

Dr. Manuel Mielke



Fall 1



Fall 1

Zwei Aufgabenstellungen:

- 1) Klage gg. **Gewerbeaufsichtsamt** auf ordnungsrechtliches Einschreiten gg. Gemeinde*
- 2) Klage gegen **Gemeinde selbst** auf Beachtung der Ordnungspflichten*

Fall 1

Klage auf ordnungsbehördliches Einschreiten des Gewerbeaufsichtsamtes

Obersatz:

Die Klage hat Erfolg, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen erfüllt sind und soweit sie begründet ist.

Fall 1

A) Sachentscheidungs Voraussetzungen

I) Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

- > Falls (-): Klage wird nicht wg. Unzulässigkeit abgewiesen, sondern es ergeht „nur“ ein Verweisungsbeschluss, § 173 S. 1 VwGO iVm § 17a II 1 GVG
- > Aufdrängende Sonderzuweisung?
- > Beispiele: § 54 I BeamStG, § 16 I VwVG, § 8 IV HwO
- > hier (-), daher Generalklausel nach § 40 I 1 VwGO prüfen
 - öffentlich-rechtliche Streitigkeit
 - nicht verfassungsrechtlicher Art
 - keine abdrängende Sonderzuweisung

Fall 1

1) Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

- > ganz h.M.: modifizierte Subjektstheorie
- > Die streitentscheidende Norm berechtigt oder verpflichtet einseitig einen Träger hoheitlicher Gewalt
- > ausnahmsweise auch einsetzbar: Subordinationstheorie
- > Die streitentscheidende Norm begründet ein Über-Unterschiedsverhältnis zwischen dem Hoheitsträger und Rechtsmittelführer

Fall 1

- > Welche ist vorliegend die streitentscheidende Norm?
- > Klägerbegehren: ordnungsbehördliches Einschreiten gegen Gemeinde bzgl. des von der Sirene ausgehenden Lärms
- > § 17 / § 21 / § 24 BImSchG?
- > (P) Anwendbarkeit BImSchG auf Sirene?
- > Anwendungsbereich: § 2 I Nr. 1 BImSchG?
- > Anlage: § 3 V BImSchG
- > hier: § 3 V Nr. 1, 2. Alt. BImSchG
- > Genehmigungsbedürftigkeit?
 - grds. geregelt in § 4 I 1 BImSchG
 - VO iSv § 4 I 3 BImSchG = 4. BImSchV
 - § 1 I 4. BImSchV: Anhang 1 zur 4. BImSchV ist maßgeblich
 - Sirene dort nicht erwähnt
 - Genehmigungsfreiheit (+)
 - Anwendbarkeit § 24 BImSchG (+)

Fall 1

- > Entscheidend: Werden Betreiberpflichten aus § 22 BImSchG eingehalten?
- > Beachte: Gem. § 22 I 3 BImSchG im Falle von „Anlagen, die nicht gewerblichen Zwecken dienen und nicht im Rahmen wirtschaftlicher Unternehmungen Verwendung finden“ nur begrenzte Anwendung des § 22 I 1 BImSchG
- > Aber anwendbar, soweit „Verhinderung oder Beschränkung von schädlichen Umwelteinwirkungen durch Geräusche“ in Rede steht
- > Daher auch hier: Pflicht des Betreibers aus § 22 I 1 Nr. 1 BImSchG, die Anlage so zu errichten und zu betreiben, dass „schädliche Umwelteinwirkungen verhindert werden, die nach dem Stand der Technik vermeidbar sind“

Fall 1

- > Damit Rechtsgrundlage und streitentscheidende Norm: § 24 S. 1 BImSchG
- > § 24 S. 1 BImSchG ermächtigt die „zuständige Behörde“ → modifizierte Subjektstheorie (+)
- > Öffentlich-rechtliche Streitigkeit (+)

Fall 1

2) Nicht verfassungsrechtlicher Art

- > Für das Vorliegen einer verfassungsrechtlichen Streitigkeit gilt der „Grundsatz der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit“
- > Dann (+), wenn Streit von unmittelbar am Verfassungsleben Beteiligten über Rechte und Pflichten, die im Kern unmittelbar die Anwendung/Auslegung von Verfassungsrecht betreffen
- > hier (-)
- > nicht verfassungsrechtliche Streitigkeit (+)

Fall 1

- 3) Keine abdrängende Sonderzuweisung
 - > Beispiele für abdrängende Sonderzuweisungen: § 40 II 1 VwGO, Art. 34 S. 3 GG, Art. 14 III 4 GG oder § 23 I 1 EGGVG
 - > hier keine abdrängende Sonderzuweisung
- > Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs (+)

Fall 1

II) Statthafte Klageart

- > Gemäß § 88 VwGO maßgeblich:
„Klagebegehren“
- > Klagebegehren hier: „Ordnungsbehördliches Einschreiten der Gewerbeaufsichtsbehörde gegen Gemeinde“
- > denkbar: Verpflichtungsklage
- > trifft gem. § 42 I 2. Alt. VwGO dann zu, wenn Kläger die „Verurteilung zum Erlass eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsaktes“ begehrt
- > (P) stellt begehrte Anordnung der Gewerbeaufsichtsbehörde ggü. Gemeinde einen VA dar?

Fall 1

- > § 35 S. 1 VwVfG: „Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist“
- > einzig fraglich: Außenwirkung

Fall 1

- > Dazu VG Hamburg (Urteil vom 23.10.2019 - 17 K 203/19; aufbereitet in KissRÜ 06/2020, S. 248 f.):
„Die angegriffene Anordnung ist ein Verwaltungsakt und damit tauglicher Gegenstand der Anfechtungsklage. Die Regelung ist (...) **auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen** gerichtet. Das kann zwar zweifelhaft sein, wenn, wie hier der Fall, eine **interbehördliche Regelung** im Streit ist, und die beteiligten Behörden **demselben Rechtsträger angehören** (...). Doch schließt eine solche Konstellation die Möglichkeit zum Erlass von Verwaltungsakten nicht aus. Greift nämlich ein Rechtsträger mit einem Rechtsakt in die Kompetenzen einer anderen Behörde ein, die **nicht in seine Organisationsstruktur eingebunden** ist, so ist dies, vorbehaltlich einer diesbezüglichen **materiell-rechtlichen Ermächtigung**, als Regelung mit Außenwirkung aufzufassen (...).“

