



Deutsche Juristische Gesellschaft
für Tierschutzrecht e.V.

Deutsche Juristische Gesellschaft für Tierschutzrecht e.V.
c/o Erna-Graff-Stiftung für Tierschutz • Waisenstraße 1 • 10179 Berlin

Bedarf die gemeinnützige Hilfe für ausländische Hunde durch inländische Tierschutzorganisationen mehr staatlicher Kontrolle?

c/o
Erna-Graff-Stiftung für Tierschutz
Waisenstraße 1
10179 Berlin
Telefon +49 (0)30 85 24 953
info@djgt.de
<http://www.djgt.de>

Eine Stellungnahme von *Almuth Hirt*, Vorsitzende Richterin am Bayerischen Obersten Landesgericht a.D. und Mitglied der Deutschen Juristischen Gesellschaft für Tierschutzrecht e.V.

Einführung

Tierschutzorganisationen, die Hunde - zu deren Wohl - aus dem Ausland nach Deutschland verbringen und gegen Zahlung einer „Schutzgebühr“ an Interessenten vermitteln, haben sich zunehmend damit auseinandersetzen, dass die Veterinärbehörden die Themafrage offenbar bejahen. Sowohl im Bereich der tierseuchenrechtlichen als auch der tierschutzrechtlichen Problematik sollen die strengeren Vorschriften über den gewerblichen Handel angewendet werden. Exemplarisch zeigt dies der Vortrag „Einfuhr und Verbringung von Hunden durch Tierschutzorganisationen“ von Dierk Thümmel, Regierungspräsidium Stuttgart, gehalten am 17.09.2010 im Rahmen einer Fortbildungsveranstaltung „Aktuelle Probleme des Tierschutzes“.¹

Strengere Kontrollen sieht das Gesetz² vor, wenn die Einhaltung tierschutzrechtlicher Vorschriften angesichts gegebener Gewinnerzielungsabsicht gefährdet erscheint. Bei Organisationen, die im konkreten Fall - nachweislich - satzungsgemäß Tierschutz befördern, liegt ein derartiger Zielkonflikt nicht vor. Diesem klaren Sachverhalt verschließt sich Dierk Thümmel. Auf annähernd 20 Seiten bemüht er verschiedene irrelevante Gesichtspunkte: Grad der Unkostendeckung, Gestaltungsdetails der Überlassungsvereinbarung, marktüblicher Preis, Auswahl der Rassen und (s)eine neue Auslegung des Gesetzes. Dringend vermisst man jegliche Erklärung für den strikten Änderungswillen, insbesondere einen Hinweis, warum die derzeitige Rechtslage, keine gerechte Lösung darstelle. Angesichts des

Sparkasse Münsterland Ost
Bankleitzahl 400 501 50
Konto 0000 496 448

¹http://www.doggenetz.de/index.php?option=com_content&view=article&id=176:aua-40-lala&catid=35:aua&Itemid=53

² § 11 Abs.1 S.1 Nr.3 Buchst.b) TierSchG

IBAN: DE84
4005 0150 0000 4964 48
BIC: WELADED1MST

offenkundig millionenfachen Elends der unter der Aufsicht der Veterinärbehörden gehaltenen Nutztiere, wird dem interessierten Bürger der hier gegenständliche Aktionismus dieser Behörden ein Rätsel bleiben. Vom massiven Vollzugsdefizit im Bereich des Tierschutzgesetzes wird er jedenfalls kaum ablenken können.

Im Einzelnen

A. Bereits aus der Einleitung des Vortrags ist die, sich durch die ganze Abhandlung ziehende, Tendenz erkennbar, das Verbringen von Hunden aus dem Ausland durch Tierschutzorganisationen zumindest zu erschweren, ohne dass dieses Anliegen näher begründet würde.

Der geäußerte Verdacht, die ansteigende Zahl der vermittelten Tiere lege nahe, dass „unter dem Deckmantel des Tierschutzes mit Hunden gehandelt“ würde, wird ebenfalls nicht begründet.

Unberücksichtigt ist ferner, dass es sich bei den Tierschutzorganisationen um gemeinnützige Körperschaften handelt, deren Satzungszweck auf eine möglichst erfolgreiche Förderung des Tierschutzes abzielt. Hieraus auf satzungsfremde Motive zu schließen, erscheint abwegig, zumindest höchst ungewöhnlich. Bei anderen gemeinnützigen Körperschaften, die sich beispielsweise der Förderung von Wissenschaft und Forschung oder des Wohlfahrtswesens verschrieben haben, wird bei einer erfolgreichen Tätigkeit auch nicht unterstellt, dass unter dem Deckmantel des Satzungszwecks vorrangig damit nicht konforme Ziele verfolgt werden.

B. Thümmel widmet sich zwei Problemkreisen, dem tierseuchenrechtlichen und dem tierschutzrechtlichen, mit Schwerpunkt auf dem letzteren.

