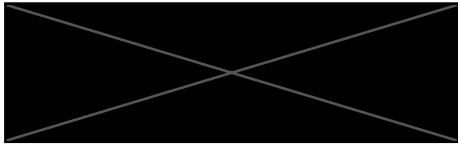


12 P.



20.09.2021
(Datum)

An die
Personalstelle für Referendare

Betr.: B-Klausurenkurs

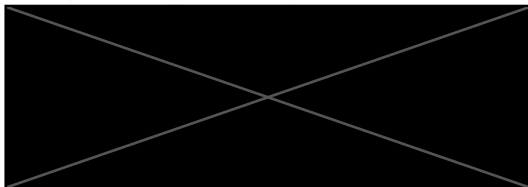
In der Anlage gebe ich die im Klausurenkurs B ausgegebene Klausur mit der

Nr. 069-OR II

zur Korrektur. Mir ist bekannt, dass meine Klausur nur bei vollständiger
– lesbarer – Ausfüllung und Unterschrift korrigiert wird.

Ich erkläre, dass ich

1. Referendar im Dienst der Freien und Hansestadt Hamburg bin,
2. an dem A-Klausurenkurs 10/2020 teilgenommen habe,
3. voraussichtlich im Monat 02/2022 die Examensklausuren schreiben werde.



Gutachten

A. Mandantenbegehren

Der Mandant (M) bittet um eine vollumfängliche Prüfung der Angelegenheit. Wenn Aussicht auf Erfolg besteht, möchte er sich gegen die Rücknahme der Zulassung wehren, wofür alles Notwendige veranlasst werden soll. In jedem Fall möchte er wissen, ob und wie lange er noch Wesenstedt in Niedersachsen durchführen darf.

Zunächst sind daher die ~~Au~~ Erfolgsaussichten der in Betracht kommenden Rechtsmittel zu prüfen, bevor über das zweckmäßige, weitere Vorgehen entschieden werden kann. In Betracht kommt hier vor allem die Erhebung einer Anfechtungshilage.

B. Materieell-rechtliche und prozessuale Begründung

Die Anfechtungslage hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

I. Zulässigkeit

1. Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I 1 VwGO eröffnet, da es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit mit verfassungsrechtlicher Art handelt. Die streitentscheidende Normen sind solche des NfHarc welches ausschließlich die zuständige Behörde berechtigt und verpflichtet. Bereits durch die Beteiligung des M liegt keine sog. doppelte Verfassungs-unmittelbarkeit vor.

2.

M ist nach den §§ 61 Nr. 1 Art. 1 62 I Nr. 1 VwGO beteiligungs- und prozessfähig. Das Niedersächsische Ministerium für Ernährung, Landwirtschaft

und Verbraucherschutz (Ministerium) ist nach den §§ 61 Nr. VwGO, 79 I Nr. 6 beteiligungsfähig und muss sich nach § 62 III VwGO durch den zuständigen Vertreter im Prozess vertreten lassen.

3.

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, vgl. § 88 VwGO.

K möchte gegen die Rücknahme der Zulassung vorgehen, die durch Streichung von der Liste erfolgt.

Diese Rücknahme ist ein Verwaltungsakt iSd § 35 S. 1 VwVfG, sodass statthafte Klageart die Anfechtungsklage nach § 42 I 1 Alt. 1 VwGO ist.

4.

K müsste auch Klagebefught sein, das heißt geltend machen können, dass er durch die Rücknahme in seinen Rechte verletzt ist (vgl. § 42 II VwGO). Ausreichend ist die Möglich

heit einer Rechtsverletzung.
M ist möglicherweise in
seiner Berufsfreiheit aus
Art. 12 I GG, jedenfalls in
seiner allgemeinen Handlung
freiheit aus Art. 2 I GG als
Adressat eines belastenden
Verwaltungsakts verletzt und
somit klagebefugt.

5.

Ein nach § 68 I 1 VwGO grund-
sätzlich erforderliches Vorver-
fahren ist nach § 68 I 2 Var.
VwGO iVm § 80 I NJG entbeh-
lich.

