

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 18/6516

Landeshaus, Düsternbrooker Weg 70, 24105 Kiel

An den
Vorsitzenden
der Piratenfraktion
Herrn Dr. Patrick Breyer, MdL

- im Hause -

Ihr Zeichen:

Ihre Nachricht vom: 02.02.2016

Mein Zeichen: L 205 - 221/18

Meine Nachricht vom:

Bearbeiter: Pino Bosesky

Telefon (0431) 988-1133

Telefax (0431) 988-1250

pino.bosesky@landtag.ltsh.de

23.06.2016

Kosten für Unterbringung von (Fund-)Tieren

Sehr geehrter Herr Dr. Breyer,

die Piratenfraktion hat den Wissenschaftlichen Dienst gebeten, folgende Fragen im Zusammenhang mit den Kosten für die Unterbringung von (Fund-)Tieren zu beantworten:

1. *„Folgt aus der Richtlinie über die Verwahrung von Fundtieren (Amtsbl. SH 1994, 318), dass Gemeinden beauftragten Einrichtungen für die Verwahrung von Tieren über den Zeitraum von 28 Tagen hinaus keine Gegenleistung erbringen sollen oder dürfen?*

2. *Könnte die Gemeinde die Tierheime - ohne entsprechenden Vertrag - zwingen, die Tiere ohne Kostenerstattung aufzunehmen und zu versorgen (z.B. im Wege der Inanspruchnahme als Nichtstörer), wie dies möglicherweise aus Nr. 3 letzter Absatz Satz 2, 3 gelesen werden könnte?*

3. *Ist ein Vertrag, den eine öffentlich-rechtliche Körperschaft zur Erfüllung der ihr obliegenden Aufgaben mit einem privaten Anbieter abschließt, zulässig, wenn in diesem eine Erstattung der tatsächlichen Kosten des privaten Anbieters für 28 Tage beschränkt, die Leistungspflicht des privaten Anbieters aber theoretisch unendlich läuft? Ich bitte Sie dies auch unter dem Gesichtspunkt zu prüfen, dass nicht auskömmliche Angebote in Vergabeverfahren auszuschließen sind. Insofern ein solcher Vertrag unzulässig wäre, was wären die Folgen für bereits abgeschlossene Verträge?*

4. *Hat die Gemeinde der Einrichtung die Kosten für die gesamte Dauer der Unterbringung eines Tieres zu erstatten, wenn kein schriftlicher Vertrag geschlossen / keine vertraglichen Bedingungen formuliert wurde(n), sondern lediglich die Übernahme der Tiere durch das Tierheim in der Praxis erfolgt?*

5. *Können die beauftragten Einrichtungen bei Beendigung des Vertrages (durch Ablauf, Aufhebung, Kündigung o.ä.) von der Gemeinde die Abnahme der zur Verwahrung genommenen Tiere verlangen? Dabei ist davon auszugehen, dass eine vertragliche Regelung hierzu nicht erfolgt ist.“*

Dieser Bitte kommen wir gern nach und nehmen wie folgt Stellung:

I. Zu Frage 1.

Die erste Frage bezieht sich auf den letzten Absatz von Nr. 2 der Richtlinie über die Verwahrung von Fundtieren vom 30. Juni 1994 (XI 340 - 72253/IV 260 - 2122.8.04)¹. Dort heißt es:

„Wenn sich nach vier Wochen ein Eigentümer des Tieres nicht gemeldet hat, kann in der Regel angenommen werden, daß der Eigentümer die Suche nach dem Tier aufgegeben oder unter Verstoß gegen § 3 Nr. 3 Tierschutzgesetz ausgesetzt hat (widerrechtliche Eigentumsaufgabe). Das Tier soll dann der bisher beauftragten Person oder Stelle (dem Tierschutzverein) zur weiteren

¹ Amtsbl. SH 1994, 318. Im Folgenden wird die Bezeichnung „Fundtier-Richtlinie“ verwendet. Dieser Erlass bindet die schleswig-holsteinischen Ordnungsbehörden, da es sich hierbei um eine Verwaltungsvorschrift der obersten Fachaufsichtsbehörde im Weisungsverhältnis handelt.

Betreuung überlassen werden. Die Erstattungspflicht für die Aufwendungen kann damit enden.“

1. Kontext der Regelung

Der Anwendungsbereich der Fundtier-Richtlinie ist nur dann eröffnet, wenn ein verlostes Tier gefunden wird.² Sie ergänzt somit das in §§ 965 ff. BGB geregelte Fundrecht.

