

Klausur 069 ÖR II

A. Mandanten begehren

Der Mandant, Walter Müller (WM), möchte sich gegen die Rechnung der Zulassung, sofern Erfolg besteht, wehren und weiterhin den Wertsteck in Niedersachsen abnehmen zu dürfen. In jedem Fall aber möchte er wissen, ob bzw. wie lange er noch Wertsteck durchführen darf.

B Gutachten

Es sind die Erfolgsaussichten eines Vorgehens gegen den Bescheid des niedersächsischen Ministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (NiMi) vom 12.03.2017 zu untersuchen. Eine ^{zu} ebene Klage gegen diesen Bescheid hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

1. Zulässigkeit

1. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet, da die Normen des Artundzwanzigsten Buches des öffentlichen Rechts sind und die Streitigkeit daher eine öffentlich-rechtliche ist, § 40 VwGO.

2. Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Antragsbegehren, § 88 VwGO.

WM möchte sich vorliegend gegen den Bescheid des NiMi vom 12.03.2017 wehren, damit die Erlaubnis zur Durchführung von Wertstecks vom 25.04.2010

Weiterhin bestehen = bleibt.

Der Bescheid vom 13.03.2017, der den vom 25.04.2010 zurücknimmt, trifft insofern eine Regelung im Außenverhältnis für den Einzelfall und stammt von einer Behörde. Mithin stellt der Bescheid ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 VwVfA dar, gegen den der Ankehlungslehre nach § 42 i VwGO statthaft ist.

aus AA. 12 Jd

3. Als Inhaltsdelikt ist WM zumindest in seinem Recht aus Art 2 I GG verletzt und damit nach § 42 II VwGO antragsbefähigt.

4. Ein vorheriges Widerspruchsverfahren ist nach § 68 II 2 VwGO iVm § 80 I VwGO unstatthaft.

5. Richtiger Beklagter ist nach § 78 I Nr 2 VwGO, § 79 II VwGO das N.Mi.

6. Die Utegefrist müsste gewahrt worden sein. Sie beträgt nach § 74 I 2 VwGO einen Monat ab Bekanntgabe des Verwaltungsakts.

Der streitgegenständliche Bescheid vom 13.03.2017 wurde mit Postzustellungsurkunde in Zustellung gesetzt, § 7 VwEG. Danach wurde der Bescheid am 14.03.2017 in die Milchwanne des MW eingeworfen und auf der Urkunde vermerkt, dass das Schriftstück in den zur Wohnung des Empfängers gehörenden Briefkasten oder eine ähnliche Vorrichtung eingeworfen wurde, da eine Übergabe an den Empfänger nicht möglich war. Letzteres war aufgrund der Urlaubstbedingungen

Abwesenheit des MW tatsächlich der Fall.

Frage ist jedoch, ob das Einlegen in die Milchkanne als einen Briefkasten ähnliche Vorrichtung zur Zustellung am 14.03.2017 iSd § 34 VwZG iVm § 180 S. 1 ZPO führte.

andere Zustellungsart

laut abblenden Wort

laut der Vorschriften

neuen!

Die Milchkanne würde insofern dem Briefkasten ähnlich sein. Das bedeutet, dass sie über den Empfänger zugeordnet werden können muss und insofern, dass der Post vor dem Zugriff Dritter, zumindest aber den Dritten, die nicht dort wohnen, geschützt ist. Es kommt insoweit darauf an, dass dem Empfänger die Kenntnisnahme in einfacher und sicherer Weise wie bei einem Briefkasten ermöglicht werden soll.

Die Milchkanne ist direkt vor dem Grundstück des MW aufgestellt und es ist allen bekannt, dass MW diese als alternative zu seinen Briefkasten, die nicht auf sein Grundstück gehen zu müssen, aufstellte. Insofern ist die Kanne ihm zuzurechnen.

Die Kanne ist aber nicht verschließbar oder sonstige gesichert. Jeder hat auf sie Zugriff. Somit ist nicht sicher gestellt, dass Dritte keinen Zugriff darauf haben.