Fall 1

- > Danach: § 35 S. 1 VwVfG (+)
- > Somit statthafte Klageart: Verpflichtungsklage in Gestalt der Versagungsgegenklage

Fall 1

III) Klagebefugnis

- > gemäß § 42 II VwGO erforderlich:
Dass „der Kläger geltend macht, durch (...) Ablehnung oder Unterlassung (des Verwaltungsakts) in seinen Rechten verletzt zu sein“, also ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in den Schutzbereich von subjektiven öffentlichen Rechten des Klägers (= „Rechten verletzt“) zumindest möglich erscheint (= „geltend macht“)
- > Vor diesem Hintergrund für Klagebefugnis herauszuarbeiten: Ob Anspruch des Klägers auf Erlass des begehrten Verwaltungsakts zumindest möglich erscheint

Fall 1

- > BVerwG (KissRÜ 01/2019, S. 39 f): *„Für die Klagebefugnis reicht es dabei aus, dass ein solcher Anspruch auf der Grundlage des Klagevorbringens nicht offensichtlich und eindeutig nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen ist (...).“*
- > Folglich in Verpflichtungssituationen wie hier maßgebend: Ob Anspruchsgrundlage für Klagebegehren zur Verfügung steht und das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen zumindest nicht offensichtlich ausgeschlossen werden kann (hM)

Fall 1

- > Für einfachgesetzliche Anspruchsgrundlage im öffentlichen Recht verlangt: Rechtsgrundlage für den Erlass des begehrten Verwaltungsaktes, die zumindest auch dem Schutz der Interessen des Klägers derart zu dienen bestimmt ist, dass dieser die Einhaltung des Rechtssatzes verlangen kann („Schutznormtheorie“)
- > Rechtsgrundlage für von Kläger begehrte Anordnung:
§ 24 S. 1 BImSchG iVm § 22 I 1 Nr. 1 BImSchG
- > Ist diese RGL hier auch AGL?

Fall 1

- > Erforderlich: Auslegung der Rechtsgrundlage
- > Von § 24 S. 1 BImSchG bezweckt: „Durchführung des § 22 BImSchG“
- > Demnach durchzusetzende Pflicht des Betreibers gemäß § 22 I 1 Nr. 1 BImSchG: Anlage so zu errichten und zu betreiben, dass „schädliche Umwelteinwirkungen verhindert werden, die nach dem Stand der Technik vermeidbar sind“
- > Vor diesem Hintergrund in erster Linie Sinn und Zweck der Rechtsgrundlage: Verhinderung schädlicher Umwelteinwirkungen

Fall 1

- > Zur Begriffsbestimmung für schädliche Umwelteinwirkungen heranzuziehen: Legaldefinition des § 3 I BImSchG
- > Gemäß § 3 I BImSchG „schädliche Umwelteinwirkungen“: „Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen“
- > Bereits nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 3 I BImSchG („Nachbarschaft“) von dieser Vorschrift vermittelt: Subjektives öffentliches Recht der Nachbarn auf Vermeidung schädlicher Umwelteinwirkungen

Fall 1

- > Kläger = Nachbar
- > Damit zumindest *möglich*: Anspruch des Klägers auf Erlass des begehrten Verwaltungsakts
- > Klagebefugnis gem. § 42 II VwGO (+)

Fall 1

IV) Vorverfahren

- > Gemäß § 68 II VwGO iVm § 68 I 1 VwGO vor Erhebung der Versagungsklage erforderlich, „wenn der Antrag auf Vornahme des Verwaltungsakts abgelehnt worden ist“: Erfolgreiche Durchführung eines Vorverfahrens
- > Insbesondere einmonatige Widerspruchsfrist des § 70 I 1 VwGO zu beachten

Fall 1

V) Klagefrist

- > Ferner gemäß § 74 II VwGO iVm § 74 I 1 VwGO für Versagungsgegenklage zu beachten, „wenn der Antrag auf Vornahme des Verwaltungsakts abgelehnt worden ist“: Einmonatige Klagefrist ab Zustellung des Widerspruchsbescheides
- > Wahrung der Klagefrist hier möglich

Fall 1

VI) Klagegegner

- > Gemäß § 82 I 1 VwGO (allgemeine)
Sachentscheidungsvoraussetzung einer jeden
verwaltungsgerichtlichen Klage: Ordnungsgemäße
Klageerhebung unter Bezeichnung des „Beklagten“
- > Für Anfechtungs- und Verpflichtungsklage : § 78 VwGO
- > In Hamburg:
 - Keine Ausführungsvorschrift zu § 78 I Nr. 2
VwGO, daher keine Klage gegen Behörde selbst
 - stets nach § 78 I Nr. 1 VwGO „FHH“ als
Klagegegner
 - gem. § 78 I Nr. 1 aE VwGO reicht auch „Angabe
der Behörde“
- > SH: § 69 II LJG; Nds.: § 79 II NJG (jeweils: iVm § 78 I Nr. 2
VwGO)

Fall 1

VII) Beteiligten-/Prozessfähigkeit

- > Beteiligtenfähigkeit Kläger: § 61 Nr. 1, 1. Alt. VwGO
- > Beteiligtenfähigkeit FHH (Gebietskörperschaft)
§ 61 Nr. 1, 2. Alt. VwGO
- > Prozessfähigkeit Kläger § 62 I Nr. 1 VwGO
- > (P) Dem Wortlaut nach in § 62 VwGO überhaupt nicht geregelt: Prozessfähigkeit juristischer Personen
- > Aber h.M.: Weite Auslegung des Begriffs der „Vereinigung“ iSv § 62 III VwGO

Fall 1

B) Begründetheit

- > Maßstab für die Verpflichtungsklage:
 - § 113 V 1 VwGO: Versagungsgegenklage
 - § 113 V 2 VwGO: Neu-/Verbescheidungsklage
- > § 113 V 1 VwGO:
 - Rechtswidrigkeit der Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsaktes
 - Verletzung des Klägers in seinen Rechten
 - Spruchreife
- > § 113 V 2 VwGO:
 - Rechtswidrigkeit der Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsaktes
 - Verletzung des Klägers in seinen Rechten

