

Übungsfall Verwaltungsrecht: Die lieben Tauben

Dr. Christian Traulsen und Ass. iur. Steffen Haidinger

Sommersemester 2004

Der folgende Fall ist ein polizeirechtlicher Klassiker,¹ erweitert um einige Standardprobleme zur Vollziehungsanordnung nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO. Er wurde im Sommersemester 2004 als Semesterhausarbeit im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Fortgeschrittenenübung gestellt,² würde sich aber ohne weiteres auch als Klausur eignen. So konnten sich die Bearbeiter in Ruhe mit den ungewohnten Rechtsgrundlagen des Infektionsschutzgesetzes auseinandersetzen. Von diesen abgesehen, weist der Fall keinerlei Finten oder Besonderheiten auf. Er zeigt aber, dass gerade einfache Sachverhalte (wie jede juristische Übungsarbeit) nach sorgfältiger Bearbeitung verlangen. Die große Mehrheit der Bearbeiter hat diese Hausarbeit zu sehr auf die leichte Schulter genommen, was zu einem – angesichts des Schwierigkeitsgrades – enttäuschenden Mangel an wirklich gelungenen Lösungen führte.

1 Vgl. BVerfGE 54, 143; BVerwG, BWGZ 1998, 375; VGH Mannheim, DÖV 1992, 79; VGH München, BayVBl 1998, 311; OVG Lüneburg, NdsVBl 1997, 137; AG Saarbrücken, NuR 1994, 363; Wohlfarth, DÖV 1993, 152. Fallbearbeitungen: Jahn, JuS 1999, 1004; ders., JA 2000, 309.

2 Von 65 eingereichten Arbeiten wurden 17 (26,2%) mit mangelhaft, 15 (23,1%) mit ausreichend, 25 (38,5%) mit befriedigend und 8 (12,3%) mit vollbefriedigend bewertet. – Die Verfasser sind Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Kirchenrecht der Universität Tübingen (Professor Dr. Karl-Hermann Kästner). Sie danken Herrn Rechtsassessor Michael Frühmorgen für seine wertvolle Vorarbeit.

Sachverhalt

Die 75jährige Erika Elster (E) ist Tierliebhaberin aus Leidenschaft und überzeugte Tierschützerin. Insbesondere kümmert sie sich um Wildtauben, die sie regelmäßig auf öffentlichen Plätzen und Grünanlagen der Stadt Stuttgart (S) füttert. Außerdem hat sie auf dem Balkon ihrer Wohnung oberhalb eines Bürgersteigs in der Stuttgarter Innenstadt eine Futterstelle eingerichtet, an der sie immer wieder Futter für die Tauben auslegt.

Die Stadt S hat am 10. August 2000 eine formell ordnungsgemäße Polizeiverordnung erlassen, in der es u. a. heißt:

§ 5 Fütterungsverbote. Tauben dürfen auf öffentlichen Straßen, Wegen und Plätzen, sowie in Grün- und Erholungsanlagen nicht gefüttert werden. An den genannten Orten darf auch kein Futter, das zum Füttern der Tiere bestimmt ist, ausgelegt werden.

[...]

§ 9 Ordnungswidrigkeiten. Ordnungswidrig im Sinne von § 18 Abs. 1 PolG handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 5 Tauben füttert.

Nachdem E in der Zeit vom 13. Mai 2002 bis zum 26. September 2003 mehrfach durch den gemeindlichen Vollzugsdienst der S beim Taubenfüttern im Stadtpark und beim Auslegen von Futter auf ihrem Balkon beobachtet wurde, erlässt S nach wiederholter und erfolgloser Aufforderung, das Füttern der Tauben zu unterlassen, am 6. Oktober 2003 folgende Verfügung gegenüber E, die ihr am 8. Oktober 2003 ordnungsgemäß zugestellt wurde:

1. Sie haben mit sofortiger Wirkung die Fütterung von verwilderten Haustauben auf öffentlichen Straßen sowie in Grün- und Erholungsanlagen des Stadtgebietes von Stuttgart zu unterlassen. Ihnen wird ebenso untersagt, verwilderte Tauben von privatem Grund aus zu füttern oder dort Futter auszulegen.
2. Die sofortige Vollziehung der Ziffer 1 wird angeordnet.
3. Gegen Sie wird ein Bußgeld in Höhe von 50 Euro festgesetzt.

[...]

Unterschrift

Die Verfügung enthält eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung und wird damit begründet, dass aufgrund des bisherigen uneinsichtigen Verhaltens der E auch in Zukunft mit weiteren Verstößen gegen das Fütterungsverbot zu rechnen sei. Es bestehe eine allgemeine Gefahr für die Gesundheit der Bürger, da die Wildtauben Krankheitserreger übertragen könnten. Außerdem würden die Bauwerke in der Stadt durch den Taubenkot geschädigt. Weitere Ausführungen enthält die Begründung nicht. E ist empört über soviel Unverständnis und beklagt die Hartherzigkeit der Stadtverwaltung. Niemand könne es ihr einfach verbieten, ihre Lieblingstiere zu füttern. Weder das Infektionsschutzrecht noch das allgemeine Polizeirecht enthielten taugliche Rechtsgrundlagen hierfür. Ihre innere Einstellung gebiete es außerdem, Tauben als Mitgeschöpfe anzusehen und auch nach dieser Überzeugung zu handeln. Darüber hinaus würde ein Fütterungsverbot nur zu Krankheiten oder sogar zum Verhungern der Tauben führen. Das sei mit dem geltenden Tierschutzrecht doch wohl nicht in Einklang zu bringen. Keinesfalls sei sie bereit, die 50 Euro zu bezahlen. Nach einigen Überlegungen möchte E sich am 30. Oktober 2003 gegen die Verfügung der Stadt S wehren. Sie möchte unbedingt an den nächsten Tagen wieder die Tauben füttern.