2. Rechtlicher Rahmen

a) Verwahrungspflicht

Liegt ein Fund vor, ist der Finder zur Verwahrung der Sache³ verpflichtet (§ 966 Abs. 1 BGB). Der Finder ist berechtigt und auf Anordnung der zuständigen Behörde⁴ verpflichtet, die Sache oder den Versteigerungserlös an die zuständige Behörde abzuliefern (§ 967 BGB). *„Dadurch wird er von seinen Pflichten aus § 966 BGB frei und überlässt es der zuständigen Behörde, über die notwendige Verwahrung und die erforderlichen Finanzierungslasten zu entscheiden.“*⁵ Die Fundbehörden sind verpflichtet, Fundtiere entgegenzunehmen und entsprechend zu verwahren (Nr. 2 Abs. 1 S. 2 der Fundtier-Richtlinie). Die Tiere müssen gemäß § 2 TierSchG ordnungsgemäß untergebracht und betreut werden (vgl. Nr. 2 Abs. 2 der Fundtier-Richtlinie). Im Falle der Ablieferung an die Behörde trifft diese also eine Verwahrungspflicht, zu deren Erfüllung sie sich aber der Hilfe Dritter (z.B. eines Tierheims oder eines Tierschutzvereins)

² Im Falle von Tieren, die nicht verloren gegangen sind, ist es nämlich grundsätzlich nicht Aufgabe der Kommunen, diese zu verwahren und die Kosten der Verwahrung zu tragen. Das Fundrecht der §§ 965 ff. BGB ist in diesem Falle nicht anwendbar und die Gemeinden sind nicht aus anderen Rechtsvorschriften dazu verpflichtet, herrenlose Tiere zu verwahren und zu versorgen. Vgl. dazu *Kneer*, BWGZ 2015, 884 (885): Die Gemeinde sei für herrenlose Tiere nicht zuständig, sofern diese keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellten. S. auch VG Gießen, BeckRS 2012, 49742: *„Diese Wertung des Gerichts entspricht im Ergebnis der Erlasslage in den vom Kläger-Bevollmächtigten benannten Bundesländern, nach der alle aufgefundenen Tiere zunächst als Fundtiere zu behandeln seien, die Erstattungspflicht für Aufwendungen aber endet, wenn sich nach vier Wochen noch kein Eigentümer gemeldet habe, weil dann vermutet werden könne, dass das Tier keinen Besitzer (mehr) habe, damit herrenlos sei und nicht mehr in die Zuständigkeit der Kommune falle.“* (Hervorhebung durch den Unterzeichner).

³ Zwar sind Tiere keine Sachen; auf sie sind jedoch die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist (§ 90a S. 1, 3 BGB).

⁴ Die Bürgermeister der amtsfreien Gemeinden und die Amtsvorsteher sind gemäß Nr. 2 Abs. 1 S. 1 der Richtlinie über die Verwahrung von Fundtieren vom 30. Juni 1994 i.V.m. § 1 der Landesverordnung über die zuständigen Behörden für die Durchführung des Fundrechts vom 18. Oktober 1976 (GVBl. 1976, 266) als örtliche Ordnungsbehörden zuständig für die Durchführung des Fundrechts (§§ 965 ff. BGB).

⁵ OVG Lüneburg, KommJur 2012, 338 (340).

bedienen kann.⁶ Die Pflicht zum Ersatz von Aufwendungen und eine etwaige Vergütungspflicht der Fundbehörde gegenüber dem Dritten richten sich dann nach dem jeweiligen Beauftragungsverhältnis.⁷

Hinsichtlich der Dauer der Verwahrungspflicht lässt sich § 973 Abs. 1 S. 1 BGB im Umkehrschluss entnehmen, dass diese mindestens sechs Monate besteht, weil der Finder (oder im Falle des § 976 Abs. 1 BGB die Fundbehörde) mit dem Ablauf von sechs Monaten nach der Anzeige des Fundes bei der zuständigen Behörde das Eigentum an der Sache erwirbt, es sei denn, dass vorher ein Empfangsberechtigter dem Finder bekannt geworden ist oder sein Recht bei der zuständigen Behörde angemeldet hat (Ausnahme: § 966 Abs. 2 BGB).

