Bearbeitet von Johannes Fitzke, Greifswald*

Klausur im Öffentlichen Recht für Vorgerückte

Sachverhalt

In der kreisfreien Stadt S (M-V) besteht eine in Jahr 2010 erlassene „Ordnungsbehördliche Verordnung über die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung auf dem Gebiet der Stadt S“ (VO). § 8 dieser VO, der die Tierhaltung regelt, wird im ordnungsgemäßen Verfahren um einen Absatz 5 erweitert, der am 1. Januar 2016 in Kraft trat und folgenden Wortlaut hat:

§ 8 Tierhaltung
(5) Zur Vermeidung von unkontrollierten Verunreinigungen sowie von Gefährdungen und Belästigungen sind Hunde auf den öffentlichen Straßen, Wegen, Plätzen und Anlagen an der Leine zu führen.

Ein Verstoß gegen § 8 II der VO stellt nach § 17 I Nr. 8 der VO (ebenfalls am 1. Januar 2016 in Kraft getreten) eine Ordnungswidrigkeit dar.

Der in S ansässige Rentner R ist Halter eines Dackels, mit dem er seit Jahren regelmäßig Spaziergänge durch eine in der Nähe seiner Wohnung gelegene städtische Parkanlage unternimmt. Beim Betreten der Anlage löst R den Hund von der Leine, dieser bleibt stets in Sicht- und Rufweite des R und kehrt auf Zuruf sofort zu R zurück. Als R am Morgen des 03.03.2016 wiederum den Hund in der Parkanlage frei herumlaufen lässt, beobachtet dies der Beamte B des städtischen Ordnungsamtes auf einem seiner Kontrollgänge. Er spricht daraufhin den R an, gibt sich unter Vorlage seines Dienstausweises als Beamter des Ordnungsamtes zu erkennen und fordert R unter Hinweis auf § 8 V der VO auf, sogleich den Hund an die Leine zu nehmen. R sieht zwar nicht ein, hierzu verpflichtet zu sein, kommt der Aufforderung letztlich aber doch nach, nachdem ihn B darauf hingewiesen hat, dass die Nichtbeachtung eine Ordnungswidrigkeit darstelle. Auf Bitte des R bestätigt B am gleichen Tage seine gegenüber R getroffene Anordnung schriftlich.

* Stud. jur. *Johannes Fitzke* studiert im 7. Fachsemester Rechtswissenschaften an der Universität Greifswald. Die Klausur wurde im Rahmen der Übung für Vorgerückte im Öffentlichen Recht im WS 2016/17 vom Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozial- und Gesundheitsrecht (Prof. Dr. *Heinrich Lang*) gestellt und mit 15 Punkten bewertet. Die kursiven Anmerkungen in eckigen Klammern stammen vom Korrektor und der *GreifRecht*-Redaktion.

Hiergegen erhebt R am folgenden Tag Widerspruch. Am 14.03.2016 wendet er sich mit einem Antrag, mit dem er die Rechtswidrigkeit der Anordnung vom 03.03.2016 festgestellt wissen will, an das zuständige Verwaltungsgericht: Er sieht in § 8 V der VO unter anderem einen unzulässigen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit und meint, Tiere müssten frei herumlaufen. Zu bemängeln sei ferner, dass die Neuregelung unterschiedslos auf alle Hunde Anwendung finde, so auch auf seinen Dackel, der ein friedliches Tier sei und bislang niemanden belästigt oder gar gebissen habe. Wenn der Hund einmal bei den Spaziergängen Kot ablege, werde dieser von ihm (R) stets sofort in einem mitgeführten „Hundeklo" beseitigt. Auf all das habe er den B am 03.03.2016 hingewiesen (alle Angaben des R sind als zutreffend anzusehen).

1. Wie wird das Verwaltungsgericht entscheiden?
2. Gehen sie davon aus, dass es nicht zu dem Vorfall am 03.03.2016 gekommen ist. R, der gleichwohl über die VO außerordentlich verärgert ist, trifft auf einer Familienfeier seinen in Greifswald studierenden Enkel E. R, der kürzlich einen Artikel über das Bundesverfassungsgericht gelesen hat, fragt den E, ob er denn nicht unmittelbar gegen den § 8 V der VO Rechtsschutz vor dem Bundesverfassungsgericht in Anspruch nehmen könne. Welchen Rat wird E dem R erteilen?