Welche(n) Rechtsbehelf(e) sollte sie ergreifen? Wie sind die Erfolgsaussichten?

Lösung

A. Widerspruch gegen die Verfügung vom 6. 10. 03	4
I. Zulässigkeit	4
1. Verwaltungsrechtsweg, § 40 VwGO analog	4
2. Statthaftigkeit, § 68 VwGO	5
3. Widerspruchsbefugnis, § 42 II VwGO	5
4. Beteiligten- und Handlungsfähigkeit sowie Vertretung	5
5. Form und Frist des Widerspruchs, § 70 VwGO	6
6. Ergebnis	6
II. Begründetheit	6
1. § 17 II IfSG	6
2. § 16 I IfSG	7
3. §§ 1, 3 BadWürttPolG i.V.m. § 5 PVO der S	8
III. Ergebnis	12

B. Antrag nach § 80 V VwGO	12
I. Zulässigkeit	13
1. Verwaltungsrechtsweg, § 40 VwGO	13
2. Statthaftigkeit	13
3. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog	13
4. Zuständigkeit	13
5. Ergebnis	14
II. Begründetheit	14
1. Passivlegitimation	14
2. Formelle Rechtmäßigkeit der Vollziehungsanordnung .	15
3. Materielle Rechtmäßigkeit der Vollziehungsanordnung	17
III. Ergebnis	17
 C. Einspruch zum Amtsgericht nach § 68 OWiG	 17

Als Rechtsbehelfe kommen ein Widerspruch gegen die Verfügung der Stadt S, ein Antrag nach § 80 V VwGO und schließlich ein Einspruch nach § 68 OWiG in Betracht.

A. Widerspruch gegen die Verfügung vom 6. 10. 03

I. Zulässigkeit

1. Verwaltungsrechtsweg, § 40 VwGO analog

Gegen die Bußgeldfestsetzung in Ziffer 3 der Verfügung ist der Verwaltungsrechtsweg nicht eröffnet, da die ordentlichen Gerichte zuständig sind. Die Entscheidung über von der Verwaltungsbehörde ausgesprochene Bußgeldbescheide ist gemäß § 68 I 1 OWiG den Amtsgerichten zugewiesen; insoweit ist der Widerspruch bereits unzulässig. Im Übrigen ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, da die für den Sachverhalt streitentscheidenden Normen des besonderen und allgemeinen Polizeirechts einen Hoheitsträger berechtigen und damit typischerweise öffentlich-rechtlicher Natur sind (Sonderrechtstheorie). Die Streitigkeit ist insoweit auch nichtverfassungsrechtlicher Art, und es besteht keine Sonderzuweisung.

2. Statthaftigkeit, § 68 VwGO

Der Widerspruch ist statthaft, wenn Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage erhoben werden soll (§ 68 I, II VwGO) und keine Ausnahmen vorliegen. Hier kommt allein eine Anfechtungsklage (§ 42 I Var. 1 VwGO) in Betracht. Dann müsste die Verfügung ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 LVwVfG sein.

Ziffer 1 der Verfügung erfüllt unproblematisch alle Merkmale eines Verwaltungsakts. Ob die Vollziehungsanordnung einen eigenständigen Regelungsgehalt aufweist und somit einen Verwaltungsakt darstellt, ist umstritten,³ kann aber dahinstehen. Denn jedenfalls kann sie nicht mit Widerspruch und Anfechtungsklage, sondern allein mit den Rechtsbehelfen der §§ 80, 80a VwGO angegriffen werden, weil diese die allgemeinen Vorschriften über die Klagearten nach §§ 42 f. VwGO verdrängen.⁴ Ein Widerspruch gegen Ziffer 2 der Verfügung wäre somit unstatthaft.⁵

3. Widerspruchsbefugnis, § 42 II VwGO

E muss geltend machen können, durch die Verfügung möglicherweise in eigenen Rechten verletzt worden zu sein (Möglichkeitstheorie). Das ist hier der Fall, denn sie kann in ihrem Grundrecht aus Art. 4 I GG, jedenfalls aber in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG (Adressatentheorie) verletzt sein.

4. Beteiligten- und Handlungsfähigkeit sowie Vertretung

E ist beteiligten- und handlungsfähig gem. §§ 79 i. V. m. 11 Nr. 1, 12 I Nr. 1 LVwVfG. Nach §§ 79, 14 I 1 LVwVfG kann sie sich durch einen Anwalt vertreten lassen.

3 Verneinend *BVerwGE* 24, 92 (94); *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 1990, 561; NVwZ 1991, 491 (492); *OVG Berlin*, NVwZ 1993, 198; *OVG Koblenz*, NVwZ 1988, 748; *Schenke*, Verwaltungsprozeßrecht, 8. Aufl. (2002), Rdnr. 973; bejahend *Ganter*, DÖV 1984, 970; *ders.*, DÖV 1985, 398; *Grigoleit*, Die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit gem. § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO als Verwaltungshandlung (1997), 58 ff.; *Terwiesche*, NWVBl. 1996, 462 (464).

4 *BVerwG*, NVwZ-RR 1995, 299; *J. Schmidt*, in: *Eyermann*, VwGO, 11. Aufl. (2000), Rdnr. 33.

5 Allerdings begründet die Einlegung eines Widerspruchs gegen den Hauptverwaltungsakt eine Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde zur Aussetzung der Vollziehung nach § 80 IV VwGO; *Kopp/Schenke*, VwGO, 13. Aufl. (2003), § 80 Rdnr. 110.

5. Form und Frist des Widerspruchs, § 70 VwGO

E müsste innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Verfügung formgerecht Widerspruch einlegen. Da E sich noch im Oktober wehren möchte, ist ihr dies möglich.