Fall 1

I) Anspruchsgrundlage

- > § 24 S. 1 BImSchG (iVm § 22 I 1 Nr. 1 BImSchG)

II) Anspruchsvoraussetzungen

1) Formelle Anspruchsvoraussetzungen

- > Ordnungsgemäßer Antrag?
 - Antrag ist ordnungsgemäß, wenn er bei der zuständigen Behörde in der etwaig zu beachtenden Form mit dem etwaig vorgeschriebenen Inhalt gestellt wurde
- > Hier (P): **Zuständigkeit** der Gewerbeaufsichtsbehörde
- > grundsätzlich Zuständigkeit Gewerbeaufsichtsbehörde (+)
- > (P) Anordnung gegenüber „**störendem Hoheitsträger**“

Fall 1

- > Fraglich: Erstreckt sich die Zuständigkeit der Ordnungsbehörden auch auf die Durchsetzung des Gefahrenabwehrrechts gegenüber anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts? („**Polizeipflichtigkeit von Hoheitsträgern**“)
- > **Art. 20 III GG** bindet zwar jede Behörde an Recht und Gesetz
- > Daher grds.: Jeder Hoheitsträger ist in seinem Zuständigkeitsbereich selbst für die Einhaltung ö.-re. Pflichten verantwortlich

Fall 1

- > Ausnahme: Verstoß gegen für „störenden Hoheitsträger“ **fachfremdes Sonderordnungsrecht**; dann:
„Fachkompetenz“ der allgemeinen Ordnungsbehörde (hM)
- > hier: Ist immissionsschutzrechtliche Anordnung eine Wahrnehmung einer derartigen „Fachkompetenz“?
- > pro: Umkehrschluss aus **§ 59 BImSchG**, der Beschränkung der Zuständigkeit der Immissionsschutzbehörden bei Anlagen der Landesverteidigung regelt
- > ebenfalls „Fachkompetenz“ bejahend: BVerwG (BVerwGE 117, 1)
- > Demnach wegen „Polizeipflichtigkeit“ der Gemeinde: Zuständigkeit der Gewerbeaufsichtsbehörde (+)

Fall 1

- > Besonderer Inhalt des Antrages nicht vorgeschrieben
- > Besondere Form für Antrag nicht vorgeschrieben
- > Damit: Formelle Anspruchsvoraussetzungen (+)

Fall 1

2) Materielle Anspruchsvoraussetzungen

- > § 22 I 1 Nr. 1 iVm § 22 I 3 BImSchG: Anlage ist so zu errichten und zu betreiben, dass „schädliche Umwelteinwirkungen verhindert werden, die nach dem Stand der Technik vermeidbar sind“
- > schädliche Umwelteinwirkungen, **§ 3 I BImSchG**: „**Immissionen**, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen“
- > Immissionen, **§ 3 II BImSchG**: unter anderem „Geräusche“

Fall 1

- > Ferner erforderlich: „Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen“ (§ 3 I BImSchG)
- > (P) **Erheblichkeit** der Nachteile oder Belästigungen
- > unbestimmter Rechtsbegriff
- > Auslegung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls
- > Dazu BVerwG (NJW 1992, 2779): „Wann Geräusche die Schwelle schädlicher Umwelteinwirkungen überschreiten, ist eine Frage der Einzelfallbeurteilung; diese richtet sich insb. nach der durch die Gebietsart und die tatsächlichen Verhältnisse bestimmte Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit, wobei wertende Elemente wie die Herkömmlichkeit, die soziale Adäquanz und die allgemeine Akzeptanz mitbestimmend sind.“

Fall 1

- > Bei Gesamtabwägung mit heranzuziehen: Grenzwerte der TA Lärm (vgl. § 48 I 1 Nr. 1 BImSchG) als normkonkretisierende, die Gerichte grundsätzlich bindende Verwaltungsvorschrift
- > kein Hinweis auf Überschreitung der Werte der TA Lärm
- > Grundrecht bzgl. Kläger:
 - Art. 2 II 1 GG (-)
 - Art. 14 I GG (-)
 - Art. 2 I GG (+) [ungestörte Nachtruhe]
- > Interessen der Gemeinde:
 - Effektivität der Gefahrenabwehr (+)
 - Schutz vor finanzieller Überlastung (+)

Fall 1

- > Eingriff in Art. 2 I GG durch Hervorrufen von Schreckreaktionen, Schmerz und deutlich spürbaren Nachwirkungen durch Einschlafschwierigkeiten
- > Keine/kaum Einschränkung der Effektivität der Gefahrenabwehr durch Nutzung von Handys
- > Damit: Erheblichkeit (+)
- > schädliche Umwelteinwirkungen (+)
- > Tatbestandliche Anspruchsvoraussetzungen (+)

Fall 1

III) Anspruchsinhalt

- > Rechtsfolge des § 24 S. 1 BImSchG grds.: Ermessen
- > mangels Gesundheitsgefährdung nicht einschlägig:
„intendiertes Ermessen“ gemäß **§ 25 II BImSchG** („soll“)
- > gebundener Anspruch auf konkretes Einschreiten nur im Falle der Ermessensreduzierung auf Null (nur dann: Versagungsgegenklage, § 113 V 1 VwGO, vollständig erfolgreich)
- > hier (-), keine ausreichend schwere Betroffenheit des Klägers
- > lediglich Anspruch auf ermessensfehlerfreie Bescheidung (daher: Verbescheidungsklage, § 113 V 2 VwGO)

Fall 1

- > Hat Behörde ein Einschreiten ermessensfehlerfrei abgelehnt?
- > Begründung der Behörde: „nicht zuständig“
- > Behörde hat Ermessensspielraum nicht erkannt und nicht ausgeübt
- > Ermessensausfall (+)
- > EINSCHUB Ermessensfehler:
§ 40 VwVfG: Ist die Behörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, hat [Ermessensausfall] sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben [Ermessens Fehlgebrauch] und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten [Ermessensüberschreitung].
- > Beachte: Ermessensausfall nicht „heilbar“ (§ 114 S. 2 VwGO)

Fall 1

> Begründetheit (insoweit) (+)

C) Ergebnis

- > Sachentscheidungsvoraussetzungen (+), aber Klage - bei diesem Klageantrag - nur teilweise begründet; im Übrigen Klageabweisung
- > Tenor: „Die Beklagte wird unter Aufhebung ihres Bescheides vom [Datum] verpflichtet, den Kläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.“

Fall 1

Klage auf Durchsetzung der Ordnungspflichten unmittelbar gegenüber der Gemeinde selbst

I) Sachentscheidungsvoraussetzungen

1) Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

> Aufdrängende Sonderzuweisung (-)

> § 40 I 1 VwGO:

- ö.-re. Streitigkeit?