6.

Die Klagefrist müsste auch
noch einzuhalten sein.

Nach § 74 I 2 VwGO beträgt die
Klagefrist in den Fällen des
§ 68 I 2 VwGO einen Monat ab
Bekanntgabe des Verwal-
tungsakts. Die Bekanntgabe richtet
sich grundsätzlich nach § 41
VwVfG, da anders als beim
Widerspruchsbescheid (vgl. §
III 1, 2 VwGO) keine förmliche

Zustellung erforderlich ist. Entscheidet sich die Behörde freiwillig für die förmliche Zustellung, gelten ausschließlich die Vorschriften des VwZG (vgl. § 1 II Alt. 2 VwZG)

Die Zustellung erfolgte mit Zustellungsurkunde im Verfahren nach § 3 VwZG, sodass die §§ 177-182 ZPO entsprechend anwendbar sind (§ 3 II VwZG).

In Betracht kommt lediglich eine Ersatzzustellung nach § 180 ZPO.

Ist die Zustellung nach § 177 I Nr. 1 oder 2 nicht ausführbar, kann das Schriftstück in einen zu der Wohnung oder dem Geschäftsraum gehörenden Briefkasten oder in eine ähnliche Vorrichtung eingelegt werden, die der Adressat für den Postempfang eingerichtet hat und die in der allgemein üblichen Art für eine sichere Aufbewahrung geeignet ist.

Eine Zustellung nach § 175 ZPO war nicht möglich, da sich keine Personen im Haus oder auf dem Grundstück befanden. Ein Briefkasten war am Haus vorhanden und aufgrund der lediglich 140cm hohen Mauer von der Straße aus auch sichtbar, die Mülleuchte ist der gegenüber eine ähnliche Vorrichtung ist Norm.

Neben dem Literaturclub und der Apotheke war die Mülleuchte auch für den Postempfang eingerichtet, da der Postbote sie in der Vergangenheit bereits mehrfach beanstandungsfrei genutzt hat, wenn er in Eile war.

Sie müsste schließlich auch in der allgemein üblichen Art für die sichere Aufbewahrung geeignet sein. Ein Zugriff Dritter muss ausgeschlossen sein oder jedenfalls darf sie - wie bei einem Briefschlitz in einem Mehrfamilienhaus - nur für einen

beschränkten Personenkreis
zugänglich sein.

Die Milchkanne ist mit einem
Deckel verschlossen, sodass
der Inhalt wettergeschützt und
nicht unmittelbar einsehbar
ist. Allerdings befindet sie
sich außerhalb des Grund-
stücks auf dem Fußweg und
ist vom Haus aufgrund der
Mauer und Entfernung nicht
einsehbar. Letztlich beruht
sie lediglich auf dem Ver-
trauen, dass Dritte den In-
halt nicht an sich nehmen,
denn der Deckel ist nicht
abschließbar. Aufgrund der
dadurch ermöglichten Zugri-
beliebiger Dritter ist die
Milchkanne auch mit Blick
auf die Rechtsfolgen der
wirksamen Zustellung (Fria-
lauf) keine geeignete Vor-
richtung iSd. § 180 ZPO.

gut

Die Zustellung am 14.03.
2017 ist daher unwirksam

Nach § 8 WZG ist daher

die tatsächliche Kenntnisnahme entscheidend, die am 12.04.2017 erfolgte.

Die einmonatige Frist kann daher am 18.04.2017 noch ohne weiteres gewahrt werden.

7.

Richtiger Ulagegegner ist nach § 78 I Nr. 2 VwGO iVm § 78 II VjB das Ministerium.

Die Ulage ist zulässig.

II. Begründetheit

Die Anfechtungslage ist begründet, soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Uläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, § 41 I VwGO.

Der Verwaltungsakt ist rechtswidrig, wenn keine taugliche Ermächtigungsgrundlage vorhanden ist oder der Be-

scheid formell oder materiell
rechtswidrig ist.

1.

