

Lösungsskizze

Teil 1:

A. Rechtmäßigkeit des Bescheids vom 19.12.2016 gegen P

Fraglich ist, ob der Bescheid der Ordnungsbehörde gegen P rechtmäßig ist.

I. Ermächtigungsgrundlage

Die Anordnung der Ordnungsbehörde stellt jedenfalls einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) des P dar, sodass diese auf einer Ermächtigungsgrundlage beruhen müsste (Vorbehalt des Gesetzes), von der in rechtmäßiger Weise Gebrauch gemacht worden ist (Vorrang des Gesetzes). Mangels Vorliegens vorrangiger spezieller gesetzlicher Regelungen oder Standardmaßnahmen kommt die ordnungsbehördliche Generalklausel nach § 14 I OBG NRW als Ermächtigungsgrundlage in Betracht.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

1. Zuständigkeit

Laut Sachverhalt hat die zuständige Behörde gehandelt.

2. Verfahren

Der P müsste überdies angehört worden sein, § 28 I VwVfG NRW. Dies ist dem Sachverhalt nach geschehen.

3. Form

Schließlich müsste die Form des § 20 I OBG NRW, namentlich die Schriftform, eingehalten worden sein. Es wurde ein „Bescheid“ erlassen, sodass auch formgemäß gehandelt wurde.

3. Zwischenergebnis

Die Ordnungsbehörde hat formell rechtmäßig gehandelt.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Des Weiteren müsste die Ordnungsbehörde materiell rechtmäßig gehandelt haben.

1. Tatbestand

Dafür müsste der Tatbestand der Generalklausel erfüllt sein. Fraglich ist, ob eine konkrete Gefahr für ein ordnungsbehördliches Schutzgut besteht.

a) Schutzgut

Dies setzt die Möglichkeit des Betroffenseins eines ordnungsbehördlichen Schutzguts voraus. Ordnungsbehördliche Schutzgüter sind die öffentliche Sicherheit sowie die öffentliche Ordnung.

Die öffentliche Sicherheit könnte berührt sein. Öffentliche Sicherheit ist „die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung, der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen sowie der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates und sonstiger Träger der Hoheitsgewalt“.¹ Als Teilschutzgut kommt die objektive Rechtsordnung in Betracht. Als zu berücksichtigendes Recht ist § 7 II der ordnungsbehördlichen Verordnung der Stadt B zu berücksichtigen, soweit die Verordnung wirksam Teil der objektiven Rechtsordnung geworden ist.

aa) Ermächtigungsgrundlage für Erlass der Verordnung

Die Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der Verordnung ist § 27 I OBG NRW.

bb) Formelle Rechtmäßigkeit

Die Verordnung ist laut Bearbeitervermerk formell rechtmäßig ergangen.

cc) Materielle Rechtmäßigkeit

¹ Gusy, POR, 10.A., Rn. 79.

§ 7 II der Verordnung ist materiell rechtmäßig, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 27 I OBG NRW erfüllt sind, die Verordnung bestimmt genug ist und sie des Weiteren mit höherrangigem Recht vereinbar ist.

(1) Tatbestandsvoraussetzungen des § 27 I OBG NRW

Eine ordnungsbehördliche Verordnung darf zur Abwehr einer abstrakten Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung erlassen werden. Eine abstrakte Gefahr liegt vor, wenn bei abstrakter Betrachtung bestimmte Verhaltensweisen oder Zustände nach allgemeiner Lebenserfahrung regelmäßig mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu konkreten Gefahren für polizeiliche oder ordnungsbehördliche Schutzgüter führen.² Sie stellt insofern ein statistisch signifikant erhöhtes Risiko in einer großen Zahl von Fällen, nicht hingegen notwendig für den Einzelfall, dar.³ Als taugliches Schutzgut kommt die körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG) des Einzelnen in Frage. Überdies könnte das Eigentum (Art. 14 I GG) als Rechtsgut des Einzelnen betroffen sein. Tauben hinterlassen eine große Menge an Taubenkot, was für Allergiker gesundheitsschädlich wirken kann. Dies führt zugleich dazu, dass Gebäude beschmutzt werden, was auf lange Sicht zu deren Beschädigung führt. Hinzu kommt, dass die Vielzahl an Tauben, welche durch eine Fütterung angelockt wird, zu einem erhöhten Parasitenbefall führt, was ebenso gesundheitsgefährdend sein kann. Folglich liegt eine abstrakte Gefahr für ein polizeiliches Schutzgut vor.