→ (P) keine konkrete Anspruchsnorm ersichtlich (§ 24 S. 1 BImSchG nicht anwendbar)

→ dann hilfreich: Weist streitgegenständlicher Lebenssachverhalt **unmittelbaren Zusammenhang mit ö.-r. Tätigkeit oder Erfüllung ö.-r. Aufgaben** auf?

Fall 1

- hier (+), Immissionen gehen von öffentlicher Einrichtung aus
- Sachzusammenhang mit öff. Recht (+)
- ö.-re. Streitigkeit (+)
- nicht verfassungsrechtlicher Art (+)
- keine abdrängende Sonderzuweisung (+)
- Verwaltungsrechtsweg eröffnet (+)

Fall 1

II) Statthafte Klageart

- > § 88 VwGO
- > Klägerbegehren: „Geltendmachung der Ordnungspflichten der Gemeinde unmittelbar ihr gegenüber“
- > Verpflichtungsklage?
- > (-), Gemeinde erlässt nicht VA gegen sich selbst
- > Kläger begehrt Realakt (Unterlassen)
- > daher statthaft: Allgemeine Leistungsklage
- > in VwGO nicht geregelt, aber ausdrücklich erwähnt (§ 43 II 1 VwGO, § 111 S. 1, § 113 IV VwGO) und allgemein anerkannt

Fall 1

III) Klagebefugnis

- > § 42 II VwGO nicht direkt anwendbar
- > aber praktisch einhellig: zum Ausschluss von Popularklagen notwendig
- > daher: § 42 II VwGO analog
- > Kläger muss geltend machen können, dass eine Verletzung seiner subjektiven Rechte durch das gemeindliche Betreiben der Sirene zumindest möglich ist
- > genaue Festlegung auf konkrete AGL hier noch nicht nötig; Klagebefugnis jedenfalls (+), weil zuvor bereits festgestellt, dass eine Verletzung der Rechte aus Art. 2 I GG vorliegt

Fall 1

IV) Klagegegner

- > § 78 I Nr. 1 VwGO nicht direkt anwendbar
- > aber ganz h.M.: analoge Anwendung des § 78 I Nr. 1 VwGO / direkte Berufung auf das Rechtsträgerprinzip
- > Klagegegner: Gemeinde

V) Beteiligten-/Prozessfähigkeit

- > Kläger: § 61 Nr. 1, 1. Alt, § 62 I Nr. 1 VwGO
- > Klagegegner: § 61 Nr. 1, 2. Alt., § 62 III VwGO

Fall 1

VIII) Rechtsschutzbedürfnis

- > Kläger muss mit dem angestregten gerichtlichen Verfahren ein Interesse verfolgen, das dieses konkreten gerichtlichen Rechtsschutzes würdig ist
- > besteht nicht, wenn einfachere oder effektivere Möglichkeit des Rechtsschutzes gegeben ist
- > vorheriger Antrag an die zuständige Behörde erforderlich?
 - > h.M. (+), vgl. auch § 156 VwGO [argumentativ auch in andere Richtung verwendbar]
 - > hier aber Antrag wohl (+)
- > Rechtsschutzbedürfnis (+)
- > Sachentscheidungsvoraussetzungen (+)

Fall 1

B) Begründetheit

> Obersatz:

Die Leistungsklage ist begründet, soweit dem Kläger der geltend gemachte Anspruch auf das begehrte behördliche Unterlassen zusteht.

I) Anspruchsgrundlage

- > öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch zwecks Abwehr gegenwärtiger oder zukünftiger Eingriffe
- > Ist – wie hier – keine spezialgesetzliche Anspruchsgrundlage vorhanden, stellt sich die Frage nach der Anspruchsgrundlage des öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruches

Fall 1

- > Differenzierungsmöglichkeit: Liegt eine Grundrechtsverletzung vor?
- > falls (+), dann AGL = jeweiliges Grundrecht
- > Frage nach Grundrechtsverletzung kann aber letztlich dahinstehen, denn
 - auch unterhalb der Schwelle zur Grundrechtsverletzung wird bei Verstößen gegen einfaches Recht ein ö.-r. Unterlassungsanspruch bejaht
 - als normative Grundlage werden teils §§ 1004, 906 BGB, teils Art. 20 III GG, Art. 1 III GG angeführt
 - Frage nach Grundlage kann letztlich dahinstehen, weil der ö.-r. Unterlassungsanspruch jedenfalls allgemein gewohnheitsrechtlich anerkannt ist

Fall 1

II) Anspruchsvoraussetzungen

- > zentrale Aufgabe des öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs: Abwehr gegenwärtiger oder zukünftiger rechtswidriger hoheitlicher Eingriffe in ein subjektives öffentliches Recht
- > Dazu BVerwG (NVwZ 2015, 906): *„Der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch setzt die begründete Besorgnis voraus, der Beklagte werde künftig durch sein hoheitliches Handeln rechtswidrig in die geschützte Rechts- und Freiheitssphäre des Klägers eingreifen“*
- > Anspruchsvoraussetzungen folglich:
Gegenwärtig andauernder oder zukünftig mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwartender rechtswidriger hoheitlicher Eingriff in ein subjektives öffentliches Recht