Die Milchkanne ist daher nicht mit einem Briefkasten vergleichbar, sondern die Zustellung, nicht durch Einlegung in diese noch § 34 VwZG iVm

✓ § 180 S. 1 ZPO erfolgte.

Durch die Kenntnissnahme des MW am 12.09.2017

werden über Zustellungsmangel aber noch § 34 VwZG gehandelt,

✓ sodass der Bescheid mit dem Datum als ergeht

gilt. Damit endet die Ullagefrist von einem Monat mit Ablauf des 12.05.2017 und kann
✓ vorliegend noch gewährt werden.

Die Ullage ist, bei rechtzeitiger Erhebung, zulässig.

11. Begründetheit

Die Ullage ist begründet, soweit der Verwaltungs-
akt rechtmäßig ist und der Ullager in seinen
Rechten verletzt ist, § 113 I 1 VwGO.

1. Von dem NIMU wurde, erkennbar an dem Hinweis
auf die Anpflichtpflicht nach § 48 III VwVfG, § 48 VwVfG
als tagliche Ermittlungsmaßnahme angesetzt.

2. Der Bescheid ist formell rechtmäßig, da die
nach § 28 I VwVfG erforderliche Anhörung erfolgte und auch
✓ die zuständige Behörde gehandelt hat.

3. Der Bescheid müsste aber auch materiell rechtmäßig
sein.

Nach § 48 VwVfG ist daher erforderlich, dass ein
rechtmäßiger Verwaltungsakt vorliegt. Fraglich ist dabei
jedoch, zu welchem Zeitpunkt die Rechtmäßigkeit
vorliegen muss: ☞ kommt einerseits in Betracht, dass
der Bescheid bereits bei Erlass rechtmäßig gewesen
sein muss und andererseits, dass der Bescheid nur
zum Zeitpunkt der Entscheidung über § 48 VwVfG
rechtmäßig sein muss.

Für letztgenannte Ansicht spricht, dass es auch im Rahmen von Anfechtungsklagen, insbesondere bei Dauerverwaltungsakten, zur Aufhebung von rechtmäßig erlassenen Verwaltungsakten kommen kann, die erst nachträglich rechtswidrig geworden sind. Wenn nun keine Anfechtungsklage Erfolg haben kann, muss dies auch für eine ~~Rechnung~~ gelten.

Dagegen spricht aber entscheidend, dass für das Verfahren von ~~Recht~~ Rechnung rechtswidrig gewordenen Verwaltungsakte ein Widerruf nach § 48 II Nr. 3, 4 VwVfG besteht. Damit verbietet die Systematik die Aufhebung von nur später rechtswidrig gewordenen Verwaltungsakten nach § 48 VwVfG.

Mithin ist ~~es~~ ^{gras. auf} der Zeitpunkt des Erlasses des Bescheides abzustellen.

Vorliegend könnte dies jedoch anders zu bewerten sein, da der zurückzunehmende Bescheid die Erlassung des MA zur Abnahme von Wertsteuern überlässt und insofern ein Dauerverwaltungsakt darstellt. Bei einem solchen Dauerverwaltungsakt kann dies aufgrund des Rechtsstaatsprinzips ~~ansonsten~~ ~~zu~~ ~~den~~ ~~nötig~~ sein, um einen dauernden rechtswidrigen Zustand, der von einem Verwaltungsakt erlaubt wird, zu verhindern.

Jedoch wird auch in solchen Fällen die gesetzgeberische Regelung in § 48 VwVfG ungenügt. Deshalb würden sich insbesondere die Rechte des durch den Dauerverwaltungsakt begründeten Umfangs, was selbst in Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip ~~problematisch~~ ist. Eine Korrektur findet daher auch bei Dauerverwaltungsakten nicht statt.

wogegen ist

ist das Verfahren
begründet!

Zu untersuchen ist daher, ob der Bescheid vom 25.04.2020 bei Erlass rechtswidrig war.

Die Grundlage für den Anspruch auf Erteilung der Zulassung für die Ausübung der Zahnheilkunde liegt in § 9 MitteldtG a.F.. Einzige Voraussetzung danach ist, dass das Fachministerium die Zulassung erteilt. Inhaltliche Anforderung an die Person, die die Zulassung beantragt, folgen nicht aus § 9 MitteldtG a.F. Durch die Zulassung durch das NiMi wurde diese einzige Voraussetzung erfüllt.

