

# **Analyse höchstrichterlicher Entscheidungen zum Sicherheitsrecht von**

**Prof. Dr. Kurt Graulich  
Richter am Bundesverwaltungsgericht a.D.**

Humboldt-Universität zu Berlin – Wintersemester 2017/18  
Raum UL9 E 25

**Donnerstag, d. 14. Dezember 2017 von 10.00 bis 12.00 Uhr**

Veranstaltungsnummer 10833

## **Entscheidungsabdruck und Anmerkungen**

BVerwG, Urteil vom 03. Juli 2002 – 6 CN 8/01 –, BVerwGE 116, 347-358

Nichtigkeit von Bestimmungen der Niedersächsischen Gefahrtier-Verordnung wegen fehlender gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage

### **Tatbestand**

1

Der Antragsteller wendet sich gegen Vorschriften der Verordnung über das Halten gefährlicher Tiere (Gefahrtier-Verordnung - GefTVO) vom 5. Juli 2000 (Nds.GVBl S. 149).

2

Die Verordnung unterscheidet zwischen Hunden der Rassen Bullterrier und American Staffordshire Terrier, des Typs Pit Bull Terrier sowie deren Kreuzungen (im Folgenden: Kategorie I) und den in Anlage 1 zu § 2 Abs. 1 GefTVO aufgezählten Hunden (im Folgenden: Kategorie II).

3

Für Hunde der Kategorie I bestimmt die Verordnung im Wesentlichen: Die nicht gewerbliche Haltung, Zucht und Vermehrung ist verboten (§ 1 Abs. 1 GefTVO). Für die Haltung von Hunden, die bei In-Kraft-Treten der Verordnung vorhanden waren, wird eine Ausnahmegenehmigung erteilt, wenn der Hund einen Wesenstest bestanden hat, durch seine Haltung im Einzelfall keine Gefahr für Dritte entsteht und der Halter über die durch Vorlage eines Führungszeugnisses nachzuweisende persönliche Eignung und die notwendige Sachkunde verfügt (§ 1 Abs. 2 GefTVO). Wesenstetete Hunde unterliegen einer Kennzeichnungspflicht (§ 1 Abs. 3 GefTVO). Bei Bestehen des Tests ist anzuordnen, dass der Hund unfruchtbar gemacht wird (§ 1 Abs. 4 GefTVO), bei Nicht-Bestehen wegen eines außergewöhnlichen Aggressionspotenzials und dadurch bedingter erheblicher Gefahr für Menschen, dass er getötet wird (§ 1

Abs. 5 GefTVO). Für die Führung der Hunde außerhalb einer Privatwohnung oder eines ausbruchsicheren Grundstücks ist u.a. ein ständiger Maulkorb- und Leinenzwang ohne Befreiungsmöglichkeit vorgeschrieben (§ 1 Abs. 6 Satz 2 GefTVO).

4

Die Hunde der Kategorie II unterliegen einem Maulkorb- und Leinenzwang, von dem unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 GefTVO eine Ausnahmegenehmigung erteilt werden kann (§ 2 GefTVO).

5

Der Antragsteller betreibt ein Tierheim im Raum Hannover. Zur Zeit des Inkraft-Tretens der Gefahrtier-Verordnung betreute er fünf Hunde der Kategorie I. Seither gelangten weitere Hunde der Kategorien I und II - nach Aussetzung durch ihre Halter - in die Obhut des Antragstellers.

6

Der Antragsteller hat am 6. Dezember 2000 den Normenkontrollantrag gestellt und beantragt,

7

1. § 1 Abs. 1 GefTVO, soweit er die nicht gewerbliche Haltung von Hunden verbietet, § 1 Abs. 2 und 3 sowie 5 und 6 GefTVO und

8

2. § 2 Abs. 1 i.V.m. Anlage 1 GefTVO für nichtig zu erklären,

9

hilfsweise,

10

§ 2 Abs. 2 i.V.m. § 1 Abs. 2, 3 und 6 GefTVO

11

sowie

12

3. § 5 Abs. 2 GefTVO für nichtig zu erklären.

13

Der Antragsgegner hat beantragt,

14

die Anträge zurückzuweisen.

15

Das Oberverwaltungsgericht hat unter Ablehnung des Normenkontrollantrags im Übrigen den angegriffenen Teil von § 1 Abs. 1 GefTVO für rechtswidrig, aber bis 31. Dezember 2001 mit der Maßgabe für anwendbar erklärt, dass für die betreffenden Hunde die übrigen Vorschriften des § 1 - soweit nicht für nichtig erklärt - anzuwenden sind; ferner hat es § 1 Abs. 5, § 1 Abs. 6 Satz 2 - soweit darin eine Maulkorbpflicht auch bei bestandenerm Wesenstest angeordnet ist - sowie § 2 Abs. 1 GefTVO i.V.m. Anlage 1 Nr. 2 (Dobermann), 9 (Rottweiler) und 12 (Kreuzungen mit Nr. 2 und 9) für nichtig erklärt.

16

Das Oberverwaltungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt (vgl. auch NVwZ-RR 2001, 742 <Parallelsache>):

17

Die Gefahrtier-Verordnung finde in § 55 NGefAG, der allgemeinen ordnungsbehördlichen Ermächtigungsgrundlage für Verordnungen zur Gefahrenabwehr, ihre rechtliche Grundlage. Als Teil des allgemeinen Gefahrenabwehrrechts unterfalle die Gefahrtier-Verordnung der Rechtssetzungskompetenz der Länder. Die angegriffenen Regelungen gehörten auch nicht zu denjenigen wesentlichen Entscheidungen, die einem Parlamentsgesetz vorbehalten seien. Sie seien zudem hinreichend bestimmt.