6. Ergebnis

Ein Widerspruch wäre nur gegen Ziffer 1 der Verfügung zulässig.⁶

II. Begründetheit

Der Widerspruch ist begründet, wenn das Taubenfütterungsverbot rechtswidrig oder unzweckmäßig ist und die E in ihren Rechten verletzt (§§ 68 I 1, 113 I 1 VwGO analog). Für die Rechtswidrigkeit kommt es darauf an, auf welche Ermächtigungsgrundlage die Stadt ihre Verfügung stützen konnte.

1. § 17 II IfSG

Da Wildtauben Krankheiten übertragen können, ist zunächst an das IfSG zu denken, das als Sonderpolizeirecht dem allgemeinen Gefahrenabwehrrecht des BadWürttPolG vorgeht.⁷ Als speziellere Ermächtigungsnorm ist hier zunächst § 17 II IfSG zu prüfen.

a) Formelle Rechtmäßigkeit Die Zuständigkeit der S als Ortspolizeibehörde ergibt sich aus § 1 V der Verordnung des Sozialministeriums über Zuständigkeiten nach dem IfSG⁸ in Verbindung mit § 62 IV BadWürttPolG.

Sollte die nach § 28 I LVwVfG erforderliche Anhörung unterblieben sein, was aus dem Sachverhalt nicht eindeutig hervorgeht, so kann sie nach § 45 I Nr. 3, II LVwVfG jedenfalls bis zum Abschluss eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden.

6 Von der Prüfung der zuständigen Widerspruchsbehörde wird abgesehen, da dies keine Zulässigkeitsvoraussetzung darstellt.

7 Auf das IfSG wurde im Sachverhalt ausdrücklich hingewiesen.

8 <http://www.umwelt-online.de/recht/gefstoff/gen_tech/zbwifsg.htm>; Zugriff am 25. 8. 2004.

b) Materielle Rechtmäßigkeit Der Tatbestand des § 17 II 1 IfSG setzt voraus, dass Gesundheitsschädlinge festgestellt werden und die Gefahr begründet ist, dass durch sie Krankheitserreger verbreitet werden. Als Gesundheitsschädling gilt nach § 2 Nr. 12 IfSG jedes Tier, durch das Krankheitserreger auf Menschen übertragen werden können. Dieses Merkmal ist bei Wildtauben erfüllt. Problematisch ist dagegen der infektionsschutzrechtliche Gefahrenbegriff. Um das weite Tatbestandsmerkmal des Gesundheitsschädlings auszugleichen, unter das im Prinzip alle Tiere fallen können, ist zu fordern, dass die Behörde eine konkrete, also im Einzelfall bestehende Gefahr begründen kann.⁹ Eine konkrete Gefahr der Verbreitung von Krankheitserregern wird bei frei lebenden Tauben etwa angenommen, wenn sie in Kontakt mit Lebensmitteln kommen, insbesondere, wenn sie – wie es bei Marktständen mit offenen Auslagen, Straßencafés und anderen Freiluftrestaurants der Fall sein kann – die Lebensmittel mit ihrem Kot kontaminieren können, oder wenn auf Grund einer Massierung von Tauben verwahrloste Nistplätze und Kotansammlungen in unmittelbarer Nähe des Menschen entstehen, beispielsweise bei unkontrolliertem Nisten auf Dachböden.¹⁰ In der Begründung der Verfügung im Sachverhalt wird dagegen ausdrücklich nur eine allgemeine Gefahr vorgebracht; Anhaltspunkte für eine im konkreten Einzelfall bestehende Gefahr für die Gesundheit der Mitmenschen der E oder andere Rechtsgüter durch die Wildtauben lassen sich dem Sachverhalt auch in keiner Weise entnehmen. Die Verfügung kann darum nicht rechtmäßig auf § 17 II 1 IfSG gestützt werden.

2. § 16 I IfSG

Als weitere Rechtsgrundlage kommt die infektionsschutzrechtliche Generalklausel des § 16 I IfSG in Frage. Danach trifft die zuständige Behörde die notwendigen Maßnahmen zur Abwendung der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahren, wenn Tatsachen festgestellt werden, die zum Auftreten einer übertragbaren Krankheit (§ 2 Nr. 3 IfSG) führen können, oder anzunehmen ist, dass solche Tatsachen vorliegen. Zwar weist diese Vorschrift ein niedriges Eingriffsniveau auf, da bereits die begründete Annahme von Tatsachen ausreichend ist, die zu einer übertragbaren Krankheit führen können. Gleichwohl setzt auch sie eine konkrete Gefahr des Auftretens über-

⁹ Bales/Baumann/Schnitzler, IfSG, 2. Auflage (2003), § 17 Rdnr. 4.

¹⁰ Bales/Baumann/Schnitzler (o. Fußn. 9), § 17 Rdnr. 5.

tragbarer Krankheiten voraus.¹¹ Da § 16 I IfSG auf Rechtsfolgenseite eine Pflicht zum Eingreifen vorsieht (nur Auswahl-, aber kein Entschließungsermessen),¹² müsste andernfalls eine Pflicht zur allgemeinen Bakterien- bzw. Wildtaubenjagd angenommen werden, die der gesetzlichen Intention widersprechen dürfte.¹³ Eine abstrakte Gefährdung reicht also auch für ein Vorgehen nach § 16 I IfSG nicht aus. Bei anderer Auffassung¹⁴ wäre im Übrigen zu beachten, dass die Verfügung der Stadt S laut Begründung nicht allein den Schutz vor übertragbaren Krankheiten bezweckt, sondern zugleich auch Verschmutzungen und Schäden an städtischen Bauwerken durch Taubenkot verhindern will. Dieser Zweck kann aber durch die Anwendung infektionsschutzrechtlicher Ermächtigungsgrundlagen nicht erreicht werden.