Jedoch trägt das NiMi vor, dass auch für § 9 MitteldtG a.F. der Beantragende ein Tierarzt sein müsse und dem heutigen § 131 MitteldtG n.F. entsprechen.

Es fehlt aber einerseits an einer Stütze im Wortlaut und andererseits wäre dann die explizite Erwähnung in § 1313 MitteldtG, dass die Zulassung nur Tierärzten erteilt wird, überflüssig, wenn dies ohnehin gelten würde.

Zwar kann die Zulassung nicht ohne irgendeine Qualifikation erteilt werden, da anderenfalls der Sinn dieser Vorschrift leer wäre, es können dann aber nicht die höchsten Qualifikationen angesetzt werden.

Insofern ist es auch unbeachtlich, dass das NiMi im Bescheid vom 25.04.2020 von der Anerkennung Tierärztinnen und Tierärzte sprach, da diese Qualifikation, wenn auch behördenintern gegebenenfalls vorausgesetzt, keine Stütze im Rechte findet.

Insofern erfolgt die Erteilung der Zulassung rechtmäßig, sodass § 48 VwVfG vorliegend nicht einschlägig ist.

4. Nach § 47 VwVfG besteht jedoch die Möglichkeit einer Umdeutung eines fehlerhaften Verwaltungsakts in einen wirksamen. Dies kann das Gericht selber vornehmen, wenn es nicht ohnehin von einer Ermessigungsgrundlage für den Bescheid vom 13.03.2017 nach § 49 VwVfG ausgeht. Zwar ist es strittig, ob Verwaltungsakte zwischen § 48 und § 49 VwVfG wohlweislich ungedeckt werden können, eine Umdeutung einer Bescheidnahme nach § 48 VwVfG in einen Widerruf nach § 49 VwVfG ist aber anerkannt.

5. Tauschels Ermessigungsgrundlage ist demnach § 49 VwVfG.

6. Der Bescheid ist formell rechtmäßig.

7. Fraglich ist, ob der Bescheid nach § 49 VwVfG rechtmäßig ist. Dafür ist zuerst darauf zu differenzieren, ob ein kognitiv begünstigender oder belastender Verwaltungsakt vorliegt, also ein Recht gewährt oder einschränkt.

Der Bescheid vom 25.04.2010 lässt MW zur Durchführung von Wesensakt zu, gewährt also ein "mehr" an Rechten. Insofern ist der Bescheid begünstigend. Die Anforderungen an die Rechtmäßigkeit des Bescheids vom 13.03.2017 richten sich demnach, mangels Gewährung einer Geld- oder Sachleistung, nach § 49 II VwVfG.

a. Ein nach § 49 II Nr 1 VwVfG erforderlicher Widerrufsvorbehalt oder eine Rechtsvorschrift, die den Widerruf erlauben würde, liegt nicht vor.

b. Fraglich ist, ob die Bescheidnahme im Bescheid vom 25.04.2010 auf Tivorente eine Auflage i.S.v. §§ 49 II Nr 2, 36 II 4 VwVfG darstellen kann.

Auch wenn dies so verstanden werden kann, dass die Behörde die Zulassung nur an Tivorente ausprechen wollte, fehlt es an einer konkreten Verpflichtung der Tivorente

dass der Bescheid seine Wirkung nur dann entfalten soll, wenn kein Tierarzt ist oder seine Wirkung dann verlieren soll, wenn er es nicht mehr ist. Mitteln liegt keine Auflage vor.

c. Möglich ist, ob die Behörde aufgrund rechtsträglich eingetretener Tatsachen ^{berechtigt} ~~berechtig~~ gewesen wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen, §49 Nr 3 VwVfG. Dies würde dem Vortrag des Nimi entsprechen, wobei sie erst später davon Kenntnis erlangte, dass MW kein Tierarzt ist.