18

Der Antragsgegner habe aufgrund der ihm nach § 55 NGefAG zustehenden Einschätzungsprärogative davon ausgehen dürfen, dass von Hunden der Kategorie I eine abstrakte Gefahr für die öffentliche Sicherheit vor allem in Gestalt des Lebens und der Gesundheit von Menschen ausgehe. Dies ergebe sich zum einen daraus, dass an Verantwortungsbewusstsein und Befähigung der Halter unstreitig besondere Anforderungen zu stellen seien, jedoch nicht jeder Halter die Gewähr für ein gefahrloses Verhalten seines Hundes biete. Zum anderen habe der Antragsgegner auch ein rassespezifisches Gefahrenpotenzial bei Hunden der Kategorie I annehmen dürfen. Die Fachliteratur gelange zwar fast durchgängig zu dem Ergebnis, dass es keine von sich aus gefährlichen Hunderassen, sondern nur gefährliche Hundeindividuen gebe. Andererseits werde aber gerade hinsichtlich der Hunde der Kategorie I vielfach von Zuchtlinien, Defektzuchten bzw. unbiologischen Zuchtauslesen berichtet, die sich durch eine besondere Aggressivität auszeichneten. Besonders aussagekräftig sei insoweit das vom Antragsgegner zur Begründung seiner Gefahrenprognose herangezogene Gutachten zum Verbot von Qualzuchtungen. Die diesbezügliche Kritik habe er im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative vernachlässigen dürfen.

19

Der Ordnungsgeber habe aber die ihm nach § 55 NGefAG gesetzten Ermessensgrenzen überschritten. Diese ergäben sich aus den einschlägigen Freiheitsgrundrechten (Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG), dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sowie dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Das in § 1 Abs. 1 GefTVO statuierte Haltungs-, Zucht- und Vermehrungsverbot sei nicht erforderlich, da ein mildereres, aber trotz eines "gewissen Restrisikos" in gleicher Weise wirksames Mittel darin bestehe, für die Haltung, Zucht und Vermehrung der Hunde eine Erlaubnispflicht vorzusehen und die Erteilung der Erlaubnis grundsätzlich von denjenigen Voraussetzungen abhängig zu machen, die der Antragsgegner - insbesondere in der Form des Nachweises der individuellen Ungefährlichkeit des jeweiligen Hundes durch einen Wesenstest sowie der Eignung und Sachkunde des Halters - für die Genehmigung der weiteren Haltung der bei In-Kraft-Treten der

Verordnung vorhandenen Hunde vorgesehen habe. Die Tötungsverpflichtung nach § 1 Abs. 5 GefTVO sei zwar verhältnismäßig, verstoße aber gegen den Gleichheitsgrundsatz, weil sie Hunde der Kategorie II bei Nicht-Bestehen des Wesenstests unter gleichen Bedingungen nicht erfasse. Unter Berücksichtigung der fachwissenschaftlich belegten negativen, ggf. sogar aggressionssteigernden Auswirkungen sei die Maulkorbpflicht nach § 1 Abs. 6 GefTVO bei bestandenem Wesenstest vom Regelungsspielraum des gefahrenabwehrenden Ordnungsgebers nicht mehr gedeckt. Im Übrigen seien die mit dem Antrag zu 1. angegriffenen Regelungen nicht zu beanstanden.

20

Dem Antrag zu 2. sei gleichfalls teilweise zu entsprechen, weil auch in Ansehung der dem Ordnungsgeber zustehenden grundsätzlich weiten Beurteilungs- und Einschätzungsprärogative die Einbeziehung von Hunden der Rassen Rottweiler, Dobermann und von Kreuzungen mit Hunden dieser Rassen in die Anlage 1 zu § 2 Abs. 1 GefTVO mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar sei. Zwar stützten die vorliegenden Untersuchungen zur Schadensauffälligkeit von Hunderassen trotz mangelnder statistischer Absicherung die Einschätzung des Ordnungsgebers, dass den Rassen Rottweiler und Dobermann und ihren Kreuzungen ein abstrakte Gefahr im polizeilichen Sinne begründendes "beachtliches potenzielles Gefahrenpotenzial" innewohne. Es bestehe jedoch kein hinreichender sachlicher Grund, die Haltung von Hunden dieser Rassen Einschränkungen zu unterwerfen, nicht aber die Haltung anderer Schutzhunderassen - insbesondere des Deutschen Schäferhundes -, die ein gleiches Gefahrenpotenzial aufwiesen. Rottweiler und Dobermann gehörten ebenso wie der Deutsche Schäferhund, aber auch der Boxer und die Deutsche Dogge zu den anerkannten Gebrauchshunderassen und würden seit Jahrzehnten nach festgelegten und vergleichbaren Standards gezüchtet. Der Gesichtspunkt der Verwaltungspraktikabilität entbinde den Ordnungsgeber nicht von der Verpflichtung, ein in sich stimmiges Regelungskonzept zu Schutzmaßnahmen für die Bevölkerung vor gefährlichen Hunden zu verfolgen. Bei gleichem Erkenntnisstand und gleicher Gefahrenlage verstoße ein Regelungskonzept, das einen Gesamtproblembereich nur sektoral regelt, gegen den Gleichheitssatz.