I. Tierseuchenrecht

Entscheidend für die Beantwortung der Frage, ob auf das Verbringen von Hunden aus Mitgliedstaaten der EU bzw. die Einführung aus Drittländern nach

Deutschland die Vorschriften über die Einfuhr zu Nichthandelszwecken oder den gewerblichen Handel anzuwenden ist, ist die Definition des Heimtiers in Art.3 Buchst.a) der Verordnung (EG) Nr.998/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Mai 2003 (VO Nr.998/2003) über die Veterinärbedingungen für die Verbringung von Heimtieren zu anderen als Handelszwecken und zur Änderung der Richtlinie 92/ 65/ EWG des Rates. Heimtiere sind danach Tiere der in Anhang I genannten Arten³, die ihre Eigentümer oder eine andere natürliche Person, die während der Verbringung im Auftrag des Eigentümers für die Tiere verantwortlich ist, begleiten und nicht dazu bestimmt sind, Gegenstand eines Verkaufs oder einer Eigentumsübertragung zu sein. Nach den Abgabeverträgen der Tierschutzorganisationen findet weder ein Verkauf der Hunde noch eine Eigentumsübertragung statt. Es wird vielmehr ausdrücklich vereinbart, dass das Eigentum an den Hunden auch nach Zahlung einer Schutzgebühr bei der Tierschutzorganisation verbleibt und nur der Besitz an den Übernehmer übergeht. Mit derartigen Verträgen wird praxisüblich erreicht, dass der Schutz des Tieres nicht mit der Übergabe endet, sondern auch danach auf sein Wohlbefinden Einfluss genommen werden kann.

Damit ist die von den Tierschutzorganisationen durchgeführte Verbringung von Hunden nach Deutschland als nicht zu Handelszwecken einzustufen und unterliegt nicht den strengeren tierseuchenrechtlichen Bestimmungen für den gewerblichen Handel.

Soweit die „Länderarbeitsgemeinschaft gesundheitlicher Verbraucherschutz-Arbeitsgruppe Tierschutz“ (Sitzung am 17./ 18. März 2010)⁴ darauf abstellen will, dass die VO 998/ 2003 nur Anwendung findet, wenn es sich um Tiere bekannter Herkunft und bekanntem Gesundheitsstatus handele, und dies bei den von den Tierschutzorganisationen aus dem Ausland verbrachten Tiere nicht zutrefte, findet diese Ansicht in der VO 998/ 2003 keine Stütze.

Die VO 998/ 2003 stellt weder für die nichtgewerbliche noch für die gewerbliche Einfuhr bzw. Verbringung auf Tiere bekannter bzw. unbekannter Herkunft ab.

³ Anhang I Teil A Hunde und Katzen

⁴ Thümmel B.I.1. a.a.O

Heimtiere sind ohne Rücksicht auf ihre Herkunft in Art 3 Buchst.a) der VO definiert.

Welche weiteren Bedingungen ein Tier unbekannter bzw. fraglicher Herkunft, das den Voraussetzungen nach Art.3 Buchst.a) der VO 998/2003 entspricht, für seine Einfuhr erfüllen muss, ergibt sich hinsichtlich seiner Identifizierung aus Art.4 und hinsichtlich seines Gesundheitsstatus aus Art.5 der VO.

Im übrigen sind die erleichterten Einfuhr- und Verbringungsbedingungen der VO Nr. 998/2003 nicht auf den privaten Reiseverkehr beschränkt. Eine derartige Einschränkung ergibt sich weder aus der Überschrift noch aus dem Inhalt der Verordnung. Die Verordnung stellt nur auf die Verbringung zu anderen als Handelszwecken ab.

Dieses Ergebnis stellt Thümmel in Frage, in dem er ausgehend von einer angeblichen Divergenz der deutschen, englischen und spanischen Sprachfassung des Begriffs der „Eigentumsübertragung“ in Art.3 Buchst.a) der VO 998/2003 die entgeltliche Besitzübertragung der Eigentumsübertragung gleichstellt.

Dies hätte zur Folge, dass auch eine entgeltliche Besitzübertragung, wie sie nach den Abgabeverträgen der Tierschutzorganisationen erfolgt, nicht mehr dem Heimtierbegriff der VO 998/2003 unterfällt und die strengeren Vorschriften über den Handelsverkehr anzuwenden wären.

Thümmel stützt sich dabei auf einen Hinweis des Ministeriums für Ländlichen Raum, Ernährung und Verbraucherschutz Baden- Württemberg (MLR Bad.- Württ.), wonach die englische Sprachfassung „transferred to another owner“ nach Auskunft der im Internet aufrufbaren Übersetzungsmaschine der Europäischen Union neben dem deutschen Begriff der Eigentumsübertragung auch den der Besitzübertragung umfasst. Dieser Hinweis des MLR Bad.- Württ. ist allerdings nicht zutreffend. In der Übersetzungsdatenbank der EU wird „transferred of ownership“ als Rechtsbegriff übersetzt mit „Eigentumsübertragung/übereignen“, „owner“ als Rechtsbegriff mit „Eigentümer

einer Sache“ und „ownership“ im Fachgebiet Bürgerliches Recht mit „Eigentumsrecht“. Demgegenüber bedeutet „right of possession“ das „Nutzungsrecht an einer Sache“. „Possessor“ ist nach einem handelsüblichen Lexikon Englisch/ Deutsch der „Besitzer“. Nichts anderes ergibt sich für den spanischen Begriff „propiedad“, der nach der Übersetzungsbank der EU als Rechtsbegriff „Eigentum, Eigentumsrecht“ bedeutet.