Auch § 16 I IfSG muss somit ausscheiden.

3. §§ 1, 3 BadWürttPolG i.V.m. § 5 PVO der S

Letztlich kommt damit allein die polizeirechtliche Generalklausel als taugliche Rechtsgrundlage in Frage.¹⁵ Dafür, dass S die Verfügung auf allgemeines Polizeirecht stützen wollte, spricht auch, dass die sofortige Vollziehung ausdrücklich angeordnet wurde; denn nach §§ 16 VIII, 17 VI IfSG wäre eine Maßnahme nach §§ 16 oder 17 IfSG ohnehin kraft Gesetzes sofort vollziehbar. Problematisch ist allerdings, ob die polizeirechtliche Generalklausel neben dem besonderen Polizeirecht des IfSG überhaupt anwendbar ist. Die §§ 1, 3 BadWürttPolG dürfen nicht angewendet werden, wenn das IfSG den gegebenen Sachverhalt abschließend regelt (Spezialität des besonderen Polizeirechts). Zweck des IfSG ist es, übertragbaren Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern (§ 1 I IfSG). Eine abschließende Regelung wäre dieses Gesetz darum nur dann, wenn der Zweck der Verfügung ausschließlich darin zu se-

11 OVG Koblenz, NVwZ-RR 2002, 352; Pelchen, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand Jun. 2004, S 57 § 16 Rdnr. 1; Schumacher, BSeuchG, 4. Aufl. (1992), S. 37 (§ 10 I BSeuchG ist, soweit hier relevant, wortgleich zu § 16 Abs. 1 IfSG).

12 Pelchen, in: Erbs/Kohlhaas (o. Fußn. 11), S 57 § 16 Rdnr.1; VG München, NJW 1987, 2323.

13 Vgl. dazu Bales/Baumann/Schnitzler (o. Fußn. 9), § 16 Rdnr. 3.

14 So offenbar Erdle, IfSG, 2. Aufl. (2002), S. 48, der Taubenfütterungsverbote dem § 16 IfSG unterstellt.

15 Das TierSG bezweckt allein die Bekämpfung der Tierseuchen selbst.

hen wäre, vor der Übertragung von Krankheiten zu schützen.¹⁶ So verhält es sich aber nicht, da die Behörde laut ihrer Begründung auch den Schutz von Bauwerken vor Taubenkot im Auge hat. Die §§ 1, 3 BadWürttPolG werden mithin nicht verdrängt.¹⁷

a) Formelle Rechtmäßigkeit Zuständig ist auch hier S als Ortspolizeibehörde (§§ 62 IV, 66 II, 68 I BadWürttPolG). Die Organkompetenz liegt nach § 44 III 1 BadWürttGemO beim Oberbürgermeister. Zur Anhörung gilt das oben bei § 17 II IfSG Gesagte entsprechend.

b) Materielle Rechtmäßigkeit der Verfügung §§ 1, 3 BadWürttPolG setzen eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung voraus. Das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit, das hier allein in Betracht kommt, umfasst die objektive Rechtsordnung, die Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates und die Individualrechtsgüter des Einzelnen.¹⁸ Weil schon die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung als solche Bestandteil der öffentlichen Sicherheit ist, stellt ein Verstoß gegen die in der objektiven Rechtsordnung begründeten Verhaltenspflichten eine konkrete Störung der öffentlichen Si-

16 *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 1992, 19. Die Entscheidung ist zum damaligen BSeuchenG ergangen; das IfSG ist als dessen Nachfolger funktionsadäquat.

17 Teilweise umstritten ist auch, ob eine Polizeiverordnung (im vorliegenden Fall also § 5 PVO) unmittelbar als Ermächtigungsgrundlage für den Erlass eines Verwaltungsaktes herangezogen werden kann; so etwa *Würtenberger/Heckmann/Riggert*, *PolizeiR* in Baden-Württemberg, 5. Aufl. (2002), Rdnr. 734 f.; *Maurer*, *Allg. Verwaltungsrecht*, 14. Aufl. (2002), § 10 Rdnr. 5 (Problematik der sog. »unselbständigen« bzw. »konkretisierenden« oder »normenvollziehenden« Verfügung). Aus rechtsstaatlichen Gründen ist zwischen Verhaltenspflicht und Verwaltungsaktsbefugnis zu trennen. Angesichts des Vorbehalts des Gesetzes bedarf jede Eingriffskompetenz einer eindeutigen gesetzlichen Grundlage, die zu der jeweiligen Aufgabenübertragung hinzutreten muss. Sie kann zwar auch im Wege der Auslegung ermittelt werden. Die Polizeiverordnung enthält hier jedoch nur ein normatives Verbot, nicht aber eine Ermächtigung zum Erlass eines Verwaltungsaktes. Daher ist es überzeugender, die Ermächtigungsgrundlage in § 5 PVO i. V. m. §§ 1, 3 BadWürttPolG zu sehen, wobei die Polizeiverordnung als Teil der objektiven Rechtsordnung dem polizeilichen Schutzgut »öffentliche Sicherheit« zuzurechnen ist; so auch *Götz*, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 13. Aufl. (2001), Rdnr. 581; *Schoch*, *JuS* 1995, 215 (221); *Osterloh*, *JuS* 1983, 280 (283 f.); *Rachor*, in: *Lisken/Denninger*, *Handbuch des Polizeirechts*, 3. Aufl. (2001), Rn. F 705. Dies entspricht, soweit ersichtlich, auch der verwaltungsgerichtlichen Praxis; vgl. *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 1992, 19.