21

Die Bildung des Rassekatalogs der Anlage 1 zu § 2 Abs. 2 GefTVO im Übrigen halte sich dagegen im Rahmen der dem Ordnungsgeber grundsätzlich zuzubilligenden weiten Einschätzungsprärogative, weil die weiteren dort aufgezählten Hunderassen wegen ihrer speziellen Züchtungsvergangenheit sämtlich als "klassische Kampfhunde" anzusehen seien.

22

Der Antragsgegner begründet die Revision unter Wiederholung und Vertiefung seines Vorbringens in der Vorinstanz im Wesentlichen wie folgt: Im Hinblick auf die Hochrangigkeit der Schutzgüter Leben und Gesundheit der gesamten

Bevölkerung und besonders schutzwürdiger Personenkreise wie Kinder und hilflose, behinderte oder betrunkene Menschen sei das Haltungs-, Zucht- und Vermehrungsverbot als geeignetes und einzig taugliches Mittel anzusehen, die auch nach bestandem Wesenstest und erfolgreicher Eignungs- und Sachkundeprüfung verbleibenden genetischen Gefährdungspotenziale auszuschließen. Die Ausnahmegenehmigung diene nur der Gewährleistung des Bestandsschutzes und zur Vermeidung besonderer Härten. Die Tötungsanordnung des § 1 Abs. 5 GefTVO sei nur für Hunde der Kategorie I gerechtfertigt, da lediglich bei diesen Zuchtlinien existierten, die - unerkant - über eine genetisch bedingte Hypertrophie des Aggressionsverhaltens verfügten. Außerdem sei zu berücksichtigen, dass der Wesenstest für Hunde der Kategorie II nicht obligatorisch sei. Die Einbeziehung von Hunden der Rassen Rottweiler und Dobermann sowie von Kreuzungen mit solchen Tieren in die Anlage 1 zu § 2 Abs. 1 GefTVO verstoße nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Vorrangiges Differenzierungskriterium zu anderen großen Gebrauchshunderassen wie Schäferhund, Boxer und Dogge sei die gegenwärtige Nicht-Umsetzbarkeit einer umfassenderen Regelung. Eine vollständige Liste aller gefährlichen Hunderassen wäre grenzenlos und würde das Potenzial jeder Verwaltung übersteigen. Es sei vom Auswahl- und Entschließungsermessen des Ordnungsgebers gedeckt, im Wege eines "ersten Schrittes in die richtige Richtung" ein Mehr an Schutz für die Bevölkerung zu bewirken. Aus fachlicher Sicht seien Differenzierungen bei den großen Gebrauchshunderassen in Bezug auf das Gefährdungspotenzial zulässig.

23

Der Antragsgegner beantragt,

24

das Urteil des Niedersächsischen Obergerichtes vom 30. Mai 2001 aufzuheben und den Antrag abzulehnen.

25

Der Antragsteller beantragt,

26

die Revision zurückzuweisen.

27

Er verteidigt das angefochtene Urteil.

28

Der Vertreter des Bundesinteresses hat sich zur Rechtmäßigkeit von Rassebenennungen in Rechtsvorschriften zur Bekämpfung gefährlicher Hunde geäußert.

### **Entscheidungsgründe**

29

Die Revision ist unbegründet. Die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts verletzt zwar Bundesrecht, erweist sich aber aus anderen Gründen im Ergebnis als richtig (§ 144 Abs. 4 VwGO).

30

Die angegriffenen Vorschriften der Gefahrtier-Verordnung können kraft Bundesrechts nicht auf § 55 Abs. 1 Nr. 4 des Niedersächsischen Gefahrenabwehrgesetzes (NGefAG) i.d.F. vom 20. Februar 1998 (Nds.GVBl S. 101) gestützt werden. Diese Bestimmung ermächtigt das Innenministerium und im Einvernehmen mit ihm die Fachministerien, für das Land oder für Teile des Landes, an denen mehr als ein Regierungsbezirk beteiligt ist, Verordnungen zur Abwehr abstrakter Gefahren zu erlassen. Die Regelungen sowohl des § 1 GefTVO als auch diejenigen des § 2 Abs. 1 GefTVO beruhen auf der Annahme, dass von bestimmten Hunden allein wegen ihrer Zugehörigkeit zu bestimmten Rassen bzw. dem dort genannten Typ sowie deren Kreuzungen eine abstrakte Gefahr ausgeht. Nach den vorliegenden Feststellungen besteht jedoch lediglich ein entsprechender Verdacht. Ein bloßer Gefahrenverdacht rechtfertigt kein Einschreiten der Sicherheitsbehörden in Form einer Rechtsverordnung auf der Grundlage der polizeilichen Generalermächtigung. Vielmehr müssen Eingriffe der staatlichen Verwaltung in die Freiheitssphäre der Hundehalter zum Zwecke der Gefahrenvorsorge nach rechtsstaatlichen und demokratischen Grundsätzen in einem besonderen Gesetz vorgesehen sein. Das Oberverwaltungsgericht hat bei seiner Entscheidung diesen bundesrechtlichen Gesichtspunkt verkannt und damit gegen revisibles Recht verstoßen. Dies wirkt sich im Ergebnis allerdings nicht aus, weil es dem Normenkontrollantrag, soweit die revisionsgerichtliche Prüfung eröffnet ist, wegen eines Verstoßes gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und wegen einer Verletzung des Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG entsprochen hat. Diese Annahmen des Oberverwaltungsgerichts sind nicht entscheidungserheblich und daher nicht mehr zu erörtern.