Bearbeitungsvermerk: Gehen Sie für die Falllösung davon aus, dass der vorstehende Sachverhalt nicht von der Verordnung über das Führen und Halten von Hunden (Hundehalterverordnung-HundehVO) M-V erfasst wird. Auf eine etwaige Sperrwirkung der bundesrechtlichen Regelungen zum Straßenverkehrsrecht ist ebenfalls nicht einzugehen.

Auszug aus dem Tierschutzgesetz

§ 1
Zweck dieses Gesetzes ist es, aus der Verantwortlichkeit des Menschen für das Tier als Mitgeschöpf dessen Leben und Wohlbefinden zu schützen. Niemand darf einem Tier ohne vernünftigen Grund Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügen.

§ 2
Wer ein Tier hält, betreut oder zu betreuen hat,
1. muss das Tier seiner Art und seinen Bedürfnissen entsprechend angemessen ernähren, pflegen und verhaltensgerecht unterbringen,
2. darf die Möglichkeit des Tieres zu artgemäßer Bewegung nicht so einschränken, dass ihm Schmerzen oder vermeidbare Leiden oder Schäden zugefügt werden,
3. muss über die für eine angemessene Ernährung, Pflege und verhaltensgerechte Unterbringung des Tieres erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügen.

§ 18
(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig
1. einem Wirbeltier, das er hält, betreut oder zu betreuen hat, ohne vernünftigen Grund erhebliche Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügt,
2. (weggefallen)
3. Eine
a) nach § 2a oder § 9 II, III, IV oder VII 2, jeweils auch in Verbindung mit § 6 Ia 1 Nr. 2, oder
b) nach den §§ 4b, 5 IV, § 6 IV, § 8a IV oder V Nrn. 1, 2, 3 oder Nr. 4, § 9 I und V 2, auch in Verbindung mit § 6 Ia 1 Nr. 2 oder § 9 VI 2, § 10 II 2, § 11 III, § 11a II, III 3 oder V, § 11b IV Nr. 2, § 12 II, § 13 II oder III, §§ 13a, 14 II, § 16 V 1 oder § 16c erlassenen Rechtverordnung zuwiderhandelt, soweit sie für einen bestimmten Tatbestand auf diese Bußgeldvorschrift verweist,

…

Bearbeitung

1. Frage

Die Klage hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

1. Aufdrängende Sonderzuweisungen

Aufdrängende Sonderzuweisungen sind für den vorliegenden Fall nicht ersichtlich.

2. Generalklausel, § 40 I 1 VwGO

Gemäß § 40 I 1 VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art eröffnet.

a) Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Zunächst müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegen. Dies ist dann der Fall, wenn die streitentscheidende Norm öffentlich-rechtlich ist. Öffentlich-rechtlich ist die streitentscheidende Norm dann, wenn sie einen Hoheitsträger einseitig berechtigt oder verpflichtet (modifizierte Subjektstheorie). Vorliegend handelt der Beamte auf Grundlage von §§ 13, 16 SOG. Diese Normenkette berechtigt einseitig die Ordnungsbehörden auf Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu reagieren. Folglich liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor.

b) Nichtverfassungsrechtlicher Art

Weiter dürfte die Streitigkeit auch nicht verfassungsrechtlicher Art sein. Dies ist dann der Fall, wenn nicht ausschließlich Verfassungsorgane über die Anwendung von Verfassungsrecht streiten (doppelte Verfassungsunmittelbarkeit). Vorliegend streiten weder Verfassungsorgane, noch ist Streitgegenstand ausschließlich Verfassungsrecht, mithin ist die Streitigkeit auch nichtverfassungsrechtlicher Art.

3. Abdrängende Sonderzuweisungen

Aufgrund des Fehlens von abdrängenden Sonderzuweisungen ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

II. Statthafte Klageart, § 88 VwGO

Die statthafte Klageart richtet sich nach § 88 VwGO, wonach das Gericht nicht über das Klagebegehren hinausgehen darf. Vorliegend möchte der Klagesteller R *[Kläger]* erreichen, dass die gegen ihn am 03.03.2016 ausgesprochene Anordnung des Beamten B für rechtswidrig erklärt wird.