(2) Bestimmtheit der Verordnung

§ 7 II der ordnungsbehördlichen Verordnung müsste gemäß § 29 I 1 OBG NRW bestimmt genug sein. Aus § 7 II der Verordnung ist ersichtlich, welches Verhalten von dem Adressaten der Verordnung abverlangt wird nämlich das Unterlassen, Taubenfutter zu verkaufen. Ebenso deutlich geht aus der Verordnung hervor, auf welchen örtlichen Bereich sich das Verbot bezieht. Demnach ist die Regelung bestimmt.

(3) Kein Verstoß gegen höherrangiges Recht

Die Regelung dürfte nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen, § 28 I OBG NRW. Ein Verstoß gegen höherrangiges Recht ist nicht ersichtlich.

(4) Verantwortlichkeit der in der Verordnung Verpflichteten

Verantwortliche im Fall des Verkaufs von Taubenfutter sind Verhaltensverantwortliche im Sinne des § 17 OBG NRW.

(5) Pflichtgemäße Ermessensausübung durch die Behörde

Die Behörde müsste durch den Erlass der ordnungsbehördlichen Verordnung pflichtgemäß gehandelt haben. Das Verbot, Taubenfutter zu verkaufen, verfolgt den Zweck, Eigentum und Gesundheit des Einzelnen zu schützen. Laut Sachverhalt werden durch den Verkauf von Taubenfutter auf dem J-Platz mehr Menschen dazu angeregt, die Tauben zu füttern und das Taubenfütterungsverbot zu umgehen, weshalb ein Verkaufsverbot von Taubenfutter auf dem J-Platz geeignet und erforderlich ist, um die Überpopulation an Tauben einzuebnen. Fraglich ist allerdings, ob das Verbot, Taubenfutter zu verkaufen, auch angemessen ist. Auf der einen Seite sind Art. 2 II 1 GG sowie Art. 14 I GG der durch die Tauben belästigten Personen zu berücksichtigen. Auf der anderen Seite könnte Artikel 12 I GG der Personen berührt sein, die Taubenfutter verkaufen wollen. In Anbetracht dessen, dass das Verbot, Taubenfutter zu verkaufen, örtlich begrenzt ist, ist ein möglicher Eingriff in Art. 12 I GG nicht besonders schwerwiegend. Der Gesundheits- und der Eigentumsschutz überwiegen. Möglicherweise könnte allerdings eine Berücksichtigung von Art. 20a GG, wonach der Tierschutz als Staatsziel anerkannt ist, zu einem anderen Ergebnis führen. Laut Sachverhalt führt allerdings eine zu große Taubenpopulation zu einem sog. Dichtestress, der sich nachteilig auf die Lebensbedingungen der

² Zum Unterschied s. Kingreen/Poscher, in: Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, 9.A., § 4 Rn. 9ff.

³ Gusy, POR, 10.A., Rn. 125.

einzelnen Taube auswirkt. Folglich kann es auch nicht im Sinne des Tierschutzes sein, eine Tierpopulation – der natürlichen Auslese zuwider – künstlich zu vergrößern. Demnach war es pflichtgemäß diese ordnungsbehördliche Verordnung zu erlassen.

dd) Zwischenergebnis

Die Verordnung ist rechtmäßig und insofern als Vorschrift im Rahmen der objektiven Rechtsordnung zu beachten. Folglich ist hier auch ein ordnungsbehördliches Schutzgut berührt (die öffentliche Sicherheit).