31

### 1. Die Aufgabe des Gesetzgebers bei der Risikobewertung von Gefahrenlagen

Aus dem rechtsstaatlichen und demokratischen Verfassungssystem (Art. 20 Abs. 1 und 3, Art. 28 Abs. 1 GG) folgt, dass in einem Gesetz, durch das die Exekutive zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt wird, Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung bestimmt werden. Das Parlament soll sich seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft nicht dadurch entäußern können, dass es einen Teil der Gesetzgebungsmacht der Exekutive überträgt, ohne die Grenzen dieser Kompetenzen bedacht und diese nach Tendenz und Programm so genau umrissen zu haben, dass schon aus der Ermächtigung erkennbar und vorhersehbar ist, was dem Bürger gegenüber zulässig sein soll. Das Erfordernis hinreichender Bestimmtheit stellt die notwendige Ergänzung und Konkretisierung des aus dem Demokratie- und

Rechtsstaatsprinzip folgenden Grundsatzes des Vorbehalts des Gesetzes dar.

Welche Bestimmtheitsanforderungen im Einzelnen erfüllt sein müssen, hängt von den Besonderheiten des jeweiligen Regelungsgegenstandes sowie der Intensität der Maßnahme, namentlich der Grundrechtsrelevanz der Regelung ab (vgl. BVerfGE 58, 257, 277 f.; BVerwGE 110, 253, 255 f.).

32

Das Oberverwaltungsgericht hat zutreffend ausgeführt, dass die Verwendung der polizeilichen Generalklausel als Grundlage sicherheitsbehördlicher Verordnungen unter den genannten verfassungsrechtlichen Aspekten unbedenklich ist, weil sie in jahrzehntelanger Entwicklung durch Rechtsprechung und Lehre nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend präzisiert, in ihrer Bedeutung geklärt und im juristischen Sprachgebrauch verfestigt ist (vgl. BVerfGE 54, 143, 144). § 55 NGefAG ermächtigt die genannten Stellen zum Erlass von Verordnungen zur Abwehr abstrakter Gefahren. Die abstrakte Gefahr ist nach § 2 Nr. 2 NGefAG eine nach allgemeiner Lebenserfahrung oder den Erkenntnissen fachkundiger Stellen mögliche Sachlage, die im Fall ihres Eintritts eine Gefahr i.S. des § 2 Nr. 1 NGefAG darstellt, das heißt eine Sachlage, bei der im einzelnen Fall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit eintreten wird. Gegen diese Umschreibungen ist aus bundesrechtlicher Sicht nichts zu erinnern; sie geben zutreffend wieder, was herkömmlich unter einer Gefahr im Sinne des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts verstanden wird.

33

Das Oberverwaltungsgericht hat jedoch übersehen, dass aus der landesgesetzlichen Übernahme des überkommenen Gefahrenbegriffs nicht nur die Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigung in § 55 NGefAG, sondern darüber hinaus auch eine Begrenzung ihrer Reichweite folgt. Die Vorschrift ist nur insoweit als Grundlage für den Erlass einer sicherheitsbehördlichen Verordnung geeignet, als mit ihr Gefahren bekämpft werden sollen, die dem genannten Gefahrenbegriff entsprechen. Werden die durch diesen Begriff gezogenen Grenzen überschritten, so liegt darin ein Verstoß gegen Bundesrecht, weil die Einhaltung dieser Grenzen unter dem Gesichtspunkt des Gebots einer hinreichend bestimmten Ermächtigungsgrundlage für Verordnungen bundesverfassungsrechtlich geboten ist. Diese bundesrechtliche Begrenzung der Ordnungsgebung nach § 55 NGefAG hat das Oberverwaltungsgericht verkannt.

34

Der klassische Gefahrenbegriff, der auch dem niedersächsischen Gefahrenabwehrgesetz zugrunde liegt, ist dadurch gekennzeichnet, dass "aus gewissen gegenwärtigen Zuständen nach dem Gesetz der Kausalität gewisse andere Schaden bringende Zustände und Ereignisse erwachsen werden" (vgl. Urteil des PrOVG vom 15. Oktober 1894, PrVBl 16, 125, 126).

Schadensmöglichkeiten, die sich deshalb nicht ausschließen lassen, weil nach dem derzeitigen Wissensstand bestimmte Ursachenzusammenhänge weder bejaht noch verneint werden können, begründen keine Gefahr, sondern lediglich einen Gefahrenverdacht oder ein "Besorgnispotenzial" (vgl. Urteil vom 19. Dezember 1985 - BVerwG 7 C 65.82 - BVerwGE 72, 300, 315). Das allgemeine Gefahrenabwehrrecht bietet keine Handhabe, derartigen Schadensmöglichkeiten im Wege der Vorsorge zu begegnen. Die Befugnisse und Ermächtigungen der Verwaltungsbehörden und der Polizei nach dem niedersächsischen Gefahrenabwehrgesetz umfassen Vorsorgemaßnahmen nicht ausdrücklich. Die entsprechenden Vorschriften lassen sich aber auch nicht in diesem Sinne erweiternd auslegen, indem der Exekutive, wie es das Obergerverwaltungsgericht für geboten hält, eine "Einschätzungsprärogative" in Bezug darauf zugebilligt wird, ob die vorliegenden Erkenntnisse die Annahme einer abstrakten Gefahr rechtfertigen. Denn eine solche Einschätzungsprärogative ist dem in Generalklauseln nach Art des § 55 NGefAG gefassten allgemeinen Recht der Gefahrenabwehr fremd.