18 Vgl. nur *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, *Gefahrenabwehr*, 9. Aufl. (1986), 233 ff.

cherheit dar.¹⁹ Die Polizeiverordnung der S wäre Bestandteil der objektiven Rechtsordnung, wenn sie ihrerseits mit höherrangigem Recht vereinbar wäre (§ 11 BadWürttPolG).

aa) Es ist darum inzident zu prüfen, ob die Polizeiverordnung rechtmäßig ist.

(1) Rechtsgrundlage für den Erlass der Polizeiverordnung ist § 10 I BadWürttPolG. Zwar enthält auch das IfSG in § 17 IV, V Verordnungsermächtigungen. Diese richten sich jedoch zunächst an die Landesregierungen; außerdem ist eine Spezialität mit dem selben Argument wie bei der Verfügungsermächtigung (geschützt werden sollen auch Bauwerke vor Beschädigungen) hier gleichfalls abzulehnen.²⁰

(2) Die formelle Rechtmäßigkeit (§§ 12 ff. BadWürttPolG) ist laut Sachverhalt gegeben.

(3) In materieller Hinsicht kann eine Polizeiverordnung zur Wahrnehmung der Aufgaben nach dem BadWürttPolG erlassen werden. Sie muss also ebenfalls dem Schutz vor Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung dienen, wobei nun aber das Vorliegen einer abstrakten Gefahr ausreichend ist.²¹

Anknüpfungspunkte der vorliegenden Polizeiverordnung mit Blick auf die öffentliche Sicherheit sind nun der Gesundheitsschutz der Bürger vor übertragbaren Krankheiten und der Schutz von Bauwerken gegen den schädigenden Taubenkot und damit die Individualrechtsgüter der Bürger; sofern es sich um öffentliche Gebäude handelt, auch Einrichtungen des Staates.

Eine abstrakte Gefahr kann im Gegensatz zu einer konkreten ebenfalls bejaht werden, da aus dem Füttern der Tauben und der daraus resultierenden Vermehrung der Tiere mit gewisser Wahrscheinlichkeit eine Verletzung der genannten Rechtsgüter erwachsen kann.²²

(4) Weiterhin zu prüfen ist die Vereinbarkeit der Polizeiverordnung mit höherrangigem Recht nach § 11 BadWürttPolG. In Betracht kommt eine Verletzung der Gewissens- und der allgemeinen Handlungsfreiheit der E; hinzu tritt die Frage, ob die Polizeiverordnung auch mit den Vorschriften des Tierschutzgesetzes vereinbar ist.

19 *Rachor*, in: *Lisken/Denninger* (o. Fußn. 17), Rn. F 704.

20 Ausdrücklich *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 1992, 19.

21 *Wolf/Stephan*, PolG für Baden-Württemberg, 5. Aufl. (1999), § 10 Rdnr. 15.

22 Vgl. *Wohlfarth*, DÖV 1993, 153; *VGH München*, DÖV 1997, 468.

Der Schutzbereich der Gewissensfreiheit nach Art. 4 I GG umfasst jede ernste sittliche, d. h. an den Kategorien von Gut und Böse orientierte Entscheidung, die der Einzelne für sich als innerlich bindend ansieht.²³ Selbst wenn er eröffnet sein sollte, da die E überzeugte Tierschützerin und Tierliebhaberin ist, wäre ein Eingriff durch das Taubenfütterungsverbot in der Polizeiverordnung aber verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Im Rahmen einer Interessenabwägung nach den Grundsätzen der praktischen Konkordanz ist dem Schutz von Leben und Gesundheit der Mitmenschen (Art. 2 II GG) und dem Schutz des Eigentums (Art. 14 I GG) sowohl abstrakt als auch konkret gegenüber der Gewissensfreiheit der E der Vorzug zu geben.²⁴

Ferner ist der Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) eröffnet; da sich E's Wunsch, Tauben zu füttern, nicht in einer Gewissensentscheidung erschöpfen dürfte, ist keine Subsidiarität anzunehmen. Auch hier ist der Eingriff aber gerechtfertigt. Das Füttern von Tauben gehört nicht zum unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung, welcher der Einwirkung der öffentlichen Gewalt entzogen wäre; und auch Regelungen des Ortsrechts sind, sofern sie im Übrigen rechtmäßig sind, Teil der verfassungsmäßigen Ordnung i. S. der Schrankentrias.²⁵

§ 1 S. 2 TierSchG, der Tiere vor Schmerzen, Leiden oder Schäden ohne vernünftigen Grund schützt, ist ebenfalls nicht verletzt, da die Wildtauben mangels Futter einfach abwandern werden. Und selbst wenn den Tauben aufgrund des Fütterungsverbotess Schmerzen oder Leiden widerfahren würden, wäre doch im Schutz vor übertragbaren Krankheiten und des Eigentums ein vernünftiger Grund im Sinne dieser Vorschrift zu sehen.²⁶

Schließlich sind auch der Bestimmtheitsgrundsatz und das Verhältnismäßigkeitsprinzip gewahrt. Mithin ist die Polizeiverordnung mit höherrangigem Recht vereinbar und insgesamt rechtmäßig.

bb) Ein Verstoß gegen die Polizeiverordnung stellt darum eine Störung der öffentlichen Sicherheit dar. E hat mehrfach gegen § 5 PVO verstoßen, und es ist davon auszugehen, dass dies weiterhin geschehen wird. Problematisch ist jedoch, dass die Polizeiverordnung nur das Füttern auf öffentlichen Straßen, Wegen, Plätzen und in Grün- und Erholungsanlagen verbietet. Ziffer 1 Satz 2 der Verfügung untersagt der E aber auch, Tauben von ihrem

23 *BVerfGE* 12, 45 (55).

24 *BVerwG*, *BWGZ* 1998, 375; *OVG Lüneburg*, *NdsVBl* 1997, 137.