Im übrigen kennt auch das englische Recht die Unterscheidung zwischen Eigentum und Besitz.

In „Einführung in das englische Recht“⁵ heißt es in § 7 II: „ Grundsätzlich bezeichnet ownership die Stellung des Eigentümers an Sachen, possession dagegen den unmittelbaren Besitz an einer Sache“.

Die Übersetzungsmaschine der EU scheidet somit als Begründung für den Hinweis des MLR Bad. Württ. auf den unterschiedlichen Sinngehalt der deutschen, englischen und spanischen Sprachfassung der „Eigentumsübertragung“ in Art.3 Buchst. a) der VO 998/2003 aus. In der Übersetzungsdatenbank der EU findet sich allerdings für den Begriff „possession“ unter der Rubrik „kein Fachgebiet“ die Übersetzung „Eigentums- oder Nutzungsrechte“. Dass sich der Hinweis des MLR Bad. Württ. hierauf stützt und nicht zwischen Eigentum und Besitz (owner und possessor) unterscheidet, ist jedoch kaum denkbar.

Als Ergebnis bleibt somit, dass die deutsche Sprachfassung des Art.3 Buchst.a) der VO 998/2003 nicht in Widerspruch zu den englischen und spanischen Sprachfassungen steht, diese vielmehr korrekt übersetzt sind. Der Rechtsprechung des EuGH, wonach bei der Auslegung europäischen Rechts der Wortlaut einer Bestimmung in allen Sprachfassungen gleichrangig heranzuziehen ist, ist somit Rechnung getragen.

Auch soweit Thümmel aus dem Erwägungsgrund 11 der VO 998/2003 schlußfolgert, die Verbringung zu Handelszwecken sei im weitesten Sinn zu verstehen und umfasse auch den „Austausch von wirtschaftlichen Gütern“,

⁵ Christoph Graf von Bernsdorf, Einführung in das englische Recht, 3. Auflage 2006

vorliegend den Austausch des Wirtschaftsguts „Besitz an einem Hund“ gegen das Wirtschaftsgut „Geld“ in Gestalt der Schutzgebühr, übersieht er, dass die VO 998/2003 selbst die im Erwägungsgrund 11 formulierten Anforderungen und Ziele in den nachfolgenden Bestimmungen abschließend umsetzt und damit für eine abweichende Interpretation des Begriffs des Handels i.S. der VO 998/2003, wie sie Thümmel vornimmt, keinen Raum läßt.

Wann eine Verbringung zu Handelszwecken vorliegt, ergibt sich aus Art.3 Buchst.a), nämlich dann, wenn die dort genannten Voraussetzungen nicht vorliegen, das Tier also dazu bestimmt ist, Gegenstand eines Verkaufs oder einer Eigentumsübertragung zu sein.

Die Vorschriften über den Handel finden nach Art 12 Buchst.b) der VO ferner Anwendung, wenn Heimtiere aus den in Anhang II Teil B Abschnitt 2 genannten Drittländern eingeführt werden und ihre Anzahl fünf übersteigt.

Die Anpassung bzw. Änderung der Richtlinie 92/65 EWG zur Verhinderung einer Umgehung der Vorschriften der VO 998/2003 erfolgt in Art. 22 der VO.

Damit ist auch das vom MLR Bad. Württ. in die Diskussion eingebrachte Urteil des EuGH⁶, nach dem das Anbieten von Gütern und Dienstleistungen auch ohne Gewinnerzielungsabsicht ein „wirtschaftliche“ Tätigkeit ist, in diesem Zusammenhang ohne Belang.

II. Tierschutzrecht

1. Anwendung der EU-TiertransportVO Nr.1/ 2005 auf den Transport der Hunde nach Deutschland

Nach Art.1 Abs.5 der EU-TiertransportVO gilt diese Verordnung nicht für den Transport von Tieren, der nicht in Verbindung mit einer wirtschaftlichen Tätigkeit durchgeführt wird. Entscheidend für die Frage, ob eine wirtschaftliche Tätigkeit i. S. dieser Bestimmung vorliegt, ist nicht, ob die Verbringung der Hunde

⁶ Urt. vom 10.01.2006, Rs C-222/04

tierseuchenrechtlich als Handelsverkehr zu qualifizieren ist, sondern, ob Güter auf dem Markt in Wettbewerb zu anderen Marktteilnehmern, wenn auch ohne die Absicht Gewinn zu erzielen, angeboten werden.⁷ Das ist vorliegend der Fall, insoweit ist Thümmel beizupflichten. Die EU-TiertransportVO ist daher auf diese Transporte anzuwenden.

2. Vorübergehende Unterbringung der Hunde in Deutschland - Private Pflegestellen als tierheimähnliche Einrichtungen

Thümmel verweist zu Recht auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23.10.2008-7 C 9/08 und dessen rechtliche Relevanz für die Veterinärverwaltung. Nach dieser Entscheidung liegt eine Unterbringung in einer tierheimähnlichen Einrichtung der Tierschutzorganisationen bei der Haltung in privaten Pflegestellen nicht vor, eine erlaubnispflichtige Tätigkeit nach § 11 Abs.1 S.1 Nr. 3 TierSchG ist daher nicht gegeben.