35

**Maßgebliches Kriterium zur Feststellung einer Gefahr ist die hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts** (vgl. Urteil vom 26. Februar 1974 - BVerwG 1 C 31.72 - BVerwGE 45, 51, 57). Das trifft nicht nur für die "konkrete" Gefahr zu, die zu Abwehrmaßnahmen im Einzelfall berechtigt, sondern auch für die den sicherheitsrechtlichen Verordnungen zugrunde liegende "abstrakte" Gefahr. **Die abstrakte Gefahr unterscheidet sich von der konkreten Gefahr nicht durch den Grad der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, sondern durch den Bezugspunkt der Gefahrenprognose oder, wie der 4. Senat des Bundesverwaltungsgerichts in seinem Urteil vom 26. Juni 1970 - BVerwG 4 C 99.67 - (DÖV 1970, 713, 715) gesagt hat, durch die Betrachtungsweise: Eine konkrete Gefahr liegt vor, wenn in dem zu beurteilenden konkreten Einzelfall in überschaubarer Zukunft mit dem Schadenseintritt hinreichend wahrscheinlich gerechnet werden kann; eine abstrakte Gefahr ist gegeben, wenn eine generell-abstrakte Betrachtung für bestimmte Arten von Verhaltensweisen oder Zuständen zu dem Ergebnis führt, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden im Einzelfall einzutreten pflegt und daher Anlass besteht, diese Gefahr mit generell-abstrakten Mitteln, also einem Rechtssatz zu bekämpfen; das hat zur Folge, dass auf den Nachweis der Gefahr eines Schadenseintritts im Einzelfall verzichtet werden kann** (vgl. auch Beschluss vom 24. Oktober 1997 - BVerwG 3 BN 1.97 - Buchholz 418.9 TierSchG Nr. 10). **Auch die Feststellung einer abstrakten Gefahr verlangt mithin eine in tatsächlicher Hinsicht genügend abgesicherte Prognose:** Es müssen - bei abstrakt-genereller Betrachtung - hinreichende Anhaltspunkte vorhanden sein, die den Schluss auf den drohenden Eintritt von Schäden rechtfertigen. Dabei liegt es im Wesen von Prognosen, dass die vorhergesagten Ereignisse wegen anderer als der erwarteten Geschehensabläufe ausbleiben können. **Von dieser**



**mit jeder Prognose verbundenen Unsicherheit ist die Ungewissheit zu unterscheiden, die bereits die tatsächlichen Grundlagen der Gefahrenprognose betrifft.** Ist die Behörde mangels genügender Erkenntnisse über die Einzelheiten der zu regelnden Sachverhalte und/oder über die maßgeblichen Kausalverläufe zu der erforderlichen Gefahrenprognose nicht im Stande, so **liegt keine Gefahr, sondern - allenfalls - eine mögliche Gefahr oder ein Gefahrenverdacht** vor. Zwar kann auch in derartigen Situationen ein Bedürfnis bestehen, zum Schutz der etwa gefährdeten Rechtsgüter, namentlich höchstrangiger Rechtsgüter wie Leben und körperlicher Unversehrtheit von Menschen, Freiheitseinschränkungen anzuordnen. Doch beruht ein solches Einschreiten nicht auf der Feststellung einer Gefahr; vielmehr werden dann Risiken bekämpft, die jenseits des Bereichs feststellbarer Gefahren verbleiben. **Das setzt eine Risikobewertung voraus, die - im Gegensatz zur Feststellung einer Gefahr - über einen Rechtsanwendungsvorgang weit hinausgeht und mehr oder weniger zwangsläufig neben der Beurteilung der Intensität der bestehenden Verdachtsmomente eine Abschätzung der Hinnehmbarkeit der Risiken sowie der Akzeptanz oder Nichtakzeptanz der in Betracht kommenden Freiheitseinschränkungen in der Öffentlichkeit einschließt, mithin - in diesem Sinne - "politisch" geprägt oder mitgeprägt ist** (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats - 3. Kammer - vom 28. Februar 2002 - 1 BvR 1676/01 - DVBl 2002, 614). Eine derart weit reichende Bewertungs- und Entscheidungskompetenz steht den Polizei- und Ordnungsbehörden aufgrund der Verordnungsermächtigungen nach Art des § 55 NGefAG nicht zu. Denn es wäre mit den dargelegten Grundsätzen der Bestimmtheit gesetzlicher Ermächtigungen zu Rechtsverordnungen der Exekutive und des Vorbehalts des Gesetzes nicht vereinbar, wenn die Exekutive ohne strikte Bindung an den überlieferten Gefahrenbegriff kraft eigener Bewertung über die Notwendigkeit oder Vertretbarkeit eines Verordnungserlasses entscheiden könnte. Die rechtsstaatliche und demokratische Garantiefunktion der sicherheitsrechtlichen Verordnungsermächtigungen wäre in Frage gestellt, könnte die Exekutive nach diesen Vorschriften bereits einen mehr oder minder begründeten Verdacht zum Anlass für generelle Freiheitseinschränkungen nehmen. Vielmehr ist es Sache des zuständigen Gesetzgebers, sachgebietsbezogen darüber zu entscheiden, ob, mit welchem Schutzniveau (vgl. hierzu Urteil vom 19. Dezember 1985, a.a.O., S. 316) und auf welche Weise Schadensmöglichkeiten vorsorgend entgegen gewirkt werden soll, die nicht durch ausreichende Kenntnisse belegt, aber auch nicht auszuschließen sind (vgl. Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 2002, S. 65 m.w.N.). **Allein der Gesetzgeber ist befugt, unter Abwägung der widerstreitenden Interessen die Rechtsgrundlagen für Grundrechtseingriffe zu schaffen, mit denen Risiken vermindert werden sollen, für die - sei es aufgrund neuer Verdachtsmomente, sei es aufgrund eines gesellschaftlichen Wandels oder einer veränderten Wahrnehmung in der Bevölkerung - Regelungen gefordert werden.** Das geschieht üblicherweise