b) Kostentragung

Soweit die Behörde für die nach dem Tierschutzgesetz geforderte Unterbringung und Betreuung nicht in eigenen Einrichtungen sorgen kann, hat sie die Tiere gemäß Nr. 2 Abs. 3 der Fundtier-Richtlinie einer geeigneten Person oder Stelle - in der Regel einem Tierheim - zu übergeben und die erforderlichen Aufwendungen zu tragen. Die Verpflichtung zum Ersatz der Aufwendungen besteht gemäß Nr. 2 Abs. 4 S. 1 der Fundtier-Richtlinie auch dann, wenn der Finder das Tier nicht bei der Fundbehörde, sondern unmittelbar bei der von ihr mit der Unterbringung und Betreuung beauftragten Person oder Stelle abgegeben hat. Zu den Aufwendungen, die die Fundbehörde zu erstatten hat, gehören die Kosten für eine artgemäße Unterbringung, Pflege und Ernährung im Sinne des § 2 TierSchG (Nr. 2 Abs. 5 S. 1 der Fundtier-Richtlinie). Die Fundbehörde selbst kann sich wegen der ihr entstandenen Aufwendungen an den Empfangsberechtigten⁸ halten (vgl. § 970 BGB).⁹

⁶ *Kindl*, in: BeckOK BGB, Stand: 01.02.2016, § 967, Rn. 2; *Oechsler*, in: MüKo BGB, 6. Auflage 2013, § 967, Rn. 3. Die öffentlich-rechtliche Pflicht der zuständigen Behörde zur Verwahrung der Fundsache kann diese mangels gesetzlicher Ermächtigung jedoch nicht mit schuldbefreiender Wirkung auf Dritte übertragen (OVG Lüneburg, KommJur 2012, 338, 340; *Kindl*, in: BeckOK BGB, Stand: 01.02.2016, § 967, Rn. 2).

⁷ *Oechsler*, in: MüKo BGB, 6. Auflage 2013, § 967, Rn. 3.

⁸ Empfangsberechtigter ist gemäß § 969 BGB der Verlierer oder sonst Empfangsberechtigte. Sonst empfangsberechtigt sind der Eigentümer (§ 985 BGB), der Inhaber eines beschränkt dinglichen Rechts (§§ 1065, 1227 BGB), der frühere Besitzer (§ 1007 BGB) sowie derjenige, für den die verlorene Sache erkennbar bestimmt gewesen ist, vgl. *Kindl*, in: BeckOK BGB, Stand: 01.02.2016, § 965, Rn. 7.

⁹ Der eigene Arbeitsaufwand des Finders (etwa für die Pflege eines Tieres) wird in Teilen der Literatur indes nicht als ersatzfähiger Aufwand angesehen, vgl. *Kindl*, in: BeckOK BGB, Stand: 01.02.2016, § 970, Rn. 1 m.w.N. auch zur Gegenauffassung.

3. Speziell: Verwahrungs- und Kostentragungspflicht bei Fundtieren

Mit Blick auf die etwaige (gesetzliche) Verwahrungs- und Kostentragungspflicht der Gemeinden für Fundtiere kommt es somit maßgeblich darauf an, ob ein Fund im Sinne der §§ 965 ff. BGB vorliegt. Ein Fund liegt vor, wenn der Finder eine verlorene Sache an sich nimmt (vgl. § 965 Abs. 1 BGB). Verloren ist eine Sache, wenn sie besitzlos, nicht aber herrenlos ist.¹⁰ „An herrenlosen Sachen ist Aneignung, an verlorenen Sachen ist Fund möglich.“¹¹ Der Besitz wird dadurch beendet, dass der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert (§ 856 Abs. 1 BGB). Herrenlos ist eine Sache gemäß § 959 BGB, wenn der Eigentümer in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz an der Sache aufgibt. Dabei muss der Eigentümer die Absicht der Eigentumsaufgabe nicht zwingend vor der Beendigung des Besitzes bilden, vielmehr kann er den Willen zur Eigentumsaufgabe auch erst im Anschluss an die Aufgabe des Besitzes bilden; entscheidend ist nur, dass Absicht und Besitzbeendigung gleichzeitig vorliegen.¹² Gezähmte Tiere werden als verloren angesehen, wenn sie ihre Bindung an den Eigentümer aufgegeben haben oder trotz Bestehens dieser Bindung nicht zum Eigentümer zurückfinden.¹³ Eine Katze etwa kann nur dann als verloren qualifiziert und damit als Fundtier angesehen werden, „wenn sie entweder an einem für Katzen ungewöhnlichen Ort oder einem fremden Ort oder in hilfloser Lage vorgefunden wird.“¹⁴

Ob dies der Fall ist, ist einem aufgelesenen Tier nicht ohne weiteres anzusehen, zumal es Haustiere gibt, die nicht ausschließlich innerhalb der Wohnung oder des befriedeten Besitztums gehalten werden.¹⁵ In diesem Zusammenhang gilt es aber, die Staatszielbestimmung des Tierschutzes aus Art. 20a GG zu berücksichtigen, welche einfachgesetzlich unter anderem durch §§ 1 S. 1, 3 S. 1 Nr. 3 TierSchG ausgestaltet ist.¹⁶ Aus diesen Vorschriften wird eine Regelvermutung zugunsten rechtstreuen Ver-

¹⁰ Kindl, in: BeckOK BGB, Stand: 01.02.2016, § 965, Rn. 4; Oechsler, in: MüKo BGB, 6. Auflage 2013, § 965, Rn. 3.