3. Vermittlung der Hunde an Dritte - gewerbsmäßiger Handel ohne Gewinnerzielungsabsicht?

a. Die rechtlichen Folgen einer Qualifizierung der Hundevermittlung an Dritte als gewerblichen Handel i.S. von § 11 Abs.1 S.1 Nr.3 Buchst.b) TierSchG stellt Thümmel richtig dar. Davon wären aber nicht nur Hunde betroffen, die aus dem Ausland nach Deutschland verbracht werden, sondern alle Tiere, auch inländische Fund- und Abgabetierr, die von den Tierschutzvereinen, wie üblich, gegen Zahlung einer Schutzgebühr an Dritte weitervermittelt werden. Ein Unterschied zwischen der Vermittlung von ausländischen und inländischen Tieren, der eine unterschiedliche rechtliche Behandlung rechtfertigen würde, ist nicht ersichtlich. Nur am Rande sei vermerkt, dass der Ausdruck „Schutzgebühr“ zu Recht gewählt ist, da in unserer weitgehend materialistisch orientierten Gesellschaft nur das, was etwas kostet, etwas gilt und schützenswert ist. Insoweit dient die Schutzgebühr nicht nur der Kostenminderung, sondern auch dem Schutz der vermittelten Tiere.

⁷ Urteil des EuGH vom 10.01.2006, Rechtssache C-222/04

Der Hinweis, dass die öffentlichrechtliche Bejahung der „Gewerbsmäßigkeit“ nicht den zivilrechtlichen Status einer Tierschutzorganisation als nicht wirtschaftlichen Idealverein gem. § 21 BGB berührt, ist nicht ganz zutreffend. § 21 BGB stellt nicht auf die „Gewerbsmäßigkeit“ ab, sondern auf einen „wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb“ als Zweck des Vereins. Ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb ist nach § 14 Abgabenordnung (AO) eine selbständige nachhaltige Tätigkeit, durch die Einnahmen oder andere wirtschaftliche Vorteile erzielt werden und die über den Rahmen einer Vermögensverwaltung hinausgeht. Die Absicht, Gewinn zu erzielen, ist nicht erforderlich, § 14 S. 2 AO. Das Nebenzweckprivileg gilt nur für einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, der dem Hauptzweck des Vereins eindeutig untergeordnet ist und nicht für gewerbsmäßiges Handeln. Dieses ist nach § 15 Abs. 2 Einkommensteuergesetz (EStG) eine selbständige nachhaltige Betätigung, die mit der Absicht Gewinn zu erzielen, unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt. Wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb und gewerbsmäßiges Handeln sind somit nicht identisch. Sie unterscheiden sich im wesentlichen durch das Tatbestandsmerkmal der „Gewinnerzielungsabsicht“, das bei gewerbsmäßigem Handeln vorliegen muss, bei einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb hingegen nicht.

b. Der Begriff der „Gewerbsmäßigkeit“ ist zwar nicht in der Gewerbeordnung definiert, wohl aber, wie vorstehend ausgeführt, im Steuerrecht. Auch die negativen, ein Gewerbe ausschließenden Merkmale ergeben sich aus § 15 Abs. 2 S. 1 EStG: „Eine selbständige nachhaltige Betätigung, die mit der Absicht Gewinn zu erzielen, unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt, ist Gewerbebetrieb, wenn die Betätigung weder als Ausübung von Landwirtschaft und Forstwirtschaft noch als Ausübung eines freien Berufs noch als eine andere selbständige Arbeit anzusehen ist“. Diese Definition ist augenscheinlich von der Rechtsprechung und der Rechtslehre übernommen worden, wobei offenbar ihre Herkunft aus dem Steuerrecht in Vergessenheit geriet. Auch die „Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Durchführung des Tierschutzgesetzes“ (AVV) stützt sich zur Auslegung des Begriffs „gewerbsmäßig“ in § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 TierSchG auf die Legaldefinition des § 15 Abs. 2 EStG, wenn sie in Nr. 12.2.1.5 ausführt:

„Gewerbsmäßig handelt, wer die genannten Tätigkeiten selbständig, planmäßig, fortgesetzt und mit der Absicht der Gewinnerzielung ausübt“. Entsprechend wird „gewerbsmäßig“ von den Kommentatoren des Tierschutzgesetzes ausgelegt.