Das Erfordernis einer Ermäch-
tigungsgrundlage für belas-
tendes Verwaltungshandeln
folgt aus dem Vorbehalt der
Gesetzes (Art. 20 III GG).

Mangels spezialgesetzlicher
Regelung im NHundG komme
die §§ 48, 49 VwVfB in Be-
tracht. Welche der beiden
Vorschriften einschlägig ist,
hängt davon ab, ob der ur-
sprüngliche Bescheid vom
25.04.2010 rechtmäßig oder
rechtswidrig ist.

Ermächtigungsgrundlage war
§ 9 NHundG a.F., Zweifel an
der formellen Rechtmäßigkeit
bestehen nicht. Nach dem W
laut sind keine besondere
Voraussetzungen zu erfüllen
gewesen, lediglich ein An-
trag ist denklogisch not-
wendig, von dessen Stellung
auszugehen ist.

§ 9 NHundBa.F. ist daher gerade nicht vergleichbar mit dem nachfolgenden § 13 NHu, der explizite Voraussetzungen normiert. Der ursprüngliche Bescheid war bei seinem Erlass daher auch materiell rechtmäßig.

vgl Bsp

Anders als bei einem Verwaltungsakt mit wiederkehrenden Leistungen etwa ist die Zulassung als Wesensmerkmal auf eine Statusveränderung gerichtet. Auch wenn hiermit eine Vielzahl von Folgewirkungen einhergehen können ist es kein Dauerwaltungsakt im engeren Sinne sodass eine spätere Änderung der Sach- und Rechtslage keine Auswirkung auf die Rechtmäßigkeit hat. Unabhängig davon, ob M die Voraussetzungen des NHund n.F. erfüllt, ist der ursprüngliche Bescheid rechtmäßig.

49
§ ~~13~~ VwVfG ist daher die Ermächtigungsgrundlage.

2.

Das zuständige Ministerium hat gehandelt (vgl. § 49 V VwVfG). Verfahrensfehler sind nicht ersichtlich, insbesondere wurde M vor Erlass der Rücknahme im Dezember 2016 angehört (vgl. § 28 VwVfG). Der schriftliche Bescheid wurde auch begründet (§ 39 I VwVfG) und ist somit formell rechtmäßig.

3.

Der ursprüngliche Bescheid ist ein begünstigender Verwaltungsakt, der keine Geld- oder teilbare Sachleistung gewährt, sodass ~~nach~~ § 49 II VwVfG der Maßstab ist.

Ein Widerruf nach dessen Nr. 3 scheidet aus, da die Tatsache, dass M kein Tierarzt ist, für § 9 NHundG a. F. nicht relevant war (vgl. oben).

In Betracht kommt ein Wider

nachträglich

Nach Nr. 4, wenn die Behörde aufgrund einer geänderten Rechtsvorschrift berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen soweit der Begünstigte vor der Vergünstigung noch keinen Gebrauch gemacht hat und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde.

Durch die Neuregelung des M HundG im Jahr 2011 wurde unter anderem § 13 M HundG eingeführt. Nach § 13 I 3 M HundG ist erforderlich, dass die Person die Berufsbezeichnung „Tierarzt“ führt was bei M nicht der Fall ist.

Nach § 13 II a. E. M HundG gilt jedoch auch in Niedersachsen als zugelassen, wenn in einem anderen Bundesland nach gleichwertigen Anforderungen eine entsprechende Zulassung erhalten hat.

M ist in Hamburg und Schilwig-Holstein für die Durchführung des Wesenstests zugelassen. Fraglich ist, ~~ob~~ ob die Zulassung nach gleichwertigen Anforderungs erfolgt ist.

Anders als in Niedersachsen ist in den beiden Bundesländern die Ausbildung als Tierarzt, mithin ein veterinärmedizinisches Studium, nicht erforderlich. Diese fehlende Anforderung müsste daher anderweitig kompensiert werden, um noch von einer Gleichwertigkeit ausgehen zu können.