Erforderlich ist aber, dass die Tatsachen selbst rechtsträglich eintreten und gerade nicht die Kenntnis von bereits vorliegenden Tatsachen. Das Nimi hätte bereits bei Erlass des Bescheids ermitteln können, ob MW ein Tierarzt ist oder nicht. Insoweit scheitert auf ein Grund nach §49 Nr 3 VwVfG an.

d. In Betracht kommt jedoch ein Widerruf nach §49 Nr 4 VwVfG, wobei ein solcher möglich ist, wenn die Behörde aufgrund einer geänderten Rechtsvorschrift ~~berechtig~~ ^{berechtig} wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen. ~~Das ist dann der Fall, wenn sich die Rechtsvorschrift geändert hat.~~

Unter die Änderung von Rechtsvorschriften fallen Gesetze, Rechtsverordnungen und Satzungen, also auch die Neufassung des NttendG.

Nach dessen neuen §13 NttendG nF ist nunmehr erforderlich, dass die zugelassene Person nach §63 ein Tierarzt oder eine Tierärztin ist. Da MW kein Tierarzt ist, ist die Behörde insoweit berechtigt, eine Zulassung nicht zu erteilen.

Weiterhin erforderlich ist nach §49 Nr 4 VwVfG aber, dass der Betroffene noch keinen Gebrauch von der Vergünstigung gemacht hat.

Hintergrund dieser Einschränkung ist, dass ein Widerruf grundsätzlich keine rückwirkenden Auswirkungen haben soll, was aber bei einem Widerruf nach der Fälligkeit wäre.

~~Widerruf~~

Durch den vom MA durchgeführten Wertensteck hat er zwar in weisem Gebrauch von der Pöschung gemacht. Andererseits verliert er selbst aber keine Rechtsposition in der Vergangenheit, da er seine Tätigkeit nur einstellen müsste. Dies müsste er nämlich ebenso machen, wenn er vorher keine Wertensteck durchgeführt hätte.

Andererseits entsteht der Widerruf, auch wenn er nur für die Zukunft gilt, potentiell in der Durchführung behinderten Wertensteck die Grundlage. Es kann aber dahinstehen, ob ein Widerruf nach dem Sinn und Zweck vorliegt, da zumindest keine Gefährdung des öffentlichen Interesses nach 149 II Nr 3 VwVfG vorliegt. Ein solches muss nämlich über das Interesse an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts hinausgehen, was angesichts der hohen Qualifikation und der besonderen Erfahrung des MA in Bezug auf die Wertenprüfung nicht gegeben ist. Im Übrigen ist MA auch in weiteren Bundesländern zugelassen, sodass obwohl nach 128 II NfKand eine Zulassungsfiktion besteht.

Damit kommt ein Widerrufgrund nach 149 II Nr 4 VwVfG nicht in Betracht, was dem gleichen Grund gilt dies auch für 149 II Nr 5 VwVfG.

Widerruf

Widerruf würde zu
Recht verdrängen - O
Zulässig aber
begründet.

Insofern ist eine Umkehrung nach 147 VwVfG nicht möglich und eine ^{Substitution} ~~Absetzung~~ des Bescheides vom 12.03.2017 unter die Berücksichtigungsgesamtlage des 149 VwVfG führt auch zur Rechtmäßigkeit. Der Bescheid vom 12.03.2017 ist rechtswidrig und verletzt MA in seinen Rechten. Die Ullage ist begründet und hat Erfolg.

~~Widerruf~~ ist auf die Ermessensbefähigung der Behörde zu prüfen!

C. Zweckmäßigkeit

Ansichts der Erfolgsaussichten einer Anordnungsklage
sollte diese erhoben werden. Zuständiges Gericht
ist nach § 45, 52 VwGO des Verwaltungsgericht Hannover.

D. Schriftsätze

1. Gericht

Herbst Thallo

Goetheweg 7

30167 Hannover

19.04.2017

- Entwurf -

An das
Verwaltungsgericht Hannover
[...]