1. Anfechtungsklage, § 42 I Alt. 1 VwGO

Für das Klagebegehren des R könnte eine Anfechtungsklage einschlägig sein. Dafür müsste es sich bei der Anordnung von B um einen belastenden Verwaltungsakt (VA) i.S.d. § 35 1 VwVfG handeln. Von den dort genannten Merkmalen ist lediglich das der Regelung problematisch. Eine behördliche Maßnahme hat dann Regelungscharakter, wenn sie unmittelbar auf das Setzen einer Rechtsfolge gerichtet ist. Vorliegend macht B den R darauf aufmerksam, dass er durch sein Verhalten gegen § 8 V der VO verstößt. Fraglich ist, ob hierin ein VA oder lediglich ein Hinweis auf eine bereits bestehende Rechtslage zu sehen ist. Zunächst ist festzuhalten, dass ein VA nicht notwendigerweise von der Rechtlage abzuweichen hat, um als VA charakterisiert zu werden. Weiter macht B den R nicht nur auf die VO aufmerksam, sondern macht auch deutlich, was bei Nichtbefolgung seiner Anordnung passieren wird. Hierdurch wird deutlich, dass B nicht nur hinweisen wollte, sondern einen Ausspruch getätigt hat, welcher eigenen Regelungscharakter hatte. Folglich handelte es sich bei der Anordnung von B um einen VA. Darüber hinaus ist ebenfalls fraglich, ob der VA in dem mündlichen Ausspruch besteht oder vielmehr nur in der schriftlichen Bestätigung. Letzteres überzeugt jedoch nicht, handelt es sich bei der anschließenden schriftlichen Bestätigung von B für R nur um eine Wiederholung des mündlichen VA, mithin liegt ein VA vor.

Fraglich ist dennoch, ob eine Anfechtungsklage statthaft ist. Dem könnte eine Erledigung des VA entgegenstehen. Ein erledigter VA kann nicht Gegenstand einer Anfechtungsklage sein. Erledigt hat sich ein VA bei einer Rücknahme oder Widerruf nach §§ 48, 49 VwVfG, bei Zeitablauf nach § 43 II 4. Var. VwVfG oder in sonstiger Weise nach § 43 II 5. Var. VwVfG. Vorliegend handelt es sich bei der Anordnung von B an R um ein Gebot, den Hund am 03.03.2016 wieder anzuleinen, dieses Gebot hat sich durch das Folgeleisten von R erledigt. Folglich ist die Anfechtungsklage nicht statthaft.

2. Fortsetzungsfeststellungsklage

Bei einem erledigten VA kommt grundsätzlich eine Fortsetzungsfeststellungsklage (FFK) in Betracht. Gemäß § 113 I 4 VwGO ist sie dann statthaft, wenn sich ein belastender VA nach Klageerhebung und vor Urteilsverkündung erledigt hat. Vorliegend hat sich der VA jedoch bereits vor Klageerhebung erledigt. Die FFK nach § 113 I 4 VwGO ist demnach auch nicht statthaft.

3. Allgemeine Feststellungsklage oder analoge Anwendung von § 113 I 4 VwGO

In Fallkonstellationen wie der vorliegenden ist strittig, ob die FFK analog angewendet werden soll oder vielmehr eine allgemeine Feststellungsklage (allg. FK) statthaft sein soll.

a) 1. Ansicht

Nach einer Ansicht soll die allg. FK statthaft sein, ein erledigter VA sei schließlich mit einem Rechtsverhältnis vergleichbar.

b) 2. Ansicht

Nach einer zweiten Ansicht soll dagegen § 113 I 4 VwGO analog angewandt werden.

c) Stellungnahme

Für die zweite Ansicht spricht zunächst einmal der Wandel des BVerwG, welches diese Ansicht in neueren Verfahren bevorzugte. *[Das ist kein normatives Argument, sondern allenfalls eine Feststellung.]* Darüber hinaus ist der Zeitpunkt der Erledigung vom Zufall abhängig. Der Zufall darf aber nicht über Rechtsschutzmöglichkeiten entscheiden. Demnach ist mit Verfolgung eines effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 IV GG die zweite Ansicht vorzugswürdig.

Die FFK ist in analoger Anwendung von § 113 I 4 VwGO statthaft.

[Wenn das Problem derart knapp behandelt wird, wirkt die Untergliederung mit drei Überschriften sehr schematisch.]

III. Besondere Sachurteilsvoraussetzungen

1. Fortsetzungsfeststellungsinteresse

Zunächst müsste R ein berechtigtes Interesse daran haben, dass das Gericht über die unter Umständen vorliegende Rechtswidrigkeit des erledigten VA entscheidet. Dieses Interesse kann rechtlicher, ideeller, bei Vorliegen von weiteren Voraussetzungen auch wirtschaftlicher Natur sein. Vorliegend ist der Klagesteller *[Kläger]* R ein großer Hundefreund, der regelmäßig mit seinem Dackel in den Parkanlagen spazieren geht und sich dabei in gewisser Weise auch über seine Hundeliebe charakterisiert. Demnach besteht ein ideelles Interesse an einer gerichtlichen Entscheidung. *[Das reicht für sich genommen bei erledigten VAen nicht aus.]* Darüber hinaus ist es nicht unwahrscheinlich, dass R seinen Hund auch nach dem 03.03.2016 wieder in dem Park ausführen möchte, mithin besteht auch eine Wiederholungsgefahr, die ein rechtliches Interesse begründet. Folglich liegt ein Feststellungsinteresse vor.

2. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog

Weiter müsste R auch klagebefugt sein. Dies ist dann zu bejahen, wenn er geltend machen kann, durch den VA in eigenen subjektiven Rechten verletzt zu sein. Vorliegend ist R Adressat eines belastenden VA, mithin ist zumindest Art. 2 I GG berührt (Adressatentheorie). Folglich ist R auch klagebefugt.

3. Klagegegner

Der richtige Klagegegner ist gemäß § 78 I Nr. 2 VwGO [*analog*] i.V.m. § 14 II AGGerStrG M-V die handelnde Behörde. Vorliegend handelt ein Beamter des Ordnungsamts, welches eine Unterkategorie der Behörde Oberbürgermeister ist. Mithin ist der Oberbürgermeister der richtige Klagegegner.

4. Erfolgloses Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO

Vorliegend hat R Widerspruch erhoben, jedoch hat die Widerspruchsbehörde bei Klageerhebung noch nicht über den Widerspruch entschieden. Mithin könnte es an der Zulässigkeitsvoraussetzung fehlen. Regelmäßig unzulässig sind FFK, die nach Ablauf der Widerspruchsfrist eingelegt worden sind. *[Nach hM ist ein „Fortsetzungsfeststellungswiderspruch" unzulässig, weshalb demzufolge der Widerspruch von R keine Rolle spielen würde. Entscheidend ist, dass der VA noch nicht bestandskräftig sei. Dogmatisch gehört dieser Punkt allerdings zur Klagefrist.]* Vorliegend legt R jedoch bereits einen Tag nach Erlass des VA Widerspruch ein, mithin ist die FFK nicht automatisch unzulässig. Fraglich und umstritten sind jedoch Fälle, bei denen zwar Widerspruch eingelegt worden ist, die Behörde aber noch nicht über diesen entschieden hat.

a) 1. Ansicht

Eine Ansicht stellt dabei auf den Charakter der FFK als amputierte Anfechtungsklage ab und meint, dass das Widerspruchsverfahren zwingend zu Ende geführt werden muss, bevor FFK erhoben werden kann.

b) 2. Ansicht

Eine andere Ansicht stellt vielmehr auf den Sinn und Zweck des Vorverfahrens ab, wonach dieses die Selbstkontrolle der Behörde ermögliche. Das Vorverfahren soll der Behörde die Möglichkeit eröffnen selbstständig den VA aufzuheben, wenn sie zu einer Rechtswidrigkeit kommt. Bei Folgen dieser Ansicht würde die Klage nicht an dieser Stelle scheitern.

c) Stellungnahme

Die 1. Ansicht verkennt den Grundsatz, dass Unnötiges im deutschen Verfahren nur zeithemmend wirkt. *[Das ist zu pauschal.]* Vielmehr sollte, klägerfreundlich, auf Unnötiges verzichtet werden, um effektiven Rechtsschutz gemäß Art. 19 IV GG zu ermöglichen. Die Beendigung des Vorverfahrens ist demnach nicht erforderlich.

[Auch die Behandlung dieses Problems ist wieder sehr schematisch. Es ist zwar in Ordnung, dies in wenigen Sätzen abzuarbeiten, die Argumente sind aber recht oberflächlich.]

5. Klagefrist, § 74 VwGO

Ob die Klagefrist nach § 74 VwGO bei einer FFK einzuhalten ist, ist ebenfalls umstritten. Während eine Ansicht dies bejaht, ermöglicht eine andere Ansicht die Klageerhebung auch nach Ablauf der Frist. Vorliegend erhebt R Klage innerhalb eines Monats nach Erlass des VA, mithin geschah dies fristgerecht i.S.d. § 74 I VwGO und ein Streitentscheid *[besser: Stellungnahme]* ist entbehrlich.

IV. Allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen

1. Prozessfähigkeit, § 62 VwGO

R ist gemäß § 62 I Nr. 1 *[VwGO]* prozessfähig. Der Oberbürgermeister ist gemäß § 62 III VwGO durch seinen gesetzlichen Vertreter prozessfähig.