Entscheidend ist somit die Frage, ob die Tierschutzorganisationen bei der Verbringung der Hunde aus dem Ausland und ihrer Vermittlung gegen Zahlung einer Schutzgebühr **in der Absicht handeln, Gewinne zu erzielen** und damit der Erlaubnispflicht nach § 11 Abs.1 S.1 Nr.3 TierSchG unterliegen. Auch bei der Gewinnerzielungsabsicht handelt es sich um einen Begriff aus dem Steuerrecht. Er besagt, dass bei der ausgeübten Tätigkeit die Absicht besteht, einen Überschuss der Einnahmen gegenüber den Ausgaben zu erzielen, damit die Aufwendungen steuerlich geltend gemacht werden können. Daraus folgt, dass Einnahmen nicht Gewinnen und die Absicht Einnahmen zu erzielen und dadurch Kosten zu mindern, nicht der Absicht, Gewinne zu erwirtschaften, gleichzusetzen ist. Die Verneinung der Absicht, Kosten zu mindern, weil planmäßig Tätigkeiten vorgenommen werden und dabei Unkostenbeiträge erhoben werden, die sich nicht mehr in einem „bescheidenen“ Rahmen halten (BVerwG 19,61,65), kann daher nicht positiv die Gewinnerzielungsabsicht belegen. Jeder schwäbischen Hausfrau ist geläufig, dass eine Minderung ihrer Ausgaben (Kosten), nicht zwangsläufig zu einem Überschuss der Einnahmen führt. Es geht daher nicht darum, den Tierschutzorganisationen die Kostenminderungsabsicht zu widerlegen, vielmehr ist die Absicht, Gewinne zu erzielen positiv festzustellen, um die Erlaubnispflicht nach § 11 Abs.1 S.1 Nr.3 TierSchG auszulösen.

Die Beschränkung der Absicht, Kosten zu mindern, auf eine Schutzgebühr, die sich deutlich der Höhe nach von den den Tierschutzorganisationen entstandenen Gesamtkosten absetzt, lässt sich weder sprachlich noch rechnerisch begründen. Eine Kostenminderung liegt bis zur Grenze der Erstattung der Gesamtkosten, also der Kostenerstattung vor. Die graduelle Unterscheidung zwischen Gewinnerzielungs- und Kostenminderungsabsicht, wie sie Thümmel vornimmt, verschiebt das Problem daher unzulässig zu Lasten der Tierschutzorganisationen, weil aus einer „Schutzgebühr“, die sich der Höhe nach nicht deutlich von einem „bescheidenen“ Unkostenbeitrag (bspw. mehr als die

Hälfte der Gesamtkosten) absetzt, auf eine Gewinnerzielungsabsicht geschlossen wird.

Darüberhinaus suggeriert der Begriff Kostenminderungs„absicht“ in unzutreffender Weise, dass die Tierschutzorganisationen Hunde aus dem Ausland nach Deutschland holen, um Einnahmen zur Minderung der durch die Verbringung entstandenen Kosten zu erzielen. Ziel der Tätigkeiten der Tierschutzorganisationen ist die Verwirklichung ihres Satzungszweck, nicht die Erzielung von Einnahmen, die die Kosten nicht decken. Damit handeln sie nicht gewerbsmäßig, weil nicht der Erwerbszweck, sondern die Erfüllung des Satzungszwecks im Vordergrund steht, vgl. BVerwGE 14,125,127.

Allein aus der Tatsache, dass bei der Abgabe der Tiere Einnahmen erzielt werden, ist daher nicht auf eine Gewinnerzielungsabsicht zu schließen. Als innere Tatsache lässt sich diese nur anhand äußerer Umstände feststellen. Hierfür ist von Bedeutung, ob die Betätigung bei objektiver Betrachtung nach ihrer Art, ihrer Gestaltung und den gegebenen Ertragsaussichten auf Dauer einen Überschuss erwarten lässt,⁸ Vorübergehende Verluste lassen die Gewinnerzielungsabsicht nicht entfallen, falls die Tätigkeit auf Dauer zu positiven Einkünften führen kann. Bei Einnahmen, die die entstandenen bzw. entstehenden Kosten auf Dauer nicht decken und die auch nicht darauf angelegt sind, sie zu decken, ist dies nicht zu erwarten, wenn nicht Anstrengungen unternommen werden, die schlechte Ertragslage zu verbessern. Liegen diese Voraussetzungen bei den Tierschutzorganisationen vor, ist objektiv von einer negativen Gewinnprognose auszugehen.

Aus der objektiv negativen Gewinnprognose kann allerdings nicht ohne weiteres gefolgert werden, dass auch subjektiv nicht die Erzielung eines Totalgewinns beabsichtigt ist.⁹ Bei Betrieben, die typischerweise auf die Erzielung von Gewinnen i.S.v. § 18 Abs.1 EStG gerichtet sind, wie eine Rechtsanwaltskanzlei oder ein Handwerksbetrieb, spricht ein Anscheinsbeweis für das Bestehen einer Gewinnerzielungsabsicht.¹⁰ Die Tätigkeiten vereinsrechtlich strukturierter,

⁸ Urteil des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 31.05.2001, Az.: IV R 81/ 99

⁹ BFH a.a.O.