b) Konkrete Gefahr

Darüber hinaus müsste eine konkrete Gefahr für das ordnungsbehördliche Schutzgut vorliegen. Eine konkrete Gefahr liegt vor, wenn im Einzelfall zureichende Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens ein polizeiliches Schutzgut geschädigt werden wird.⁴ Durch den Verstoß des P gegen die Verordnung hat sich die Gefahr bereits realisiert. P hat geäußert, dass ihn keiner zwingen könne, dem Leid und Hungern zuzusehen und dass er wie bisher weiter Taubenfutter verkaufen wolle, sodass weitere Rechtsverstöße in der Zukunft drohen. Eine konkrete Gefahr liegt vor.

2. Rechtsfolge

a) Verantwortlichkeit

P ist Handlungsstörer gemäß § 17 I OBG NRW.

b) Ermessen

Die Ordnungsbehörde müsste ermessensfehlerfrei gehandelt haben. Insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz müsste gewahrt sein.

aa) Legitimer Zweck

Auch für die ordnungsbehördliche Verfügung ist der legitime Zweck in dem Schutz von Gesundheit (Art. 2 II 1 GG) und Eigentum (Art. 14 I GG) zu sehen. Überdies soll ein Verstoß gegen die Verordnung vorgebeugt werden.

bb) Geeignetheit

Die Maßnahme müsste zur Erreichung des Zwecks geeignet sein. Eine Maßnahme ist geeignet, wenn sie den Zweck zumindest fördert. Durch das Verbot, Taubenfutter zu verkaufen, werden die Menschen nicht unmittelbar auf dem J-Platz mit Taubenfutter konfrontiert, sodass dadurch weniger Menschen die Tauben füttern werden. Dadurch wird die Überpopulation nicht noch weiter durch den Menschen gefördert. Die Maßnahme ist geeignet.

cc) Erforderlichkeit

Die Maßnahme müsste auch erforderlich sein. Die Erforderlichkeit ist zu bejahen, wenn keine mildereren, aber genauso effektiven Mittel in Betracht kommen. Mildere Mittel sind nicht ersichtlich.

dd) Angemessenheit

Fraglich ist, ob die Maßnahme auch angemessen ist. Im Wesentlichen kann auf die Angemessenheitsprüfung für die ordnungsbehördliche Verordnung verwiesen werden. Allerdings möchte P mit dem Verkauf von Taubenfutter keinen Gewinn erzielen, sondern nur die Menschen motivieren, Tauben zu füttern. Er könne mit seinem Gewissen nicht vereinbaren, dem Hungern von Tieren zuzusehen. Insofern ist – statt der Einbeziehung von Art. 12 I GG in die Abwägung –, die durch

⁴ Gusy, POR, 10.A., Rn. 108.

Art. 4 I GG gewährleistete Gewissensfreiheit zu berücksichtigen. Zum einen kann aber die persönliche Einstellung des Einzelnen nicht für den Erlass einer Rechtsnorm berücksichtigt werden. Zum anderen überwiegen die Belange der durch die Tauben geschädigten Personen die Gewissensfreiheit des P. Hinzu tritt, dass es sich bei dem durch P angebotenen Futter nicht um durch einen Fachmann hergestelltes Taubenfutter handelt, sondern um eine Mischung aus Brot und zermahlenden Keksen, was nicht als tiergerechte Nahrung gesehen werden kann. Insofern ist auch die Angemessenheit zu bejahen.

Korrekturhinweis: Andere Ansicht mit guter Begründung vertretbar.

B. Ergebnis

Der Bescheid vom 19.12.2016 gegen P ist rechtmäßig.

Teil 2

A. Rechtmäßigkeit der Anordnung gegen S

I. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage kommt hier § 24 Nr. 13 OBG NRW, § 43 Nr. 1 PolG NRW in Frage.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

1. Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit der Ordnungsbeamten ergibt sich aus §§ 1, 5 OBG NRW. Von der örtlichen Zuständigkeit ist auszugehen.