Fall 1

- 1) Gegenwärtig andauernder oder zukünftig zu erwartender hoheitlicher Eingriff in subj. öff. Recht?
 - > Sirene verursacht vermeidbare schädliche Umwelteinwirkungen iSv § 3 I BImSchG und verstößt daher gegen § 22 I 1 Nr. 1 BImSchG (siehe oben)
 - > Damit zugleich auch verletzt: einfachgesetzliches subjektives öffentliches Recht der Nachbarschaft
 - > Sirene wird weiter betrieben, Eingriff dauert folglich noch an
 - > gegenwärtiger/zukünftig zu erwartender (beides vertretbar) hoheitlicher Eingriff in subjektives öffentliches Recht (+)

Fall 1

2) Rechtswidrigkeit des Eingriffs

- > Rechtsgedanke § 1004 II BGB: Keine Rechtswidrigkeit bei Duldungspflicht
- > unterstellte Baugenehmigung begründet hier keine Duldungspflicht, vgl. § 22 I Nr. 1 iVm § 3 VI BImSchG → dynamische Pflicht des Anlagenbetreibers („Stand der Technik“); außerdem: § 72 IV HBauO („unbeschadet der Rechte Dritter“)
- > Auch sonst keine Duldungspflicht ersichtlich
- > Rechtswidrigkeit des Eingriffs (+)
- > Anspruchsvoraussetzungen (+)

Fall 1

III) Anspruchsinhalt

- > Grundsätzlich geschuldet: Unterlassung des Eingriffs
- > Grenze der Unterlassungspflicht:
Rechtliche oder tatsächliche Unmöglichkeit der begehrten Unterlassung (h.M.)
- > Insoweit nutzbar zu machen: Rechtsgedanke des § 251 I BGB, der eine Entschädigung (nur) in Geld vorsieht, „soweit die Herstellung nicht möglich“ ist; ebenfalls gedanklich heranziehbar: § 74 II 3 VwVfG

Fall 1

- > Ebenfalls nicht geschuldet: Unzumutbare Handlungen, die einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordern, der zu dem erreichbaren Erfolg in keinem vernünftigen Verhältnis steht
- > Insoweit Rechtsgedanke des § 251 II 1 BGB heranziehbar, wonach der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld entschädigen kann, wenn „die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist“
- > Somit für Unzumutbarkeit notwendig: Abwägung zwischen dem erforderlichen Unterlassungsaufwand und dem Interesse des Betroffenen an der Wiederherstellung
- > In Fällen der Unzumutbarkeit der Wiederherstellung nach Rechtsgedanken des § 251 II 1 BGB als „Verlängerung“ des Unterlassungsanspruchs geschuldet: Zahlung eines Ausgleichsbetrages in Geld

Fall 1

- > Keine hinreichend substantiierte Darlegung von Umständen durch die Gemeinde, die eine Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit begründen
 - > Damit geschuldet: Von der Beklagten zu wählende Maßnahmen, die die Unterlassung des Eingriffs sicherstellen
 - > Begründetheit: (+)
- C) Ergebnis
- > Sachentscheidungsvoraussetzungen (+) und Begründetheit der Klage (+)

Dr. Manuel Mielke



Fall 2



Fall 2

A. Sachentscheidungsvoraussetzungen

- I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 I VwGO
 1. aufdrängende Sonderzuweisung (-)
 2. ö.-re. Streitigkeit?
 - Anspruch aus § 823/§ 1004 BGB ebenso denkbar wie ö.-re. Unterlassungsanspruch/FBA
 - aber: Brunnen wurde gewidmet, ist daher eine öff. Sache
→ ö.-re. Streitigkeit (+)
 3. nicht verfassungsrechtlicher Art (+)
 4. abdrängende Sonderzuweisung → Art. 34 Satz 3 GG?
 - Art. 34 GG übernimmt die Haftung des einzelnen Amtswalters aus § 839 BGB
 - Eine solche Haftung liegt hier nicht vor, gehandelt hat der Gemeinderat
→ abdrängende Sonderzuweisung (-)

Fall 2

- II. statthafte Klageart
 - § 88 VwGO: K wünscht Beseitigung der ihn darstellenden Relieftafel
 - kein VA, sondern Realakt
 - allgemeine Leistungsklage
 - III. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog
 - mögliche Verletzung des **allgemeinen Persönlichkeitsrechts**
 - IV. Klagegegner, § 78 I Nr. 1 VwGO analog
 - V. Beteiligten-/Prozessfähigkeit
 - VI. RSB
 - vorheriger Antrag an Behörde wg. Verhaltens der Behörde nicht erforderlich
- Sachentscheidungsvoraussetzungen (+)

Fall 2

B. Beiladung des B gem. § 65 II VwGO

§ 14 Entstellung des Werkes

Der Urheber hat das Recht, eine Entstellung oder eine andere Beeinträchtigung seines Werkes zu verbieten, die geeignet ist, seine berechtigten geistigen oder persönlichen Interessen am Werk zu gefährden.

C. Begründetheit

I. RGL

→ (P) Worum geht es K?

