of this activity, it makes no difference whether the animal welfare organisations intend to make a profit or not (ECJ).

The prevailing legal opinion has it that the question of whether the rehoming of dogs from abroad - as a “commercial trade” under the definition contained in the German Animal Welfare Act - requires an official permit, which would involve stricter requirements as regards the expertise of the persons in charge of the rehoming activities and the temporary placements for the dogs, depends on whether, based on the definition under trade law, the organisation in question has the intention to make a profit. The animal welfare organisations argue that in charging rehoming fees their aim is not to make a profit, but simply to reduce their costs. There are significant legal uncertainties involved in attempting to prove that their intention is to make a profit. The courts and legal theorists overlook the fact that the German Animal Welfare Act has its own definition of commercial trade and that an interpretation of this term must be based on the objectives of animal welfare law, and not those of trade law. Hence, for an activity to be deemed a commercial activity under animal welfare law, it is necessary – but also sufficient – that that activity be independent, long-term, and planned and that a cost-reducing fee be charged for the activity, thus indicating that the scope of such activity is such that stricter standards apply under animal welfare law. The rehoming of foreign dogs by animal welfare organisations is therefore subject to a permit.

\* Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Meinung des Autors wieder. Für den Anstoß zu diesem Thema und materialreiche Anregungen habe ich herzlichst zu danken Herrn VetD Dr. Bolko v. Zakrzewski, Ministerium für Ländlichen Raum, Ernährung und Verbraucherschutz Baden-Württemberg.

## Literatur

**Bachof O (1963):** Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Ergänzter Abdruck der Rechtsprechungsberichte aus der Juristen-Zeitung 1957 und 1962/63, Teil 1: BVerwGE Bände 1–3; Teil 2: BVerwGE Bände 4–12, 1963.

**Ehlers D (2005):** Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Staat, in: Erichsen H-U, Ehlers D (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl.

**Engisch K (1935):** Die Einheit der Rechtsordnung.

**Felix D (1998):** Einheit der Rechtsordnung, Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur.

**Goetschel A (2002):** § 11, in: Kluge, Hans-Georg (Hrsg.), Tierschutzgesetz. Kommentar.

**Hirt A, Maisack C, Moritz J (2007):** § 11 TierSchG, in: dies., Tierschutzgesetz. Kommentar, 2. Aufl.

**Hopt K (2010):** § 1, in: Baumbach A, Hopt K (Hrsg.) (2010): Handelsgesetzbuch, 34. Aufl.

**Kahl G (2010):** § 1, in: Landmann, R v, Rohmer G (Hrsg.), Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, Bd. I. Gewerbeordnung. Kommentar (Stand: 1. April 2010).

**Maurer H (2009):** Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl.

**Mayer F (2006):** Europäisches Sprachenverfassungsrecht, in: Der Staat 44 (2005), S. 367–401, hier zit. nach: ders., Europäisches Sprachenverfassungsrecht, in: Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht, Paper 1/06 [2006], 1–27, <http://www.whi-berlin.de/sprachen.htm> (zuletzt: 30.Okt.2010).

**Metzger, E (2008):** 1 TierschG § 11, in: Lorz A, Metzger E, Tierschutzgesetz. Tierschutzgesetz mit Allgemeiner Verwaltungsvorschrift, Rechtsverordnungen und Europäischen Übereinkommen sowie Erläuterungen des Art. 20a GG. Kommentar, 6. Aufl.

**Ossenbühl F (1967):** Die Bindung der Verwaltung an die höchstrichterliche Rechtsprechung, in: AöR 92 (1967), 478–495.

**Ossenbühl F (1968):** Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz.

**Pielow J-C (2009):** § 1, in: Pielow J-C (Hrsg.), Gewerbeordnung. Kommentar.

**Potacs M (2009):** Effet utile als Auslegungsregel, in: EuR 2009, 465–487, [[http://www.europarecht.nomos.de/fileadmin/eur/doc/Aufsatz\\_EuR\\_09\\_04.pdf](http://www.europarecht.nomos.de/fileadmin/eur/doc/Aufsatz_EuR_09_04.pdf) (zuletzt: 30.Okt.2010)].

**Rengeling H-W, Szczekalla P (2007):** Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 (Drittbearbeitung, 131. Aktualisierung Sept. 2007), Rnr. 127–132, in: Dolzer R, Kahl W, Waldhoff C, Graßhof K (Hrsg.), Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Loseblatt (141. Akt. Juli 2010).

**Sprenger-Richter B (2002):** B. Der Gewerbebegriff, in: Robinski S, Sprenger-Richter B (Hrsg.). Gewerbe-recht. Ein Studienbuch, 2. Aufl.

**Tettinger P (2004):** § 1, in: Tettinger P, Wank R (Hrsg.) (2004): GewO. Gewerbeordnung. Kommentar, 7. Aufl.

**TVT (Tierärztliche Vereinigung für Tierschutz e.V.) (2009):** Hundeimporte aus Süd- und Osteuropa, Merkblatt Nr. 113, [<http://www.tierschutz-tvt.de/merkblaetter.html> (zuletzt: 30.Okt.2010)].