¹⁰ BFH a.a.O.

gemeinnütziger Tierschutzorganisationen sind jedoch nicht typischerweise auf die Erzielung von Gewinnen, sondern auf die Verwirklichung ihrer durch ihre Satzung vorgegebenen Ziele gerichtet, sodass ein entsprechender Anscheinsbeweis nicht besteht. Ihre verlustbringende Tätigkeit ist dazu bestimmt und geeignet, ihren Satzungszweck zu verwirklichen. Hierin ist wie bei persönlichen Neigungen oder einer Liebhaberei eine private Veranlassung zu sehen, Verluste hinzunehmen und durch andere Einnahmen z.B. Spenden auszugleichen. Sie ist daher nicht anders zu behandeln wie die Befriedigung persönlicher Neigungen oder einer Liebhaberei,¹¹ die eine Gewinnerzielungsabsicht ausschließt.

An diesen Vorgaben gehen die Ausführungen Thümmels zu „Orientierungsmarken“ für das Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht vorbei. Weder eine „Schutzgebühr“, die mehr als die Hälfte der Kosten beträgt oder sich am Marktpreis orientiert, noch die Konzentration auf Hunderassen und – alter, die gerade auf dem deutschen Hundemarkt begehrt sind, macht die Prüfung der Gewinnerzielungsabsicht nach den vorstehend aufgeführten Kriterien entbehrlich. Bei der Auswahl der Tiere wird nicht berücksichtigt, dass es im Sinne des tierschützerischen Satzungszwecks liegt, möglichst viele Einzelindividuen aus Tötungsanstalten oder tierquälerischen Umständen zu retten. Dies kann aber nur gelingen, wenn auch eine reelle Aussicht auf eine Vermittlung der Tiere besteht. Daraus allein auf eine Gewinnerzielungsabsicht zu schließen, wird dem tierschützerischen Anliegen nicht gerecht, zumal mit der steigenden Zahl der Verbringungen und Vermittlungen auch die Kosten steigen und sich an der Relation von Einnahmen und Kosten nichts ändert.

Der Hinweis auf die ideelle Zielsetzung, die mit der Verbringung der Hunde verbunden ist und die Benefizveranstaltungen von Vereinen, beruht auf der unzutreffenden Gleichsetzung von gewerbsmäßigem d.h. mit Gewinnerzielungsabsicht und wirtschaftlichem, auf die Erzielung von Einnahmen gerichtetem Handeln ohne Gewinnerzielungsabsicht, § 15 Abs.2 S.1 EStG, § 14 AO. Sowohl die Einnahmen aus der Hundevermittlung wie die aus

¹¹ BFH a.a.O.

Benefizveranstaltungen oder ähnlichen Aktivitäten von Vereinen unterfallen § 14 AO und nicht § 15 Abs.2 EStG.

Die Andeutung, die publik gemachte Vermittlung hilfsbedürftiger Hunde aus dem Ausland, um das Spendenaufkommen zu erhöhen, könne als mittelbare Gewinnerzielungsabsicht ausreichen, berücksichtigt nicht die steuerrechtliche Rechtslage der als gemeinnützig anerkannten Tierschutzorganisationen. Nach § 52 Abs.1 AO verfolgt eine Körperschaft gemeinnützige Zwecke, wenn ihre Tätigkeit darauf gerichtet ist, die Allgemeinheit auf materiellem, geistigen oder sittlichen Gebiet selbstlos zu fördern. Eine selbstlose Tätigkeit im Sinne des § 55 AO ist die Förderung oder Unterstützung, „wenn dadurch nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche – zum Beispiel gewerbliche oder sonstige Erwerbszwecke – verfolgt werden“. Unter diesen Voraussetzungen ist die Förderung des Tierschutzes als Förderung der Allgemeinheit anerkannt, § 52 Abs.2 Nr.14 AO.

Vorteile der Gemeinnützigkeit sind insbesondere die Befreiung von der Körperschaftsteuer,

§ 5 Abs.1 Nr.9 Körperschaftsteuergesetz (KStG), der Gewerbesteuer, § 3 Nr.6 GewStG und ein auf sieben Prozent ermäßigter Steuersatz bei der Umsatzsteuer, § 12 Abs.2 Nr.8 Buchst.a) UStG. Die volle Steuerpflicht gilt in den vorgenannten Fällen nur für die Unterhaltung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs (i.S. von § 14 AO), § 5 Abs 1 Nr. 9 S.2 KStG, § 3 Nr. 6 S. 2 GewStG und § 12 Abs. 2 Nr. 8 S.2 UStG.

Weiterer Vorteil ist die Berechtigung, Zuwendungsbestätigungen für Spenden auszustellen, die dem Spender den Abzug als Sonderausgabe oder Betriebsausgabe ermöglichen, § 10b Abs.1 Sätze 1 und 2 EStG. Würde die Werbung um Spenden unter Hinweis auf den gemeinnützigen Satzungszweck als Gewinnerzielungsabsicht ausgelegt, müsste dies, da der Satzungszweck nicht mehr selbstlos verfolgt wird, zum Entzug der Gemeinnützigkeit führen. Dies würde den gesetzgeberischen Zielen, gemeinnützige Einrichtungen und ihre Spender zu fördern, widersprechen. Davon betroffen wären nicht nur Tierschutzorganisationen, die Hunde aus dem Ausland einführen, sondern alle Tierschutzorganisationen bzw. alle gemeinnützigen Körperschaften, die aktiv für

ihre gemeinnützigen Zwecke um Spenden werben, wie z.B. Caritas, Brot für die Welt, Amnesty International, Greenpeace usw. Es wäre das Ende der gemeinnützigen Körperschaften.