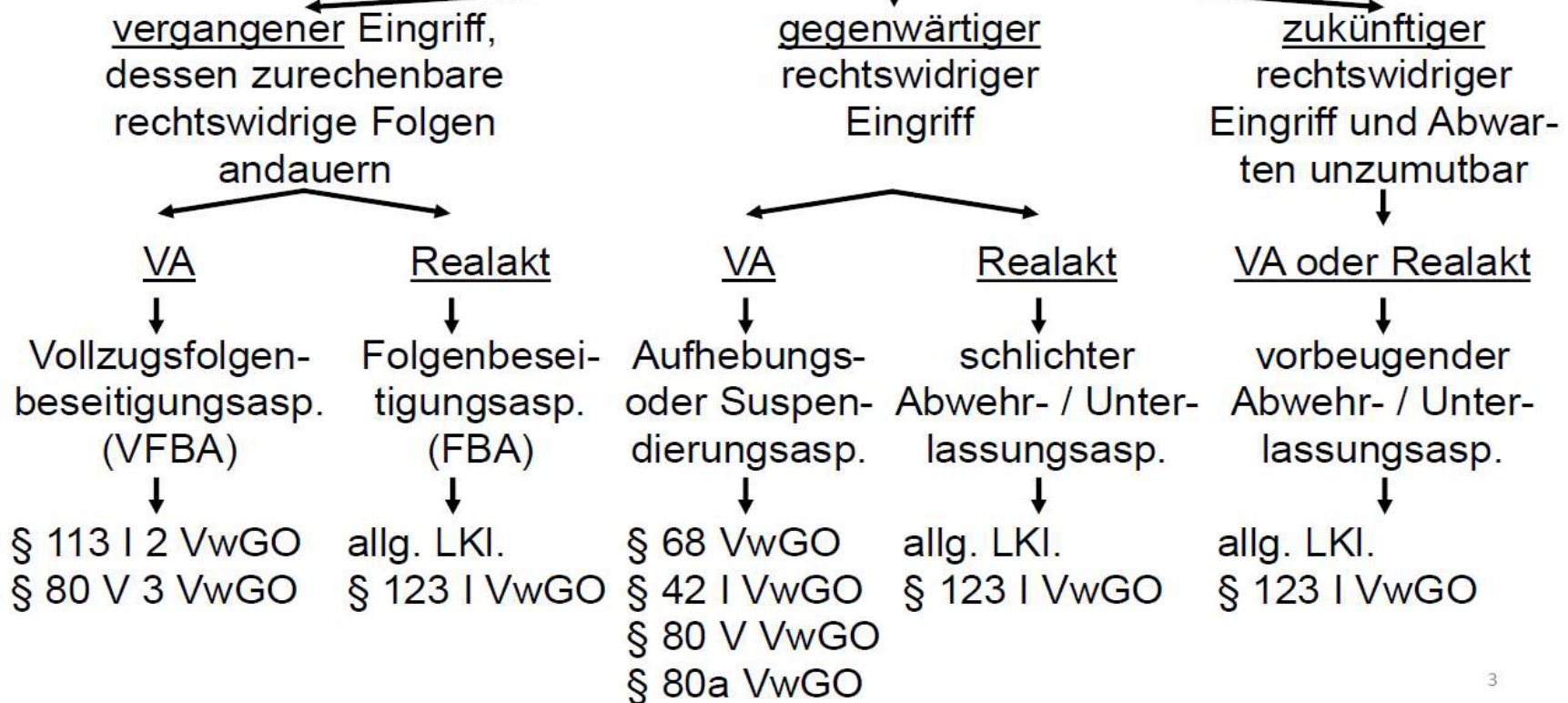
→ Nicht der Betrieb des Brunnens stört, sondern K nimmt Anstoß an **Widmung** und **Zurverfügungstellung** des Brunnens **in der gegebenen Form**

→ Folgen dieser Widmung (= Verunglimpfung des K) sollen beseitigt werden

→ FBA

Fall 2

Abwehr hoheitlicher Eingriffe



Fall 2

→ normative Herleitung des FBA:

- Grundrechte oder
- §§ 1004, 906 oder
- Art. 20 III, Art. 1 III GG
- kann letztlich dahinstehen, da **Existenz des FBA allgemein anerkannt** ist

Fall 2

II. Voraussetzungen des FBA

1. hoheitliches Handeln

→ (+)

2. Eingriff in subjektives öff. Recht

→ Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I GG

→ (+)

3. andauernder, rechtswidriger Zustand

→ andauernd (+)

→ rechtswidrig?

- Abwägung gegen Art. 5 III GG

→ Rechtswidrigkeit grds. (+)

- Duldungspflicht ggü. B aus § 14 UrhG?

- fraglich, ob B seine Rechte nicht im WerkV an Gemeinde abgetreten hat; jedenfalls aber nur berechnigte Interessen geschützt

Fall 2

- Duldungspflicht aus Widmung?
 - Rechtsnatur der Widmung: Realakt
 - führt nicht zu Duldungspflicht, auch keine Bestandskraft möglich [*anders: Straßenrecht, § 6 HmbWG*]
 - Duldungspflicht insgesamt (-)

4. Unmittelbarkeit (Folgen sind dem Eingriff zurechenbar)

→ (+)

5. Möglichkeit und Zumutbarkeit der Folgenbeseitigung

- falls (-): Entschädigung in Geld, Rechtsgedanke § 251 I/II 1 BGB
- hier keine Hindernisse für Beseitigung/Änderung der Tafel erkennbar
- Wie Gemeinde konkret die Folgen beseitigt, bleibt ihr überlassen

→ Ergebnis: Klage zulässig und begründet

Dr. Manuel Mielke



Fall 3



Fall 3

Ausgangsfall

Zusammenfassung

1. Erlass des Förderungsbescheides, Abschluss des Darlehensvertrages
2. Auszahlung des Darlehens
3. Verwaltung erlangt Kenntnis davon, dass „nur“ ein Patent weiterentwickelt wurde
4. Erlass des Aufhebungsbescheides, Erlass des Rückforderungsbescheides
5. Im Klageverfahren: Verwaltung argumentiert mit Art der Verwendung des Darlehens

Fall 3

A) Sachentscheidungsvoraussetzungen

I) Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

> Falls (-): Verweisungsbeschluss, § 17a II GVG

> aufdrängende Sonderzuweisung (-)

> § 40 I VwGO

1) Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

> Berechtigt/verpflichtet die streitentscheidende Norm einseitig einen Träger hoheitlicher Gewalt?

> Beachte: Differenzieren zwischen Aufhebungsbescheid und Rückforderungsbescheid

Fall 3

- > für Aufhebungsbescheid denkbar:
 - § 48 I 1 HmbVwVfG oder § 49 III 1 HmbVwVfG
- > für Rückforderungsbescheid:
 - § 49a I 1 HmbVwVfG
- > Ungeachtet der konkret streitentscheidenden Norm in jedem Fall dem öffentlichen Recht zuzuordnen, weil gemäß § 48 V HmbVwVfG bzw. § 49 V HmbVwVfG die „Behörde“ zur Aufhebung ermächtigt ist und § 49a I 2 HmbVwVfG die Festsetzung der zu erstattenden Leistung durch „Verwaltungsakt“ vorsieht
- > öff.-re-Streitigkeit (+)

Fall 3

- 2) nicht verfassungsrechtlicher Art (+)
- 3) Keine abdrängende Sonderzuweisung (+)
- > Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs (+)
- II) Statthafte Klageart
 - > § 88 VwGO, Klagebegehren?
 - > Aufhebung der Aufhebung und der Rückforderung
 - > daher für beide Maßnahmen naheliegend:
Anfechtungsklage, § 42 I 1. Alt. VwGO
 - > Voraussetzung: Beide Maßnahmen müssen VAe sein
 - > hilfreiche Überlegung: welche Rechtsnatur hat der aufgehobene Zuwendungsbescheid?
→ VA