Nach Aussage des M liegt das Niveau der Prüfung über dem einer Tierarztausbildung. Schwerpunkt der Prüfung ist, das Verhalten der Hunde nach wissenschaftlichen Aspekten zu interpretieren. Ebenso wurde er etc. in Schleswig-Holstein von vier Tierärzten geprüft.

Hintergrund der erforderlichen Ausbildung zum Tierarzt ist jedoch, dass eine medizinische Untersuchung durchgeführt werden kann, um pathologische Gründe für eine erhöhte Aggressivität auszuschließen. Insofern sind die vom M dargelegten Anforderungen nicht gleichwertig, sodass auch die Zulassungspflicht des § 13. II NHundG nicht greift.

Nach der geänderten Rechtslage wäre die Behörde daher befugt, den Verwaltungskurs nicht zu erlassen.

Ein Widerruf kommt nur in Betracht, soweit der Begünstigte von der Vergünstigung keinen Gebrauch gemacht hat. Außer Betracht bleiben müssen daher alle bereits abgeschlossenen Aufträge.

Darüber hinaus müsste ohne den Widerruf das öffentliche

aber das Trust
zugewandt

gefährdet sein. Insbesondere die Sicherung der Qualitätsstandards des Wesenstes ist ein solches öffentliches Interesse, was über das Interesse an der Anpassung des Verwaltungsakts an die aktuelle Rechtslage hinausgeht.

Schließlich ist die Jahresfrist des § 48 IV iVm § 49 II 2 VwVfG einzuhalten. Voraussetzung für den Fristbeginn ist in jedem Fall positive Kenntnis der Behörde, die sie im Dezember 2016 erlangte. Mit Erlass des Bescheids am 13.03.2017 hat sie diese Frist gewahrt.

Die Tatbestandsvoraussetzungen liegen vor.

Auf Rechtsfolgenrechte eröffnet die Norm der Behörde Ermessen („dort“), das aufgrund des Gewaltenteilungsgrundsatzes aus Art. 20 II 2 GG gerichtlich nur einge-

schränkt auf Ermessensfehler überprüfbar ist (vgl. § 114 S. 1 VwGO).

In Betracht kommt eine Ermessensüberschreitung wegen Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aus Art. 20 III GG.

Der Widerruf der Zulassung zur Sicherung der ~~Wesenstests~~ hohen Qualitätsstandards des Wesenstests und der Gleichbehandlung mit anderen, hoch qualifizierten Personen ist ein legitimer Zweck.

Der Widerruf ist auch geeignet diesen Zweck zu erreichen oder jedenfalls zu fördern.

Er müsste auch erforderlich sein, das heißt es dürften keine gleich geeigneten, milderen Mittel in Betracht kommen. Ein milderer Mittel wäre die Verpflichtung des M, bei jedem Wesenstest einen Tierarzt hinzuzuziehen, wie M es bisher

auch schon praktiziert. Dass eine solche Aufgabenteilung im M HundG nicht vorgesehen ist, steht dem nicht entgegen, da es hier um ~~die~~ ~~die~~ den Widerruf einer Zulassung nach alter Rechtslage geht u eine solche Aufgabenteilung verfassungsrechtlich zulassen sein kann. Allerdings ist die Kontrolle dieser Verpflichtung praktisch unkontrollierbar für die Behörde, auch wenn aus heutige Sicht keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass M auf die Hinzuziehung eines Tierarztes verzichtet. Unter Berücksichtigung ~~eines~~ des behördlichen Einschätzungsspielraums ist daher davon auszugehen, dass die Maßnahme - der Widerruf - noch erforderlich war.

Verstoß

Er müsste schließlich auch angemessen sein, das heißt der Widerruf dürfte nicht erkennbar außer Verhältnis zum erstrebten Erfolg stehen

Auf Seiten des M ist die Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG einzustellen, auf Seiten der Behörde die - nicht vorgebrachte - Schutzpflicht aus Art. 2 II 1 GG gegenüber der Allgemeinheit, die sich auch auf den Schutz vor gefährlichen Hunden durch nicht ordnungsgemäß durchgeführte Wesenstests erstreckt.