2. Verfahren

S wurde gemäß § 28 I VwVfG NRW angehört, sodass die Verfahrensvoraussetzungen erfüllt sind. Laut Bearbeitervermerk wurde eine Bescheinigung nach § 24 Nr. 13 OBG NRW, § 44 II 1 PolG NRW ausgestellt.

3. Form

Mangels gegenteiliger Angaben ist davon auszugehen, dass die Form gewahrt ist.

Korrekturhinweis:

Sollte ein Bearbeiter/eine Bearbeiterin aufgrund des Fehlens von Angaben zur Form im Sachverhalt zu einem anderen Ergebnis kommen, ist dies nicht nachteilig zu bewerten (anders später im Examen). Wichtig ist, dass derjenige/diejenige dennoch die Bearbeitung ggfs. hilfsgutachterlich fortsetzt.

4. Zwischenergebnis

Die formellen Voraussetzungen sind erfüllt.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

Weiterhin müsste die Maßnahme materiell rechtmäßig sein.

1. Tatbestand

Der Tatbestand des § 24 Nr. 13, § 43 Nr. 1 PolG NRW müsste erfüllt sein. Es müsste eine gegenwärtige Gefahr für ein polizeiliches bzw. ordnungsbehördliches Schutzgut vorliegen.

a) Schutzgut

Möglicherweise könnte die öffentliche Sicherheit als taugliches Schutzgut in Betracht kommen. Als Teilschutzgut könnte die objektive Rechtsordnung einschlägig sein. Als Vorschrift kommt § 7 I der Verordnung in Frage. Dafür müsste auch § 7 I der Verordnung auf einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage beruhen und formell sowie materiell rechtmäßig sein.

Korrekturhinweis: Es sollte nicht allzu negativ bewertet werden, wenn aus Zeitgründen 1:1 nach oben verwiesen wird, obwohl sich einige kleine Unterschiede zwischen den beiden Absätzen ergeben können, die im Ergebnis aber nicht entscheidend sind.

aa) Ermächtigungsgrundlage für Erlass der Verordnung

Die Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der Verordnung ist § 27 I OBG NRW.

bb) Formelle Rechtmäßigkeit

Die Verordnung ist laut Bearbeitervermerk formell rechtmäßig ergangen.

cc) Materielle Rechtmäßigkeit

§ 7 I der Verordnung ist materiell rechtmäßig, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 27 I OBG NRW erfüllt sind, die Verordnung bestimmt genug ist und sie des Weiteren mit höherrangigem Recht vereinbar ist.

(1) Tatbestandsvoraussetzungen des § 27 I OBG NRW

An dieser Stelle kann ohne nähere Ausführungen nach oben verwiesen werden.

(2) Bestimmtheit der Verordnung

§ 7 I der ordnungsbehördlichen Verordnung müsste gemäß § 29 I 1 OBG NRW bestimmt genug sein. Fraglich ist, ob die Wörter „nicht zielgerichtet oder gezielt“ bestimmt genug ist. Durch Auslegung ist jedoch ohne weiteres zu ermitteln, dass nicht unter das Verbot fallen soll, dass jemand Lebensmittel fallen lässt und die Tauben dadurch an Nahrung gelangen.

(3) Kein Verstoß gegen höherrangiges Recht

Die Regelung dürfte nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen, § 28 I OBG NRW. Ein Verstoß gegen höherrangiges Recht ist nicht ersichtlich.

(4) Verantwortlichkeit der in der Verordnung Verpflichteten

Verantwortliche im Fall des Verkaufs von Taubenfutter sind Verhaltensverantwortliche im Sinne des § 17 OBG NRW.