c. Auslegung des Begriffes „gewerbsmäßig“

aa. Eine Auslegung des Begriffes „gewerbsmäßig“ in § 11 Abs.1 S.1 Nr.3 Buchst.b) TierSchG in Anlehnung an die **Entscheidung des EuGH** v. 10.01.2006, Rs C-222/04, wie sie die LAV-Arbeitsgruppe Tierschutz, Sitzung vom 17./18. März 2010 vornehmen will, verbietet sich nicht nur aus den von Thümmel angeführten Gründen. Der EuGH hat sich nicht zu gewerbsmäßigem Handeln, sondern zu wirtschaftlichem Handeln geäußert und hierfür auf das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht verzichtet. Seine Ansicht steht in Einklang mit der Definition des „wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs“ in § 14 AO, die in Satz 2 der Bestimmung im Gegensatz zur Definition „gewerblichen Handelns“ in § 15 Abs. 2 EStG eine Gewinnerzielungsabsicht nicht für erforderlich hält. Gewerbliches Handeln und wirtschaftliches Handeln sind somit nicht identisch. In § 11 Abs.1 S.1 Nr.3 Buchst.b) TierSchG wird gewerbsmäßiges Handeln gefordert, nicht wirtschaftliches.

bb. Entscheidend ist somit die Auslegung des Begriffes „Gewerbsmäßigkeit“ in § 11 Abs. 1 Nr.3 Buchst.b) TierSchG.

Nr.12.2.1.5 der „**Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Durchführung des Tierschutzgesetzes**“ (AVV) fordert norminterpretierend neben selbständigem, planmäßigen und fortgesetzten Handeln die Absicht der Gewinnerzielung und steht damit in Einklang mit der steuerrechtlichen Definition des Begriffes der Gewerbsmäßigkeit. Die Erlaubnispflicht in §11 TierSchG bezweckt die Möglichkeit einer verstärkten Überwachung und Einflußnahme auf Tätigkeiten, die sich zu Lasten der Tiere und des Tierschutzes auswirken können. Unter diesem Blickwinkel ist das Tatbestandsmerkmal „Gewerbsmäßigkeit“ auszulegen. Thümmel verweist zu Recht darauf hin, dass aus einer mit Gewinnerzielungsabsicht verfolgten wirtschaftlichen Tätigkeit auf eine erhöhte Gefährlichkeit geschlossen werden könne, vor der die Allgemeinheit und der

Einzelne durch präventive Kontrolle geschützt werden müsse. Dies gilt auch im Bereich des Tierschutzrechts. Hier besteht ein Zielkonflikt zwischen Tierschutz und Gewinnerzielungsabsicht, der eine umso größere Gefahr für die Tiere darstellt, als Tiere - anders als Menschen - in der Regel ihrem Halter ausgeliefert sind und sich nicht wehren können, wenn die Gewinnmaximierung Vorrang vor ihrem Schutzbedürfnis hat. Bei der Abgabe von Tieren, seien es Auslandshunde oder inländische Fund- und Abgabetierte, durch Tierschutzorganisationen gegen Zahlung einer Schutzgebühr besteht dieser Zielkonflikt nicht. Hier steht nicht wie bei der Gewinnerzielungsabsicht der Gewinn als Ziel des Handelns im Vordergrund, sondern die Verwirklichung des am Tierschutz orientierten Satzungszwecks, dem auch die Vermittlung der Tiere an Dritte dient. Es liegt auf der Hand, dass die Tierschutzorganisationen nicht Tiere aufnehmen und weitervermitteln, um durch die Abgabe Einnahmen zu erzielen, die zur Deckung der Selbstkosten nicht ausreichen. Angesichts dieser unterschiedlichen Ausgangslage verbietet es sich, gemeinnützige Tierschutzorganisationen rechtlich wie Viehhändler zu behandeln, indem im Rahmen der Prüfung des Tatbestandsmerkmals „Gewerbsmäßigkeit“ auf die Gewinnerzielungsabsicht verzichtet wird. Eine vergleichbare Gefährdungslage besteht nicht.

Auch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 29.03. 2006 VIII ZR 173/05 zum Verbrauchsgüterkauf zwingt nicht zu einer anderen Auslegung. Die vom BGH entschiedene Sachlage unterscheidet sich wesentlich von dem vorliegenden Sachverhalt. Dort war die von der Beklagten als Hobby betriebene Pferdezucht zur Deckung der damit verbundenen Kosten auf die Erzielung wiederkehrender Einnahmen durch Deckgelder und Verkaufserlöse ausgerichtet. Bei der von den Tierschutzorganisationen betriebene Aufnahme und Abgabe von Tieren ist es gerade umgekehrt, da diese nicht, wie ausgeführt auf die Erzielung von Einnahmen aus der Schutzgebühr, sondern auf die Erfüllung des Satzungszwecks gerichtet ist. Die Beklagte in dem vom BGH entschiedenen Fall handelt zur Finanzierung ihres Hobbys eigennützig, während die Tierschutzorganisationen im Sinne ihres Satzungszwecks uneigennützig tätig werden.