2. Beteiligtenfähigkeit, § 61 VwGO *[Dieser Punkt steht nicht nur im Gesetz, sondern auch logisch vor der Prozessfähigkeit]*

R ist gemäß § 61 Nr. 1 *[Var. 1]* VwGO beteiligtenfähig. Der Oberbürgermeister ist gemäß § 61 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 14 I AGGerStrG M-V beteiligtenfähig.

3. Weitere Voraussetzungen

An einer ordnungsgemäßen Klageerhebung nach §§ 81, 82 VwGO, der Zuständigkeit des Gerichts (siehe Sachverhalt) und an dem allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis bestehen keine Zweifel. Insbesondere das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis liegt durch das festgestellte berechtigte Interesse vor.

V. Zwischenergebnis

Die Klage ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Fortsetzungsfeststellungsklage (FFK) ist in analoger Anwendung des § 113 I 4 VwGO dann begründet, wenn der Erlass des VA rechtswidrig war und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt wurde.

I. Rechtswidrigkeit des VA

Der VA ist dann rechtswidrig, wenn er nicht formell und materiell rechtmäßig aufgrund einer Ermächtigungsgrundlage erlassen worden ist.

1. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage kommt vorliegend §§ 13, 16 SOG *[hier und im Folgenden: M-V]* in Betracht. Als formelles Gesetz ist dieses grundsätzlich als verfassungsgemäß anzusehen. Dennoch bestehen bei §§ 13, 16 SOG aufgrund des Tatbestandsmerkmals der öffentlichen Ordnung gewisse Zweifel. Öffentliche Ordnung i.S.d. §§ 13, 16 SOG meint alle ungeschriebenen Rechte, die nach den gerade herrschenden sozialen und moralischen Ansichten in einem bestimmten Bereich als unverzichtbare Grundlage für ein gedeihliches Miteinander angesehen werden. Diese Unbestimmtheit und insbesondere die Tatsache, dass diese Regelung ungeschrieben ist, ruft Probleme im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot und das Demokratieprinzip hervor.

a) Bestimmtheitsgebot

Man könnte annehmen, dass §§ 13, 16 SOG als Ermächtigungsgrundlage zu unbestimmt ist. Dies verkennt

jedoch, dass §§ 13, 16 SOG und insb. das Merkmal der öffentlichen Ordnung durch die Rechtsprechung über die Jahre hinweg konkretisiert wurde. Darüber hinaus nutzt die Verfassung die Wörter „öffentliche Ordnung" in Art. 13 VII GG und Art. 35 II GG selbst. Folglich ist §§ 13, 16 SOG nicht zu unbestimmt.

b) Demokratieprinzip

Darüber hinaus könnte die Ungeschriebenheit der Regeln gegen das Demokratieprinzip verstoßen, ist doch das Festlegen von Regelungen der Legislative vorbehalten. Dies verkennt jedoch den Grundsatz der effektiven Gefahrenabwehr, wonach die Ordnungs- und Polizeibehörden regelmäßig auf Unvorhergesehenes reagieren müssen, über das eben kein Parlament bereits entschieden hat. Dennoch bleibt festzustellen, dass die öffentliche Ordnung nicht Grundlage für bereits länger bekannten Problemen darstellen kann.

Zusammengefasst verstößt §§ 13, 16 SOG nicht gegen das Bestimmtheitsgebot und im Hinblick auf kurzfristig auftretenden Problemen auch nicht gegen das Demokratieprinzip.

[Die Ausführungen zur Verfassungsmäßigkeit der „Öffentlichen Ordnung" widersprechen dem Gutachtenstil. Wenn gesagt wird, dass sie nur bei kurzfristig auftretenden Problemen als EGL dienen kann, müsste erklärt werden, was das für den vorliegenden Fall bedeutet. Da es in der folgenden Lösung aber – zu Recht – nur auf die öffentliche Sicherheit ankommt, sind solch lehrbuchartige Ausführungen überflüssig und damit falsch.]

2. Formelle Rechtmäßigkeit

a) Zuständigkeit

Vorliegend handelt B als Beamter des städtischen Ordnungsamtes, aufgrund von fehlenden anderslautenden Hinweisen ist von der Zuständigkeit auszugehen. *[Normen?]*

b) Verfahren

Eine Anhörung gemäß § 28 I VwVfG *[hier und im Folgenden: M-V]* wurde durch das Gespräch von R und B am Ort des Geschehens durchgeführt. Hohe Anforderungen sind hieran nicht zu stellen, wäre eine Anhörung doch gem. § 28 II Nr. 1 VwVfG auch entbehrlich gewesen.