25 *BVerfGE* 54, 143; dazu *Weber*, *JuS* 1981, 606.

26 *VGH München*, *BayVBl.* 1998, 311 f.; *BVerwG*, *BWGZ* 1998, 375.

privaten Grund aus zu füttern. Insoweit könnte die Verfügung von der Polizeiverordnung nicht gedeckt sein. Hier lässt sich einerseits eine streng am Wortlaut orientierte Auffassung vertreten, die dann zu einer Teilrechtswidrigkeit der Verfügung kommen müsste.²⁷ Überzeugender scheint dagegen eine teleologische Argumentation, da sich auch das Füttern auf dem Balkon negativ auf öffentliche Grundstücke und andere Gebäude auswirkt. Dies ist besonders einleuchtend, weil ein öffentlicher Gehsteig direkt unterhalb des Balkons der E verläuft.²⁸

cc) Schließlich ist E auch Handlungsstörerin nach § 6 I PolG BW und somit richtige Adressatin der Maßnahme. Damit sind alle Tatbestandsvoraussetzungen der polizeilichen Generalklausel gegeben.

dd) Auf der Rechtsfolgenseite sind keine Ermessensfehler ersichtlich. Die Begründung der Behörde ist zwar nicht ausführlich, aber ausreichend. Auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist gewahrt, da mildere Mittel nicht zu Gebote stehen und E bereits mehrfach erfolglos dazu aufgefordert wurde, das Füttern zu unterlassen. Ein Verstoß gegen Grundrechte im Blick auf die konkrete Maßnahme kann mit Hinweis auf oben ebenfalls verneint werden. Nach alledem ist die Verfügung rechtmäßig.

III. Ergebnis

Da auch keine Anhaltspunkte für eine Unzweckmäßigkeit der Verfügung vorliegen, hätte ein Widerspruch keine Aussicht auf Erfolg.

B. Antrag nach § 80 V VwGO

Um die sofortige Vollziehung der Verfügung zu vermeiden (E will unbedingt an den nächsten Tagen wieder Tauben füttern), kann ihr möglicherweise ein

²⁷ Zuvor wäre allerdings zu prüfen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 1, 3 Bad-WürttPolG direkt (also ohne Polizeiverordnung) vorliegen, was in Ermangelung einer konkreten Gefahr zu verneinen wäre. Der Widerspruch wäre nach dieser Auffassung dann teilweise begründet.

²⁸ Vgl. *AG Saarbrücken*, NuR 1994, 364.

Antrag zum Verwaltungsgericht nach § 80 V VwGO auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung von Nutzen sein.²⁹

I. Zulässigkeit

1. Verwaltungsrechtsweg, § 40 VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet, da die streitentscheidenden Normen im Sinne der Sonderrechtstheorie öffentlich-rechtlicher Natur sind (siehe oben) und keine Sonderzuweisung besteht.

2. Statthaftigkeit

E begehrt die Suspendierung eines noch nicht bestandskräftigen Verwaltungsaktes, nämlich der Verfügung vom 6. 10. 2003. Damit ist ein Antrag nach § 80 V VwGO statthaft (vgl. § 123 V VwGO). Da die Behörde die sofortige Vollziehung nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO angeordnet hat, ist er auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gerichtet.³⁰

3. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog

E kann geltend machen, durch die Anordnung der sofortigen Vollziehung möglicherweise in ihren Rechten aus Artt. 4 bzw. 2 I GG verletzt worden zu sein.

4. Zuständigkeit

Zuständig ist nach § 80 V 1 VwGO das Gericht der Hauptsache. Das ist hier das VG Stuttgart; §§ 45, 52 Nr. 3 VwGO, 1 II BadWürttAGVwGO, 8 BadWürtt-LVG.

29 Ebenso möglich, in der Praxis aber unüblich ist ein Antrag zur Behörde nach § 80 IV 1 VwGO. Zu den Gründen s. *Kuhla*, in: *Kuhla/Hüttenbrink*, *Der Verwaltungsprozeß*, 3. Aufl. (2002), Rdnr. F 96.

30 Wird die Verfügung auf das IfSG gestützt, so müsste der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung lauten, da die aufschiebende Wirkung von Widerspruch oder Anfechtungsklage nach § 16 VIII IfSG bzw. § 17 VI IfSG bereits kraft Gesetzes entfällt (vgl. § 80 II Nr. 3 VwGO und oben). Die Vollziehungsanordnung durch die Behörde wäre dann bloß deklaratorisch, aber wohl unschädlich. Die Frage ihrer formellen Rechtmäßigkeit (dazu sogleich) wäre damit irrelevant.

5. Ergebnis

Die Zulässigkeit eines Antrags nach § 80 V VwGO setzt – außer in den Fällen des Abs. VI – kein behördliches Aussetzungsverfahren nach § 80 IV VwGO voraus.³¹ Ebenso wenig muss E bereits Widerspruch eingelegt haben. Zwar ist es richtig, dass damit ein Rechtsbehelf fehlt, der Träger des Suspensiveffektes sein könnte.³² Aus diesem Grunde wäre zu erwägen, ob dann nicht präziserweise von einer analogen Anwendung des § 80 V VwGO zu sprechen wäre.³³ Den Antrag ohne vorherige Einlegung eines Rechtsbehelfs in der Hauptsache für unzulässig zu erklären, verbietet sich jedoch aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes. Die Überlegungs- und Vorbereitungszeit, welche die Rechtsbehelfsfrist in der Hauptsache gewähren soll, würde andernfalls in bedenklicher Weise verkürzt.³⁴ Mit Art. 19 IV GG wäre dies nicht zu vereinbaren.³⁵

Der Antrag wäre (auch ohne zuvor eingelegten Widerspruch) zulässig.

II. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, wenn er gegen den richtigen Antragsgegner gerichtet ist und - bei behördlicher Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO - entweder die Vollziehungsanordnung formell rechtswidrig ist oder nach summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage das Aussetzungsinteresse des Antragstellers das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegt.

1. Passivlegitimation

Der Antrag ist analog § 78 I Nr. 1 VwGO gegen S zu richten (Rechtsträgerprinzip).

31 *Kopp/Schenke* (o. Fußn. 5), § 80 Rdnr. 138.

32 *Bosch/Schmidt*, Praktische Einführung in das verwaltungsgerichtliche Verfahren, 7. Aufl. (2001), 323 f.; *J. Schmidt*, in: *Eyermann* (o. Fußn. 4), § 80 Rdnr. 65; *Schoch*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, VwGO, Stand Sept. 2003, § 80 Rdnr. 314 f.; *OVG Münster*, NJW 1975, 794; *OVG Koblenz*, NJW 1995, 1043.

33 Vgl. *VGH Mannheim*, NVwZ 1995, 813.

34 *Kopp/Schenke* (o. Fußn. 5), § 80 Rdnr. 139; *Schenke* (o. Fußn. 3), Rdnr. 993; *ders.*, JZ 1996, 1155 (1160); *VGH München*, DVBl 1988, 590 (591); *Puttler*, in: *Sodan/Ziekow*, VwGO, Stand Jan. 2003, § 80 Rdnr. 129; *Schmitt Glaeser*, Verwaltungsprozeßrecht, 15. Aufl. (2000), Rdnr. 279.

35 Vgl. *BVerfG*, NJW 1993, 3190 (zu § 114 II StVollzG).

2. Formelle Rechtmäßigkeit der Vollziehungsanordnung

a) Zuständigkeit Nach § 80 II Nr. 4 VwGO konnte die Ausgangsbehörde die sofortige Vollziehung anordnen.

b) Verfahren Ob der Anordnung der sofortigen Vollziehung eine Anhörung vorangehen muss, ist umstritten, wird von der h. M. aber mit Recht verneint.³⁶ § 28 BadWürttLVwVfG ist nicht anwendbar, da es sich bei der Vollziehungsanordnung mangels eines eigenständigen, der Bestandskraft fähigen Regelungsgehaltes nicht um einen Verwaltungsakt handelt.³⁷ Auch eine analoge Anwendung muss abgelehnt werden. Es fehlt bereits an einer planwidrigen Regelungslücke, da §§ 80, 80a VwGO eine abschließende Regelung enthalten. Zudem ist wegen der Eilbedürftigkeit der Vollziehungsanordnung, und da umgekehrt die einschlägigen Rechtsbehelfe nicht fristgebunden sind, auch keine Vergleichbarkeit gegeben.

c) Form Nach § 80 III 1 VwGO bedarf die Vollziehungsanordnung einer besonderen Begründung, die grundsätzlich über die »normale« Begründung des Verwaltungsakt hinausgehen muss und nicht nur formelhaft den Gesetzeswortlaut wiederholen darf. Daran fehlt es im vorliegenden Fall. Eine Notstandsmaßnahme nach § 80 III 2 VwGO liegt nicht vor. Fraglich ist nun, welche Folgen dieses Versäumnis hat. Einerseits wird vereinzelt vertreten, angesichts der Offenkundigkeit eines Verstoßes gegen § 80 III VwGO sei die Anordnung als nichtig anzusehen.³⁸ Dagegen spricht allerdings, dass § 80 III VwGO eine abschließende Spezialregelung darstellt.³⁹ Und selbst mit dem

36 VGH Mannheim, NVwZ-RR 1990, 561; NVwZ 1991, 491 (492); OVG Bautzen, LKV 1993, 97; OVG Berlin, NVwZ 1993, 198; OVG Koblenz, NVwZ 1988, 748; OVG Lüneburg, DVBl. 1989, 887; OVG Schleswig, DÖV 1993, 169; Kopp/Schenke (o. Fußn. 5), § 80 Rdnr. 82; Schenke (o. Fußn. 3), Rdnr. 978; J. Schmidt, in: Eyermann (o. Fußn. 4), § 80 Rdnr. 41; Puttler, in: Sodan/Ziekow (o. Fußn. 34), § 80 Rdnr. 83; Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (o. Fußn. 32), § 80 Rdnr. 181 f.; Kaltenborn, DVBl. 1999, 830 f. A. A. OVG Bremen, NVwZ-RR 1999, 682; VGH Kassel, DÖV 1988, 1023; VGH München, BayVBl. 1990, 211; Grigoleit (o. Fußn. 3), 122 ff.; Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 5. Aufl. (2003), § 32 Rdnr. 17; Müller, NVwZ 1988, 702; Ganter, DÖV 1984, 971.

37 Oben Fußn. 3.

38 J. Schmidt, in: Eyermann (o. Fußn. 4), § 80 Rdnr. 45; Renck, NVwZ 1988, 700 (701); ders., BayVBl. 1994, 161 (165).

39 Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (o. Fußn. 32), § 80 Rdnr. 175; Kaltenborn, DVBl. 1999, S. 833.