¹¹ VG Gießen, BeckRS 2016, 43367.

¹² Vgl. Oechsler, in: MüKo BGB, 6. Auflage 2013, § 959, Rn. 8.

¹³ OVG Greifswald, BeckRS 2011, 51885; Oechsler, in: MüKo BGB, 6. Auflage 2013, § 965, Rn. 4. § 960 BGB gilt nicht für zahme Tiere, vgl. Kindl, in: BeckOK BGB, Stand: 01.02.2016, § 960, Rn. 1.

¹⁴ VG Gießen, BeckRS 2016, 43367.

¹⁵ Vgl. VG München, BeckRS 2015, 47957; VG Stuttgart, BeckRS 2016, 40326. Vgl. auch Treinies, PdK SH, Band K 7, Das Veterinärwesen in Schleswig-Holstein, Tierschutzrecht, Ziffer 8.

¹⁶ VG München, BeckRS 2015, 47957; VG Gießen, BeckRS 2012, 49742; VG Stuttgart, BeckRS 2016, 40326.

haltens der Eigentümer der Tiere abgeleitet, die besagt, dass im Zweifel ein Fundtier anzunehmen sei.¹⁷

Von einer solchen Regelvermutung geht in ihrem letzten Absatz auch Nr. 2 der Fundtier-Richtlinie aus, wonach in der Regel angenommen werden kann, dass der Eigentümer die Suche nach dem Tier aufgegeben oder es unter Verstoß gegen § 3 S. 1 Nr. 3 TierSchG ausgesetzt hat, wenn er sich nicht innerhalb von vier Wochen gemeldet hat. Aus dieser Regelung kann geschlossen werden, dass zumindest für die ersten vier Wochen der Verwahrung ein Fund samt Verwahrungspflicht der Fundbehörde anzunehmen ist. Denn anderenfalls bestünde auch für die ersten vier Wochen keine Pflicht der Gemeinden zur Tragung der Kosten für die Verwahrung. Die Erstattungspflicht gegenüber den Tierheimen kann aber dem letzten Satz von Nr. 2 der Fundtier-Richtlinie zufolge erst nach der vierten Woche enden. Es besteht somit seitens der Fundbehörde eine Mindestverwahrzeit von vier Wochen.¹⁸

Die aufgestellte Vermutung, dass der Eigentümer die Suche nach dem Tier aufgegeben oder es unter Verstoß gegen § 3 S. 1 Nr. 3 TierSchG ausgesetzt hat, wenn er sich nicht innerhalb von vier Wochen gemeldet hat, kann jedoch widerlegt werden, sofern entsprechende Indizien vorliegen.

Ist ein Tier nach Ablauf von vier Wochen als nicht verloren anzusehen, „*kann*“ damit nach dem letzten Satz von Nr. 2 der Fundtier-Richtlinie die Erstattungspflicht der Gemeinden für die Aufwendungen der Tierschutzvereine enden. Das Wort „*kann*“ deutet regelmäßig auf einen bestehenden Ermessensspielraum (vgl. § 73 LVwG) hin.¹⁹ Hinsichtlich der Frage der Kostentragung über den Zeitraum von vier Wochen hinaus besteht somit ein Ermessensspielraum der Gemeinden. Das Ermessen wird regelmäßig im Rahmen der Vereinbarung zwischen der Fundbehörde und dem Tierschutzverein ausgeübt. Mit dem Begriff „*sollen*“ wird die Behörde dazu angehalten, die in der Vorschrift vorgesehene Rechtsfolge im Regelfall anzuordnen und nur in Ausnahmefällen anders zu entscheiden.²⁰ Das Wort „*dürfen*“ wird in Rechtsvorschriften ver-

¹⁷ VG München, BeckRS 2015, 47957; VG Gießen, BeckRS 2012, 49742; VG Stuttgart, BeckRS 2016, 40326; VG Saarlouis, BeckRS 2013, 52391; VG Ansbach, BeckRS 2011, 31015 (unter der Annahme einer Anscheinsgefahr eine „Anscheins-Fundsache“ annehmend); *Oechsler*, JuS 2016, 215 (217); *Kindl*, in: BeckOK BGB, § 965, Rn. 4; *Treinies*, PdK SH, Band K 7, Das Veterinärwesen in Schleswig-Holstein, Tierschutzrecht, Ziffer 8.