c) Form

Ein VA kann auch mündlich ergehen, von der Form der schriftlichen Bestätigung ist auszugehen. *[Normen?]*

d) Zwischenergebnis

Der VA war formell rechtmäßig.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

a) Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

aa) Schutzgut betroffen

Zunächst müsste die öffentliche Sicherheit oder Ordnung betroffen sein. Öffentliche Sicherheit meint die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung, der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen sowie des Staates und seiner Einrichtungen. Rechtsordnung meint die Gesamtheit aller formellen und materiellen Gesetze. Vorliegend kommt ein Verstoß gegen § 8 V der VO in Betracht; hierbei handelt es sich um ein materielles Gesetz, welches nur dann zur Rechtsordnung gehört, wenn es selbst formell und materiell im Einklang mit einer Ermächtigungsgrundlage entstanden ist.

(1) Ermächtigungsgrundlage

Der Erlass der VO beruht auf § 17 SOG. Die Problematik der Verfassungsmäßigkeit des Merkmals der öffentlichen Ordnung wurde bereits bei §§ 13, 16 SOG erörtert.

(2) Formelle Rechtmäßigkeit

[Da dies zu Recht als unproblematisch kurz festgestellt wird, brauchen keine Unterpunkte gebildet werden]

(a) Zuständigkeit

An der Zuständigkeit bestehen keine Zweifel.

(b) Verfahren

Von einem ordnungsgemäßen Verfahren ist gemäß Sachverhalt auszugehen.

(c) Form

Von der ordnungsgemäßen Form gemäß § 21 SOG ist ebenfalls auszugehen.

(3) Materielle Rechtmäßigkeit

(a) Schutzgut betroffen

Auch § 17 SOG nennt die öffentliche Sicherheit und Ordnung als Schutzgüter. Vorliegend kommen durch die Verunreinigungen und Belästigungen der frei umherlaufenden Hunde als subjektive Rechte des Einzelnen die Grundrechte nach Art. 14 GG oder auch Art. 2 II *[1]*, 2 I GG in Betracht.

(b) Abstrakte Gefahr

Weiter müsste eine abstrakte Gefahr vorliegen. Abstrakte Gefahren sind Gefahren, die in bestimmten Situationen der Lebenserfahrung nach typischerweise auftreten. Hunde sind dafür bekannt, dass sie bellen und umherspringen und ggf. auch ihr Geschäft an schwer zugänglichen oder auch öffentlichen Bereichen machen. Mithin liegt eine abstrakte Gefahr vor.

(c) Zwischenergebnis

Eine abstrakte Gefahr für die öffentliche Sicherheit liegt vor.

(d) Vereinbarkeit mit höherrangigen Recht

Als materielles Gesetz darf die VO nicht im Widerspruch zu höherrangigen formellen Gesetzen stehen. In Betracht kommt ein Verstoß gegen Art. 2 I GG von Hundehaltern und ein Verstoß gegen § 2 Nr. 2 des Tierschutzgesetzes.

(aa) Verstoß gegen Art. 2 I GG

α) Schutzbereich betroffen

Art. 2 I GG schützt die allgemeine Handlungsfreiheit. Was genau darunter zu verstehen ist, ist umstritten. Zunächst wird vertreten, dass Art. 2 I GG nur die Handlungen umfasst, die zum persönlichen Lebenskern zählen. Andere verlangen, dass die geschützten Handlungen eine vergleichbare Relevanz wie die Schutzgüter der anderen Grundrechte aufweisen. Wiederum andere lassen jegliche Handlung ausreichen. Vorliegend geht es um die allgemeine Handlungsfreiheit von Hundeliebhabern. Diese kennzeichnen sich gerade durch ihre Liebe zu Hunden und den Wunsch nach deren Wohlbefinden. Mithin fällt das Gassi-Gehen zumindest unter die erste und dritte Ansicht. *[Es ist sehr zweifelhaft, ob die „Persönlichkeitskerntheorie" das Gassi-Gehen ohne Leine als Teil des Persönlichkeitskerns bezeichnen würde.]* Gegen die zweite Ansicht lässt sich einwenden, dass Art. 2 I GG gerade als Auffanggrundrecht kreiert wurde, um jegliche Eingriffe durch den Staat umfassen zu können. Mithin ist der Schutzbereich eröffnet.

β) Eingriff

Weiter müsste ein Eingriff vorliegen. Dieser liegt dann vor, wenn das vom Schutzbereich umfasste Verhalten erschwert oder unmöglich gemacht wird. Vorliegend wird durch die VO das Gassi-Gehen *[ohne Leine]* in öffentlichen Bereichen unmöglich gemacht, mithin liegt ein Eingriff vor.