durch eine Absenkung der Gefahrenschwelle in dem ermächtigenden Gesetz von der "Gefahrenabwehr" zur "Vorsorge" gegen drohende Schäden (vgl. etwa § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtG, § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG, § 6 Abs. 2 GenTG, § 7 BBodSchG). Demgegenüber ist in § 55 NGefAG ausschließlich von "Gefahrenabwehr", nicht hingegen von "Vorsorge" oder "Vorbeugung" die Rede. Auch darin zeigt sich positivrechtlich, dass dem Gefahrenbegriff nicht aus sich heraus eine Erstreckung auf die Aufgabe der Risiko- oder Gefahrenvorsorge innewohnt.

36

## 2. Die bundesrechtlich gebotene Abgrenzung von abstrakter Gefahr und Gefahrenvorsorge

Das Oberverwaltungsgericht hat eine abstrakte Gefahr im Sinne der Verordnungsermächtigung des § 55 Abs. 1 Nr. 4 NGefAG für gegeben erachtet, ohne auf die bundesrechtlich gebotene Abgrenzung zur Gefahrenvorsorge einzugehen. Der erkennende Senat kann nach den vorliegenden Feststellungen und der Erörterung in der mündlichen Verhandlung in dieser Frage selbst entscheiden, weil es weiterer Sachaufklärung nicht bedarf.

37

### a) Keine abstrakte Gefährlichkeit bestimmter Hunderassen

Die Regelungen des § 1 GefTVO finden in § 55 Abs. 1 Nr. 4 NGefAG keine Rechtsgrundlage. Sie knüpfen daran an, dass ein Hund einer bestimmten Rasse (Bullterrier, American Staffordshire Terrier) oder einem Typ (Pit Bull Terrier) oder einer entsprechenden Kreuzung zugehört. Aus der Zugehörigkeit zu einer Rasse, einem Typ oder gar einer entsprechenden Kreuzung allein lässt sich aber nach dem Erkenntnisstand der Fachwissenschaft nicht ableiten, dass von den Hundeindividuen Gefahren ausgehen. Zwar besteht der Verdacht, dass Hunde der in Rede stehenden Rassen bzw. des in Rede stehenden Typs ein genetisch bedingtes übersteigertes Aggressionsverhalten aufweisen. Es ist jedoch in der Wissenschaft umstritten, welche Bedeutung diesem Faktor neben zahlreichen anderen Ursachen - Erziehung und Ausbildung des Hundes, Sachkunde und Eignung des Halters sowie situative Einflüsse - für die Auslösung aggressiven Verhaltens zukommt. Insbesondere liegen weder aussagekräftige Statistiken oder sonstiges belastbares Erfahrungswissen noch genetische Untersuchungen vor. Insoweit schätzen die Beteiligten, wie die mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Senat bestätigt hat, die Erkenntnislage im Wesentlichen übereinstimmend ein, so dass sich weitere Darlegungen erübrigen.

38

Dem die erhöhte Besteuerung von so genannten Kampfhunden betreffenden Urteil des 11. Senats des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Januar 2000 - BVerwG 11 C 8.99 - (BVerwGE 110, 265) liegt keine andere Beurteilung der Gefährdungslage zugrunde. Im Gegenteil hat der 11. Senat in diesem Urteil

ausgeführt, die beklagte Gemeinde verfolge mit der Aufzählung bestimmter, unwiderleglich als Kampfhunde angesehener Hunderassen im **Steuertatbestand nicht in erster Linie oder gar ausschließlich einen im engeren Sinn "polizeilichen" Zweck der Gefahrenabwehr**. Vielmehr bestehe das Lenkungsziel auch darin, ganz generell und langfristig im Gemeindegebiet solche Hunde zurückzudrängen, die aufgrund bestimmter Züchtungsmerkmale eine "potenzielle Gefährlichkeit" aufwiesen. Da aus der nur potenziellen Gefährlichkeit bei Hinzutreten anderer Faktoren jederzeit eine akute Gefährlichkeit erwachsen könne, sei es sachgerecht, "bereits an dem abstrakten Gefahrenpotenzial anzuknüpfen" (a.a.O. S. 275; vgl. auch den erläuternden Beschluss vom 10. Oktober 2001 - BVerwG 9 BN 2.01 - Buchholz 401.65 Hundesteuer Nr. 7 S. 12 f.). In dem genannten Urteil vom 19. Januar 2000 ist mit Blick auf andere, möglicherweise nicht weniger gefährliche Hunderassen als die in der Steuersatzung genannten Rassen weiterhin ausgeführt, dass den erstgenannten Rassen die größere soziale Akzeptanz zugute komme, die die so genannten Wach- und Gebrauchshunde in der Bevölkerung genössen (a.a.O. S. 276 f.). Dieser Hinweis verdeutlicht, dass auch der Urheber der damals umstrittenen Hundesteuersatzung, der als kommunaler Satzungsgeber über einen anderen und größeren normativen Gestaltungsspielraum verfügte als der Urheber der Niedersächsischen Gefahrtierverordnung, bei der näheren Bestimmung der Hunderassen, die er der erhöhten Besteuerung unterwarf, nicht auf ein gesichertes Erfahrungswissen über besonders gefährliche Hunderassen zurückgreifen konnte, sondern dass insoweit u.a. - gewissermaßen ersatzweise - Gesichtspunkte der sozialen Akzeptanz von Bedeutung waren, die für die Feststellung einer Gefahr im Sinne des allgemeinen Rechts der Gefahrenabwehr ohne Belang sind.