¹⁸ *Treinies*, PdK SH, Band K 7, Das Veterinärwesen in Schleswig-Holstein, Tierschutzrecht, Ziffer 8.

¹⁹ *Schönenbroicher*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, § 40, Rn. 30 f.

²⁰ *Schönenbroicher*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, § 40, Rn. 32.

wendet, um ein Ge- oder Verbot zum Ausdruck zu bringen.²¹ Beides ist hier nicht der Fall.

Der letzte Satz von Nr. 2 der Fundtier-Richtlinie bringt folglich nicht zum Ausdruck, dass die Gemeinden den Tierschutzvereinen über den Zeitraum von 28 Tagen hinaus keine Gegenleistung erbringen „sollen“ oder „dürfen“.

II. Zu Frage 2.

Frage 2 dürfte auf das Verständnis der Sätze zwei und drei des letzten Absatzes von Nr. 2 der Fundtier-Richtlinie abzielen und nicht - wie es in der Frage heißt - von Nr. 3 der Richtlinie.

Gemäß Satz 2 des letzten Absatzes von Nr. 2 der Fundtier-Richtlinie soll das Tier der bisher beauftragten Person oder Stelle (dem Tierschutzverein) zur weiteren Betreuung überlassen werden, sobald anzunehmen ist, dass es sich bei dem aufgenommenen Tier nicht (mehr) um ein Fundtier handelt. Nach Satz 3 des letzten Absatzes von Nr. 2 der Fundtier-Richtlinie kann die Erstattungspflicht damit enden.

Zwang im Sinne von Verwaltungszwang (§§ 228 ff. LVwG) können Behörden in der Regel (Ausnahme: § 230 LVwG) nur dann ausüben, wenn sie zuvor einen auf eine Handlung, Duldung oder Unterlassung gerichteten Verwaltungsakt erlassen haben (vgl. § 228 Abs. 1 LVwG).

Dem Wortlaut der Sätze 2 und 3 des letzten Absatzes von Nr. 2 der Fundtier-Richtlinie ist jedoch nicht zu entnehmen, dass die Gemeinden dazu ermächtigt sein sollen, gegenüber den mit der Unterbringung von Fundtieren beauftragten privaten Einrichtungen durch Verwaltungsakt im Einzelfall anzuordnen, dass diese die Tiere auf eigene Kosten unterzubringen und zu versorgen haben, sobald aufgrund der Vier-Wochen-Regelvermutung davon auszugehen ist, dass das betreffende Tier nicht verloren ist. Zudem kommt eine Ermächtigung durch einen Erlass nicht in Betracht.

Zwar sind auch rechtswidrige Verwaltungsakte grundsätzlich wirksam (vgl. § 112 Abs. 2, 3 LVwG) und unter den Voraussetzungen des § 228 Abs. 1 LVwG vollstreckbar. Es ist jedoch aufgrund der Gesetzesbindung der Verwaltung davon auszugehen, dass sich Behörden rechtstreu verhalten und keine Verwaltungsakte erlassen, zu deren

²¹ *Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Auflage 2008, Rn. 83.*

Erlasse sie nicht befugt sind. Insofern ist nicht erkennbar, dass die Gemeinden die Tierschutzvereine aufgrund der Sätze 2 und 3 des letzten Absatzes von Nr. 2 der Fundtier-Richtlinie dazu zwingen können, ehemals als Fundtiere zu betrachtende Tiere ohne Kostenerstattung aufzunehmen und zu versorgen.

Nichts anderes folgte im Ergebnis aus einer Inanspruchnahme der Tierschutzvereine als Nichtstörer im Sinne von § 220 LVwG, da Nichtstörer infolge ihrer Inanspruchnahme den Entschädigungsanspruch aus § 221 LVwG geltend machen können.