Die Berufsfreiheit des M ist konkret nicht besonders stark betroffen, da die Tätigkeit* wirtschaftlich kein Schwerpunkt bildet, sondern lediglich die Angebotspalette als Hundetrainer vervollständigt. Zudem könnte er einen Antrag auf Zulassung zur Abnahme der Sachkundeprüfungen nach § 3 NrundG stellen. Demgegenüber gehen von einem als gefährlich klassifizierten Hund, der wegen eines nicht ordnungsgemäß durchgeführten Tests nicht als Gefahr für die Allgemein-

* in Niedersachsen

heit erkannt wird, erhebliche Gefahren aus. Im schlimmsten Fall droht der Tod eines Menschen, sodass Art. 2 II 1 GG erheblich stärker betroffen ist. Die Maßnahme steht daher nicht erkennbar außer Verhältnis zum angestrebten Erfolg.

Ermessensfehler sind daher nicht ersichtlicher, die Wlge ist unbegründet.

III. Ergebnis

Die Wlge ist zulässig, aber unbegründet.

C. Zweckmäßigkeit

Aufgrund der im Gutachten dargestellten, fehlenden Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs sollte dem M von einem Vorgehen gegen den Bescheid vom 13.03.2017 abgeraten werden.

Alle Aufträge, die bis zur tatsächlichen Kenntniserlangung am 12.04.2017 abgeschlossen waren, dürfen noch ausgeführt werden. Darüber hinaus solche, die bis zum Ablauf der Wartezeit aus § 74 I 2 Vw60 am 12.05.2017 abgeschlossen sind, da die Zulassung ~~ist~~ mit Wirkung der Bestandskraft widerrufen worden ist.

D. Schreiben an den Mandanten

RA Horst Thallo
Goetheweg 7
30167 Hannover

Herr Walter Müller
Stoppelkamp 1
24576 Bad Bramstedt

18. April.

Mein Zeichen: Az. 14/17
Entzug der Erlaubnis zur
Abnahme der Wesensprüfung

Sehr geehrter Herr Müller,

Auftragsgemäß habe ich die von Ihnen berichtete Angelegenheit vollumfänglich geprüft und bin leider zu dem Ergebnis gekommen, dass ein Vorgehen gegen den Bescheid vom 13.03.201 nicht erfolgsversprechend ist.

Die Behörde war zum Widerruf der Erlaubnis zur Durch-

führung der Wesenstests b
Streichung von der Liste d
zugelassenen Personen be-
rechtigt. Im Wesentlichen e
gibt sich dies daraus, das
aufgrund eines nicht ord-
nungsgemäß durchgeführten
Tests - der Tierarzt wird
nicht hinzugezogen und die
pathologische Ursache nicht
entdeckt - erhebliche Ge-
fahren für die Allgemein-
heit entstehen können und
gleichzeitig die Tätigkeit
für Sie nur eine unterge-
ordnete wirtschaftliche Be-
deutung hat.

Nichtsdestotrotz ~~erst~~ wird
die Streichung erst mit
Bestandskraft des Beschei-
dungsamtes, welche am 12.05
2017 eintritt. Bis zu diese
Zeitpunkt können Sie daher
Wesenstests durchführen.

Es tut mir Leid, dass ich
keine besseren Nachrichten
für Sie habe. Wenn ich
Sie bei der von der Be-

hörde ins Spiel gebrachten
Erlaubnis zur Abnahme
von Sachkundeprüfungen
im Rahmen der Antrag-
stellung unterstützen
sagen Sie gerne Bescheid

Ebenso melden Sie sich
gerne jederzeit bei Rück-
fragen.

Mit freundlichen Grüßen

Unterschrift RA Müller

- Zulässigkeit nicht gelöst
- Begründetheit richtig aufgebaut.
§ 49 wird richtig gesehen und
praktisch geprüft - Vertiefung
wäre möglich. Die Frage off.
Wissenschaft sollte problematischer
werden - Sie zeigen aber ein
besseres Verständnis.
- Zweckm. und Schriftsatz gelungen
Monument.

128