39

**Fehlt es demnach an ausreichenden Belegen für einen kausalen Zusammenhang zwischen Rassezugehörigkeit und Schadenseintritt und somit an einer abstrakten Gefahr aufgrund der Rassezugehörigkeit, erlaubt das allgemeine Gefahrenabwehrrecht keine Maßnahmen des Verordnungsgebers, die allein an die Rassezugehörigkeit anknüpfen**. Derartige Regelungen gehören zur Gefahrenvorsorge und bedürfen, wie dargelegt, einer speziellen gesetzlichen Grundlage. Namentlich hat der Gesetzgeber die etwaige Einführung so genannter Rasselisten selbst zu verantworten.

40

**Demgegenüber kann nicht eingewandt werden, es sei offenkundig, dass von Hunden im Allgemeinen und von solchen bestimmter Größe und Beißkraft in erhöhtem Maße eine abstrakte Gefahr im Sinne des allgemeinen Sicherheitsrechts ausgeht**, zu deren Bekämpfung die zuständigen Behörden nach Maßgabe des jeweiligen Landesrechts die zulässigen Maßnahmen ergreifen könnten. **Denn die niedersächsische Gefahrtier-Verordnung knüpft nicht an diejenigen Gefahren an, die wegen der Unberechenbarkeit des**

tierischen Verhaltens mit der Haltung von Hunden allgemein oder von solchen bestimmter Größe oder Beißkraft verbunden sind. Vielmehr sieht der Verordnungsgeber Hunde bestimmter Rassen und eines bestimmten Typs als besonders gefährlich an, wobei der Beitrag dieser Merkmale zur Gefährlichkeit des einzelnen Hundes ungeklärt ist. Das Regelungskonzept der Verordnung lässt es nicht zu, die Aufzählung in § 1 Abs. 1 GefTVO als Benennung besonders gefährlicher Hunde aufzufassen, die nicht wegen ihrer genetischen Herkunft, sondern wegen anderer bei ihnen typischerweise gegebenen Merkmale wie etwa ihrer Größe oder Beißkraft erfasst werden. Das erkennende Gericht ist bei der Beurteilung der Rechtsgültigkeit der Verordnung an das ihr zugrunde liegende Regelungskonzept gebunden und darf dieses nicht durch ein anderes Konzept ersetzen. Infolgedessen kommt es nicht darauf an, dass der Verordnungsgeber möglicherweise bereits nach der geltenden Gesetzeslage zur Abwehr der von Hunden unzweifelhaft ausgehenden Gefahren eine rechtsgültige Verordnung mit anderem Inhalt hätte erlassen können. Auch wenn diese Frage - wofür vieles spricht - zu bejahen wäre, würde das an dem dargestellten Rechtsmangel des hier umstrittenen Regelungswerks nichts ändern.

41

Auch der vom Oberverwaltungsgericht erwähnte Grundsatz, dass im Hinblick auf die Bedeutung der gefährdeten Rechtsgüter - Leben und körperliche Unversehrtheit von Menschen - bereits die entferntere Möglichkeit eines Schadenseintritts zur Begründung einer (abstrakten) Gefahr ausreichen kann, eröffnet dem Verordnungsgeber nach § 55 NGefAG nicht die Möglichkeit, zur Gefahrenabwehr an die Zugehörigkeit eines Hundes zu einer Rasse oder einem Typ anzuknüpfen. Richtig ist, dass der Grad der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, der für die Annahme einer Gefahr erforderlich ist, von der Größe und dem Gewicht des drohenden Schadens abhängt: Die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts muss umso größer sein, je geringer der möglicherweise eintretende Schaden ist, und sie darf umso kleiner sein, je schwerer der etwa eintretende Schaden wiegt (vgl. Urteil vom 2. Juli 1991 - BVerwG 1 C 4.90 - BVerwGE 88, 348, 351). Gleichwohl muss auch dann, wenn ein schwerwiegender Schaden befürchtet wird, aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung oder den Erkenntnissen fachkundiger Stellen zumindest eine gewisse Wahrscheinlichkeit für den Eintritt dieses Schadens sprechen. Von solchen (echten) Gefahrenlagen sind diejenigen Fälle zu unterscheiden, in denen - wie hier - wegen erheblicher Erkenntnislücken lediglich ein Gefahrenverdacht besteht. In diesen Fällen kommen nach dem allgemeinen Recht der Gefahrenabwehr in erster Linie Maßnahmen zur weiteren Erforschung des Sachverhaltes in Betracht. Dagegen sind Maßnahmen, die über die Abklärung des Verdachts hinaus auf die Abwehr der vermuteten Gefahr gerichtet sind, ohne spezialgesetzliche Ermächtigung zur Gefahrenvorsorge grundsätzlich nicht zulässig, und zwar auch dann nicht,

wenn höchstrangige Rechtsgüter auf dem Spiel stehen. Zwar setzt die Feststellung einer Gefahr nicht notwendig die genaue Kenntnis der zum Schadenseintritt führenden Kausalverläufe voraus; vielmehr lässt sich ein bestehender Ursachenzusammenhang und damit die hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts - namentlich wenn es um die Feststellung abstrakter Gefahren geht - auch indirekt mit Hilfe statistischer Methoden nachweisen. Doch liegen, wie bereits erwähnt, hinsichtlich der erhöhten Gefährlichkeit bestimmter Hunderassen derzeit weder aussagekräftige Statistiken noch sonstige gesicherte Erkenntnisse vor, auf die der Antragsgegner sich beim Erlass der Gefahrtier-Verordnung hätte stützen können.