III. Zu Frage 3.

Ob ein Vertrag zwischen einer Gemeinde und einem Tierschutzverein über die Unterbringung eines Fundtieres, welcher die Kostenerstattungspflicht der Gemeinde auf vier Wochen beschränkt, zugleich aber den Tierschutzverein zur dauerhaften Unterbringung verpflichtet, zulässig ist, hängt davon ab, ob Gründe ersichtlich sind, die die Unwirksamkeit dieser vertraglichen Abrede begründen.²²

Der Vertrag könnte gemäß § 134 BGB nichtig sein. Dafür müsste er gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Unterstellt, es ist ein Vergabeverfahren bezüglich der Unterbringung von Fundtieren in einer privaten Einrichtung durchzuführen, so wäre in diesem Verfahren § 16 Abs. 6 S. 2 VOL/A²³ zu beachten (vgl. §§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 3 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 TTG²⁴). Danach darf Angeboten, deren Preise in offenbarem Missverhältnis zur Leistung stehen, nicht der Zuschlag erteilt werden. Allerdings führen etwaige Vergaberechtsverstöße nicht zur Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts gemäß § 134 BGB, sofern nicht die betreffende Vorschrift, gegen die verstoßen wird, diese Rechtsfolge selbst anordnet.²⁵ § 16 Abs. 6 S. 2 VOL/A ordnet nicht die Nichtigkeit des geschlossenen Vertrags an, falls der Angebotspreis nicht auskömmlich ist. Ein solcher Vertrag ist somit nicht aus diesem Grund gemäß § 134 BGB nichtig.

²² Eine andere Frage ist, wie wahrscheinlich das Zustandekommen einer solchen Abrede in der Praxis ist. In einem Mustervertrag betreffend die Unterbringung von Fundtieren in einem privaten Tierheim wird vorgeschlagen, die Vergütung für die Unterbringung zu pauschalisieren und den Vertrag auf unbestimmte Zeit abzuschließen, jedoch jeden Vertragspartner mit einem Kündigungsrecht auszustatten, vgl. *Hutter/Schmidt*, PdK Bund, Fundrecht, Anhang 2.6, Ziffer 7.

²³ Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, Teil A vom 20.11.2009 (BAnz. Nr. 196a vom 29.12.2009, ber. BAnz. Nr. 32 vom 26.02.2010).

²⁴ Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tariftreue- und Vergabegesetz Schleswig-Holstein - TTG) vom 31.05.2013 (GVOBl. SH 2013, S. 239).

²⁵ Vgl. BGH, NZBau 2001, 151 (154); OLG Hamburg, NZBau, 2007, 801 (803); OLG Düsseldorf, NZBau 2004, 113 (114).

Sonstige Nichtigkeitsgründe sind nicht ersichtlich. Vielmehr bewegt sich der Tierschutzverein im Rahmen seiner Privatautonomie und in der Regel auch im Rahmen seines Vereinszwecks, wenn er eine entsprechende Abrede mit der Gemeinde trifft.

IV. Zu Frage 4.

1. Anspruch aus Vertrag

Auch wenn keine ausdrückliche und/oder schriftliche Vereinbarung zwischen der Gemeinde und dem Tierschutzverein besteht, ist denkbar, dass eine solche stillschweigend zustande kommt.²⁶ Übergibt die Gemeinde dem Tierschutzverein ein Tier, übernimmt dieser das Tier und bringt es in seinem Tierheim unter, so könnte darin ein konkludenter Vertragsschluss liegen. Angenommen, ein Vertrag wäre im Einzelfall konkludent zustande gekommen, so stellt sich die weitere Frage, welchen Inhalt dieser Vertrag im Hinblick auf die Kosten der Unterbringung hat.²⁷

Dies hängt unter anderem davon ab, welcher Vertragstyp vorliegt. Die Unterbringung eines (Fund-)Tieres durch die Gemeinde in einem Tierschutzverein auf vertraglicher Basis ist als Verwahrungsvertrag gemäß §§ 688 ff. BGB zu qualifizieren, weil sich der Tierschutzverein als Verwahrer nicht lediglich zur Gewährung von Raum, sondern auch zur Übernahme der Obhut (z.B. Füttern und Pflege) für das unterzubringende Tier verpflichtet.²⁸

§ 689 BGB enthält eine Auslegungsregel, wonach eine Vergütung für die Aufbewahrung als stillschweigend vereinbart gilt, wenn die Aufbewahrung den Umständen nach

²⁶ Dies ist jedenfalls dann möglich, wenn der zustande gekommene Vertrag zivilrechtlicher Natur ist (vgl. *Neuner*, JuS 2007, 881, 882). Wäre der Vertrag im Einzelfall öffentlich-rechtlicher Natur, so müsste die Schriftform des § 124 LVwG gewahrt werden.