Fall 3

- > Folglich: Aufhebung dieses Zuwendungsbescheides als „actus contrarius“: ebenfalls VA
- > Rückforderung: § 49a I 2 HmbVwVfG sieht ausdrücklich vor, dass zu erstattende Leistungen „durch schriftlichen Verwaltungsakt festzusetzen“ sind
 - ebenfalls VA
- > Daher für beide Begehren jeweils statthafte Klageart: Anfechtungsklage

Fall 3

III) Klagebefugnis

- > Möglichkeit der Verletzung subjektiver Rechte, § 42 II VwGO
- > (P) Beklagte hat mit Subventionsbescheid die Leistung überhaupt erst gewährt → „Leistungsverwaltung“
- > Somit von angegriffenem Aufhebungs- und Rückforderungsbescheid einzig bezweckt: Modifizierung einer zuvor gewährten staatlichen Begünstigung
- > Eingriff in diesem Fall jedenfalls dann, wenn grundrechtlicher Anspruch auf die gewährte Leistung besteht
 - > hier stark zweifelhaft

Fall 3

- > Dessen ungeachtet in jedem Fall die Klagebefugnis begründend: Wenn Anspruch des Klägers auf – nachträglich entzogene – Begünstigung aus anderen Gründen nicht ausgeschlossen werden kann
- > hier denkbar: Vorherige Gewährung der Subvention vermittelt dem Kläger ein subjektives öffentliches Recht auf darin gewährte Begünstigung
- > zuvor erlassenen Verwaltungsakt, „der ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil“ (§ 48 I 2 HmbVwVfG) begründet, bringt eine subjektiv berechtigende „Sonderbeziehung“ mit sich

Fall 3

- > Mit angegriffenem Aufhebungs- und Rückforderungsbescheid demnach in jedem Fall verbunden: Eingriff in den Schutzbereich dieses subjektiven öffentlichen Rechts aus der Sonderbeziehung
- > Damit zumindest möglich: Anspruch des Klägers auf „Behaltendürfen“ der zuvor gewährten Begünstigung
- > Folglich: Klagebefugnis iSv § 42 II VwGO (+)

Fall 3

III) Vorverfahren

- > hier: Landesregierung (Wirtschaftsministerium) handelt
- > Bei Tätigwerden einer obersten Landesbehörde bedarf es grds. keines Vorverfahrens, § 68 I 2 Nr. 1 VwGO
- > (Gegen-) Ausnahme (“außer wenn ein Gesetz die Nachprüfung vorschreibt,, zB § 54 II 2 BeamStG) hier nicht einschlägig
- > Beachte: oberste Bundesbehörde ≠ Bundesoberbehörde (Art. 87 Abs. 3 GG, zB BAMF)

Fall 3

IV) Klagefrist

- > § 74 I 2 VwGO
- > Angesichts „ordnungsgemäß“ erhobener Klage offenbar gewahrt
- > Klagefrist (+)

Fall 3

V) Klagegegner

> § 78 I Nr. 1 VwGO

VI) Beteiligten-/Prozessfähigkeit

> Kläger: §§ 61 Nr. 1, 62 I Nr. 1 VwGO

> Beklagter: §§ 61 Nr. 1, 2. Alt., 62 III VwGO

VII) Zuständigkeit des Gerichts

> sachlich: § 45 VwGO

> örtlich: § 52 Nr. 3 VwGO

→ Sachentscheidungsvoraussetzungen (+)

Fall 3

B) Objektive Klagehäufung, § 44 VwGO

- > Da Kläger mehrere Klagebegehren gemeinsam in einer Klage verfolgt, sodann zu prüfen, zumal anderenfalls gemäß § 93 VwGO ein Trennungsbeschluss ergeht:
Zulässigkeit der objektiven Klagehäufung
- > In diesem Falle indes als erfüllt anzusehen, weil
 - Klagen sich gegen denselben Beklagten richten,
 - Begehren im Zusammenhang stehen und
 - dasselbe Gericht zuständig ist.

Fall 3

C) Begründetheit

- > Obersatz: § 113 I 1 VwGO
- > Nunmehr notwendig: Differenzierung zwischen Rechtmäßigkeit
 - des Aufhebungsbescheides und
 - des Rückforderungsbescheides

Fall 3

I) Rechtmäßigkeit des Aufhebungsbescheides

- > Rechtsgrundlage:
- > Rücknahme nach § 48 HmbVwVfG, wenn ursprünglicher Bewilligungsbescheid rechtswidrig war
- > Widerruf nach § 49 HmbVwVfG, wenn ursprünglicher Bewilligungsbescheid rechtmäßig war

Fall 3

- > Gemäß § 48 HmbVwVfG zulässig und in der Klausur vorrangig darzustellen, weil auf diese Art und Weise ein dem Verwaltungsakt anhaftender Fehler korrigiert werden soll, was unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten unter weniger strengen Voraussetzungen als der Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsakts möglich ist: Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte
- > Demnach zunächst klärungsbedürftig: Ob sich Aufhebungsbescheid *als Rücknahme* als rechtmäßig erweist
- > Sollte sich der Aufhebungsbescheid als Rücknahme als rechtswidrig erweisen, sodann zu klären: Ob sich Aufhebungsbescheid *als Widerruf* als rechtmäßig erweist

Fall 3

1) Rechtmäßigkeit der Aufhebung *als Rücknahme*

a) Rechtsgrundlage der Rücknahme

- > § 48 I 1 HmbVwVfG („ein rechtswidriger Verwaltungsakt kann, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden“)
- > Zudem wären die sich aus § 48 I 2 HmbVwVfG ergebenden Einschränkungen zu beachten
- > jedenfalls Rechtsgrundlage (+)

Fall 3

b) Voraussetzungen

aa) Formelle Voraussetzungen

- > zu unterstellen:
 - Zuständigkeit (§ 48 V iVm § 3 HmbVwVfG)
 - Anhörung gemäß § 28 I HmbVwVfG
 - Begründung gemäß § 39 I HmbVwVfG
- > Formelle Voraussetzungen: (+)