42

#### b) Gefahrenverdacht und Gefahrerforschungseingriff

Für die Regelungen des § 2 Abs. 1 i.V.m. der Anlage 1 GefTVO (Hunde der Kategorie II) gelten diese Erwägungen entsprechend. Auch insoweit ist das Regelungskonzept des Ordnungsgebers durch die Anknüpfung an die Rassezugehörigkeit geprägt. Daran ändert es nichts, dass der Ordnungsgeber bei der Bildung des Rassenkatalogs weitere, hier nicht zu würdigende Kriterien herangezogen hat, um die Auswahl der in die Liste aufgenommenen Hunde aus der großen Zahl von Hunden vergleichbarer Größe und Beißkraft zu rechtfertigen (vgl. S. 31 des angefochtenen Urteils). Die Erkenntnislage in der Frage, ob die hier in Rede stehenden Hunde der Rassen Rottweiler und Dobermann veranlagungsbedingt ein gesteigertes Aggressionspotenzial im Vergleich zu anderen Hunden vergleichbarer Größe und Beißkraft haben, entspricht der zuvor für die Hunde der Kategorie I festgestellten. Das Oberverwaltungsgericht spricht in diesem Zusammenhang selbst von einem "potenziellen Gefahrenpotenzial".

43

Der erkennende Senat hat erwogen, ob der Gesichtspunkt des Gefahrerforschungseingriffs, der hier eher in Betracht zu ziehen ist als bei den Bestimmungen über die in § 1 Abs. 1 GefTVO genannten Hunde, dazu führen kann, dass sich die angegriffenen Bestimmungen nach allgemeinem Gefahrenabwehrrecht als zulässig erweisen. Dieser Gesichtspunkt könnte es aber allenfalls rechtfertigen, dass Hunde bestimmter Rassen einem Wesenstest zugeführt werden müssen und dass nach Bestehen dieses Tests keine weiteren Anforderungen an die Hundehaltung gestellt werden, weil dann der Gefahrenverdacht ausgeräumt ist. Die Gefahrtier-Verordnung beruht jedoch auch in Bezug auf die in Anlage 1 erwähnten Hunderassen und Kreuzungen nicht auf einem solchen Konzept. Denn der Ordnungsgeber geht davon aus, dass trotz des Bestehens des Wesenstests eine erhöhte Gefährlichkeit weiter gegeben ist. Die Anforderungen nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 und 3 GefTVO an die sichere Haltung und die Eignung und Sachkunde des Halters sowie die

Pflichten zur Kennzeichnung und die besonderen Gebote hinsichtlich der Führung des Hundes nach § 1 Abs. 3 und 6 GefTVO beanspruchen Geltung auch nach bestandem Wesenstest (§ 2 Abs. 2 GefTVO). Ob und ggf. welche Bedeutung der Kostenregelung gemäß § 1 Abs. 7 GefTVO in diesem Zusammenhang zukommt, kann dahingestellt bleiben.

44

### 3. Nichtigkeit der Gefahrtierverordnung wegen fehlender Ermächtigungsgrundlage

**Das Fehlen einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage führt zur Nichtigkeit der angegriffenen Bestimmungen.** In Ermangelung eines entsprechenden Antrags der Revisionsbeklagten kann der erkennende Senat die den Anträgen des Antragstellers nicht in vollem Umfang entsprechende Urteilsformel der angegriffenen Entscheidung nicht ändern. Die durch Urteil vom 3. Juli 2002 - BVerwG 6 CN 5.01 - ausgesprochene Nichtigerklärung des § 1 Abs. 1 bis 6 GefTVO erstreckt sich nur auf die Haltung von Hunden der Rasse American Staffordshire Terrier. Es ist Sache des Antragsgegners, anlässlich der Veröffentlichung der Entscheidungsformeln nach § 47 Abs. 5 Satz 2 VwGO in geeigneter Weise für die nötige Rechtsklarheit zu sorgen.

45

Es besteht kein Anlass, die der Beurteilung des Senats unterliegenden Regelungen trotz ihrer Rechtswidrigkeit ganz oder teilweise für weiter anwendbar zu erklären. Daher kann unentschieden bleiben, ob ein derartiger Anspruch gemäß § 47 Abs. 5 VwGO überhaupt in Betracht kommt. Namentlich ist der notwendige Schutz der Bevölkerung vor den von Hunden ausgehenden Gefahren in Anbetracht der vorhandenen Mittel vor allem des Strafrechts und des allgemeinen Sicherheitsrechts gewahrt. Die weitergehenden Schutzvorkehrungen in den angegriffenen Bestimmungen der Gefahrtier-Verordnung sind zur Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, die nur bei völliger Unzulänglichkeit der getroffenen Schutzmaßnahmen verletzt ist, (vgl. BVerfG, Beschluss vom 28. Februar 2002, a.a.O., m.w.N.), nicht unverzichtbar.