²⁷ Diese Frage stellt sich nicht nur im Rahmen einer Fundtier-Unterbringung im Einzelfall, sondern auch in dem Fall, dass zwischen der Gemeinde und dem Tierheim ein Rahmenvertrag über die Unterbringung von Fundtieren abgeschlossen worden ist und dieser keine Regelung über eine Vergütung des Tierheims enthält.

²⁸ Vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 02.12.1993 - 12 U 232/93 (juris); OLG Schleswig, BeckRS 2000, 30103312; OLG Brandenburg, NJW-RR 2006, 1558; OLG Oldenburg, IBRRS 2011, 1898; VG Koblenz, BeckRS 2013, 51706; *Huttner/Schmidt*, PdK Bund, Fundrecht, § 967 BGB, Ziffer 4; *Sprau*, in: Palandt, BGB, 75. Auflage 2016, § 688, Rn. 2, 4; *Gehrlein*, in: BeckOK BGB, Stand: 01.02.2016, § 688, Rn. 3; *Henssler*, in: MüKo-BGB, 6. Auflage 2012, § 688, Rn. 8; *Mansel*, in: Jauernig, BGB, 16. Auflage 2015, § 688, Rn. 1; *Huttner/Schmidt*, PdK Bund, Fundrecht in der kommunalen Praxis, § 965 BGB, Ziffer 2.8; *Häublein*, NJW 2009, 2982 (2983): Neben Verwahrungs- habe der Vertrag auch Mietelemente.

nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Die Vorschrift des § 689 BGB ist jedoch nur dann anwendbar, wenn eine Auslegung der Erklärungen nicht möglich ist.²⁹

Der konkrete Inhalt des Verwahrungsvertrags ist hier indes durch Auslegung der Erklärungen bzw. Handlungen (§§ 133, 157 BGB) ermittelbar. Dabei geht der wirkliche Wille der Gemeinde bei der Übergabe eines Fundtieres an einen Tierschutzverein regelmäßig dahin, lediglich ihre Pflichten aus §§ 965 ff. BGB sowie der Richtlinie über die Verwahrung von Fundtieren vom 30. Juni 1994 zu erfüllen. Gibt die Gemeinde keinerlei Hinweis darauf, dass sie sich darüber hinausgehend gegenüber dem Tierschutzverein zur Kostenerstattung verpflichten möchte, so muss der Tierschutzverein - in Kenntnis der Fundtiereigenschaft und der rechtlichen Gegebenheiten - davon ausgehen, dass er das Tier unterbringen soll und sich die Kostenerstattung nach den durch die Fundtier-Richtlinie vorgegebenen Rahmenbedingungen richtet. Durch die widerspruchslose Übernahme des Tieres gibt der Tierschutzverein zu verstehen, dass er damit einverstanden ist. Dies gilt auch für den Umstand, dass die Gemeinde aufgrund der fundrechtlichen Vorschriften lediglich zeitlich begrenzt für die Erstattung der Aufwendungen des Tierschutzvereins aufkommen muss. Insofern kann der Tierschutzverein selbst bei Annahme eines konkludenten Vertragsschlusses in der Regel nicht die Erstattung der Aufwendungen für die gesamte Dauer der Unterbringung von der Gemeinde verlangen.

2. Anspruch aus öffentlich-rechtlicher Geschäftsführung ohne Auftrag

Ein Aufwendungsersatzanspruch eines Tierschutzvereins gegenüber einer Gemeinde aus öffentlich-rechtlicher Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 683 S. 1, 670 BGB analog) bezüglich der durch die Unterbringung und Versorgung eines Fundtieres aufgewendeten Kosten kommt dann in Betracht, wenn ein Dritter ein Fundtier unmittelbar bei dem Tierschutzverein abgibt, ohne dass zwischen dem Tierschutzverein und der Gemeinde eine vertragliche Vereinbarung über die Verwahrung von Fundtieren besteht.³⁰

Eine öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag liegt vor, wenn der Geschäftsführer ein fremdes öffentlich-rechtliches Geschäft für einen anderen ohne Auftrag ausführt.³¹ Ein fremdes öffentlich-rechtliches Geschäft liegt vor, wenn das Geschäft - wäre es vom Geschäftsherrn vorgenommen worden - öffentlich-rechtlichen

²⁹ Henssler, in: MüKo-BGB, 6. Auflage 2012, § 689, Rn. 3.

³⁰ Vgl. Kneer, BGWZ 2015, 884 (885 f.).

³¹ BGH, BeckRS 2015, 20626, Rn. 11.