Ulage

In dem Verwaltungsrechtsstreit

Walter Müller, Stoppelkamp 1 24576 Bad Bramstedt

- Kläger -

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Herbst Thallo, Hannover

gegen

Niedersächsisches Ministerium für Ernährung, Landwirtschaft
und Verbraucherschutz, Celenberger Str. 2, 30169 Hannover

- Beklagte -

erhebe ich Kenntnis und in Vollmacht des Walter Müller
Ulage und werde in der mündlichen Verhandlung beauftragt:

Der Bescheid des Niedersächsischen Ministeriums für
Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz vom
13.03.2017, Aktenzeichen 21.41-42507/10-238R
wird aufgehoben.

1.

Der Kläger ist Hundetrainer und Inhaber sowie Leiter des „DOGis Zentrum für Kynologie“. In dieser Institution wurden Personen über drei Jahre zum Hundetrainer ausgebildet. Kynologie ist die Lehre von Rassen, Zucht, Pflege, Verhalten, Erziehung und Krankheiten von Haushunden. Im DOGIS Zentrum sind mehrere Dozenten tätig. Die Absolventen des Zentrums sind in den Bundesländern zur Ablegung von Sachkundentests anerkannt und haben auch in einigen Bundesländern die Zulassung für die Ablegung von Wappentests. Der Kläger hat mehrere Jahre Kynologie studiert und besitzt seine Qualifikation zum einen aus ~~2010~~ jahreszahlreicher Praxis in der Arbeit mit Hunden und zum anderen aus der Zusammenarbeit mit wissenschaftlichen Experten.

Er ist in mehreren Ländern zur Durchführung von Wappentests nach den jeweiligen Befehlshandgesetzen dieser Länder zugelassen.

von 25.04.2010

Mit Beschluss der Befehlshand wurde der Kläger in Niedersachsen zur Durchführung von Wappentests zugelassen.

Nachdem er im Dezember 2016 von der Befehlshand informiert wurde, dass sie beabsichtigt, der Kläger von der Liste der zugelassenen Personen zu entfernen, nahm er mit Beschluss vom 17.03.2017 den Beschluss vom 25.09.2010 zurück. Dessen hat der Kläger erst am 12.04.2017 erhalten.

11.

Der Beschluss der Befehlshand vom 17.03.2017 ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten. [Recht gelesen]

Ueapp begründen!

Unterschrift Rechtsanwalt

Anlagen

- Vollmacht
- Bescheid der Behörde vom ~~18.~~^{25.}04.2010 und 13.03.2017
- Zulassung zur Durchführung von Umweltsicht im Schiefergebirge
Sachsen und Thüringen.

H. Mendant

-Entwurf-

Horst Thello

18.04.2017

Graethweg 7

30167 Hannover

Az. 111/17

Herrn Walter Müller

Stoppelkamp 1

24576 Bad Bramstedt

Müller. i. Niedersächsisches Ministerium

Sehr geehrter Herr Müller,

Nach Begutachtung der Erfolgsaussichten ~~der~~ eines gesetzlichen Vorgehens empfehle ich Ihnen die Erhebung einer Ullage. Ein Entwurf ist dabei.

Hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Ullagerhebung ist diese aufgrund des Einwurfs des Bescheides in der Mithilfe von Ihnen grundsätzlich nicht verfrist. Diese Zustellung war fehlerhaft.

Die Ullage hat auch in der Sache Erfolg. Sie müssen Ihre Tätigkeit also nicht einstellen. Es fehlt der Behörde nämlich an einer ~~Rechts~~ Ermächtigungspflicht, den Bescheid mit ihrer Behörde widerrufen zu können. Damit ist der Bescheid vom 13.03.2017 rechtmäßig.

Es ist aber darauf hinzuweisen, dass das Gericht keine Rechtsauffassung nicht teilen muss. Auch wenn ich von einem anderen ausgehe, kann ich dies nicht präsentieren.

In jedem Fall aber ist durch den Erlass, der Ullage über Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses von 13.05.2017 geklärt, sodass Sie weiterhin die Ullage durchführen können.

Überallfieren Sie mich gerne bei weiteren Fragen.

Mit freundlichen Grüßen,

Horst Thello
Rechtsanwalt

Anlage:
- Ullageaufwurf

gut weitergebracht!