(5) Pflichtgemäße Ermessensausübung durch die Behörde

Auch an dieser Stelle kann nach oben verwiesen werden. Im Übrigen ist zu beachten, dass hier Art. 12 I GG auf Seiten des Adressaten der Verordnung nicht einschlägig ist. Vielmehr ist Art. 2 I GG das einschlägige Grundrecht. Insofern überwiegen die Grundrechte der durch die Tauben belästigten Menschen erst Recht.

dd) Zwischenergebnis

§ 7 I der Verordnung ist Teil der objektiven Rechtsordnung. Die öffentliche Sicherheit ist berührt.

b) Gegenwärtige Gefahr

Weiterhin müsste eine gegenwärtige Gefahr für das Schutzgut bestehen. Möglicherweise könnte das Schutzgut „öffentliche Sicherheit“ betroffen sein, wenn ein Verstoß gegen § 7 I der Verordnung und damit gegen die objektive Rechtsordnung vorlag und sich weitere Verstöße gegen die Verordnung bereits anbahnten. Eine gegenwärtige Gefahr für das Schutzgut liegt vor, wenn die Schädigung des betreffenden Rechtsguts schon eingetreten ist oder unmittelbar oder in allernächster Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eintreten wird. Der abzuwendende Schaden liegt in der Zukunft, sodass von den Ordnungsbeamten eine Gefahrenprognose aus Erkenntnissen der Vergangenheit und der Gegenwart für die Zukunft zu treffen ist. Problematisch ist allerdings, dass sich im Nachhinein herausgestellt hat, dass in der Spitzentüte lediglich gebrannte Mandeln waren. Für den Gefahrenbegriff entscheidend ist allerdings die ex-ante Perspektive. Fraglich ist insoweit, ob aus der

ex-ante Sicht objektiv Anhaltspunkte dafür vorhanden waren, dass ein Verstoß gegen die objektive Rechtsordnung eintreten würde. Während bei der Bejahung objektiver Anhaltspunkte eine sog. Anscheinsgefahr vorläge, die für die Bejahung des Gefahrenbegriffs ausreicht,⁵ wäre bei ihrer Verneinung eine sog. Schein- bzw. Putativgefahr anzunehmen, die schon zu einer Verneinung des Gefahrenbegriffs führt.⁶ Vor der Durchführung der Maßnahme wurde die S angehört. Diese teilte den Ordnungsbeamten mit, dass es sich um gebrannte Mandeln und nicht um Taubenfutter handeln würde. Hinzu kommt, dass das Taubenfutter, das zuvor von P verkauft worden war, in schlichten, grauen Tüten verkauft wurde. Im Gegensatz dazu hielt S eine mit Herzen bedruckte Spitzentüte in der Hand, die in diesem Jahr von nahezu allen Schaustellern, welche auf dem Weihnachtsmarkt gebrannte Mandeln verkauften, benutzt wurde. Insoweit lagen bereits objektiv gesehen mehr Anhaltspunkte dafür vor, dass es sich um gebrannte Mandeln als um Taubenfutter handelte. Dies spricht für das Vorliegen einer Schein-/Putativgefahr. Möglicherweise hat S dennoch gegen § 7 I der Verordnung verstoßen, wenn sie beabsichtigte, die gebrannten Mandeln an die Tauben zu verfüttern. Doch dafür waren objektiv auch keine Anhaltspunkte ersichtlich. Hinzu kommt, dass gebrannte Mandeln auf dem Weihnachtsmarkt verhältnismäßig teuer sind und es demnach nicht wahrscheinlich ist, dass diese an Tauben gefüttert werden. Insofern hätten die Ordnungsbeamten erkennen müssen, dass ex ante objektiv keine Gefahr vorlag.

Korrekturhinweis: Andere Ansicht mit guter Begründung vertretbar.

2. Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen des § 24 Nr. 13 OBG NRW, § 43 Nr. 1 PolG NRW liegen nicht vor.

B. Ergebnis

Die Verfügung der Ordnungsbeamten ist rechtswidrig.

⁵ Vgl. Kingreen/Poscher, in: Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, 9.A., § 4 Rn. 48f.; Lisken/Denninger, HdB des Polizeirechts, 5.A., D Rn. 47.

⁶ Vgl. Kingreen/Poscher, in: Pieroth/Schlink/Kniesel, POR, 9.A., § 4 Rn. 63ff.; Lisken/Denninger, HdB des Polizeirechts, 5.A., D Rn. 48.