Rechtsgedanken des § 44 I (L)VwVfG lässt sich die Nichtigkeitsfolge nicht begründen.⁴⁰ Besonders schwerwiegende Fehler im Sinne dieser Vorschrift sind nur solche, die in einem so schwerwiegenden Widerspruch zur Rechtsordnung und den ihr zu Grunde liegenden Wertvorstellungen der Gemeinschaft stehen, dass es unerträglich wäre, wenn der Verwaltungsakt die mit ihm intendierten Rechtsfolgen hätte.⁴¹ Entsprechendes wird man von einem Begründungsmangel der vorliegenden Art kaum sagen können. Andererseits ermöglichen es etliche Oberverwaltungsgerichte der Behörde aus Gründen der Verfahrensökonomie, die fehlende Begründung noch im gerichtlichen Verfahren nachzuholen.⁴² Auch dies ist freilich mit dem Charakter des § 80 III VwGO als abschließender Sondervorschrift und überdies mit seinem Schutzzweck schwer zu vereinbaren. Denn die Begründungspflicht soll nicht allein zur Information der Betroffenen und des Gerichts dienen, sondern vor allem auch der Behörde den Ausnahmecharakter der Vollziehungsanordnung vor Augen führen und sie veranlassen, deren Voraussetzungen besonders sorgfältig zu prüfen.⁴³ Diese Warnfunktion liefe ansonsten leer und § 80 III VwGO würde insgesamt ausgehöhlt. Die Möglichkeit einer Heilung ist darum abzulehnen.⁴⁴ Die Vollziehungsanordnung ist formell rechtswidrig.

Ob das Gericht die aufschiebende Wirkung wiederherstellt⁴⁵ oder lediglich die Anordnung der sofortigen Vollziehung aufhebt⁴⁶, kann dahinstehen. Auf jeden Fall ist der Antrag nach § 80 V VwGO begründet, ohne dass es noch einer sachlichen Prüfung der Anordnungsvoraussetzungen bedürfte. Die Be-

40 *Schoch*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (o. Fußn. 32), § 80 Rdnr. 180; *Puttler*, in: Sodan/Ziekow (o. Fußn. 34), § 80 Rdnr. 154; *Finkelnburg/Jank*, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 4. Aufl. (1998), Rdnr. 759.

41 *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 8. Aufl. (2003), § 44 Rdnr. 8.

42 *OVG Bremen*, NJW 1968, 1539; *OVG Münster*, NJW 1986, 1894; *OVG Berlin*, LKV 1992, 333; *OVG Bremen*, NVwZ-RR 1999, 682; *VGH Kassel*, DÖV 1985, 75; *OVG Greifswald*, NVwZ-RR 1999, 409; ebenso *Redeker/v. Oertzen*, VwGO, 13. Aufl. (2000), § 80 Rdnr. 27a.

43 *Schoch*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (o. Fußn. 32), § 80 Rdnr. 176; *Kopp/Schenke* (o. Fußn. 5), § 80 Rdnr. 84.

44 *Schoch*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (o. Fußn. 32), § 80 Rdnr. 179; *J. Schmidt*, in: Eyermann (o. Fußn. 4), § 80 Rdnr. 44; *Kopp/Schenke* (o. Fußn. 5), § 80 Rdnr. 87; *Kaltenborn*, DVBl. 1999, 832 f.

45 So *VGH Kassel*, NJW 1983, 2404; *OVG Magdeburg*, DVBl. 1994, 808 m. w. N.; *Schoch*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (o. Fußn. 32), § 80 Rdnr. 298; *Puttler*, in: Sodan/Ziekow (o. Fußn. 34), § 80 Rdnr. 155.

46 So *VGH Mannheim*, DVBl. 1976, 948; *OVG Hamburg*, NJW 1978, 2167; *VGH München*, NVwZ 1985, 663.

hörde ist allerdings nicht gehindert, die sofortige Vollziehung mit ordnungsgemäßer Begründung erneut anzuordnen. Denn die Entscheidung nach § 80 V 1 VwGO entfaltet nur insoweit Bindungswirkung, als das Gericht in der Sache entschieden hat. Wenn also die Entscheidung ausschließlich mit der Fehlerhaftigkeit der Vollziehungsanordnung begründet wurde und das Gericht keine Sachentscheidung über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung getroffen hat, ist die Behörde diesbezüglich auch nicht gebunden.⁴⁷

Aus diesem Grunde sollte auch auf die materielle Rechtmäßigkeit noch eingegangen werden.

3. Materielle Rechtmäßigkeit der Vollziehungsanordnung

Ob das Aussetzungsinteresse des Antragstellers oder das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegt, richtet sich in erster Linie nach den Erfolgsaussichten in der Hauptsache. Da ein Widerspruch der E, wie ausgeführt, unbegründet wäre, überwiegt im vorliegenden Fall das Vollzugsinteresse.⁴⁸

III. Ergebnis

Ein Antrag der E nach § 80 V VwGO wäre zunächst begründet. Sollte S allerdings die sofortige Vollziehung erneut und mit ordnungsgemäßer Begründung anordnen, wäre der Antrag unbegründet.

C. Einspruch zum Amtsgericht nach § 68 OWiG

Ein Einspruch gegen die Bußgeldfestsetzung in Ziffer 3 der Verfügung wäre verfristet, weil die Einspruchsfrist des § 67 I 1 OWiG (zwei Wochen nach Zustellung) am 30. Oktober 2003 bereits abgelaufen war. S als Verwaltungsbehörde (§ 69 I 1 OWiG) bzw. spätestens das Amtsgericht würde den Einspruch der E also als unzulässig verwerfen (§ 70 I OWiG).

47 *Schoch*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner* (o. Fußn. 32), § 80 Rdnr. 298; *Puttler*, in: *Sodan/Ziekow* (o. Fußn. 34), § 80 Rdnr. 155; *Kopp/Schenke* (o. Fußn. 5), § 80 Rdnr. 172; *VGH Mannheim*, DÖV 1996, 839; *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 2001, 362; *OVG Schleswig*, NVwZ-RR 1992, 590; *OVG Magdeburg*, DÖV 1994, 352; *VGH Kassel*, NJW 1983, 2404.

48 Auch eine Teilrechtswidrigkeit der Verfügung und damit teilweise Begründetheit des Antrags nach § 80V VwGO ist vertretbar, s. o.