γ) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Art. 2 I GG sieht einen einfachen Gesetzesvorbehalt vor, wonach in das Grundrecht eingegriffen werden kann, wenn das eingreifende Gesetz verhältnismäßig ist. *[Hier sollte noch zumindest kurz erwähnt werden, dass die „verfassungsmäßige Ordnung" in Art. 2 I GG als einfacher Gesetzesvorbehalt zu verstehen ist. Zudem ist die Verhältnismäßigkeit nicht die einzige Rechtfertigungsvoraussetzung bei einfachem Gesetzesvorbehalt – Die Verfassungsmäßigkeit im Übrigen ist zwar unproblematisch, sollte aber wenigstens kurz festgestellt werden.]*

Die VO müsste einen legitimen Zweck verfolgen. Dies ist dann gegeben, wenn es der Allgemeinheit oder anderen mit Verfassungsrang ausgestatteten Rechtgütern dient. *[Nein, „legitim" ist ein Zweck bereits dann, wenn er nicht der Verfassung widerspricht. Die Erwähnung von Rechtsgütern mit Verfassungsrang ist fehlleitend, weil es gerade nicht darauf ankommt.]* Vorliegend soll die VO vor Verunreinigungen und Belästigungen schützen, dies ist ein legitimer Zweck. Weiter müsste die VO geeignet sein. Die VO ist dann geeignet, wenn sie den Zweck zumindest fördert (kein Optimierungszwang *[besser: -gebot]*). Durch das Anleinen der Hunde werden Belästigungen und Verunreinigungen wirksam bekämpft, mithin ist die VO geeignet.

Weiter müsste sie erforderlich sein. Dies liegt dann vor, wenn es kein gleichwirksames, aber milderes Mittel gibt. Ein milderes Mittel könnte vorliegend die Begrenzung der VO auf bestimmte Hunderassen sein, wodurch Hunde, wie beispielsweise der von R, ausgenommen werden könnten. Dennoch bleibt festzustellen, dass grundsätzlich alle Hunde in der Lage sind, Belästigungen und Verunreinigungen hervorzurufen. Ferner würde aufgrund der unzähligen Züchtungsmöglichkeiten eine ständige Aushöhlung der Beschränkung drohen. Mithin ist § 8 V der VO auch erforderlich.

Fraglich ist jedoch, ob die VO auch angemessen ist. Dies ist dann zu bejahen, wenn die Rechtsgutverletzung der Betroffenen nicht außer Verhältnis zu dem verfolgten Zweck steht (Mittel-Zweck-Relation). Vorliegend ist das Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit gegen die Grundrechte nach Art. 14 GG und insb. gegen Art. 2 II GG abzuwägen. Hierbei muss auch der Schutz von Kindern gesondert beachtet werden, drohen diesen doch extreme Verletzungen durch Hundebisse. Mithin kann nicht von einer unzulässigen Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit ausgegangen werden. *[Die Abwägung sollte ausführlicher ausfallen – aufgrund des Umfangs der Klausur sind Zeitprobleme gegen Ende aber verständlich.]* Der festgestellte Eingriff ist demnach gerechtfertigt.

(bb) Verstoß gegen § 2 Nr. 2 Tierschutzgesetz

Auch ein Verstoß gegen § 2 Nr. 2 des Tierschutzgesetzes liegt nicht vor. Die Möglichkeit zur artgemäßen Bewegung wird durch die Anleinpflicht nicht so eingeschränkt, dass den Tieren Schmerzen oder ähnliches drohen. Vielmehr kann das Tier weiter auf privaten Grund oder außerhalb der Stadt frei herumlaufen. *[Auch die Auseinandersetzung damit sollte ausführlicher sein.]*

(cc) Zwischenergebnis

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 17 SOG liegen vor.

(b) Rechtsfolge

Gemäß § 17 SOG steht der Erlass von Verordnungen im Ermessen der Behörde. Dennoch muss dieses Ermessen ermessenfehlerfrei ausgeübt worden sein. Ermessenfehler kommen vorliegend nicht in Betracht.