Charakter gehabt hätte.³² „Das Führen eines fremden Geschäfts ist jede Tätigkeit, die nach ihrem Inhalt, ihrer Natur und/oder ihrem äußeren Erscheinungsbild einem anderen vorbehalten ist, also in einen anderen Rechts- und Interessenkreis als den des Handelnden eingreift“.³³ Ein fremdes öffentlich-rechtliches Geschäft liegt in den Tierfundfällen vor, wenn und solange ein Fund(-tier) gemäß § 967 BGB bei der Fundbehörde abgeliefert ist, da diese Vorschrift dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist.³⁴ Der Ablieferung der Fundsache im Sinne von § 967 BGB wird im Fall von Fundtieren die Fundanzeige gemäß § 965 Abs. 1 BGB gleichgestellt, da Tiere artgerecht untergebracht und ernährt werden müssen und dies in Tierheimen in der Regel besser gewährleistet ist als in der Fundbehörde selbst.³⁵ Die Verantwortlichkeit der Fundbehörde kann somit erst mit der Ablieferung oder der Fundanzeige entstehen.³⁶ Im Hinblick auf die Verantwortlichkeit der Fundbehörde kommt wiederum die auf der Wertung des Art. 20a GG fußende Vermutung in Nr. 2 letzter Absatz der Fundtier-Richtlinie zum Tragen, wonach zunächst im Zweifel von einem Fundtier auszugehen ist.³⁷ Endet aber infolge deren Anwendung die Fundtiereigenschaft des verwahrten Tieres nach vier Wochen, kann kein öffentlich-rechtliches Geschäft mehr angenommen werden. Ab diesem Zeitpunkt sind die Aufwendungen des Tierschutzvereins somit nicht mehr analog §§ 683 S. 1, 670 BGB erstattungsfähig.³⁸ Wird die Vermutung, dass nach vier Wochen nicht mehr von einem verlorenen Tier auszugehen ist, widerlegt, kann die Verwahrungspflicht jedoch bis zu sechs Monate andauern (vgl. § 973 Abs. 1 S. 1 BGB).

V. Zu Frage 5.

Ausgangspunkt der Frage ist offenbar, dass eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem Tierschutzverein und der Gemeinde über die Unterbringung und Versorgung eines (Fund-)Tieres besteht, die jedoch keine Abrede über die Rücknahme des Tieres beinhaltet.

Die Unterbringung eines Fundtieres durch die Gemeinde in einem Tierschutzverein auf vertraglicher Basis ist in der Regel als Verwahrungsvertrag gemäß §§ 688 ff. BGB zu qualifizieren (s.o. IV.1.). Insofern kann der Tierschutzverein als Verwahrer gemäß

³² BGH, BeckRS 2015, 20626, Rn. 11.

³³ VG Göttingen, BeckRS 2010, 50696.

³⁴ Oechsler, JuS 2016, 215.

³⁵ VG Stuttgart, BeckRS 2016, 40326.

³⁶ Vgl. Kneer, BGWZ 2015, 884 (886).

³⁷ Oechsler, JuS 2016, 215 (216 ff.).

³⁸ Vgl. Kneer, BGWZ 2015, 884 (886).

§ 696 S. 1 BGB jederzeit die Rücknahme der hinterlegten Sache verlangen, wenn eine Zeit für die Aufbewahrung nicht bestimmt ist.³⁹ Das Rücknahmeverlangen des Verwahrers wird dabei von der herrschenden Auffassung als konkludente Kündigung aufgefasst.⁴⁰ Der Hinterleger hat die verwahrte Sache somit gemäß § 696 BGB nach Beendigung des Verwahrungsvertrags zurückzunehmen.⁴¹

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Für den Wissenschaftlichen Dienst

gez. Pino Bosesky

³⁹ In einem Mustervertrag betreffend die Unterbringung von Fundtieren in einem privaten Tierheim wird vorgeschlagen, den Vertrag auf unbestimmte Zeit abzuschließen, jedoch jeden Vertragspartner mit einem Kündigungsrecht auszustatten, vgl. *Hutter/Schmidt*, PdK Bund, Fundrecht, Anhang 2.6, Ziffer 7. In diesem Fall besteht mangels Befristung des Verwahrungsvertrages der Rücknahmeanspruch aus § 696 S. 1 BGB.

⁴⁰ Vgl. *Gehrlein*, in: BeckOK BGB, Stand: 01.02.2016, § 696, Rn. 1; *Henssler*, in: MüKo-BGB, 6. Auflage 2012, § 696, Rn. 5 m.w.N.

⁴¹ *Gehrlein*, in: BeckOK BGB, Stand: 01.02.2016, § 688, Rn. 6.