4. Die Definition des tierschutzrechtlichen Gewerbebegriffs nach Thümmel

setzt beim Umfang der Tätigkeit der Tierschutzorganisationen an, der zu einer Steigerung der Kosten und damit zum Bedürfnis nach Kostenreduzierung führt, sodass die Tätigkeit nicht mehr unentgeltlich vorgenommen wird. Die erhöhte Gefährlichkeit für die Tiere tritt daher seiner Meinung nach nicht erst mit der Gewinnerzielungsabsicht, sondern bereits mit dem Umfang der Tätigkeit ein. Die Argumentation hat allerdings immer nur die Verbringung von Hunden aus dem Ausland - aus welchen Gründen auch immer - im Blick und berücksichtigt nicht, dass eine Auslegung des Begriffs der Gewerbsmäßigkeit nicht zwischen der Verbringung und Abgabe von Auslandshunden und der Aufnahme und Vermittlung von Inlandshunden durch Tierschutzorganisationen, die ebenfalls gegen Zahlung einer Schutzgebühr - im übrigen in vergleichbarer Höhe - abgegeben werden, unterschiedlich erfolgen kann.

Darüberhinaus besteht keine Lücke im Tierschutzrecht, wenn erst bei einer mit Gewinnerzielungsabsicht betriebenen gewerbliche Tätigkeit die Erlaubnispflicht nach § 11 Abs.1 S.1 Nr.3 Buchst.b) einsetzt.

Die Gewinnerzielungsabsicht deckt das Gefahrenpotential ausreichend ab. Mißständen im Bereich wirtschaftlicher Tätigkeit ohne Gewinnerzielungsabsicht kann mit dem normalen Instrumentarium des Tierschutzrechts begegnet werden. Für die Transporte aus dem Ausland gilt die EU-TiertransportVO, für die Unterbringung der Tiere in Tierheimen oder tierheimähnlichen Einrichtungen der Tierschutzorganisationen benötigen diese eine Erlaubnis nach § 11 Abs.1 S.1 Nr.2 TierSchG unter den Voraussetzungen der Absätze 2 und 2a. Die Tierheime unterliegen darüberhinaus nach § 16 Abs.1 Nr.4 TierSchG der Aufsicht durch die zuständige Behörde. Bei der Unterbringung an privaten Pflegestellen hat die zuständige Behörde nach §16a TierSchG die zur Beseitigung festgestellter Verstöße und zur Verhütung künftiger Verstöße notwendigen Anordnungen zu treffen. Damit besteht ein lückenloser Schutz vom Beginn des Transports im Ausland bis zur Abgabe der Tiere an Dritte. Ein Ersetzung des Tatbestandsmerkmals der „Gewinnerzielungsabsicht“ durch das

Tatbestandsmerkmal der „Entgeltlichkeit“ im Gewerbebegriff des Tierschutzgesetzes mit der Folge des Erfordernisses einer weiteren Erlaubnis würde daher nicht zu einem „Mehr“ an Schutz, sondern nur zu einer flächendeckenden Bürokratisierung führen, die nicht nur das Engagement der gemeinnützigen Tierschutzorganisationen zum Nachteil des Tierschutzes binden würde, sondern auch die Kapazitäten der Veterinärbehörden, die an anderer Stelle z.B. bei der Überwachung der Nutztierhaltungen und der Schlachthöfe dringend benötigt werden.

5. Nach 12.2.1.5. AVV handelt in Übereinstimmung mit der steuerrechtlichen Definition gewerbsmäßig im Sinne der Nummer 3, wer die genannten Tätigkeiten selbständig, planmäßig fortgesetzt und mit der Absicht der Gewinnerzielung ausübt.

Thümmel schlägt ausgehend von einem unvollständigen Wortlaut der Verwaltungsvorschrift ihre Auslegung dahin vor, dass eine Gewerbsmäßigkeit „insbesondere“ zu bejahen ist, wenn eine Gewinnerzielungsabsicht vorliegt. Dies ließe Raum für eine Interpretation, dass neben der Gewinnerzielungsabsicht auch eine Kostenminderungsabsicht den Tatbestand gewerbsmäßigen Handelns erfüllen würde. Dagegen ist anzuführen, dass der Wortlaut der Verwaltungsvorschrift nicht unvollständig ist, sondern eindeutig nur auf die Gewinnerzielungsabsicht abstellt, sodass für eine den Wortlaut erweiternde Auslegung kein Raum ist. Selbst wenn diese Auslegung möglich wäre, kämen über die Verbindung „insbesondere“ **nur der Gewinnerzielungsabsicht gleichwertige Merkmale in Betracht**. Das ist aber nicht der Fall.

Während bei einem Handeln mit Gewinnerzielungsabsicht die Gefahr besteht, dass das Trachten nach Gewinnmaximierung zu Lasten der Tiere geht, besteht diese Gefahr bei der Tätigkeit der gemeinnützigen Tierschutzorganisationen wie oben ausgeführt eben nicht.

Damit besteht auch kein Bedarf an vermehrter staatlicher Kontrolle.

München, den 30. Juni 2011