(c) Zwischenergebnis

Die VO (§ 8 V VO) ist formell und materiell rechtmäßig auf der Ermächtigungsgrundlage erlassen worden, mithin gehört sie zur Rechtordnung beim Schutzgut der öffentlichen Sicherheit im Hinblick auf die materielle Rechtmäßigkeit der Anordnung nach §§ 13, 16 SOG.

bb) Konkrete Gefahr, §§ 13, 16 SOG

Durch das Umherlaufen des Hundes bestand die konkrete Gefahr der Verletzung von § 8 V der VO.

cc) Störer

R könnte Zustandsstörer nach § 70 I SOG gewesen sein. Zustandsstörer ist derjenige, der die tatsächliche Sachherrschaft über die Sache ausübt, von der die Gefahr ausgeht. Tiere sind zwar keine Sachen, sind jedoch wie solche zu behandeln (§ 90a BGB). Mithin war R Zustandsstörer. *[Verhaltensstörer gem. § 69 I SOG M-V, weil R selbst gegen den Leinenzwang verstößt.]*

dd) Zwischenergebnis

Die Tatbestandsvoraussetzungen von §§ 13, 16 SOG liegen vor.

b) Rechtsfolge

§§ 13, 16 SOG ermöglicht der Behörde eine Ermessensentscheidung. Vorliegend könnte dem B ein Ermessensfehlgebrauch unterlaufen sein. Dies ist dann zu bejahen, wenn er die Anordnung nicht zur Wahrung des verfolgten Zwecks ausgesprochen hat. Hieran könnte es durch die wahrheitsgemäßen Aussagen des R, sein Hund sei friedlich und sauber, mangeln. Doch es muss beachtet werden, dass es sich hierbei zwar um laut SV richtige Angaben handelt, dennoch muss aufgrund der eingeschränkten Sichtweise des B – der nicht weiß, ob das alles stimmt – ein Ermessensfehler in Form des Ermessensfehlgebrauch abgelehnt werden. *[Es ist eher fernliegend, die Umstände des konkreten Einzelfalls als Ermessensfehlgebrauch zu diskutieren. Dies wäre eher i.R.d. Verhältnismäßigkeit als Ermessensgrenze zu diskutieren.]*

c) Zwischenergebnis

Der VA war rechtmäßig.

II. Zwischenergebnis

Aufgrund der fehlenden Rechtswidrigkeit des VA ist die Klage unbegründet.

C. Ergebnis

Die Klage ist zwar zulässig, jedoch nicht begründet. Mithin hat sie keinen Erfolg.

2. Frage

E könnte dem R raten, nach Art. 93 I Nr. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG eine Verfassungsbeschwerde direkt gegen § 8 V der VO zu erheben. Diese würde jedoch als unzulässig abgewiesen werden, schließlich handelt es sich bei § 8 V der VO nur um ein materielles Gesetz und nicht um ein Parlamentsgesetz. Das BVerfG besitzt, im Gegensatz zum OVG, die ausschließliche Verwerfungsbefugnis bei Parlamentsgesetzen, vorliegend handelt es sich aber nicht um ein solches Gesetz. Deshalb würde E dem R nicht raten eine Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG zu erheben. Die Verwerfungsbefugnis für materielle Gesetze steht wiederrum dem OVG zu. *[Auch materielle Gesetze können als Akte der vollziehenden Gewalt Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein. Die Zulässigkeit scheitert aber gem. § 90 II 1 BVerfGG an der fehlenden Rechtswegerschöpfung.]* Mithin würde E dem R raten, eine Normenkontrolle nach § 47 VwGO *[genauer]* vor dem OVG anzustreben. Gegen die Grund-VO kann sich der R aufgrund des Fristablaufs nach § 47 II 1 VwGO nicht mehr wenden. Jedoch wird deutlich, dass sich R nur gegen den am 01.01.2016 in Kraft getretenen § 8 V der VO wenden möchte. Für diesen ist die Frist noch nicht abgelaufen. Ein generelles Abstellen auf die Grund-VO würde dabei gegen den *[Grundsatz des]* effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 IV GG verstoßen. Bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 47 VwGO könnte R so gegen § 8 V der VO vorgehen.

Das würde E dem R raten.

[Eine schöne Klausurbearbeitung. Die relevanten Aspekte werden erkannt und bearbeitet. An einigen Stellen müssen die Normen sauberer zitiert werden. Auch bei unproblematischen Stellen bietet es sich an, kurz auf die einschlägigen Normen zu verweisen (z.B. Zuständigkeit, Form).

Gut ist, dass Standardprobleme knapp abgearbeitet werden, jedoch geschieht das oft zu schematisch. Zudem werden z.T. irrelevante Probleme (insb. Verfassungsmäßigkeit der öffentlichen Ordnung) diskutiert, weshalb bei der Rechtfertigung der VO und Ermessensausübung die Zeit fehlt. Besonders gut ist aber, dass trotz des Umfangs die verschiedenen Ebenen (Verfassung, Gesetz, VO, VA) auseinandergehalten werden und der geschachtelte Aufbau gelingt.]