Fall 3

bb) Materielle Voraussetzungen

- > zu unterstellen: Inhaltliche Bestimmtheit des Verwaltungsaktes gemäß § 37 I HmbVwVfG
- > In § 48 I 1 HmbVwVfG inhaltlich einzig vorausgesetzt: Rechtswidrigkeit des zurückgenommenen Verwaltungsaktes
- > Damit innerhalb der materiellen Voraussetzungen - inzident - zu prüfen: Rechtswidrigkeit des aufgehobenen Zuwendungsbescheides

Fall 3

- > (P) Bzgl. **RGL des Zuwendungsbescheides**:
Gilt nur Vorrang des Gesetzes oder doch Vorbehalt des Gesetzes?
- > Als Ausdruck des Demokratieprinzips gemäß Art. 20 II 1 GG geboten: Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus
- > In Fällen direkter wie repräsentativer Demokratie jedoch in jedem Fall gemäß Art. 20 II 1 GG erforderlich: dass sich die Willensbildung vom Volk zu den Staatsorganen vollzieht, also staatliche Handlungen und Entscheidungen auf das Volk zurückgeführt werden können („Zurechnungszusammenhang“/ „Legitimationskette“)

Fall 3

- > Demnach fraglich: Bei welchen Exekutivmaßnahmen das wegen Art. 20 II 1 GG zu gewährleistende Legitimationsniveau auch ein erhöhtes Maß an sachlicher demokratischer Legitimation und eine einfachgesetzliche Rechtsgrundlage voraussetzt
- > In diesem Zusammenhang das notwendige Maß an demokratischer Legitimation prägend: Je bedeutsamer die zu treffende Entscheidung ist und je höher die Entscheidungsbefugnis des Amtsträgers, desto kürzer muss die Legitimationskette sein

Fall 3

- > Vor diesem Hintergrund - als "Schnittmenge" zwischen dem in Art. 20 I, II 1 GG verankerten Demokratieprinzip und dem in Art. 20 III GG zum Ausdruck kommenden Rechtsstaatsprinzip - letztlich verlangt: Gesetzgeber muss die wesentlichen normativen Grundlagen des zu regelnden Rechtsbereichs selbst festlegen („Wesentlichkeitsrechtsprechung“)
- > Insoweit verfassungsrechtlich jedenfalls von „wesentlicher Bedeutung“: Maßnahmen, durch die die - gem. Art. 79 III GG einer Verfassungsänderung entzogenen - „in den Art. 1 GG und Art. 20 GG niedergelegten Grundsätze berührt werden“
- > Im Übrigen unbestimmt, aber „Grundrechtswesentlichkeit“

Fall 3

- > Demnach insbesondere im Falle von für die Verwirklichung von Grundrechten und die Verwirklichung von Staatsstrukturprinzipien wesentlichen Maßnahmen vorausgesetzt: Hohes Maß an demokratischer Legitimation
- > Jedenfalls als „wesentlich für die Verwirklichung von Grundrechten“ einzustufen: Schranken, die den Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts zu rechtfertigen vermögen
- > Deshalb bei Grundrechtseingriffen grundsätzlich geltend: Vorbehalt des Gesetzes, wonach Eingriff durch formelles Parlamentsgesetz erfolgen oder zumindest auf ein formelles Parlamentsgesetz rückführbar sein muss

Fall 3

- > Demnach gerade in grundrechtsrelevanten Bereichen von großer Bedeutung, dass der Gesetzgeber die wesentlichen normativen Grundlagen des zu regelnden Rechtsbereichs selbst festgelegt
- > Dazu BVerfG (NJW 2012, 1563): *„Je intensiver eine bestimmte Tätigkeit Grundrechte berührt, desto weniger sind Einbußen an institutioneller Absicherung qualifizierter und gesetzestreuer Aufgabenwahrnehmung hinnehmbar.“*

Fall 3

- > Grundsätzlich indes nicht als „wesentlich für die Verwirklichung von Grundrechten“ einzustufen, weil - gesetzesfreie - Leistungsverwaltung als Teil des vom Grundgesetz vorausgesetzten Verwaltungssystems einzustufen ist:
→ Förderung von Maßnahmen und Vergabe von Subventionen (h.M.)
- > Vorbehalt des Gesetzes bei Förderung von Maßnahmen und Vergabe von Subventionen grds. (-)

Fall 3

- > klausurrelevante Ausnahmen von diesem Grundsatz:
 - (Mittelbar-faktische) Grundrechtseingriffe für Konkurrenten von begünstigten Unternehmen, die erdrosselnde Wirkung entfalten, sowie staatliche Zuwendungen an Presseunternehmen, die angesichts der damit verbundenen Gefährdung der Unabhängigkeit der Presse wesentlich für Grundrecht auf Pressefreiheit gemäß Art. 5 I 2 GG sein können
 - dann ausnahmsweise: Vorbehalt des Gesetzes (+)

Fall 3

- > hier: keine Grundrechtsrelevanz des Bewilligungsbescheides ersichtlich
- > Es gilt nur ein **abgeschwächter Gesetzesvorbehalt** (hM)
- > Somit für Rechtmäßigkeit der Subventionsgewährung einzig vorausgesetzt: Vereinbarkeit des Zuwendungsbescheides mit höherrangigem Recht

Fall 3

- > Vor diesem Hintergrund in materieller Hinsicht für Rechtmäßigkeit des Zuwendungsbescheides von zentraler Bedeutung: dass Behörde das ihr zustehende „Subventionsermessen“ ermessensfehlerfrei ausübt (hM)
- > Da die Verwaltungsbehörde gemäß § 114 S. 1 VwGO ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, vom Verwaltungsgericht insbesondere zu klären: Ob die „gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten“ sind

Fall 3

- > Klausurrelevante „gesetzliche Grenzen des Ermessens“ bei der Vergabe von Subventionen:
§ 3 I HGrG, wonach (erst) der Haushaltsplan die Verwaltung ermächtigt, Ausgaben zu leisten;
Art. 107 I AEUV, demzufolge staatliche Beihilfen i.d.R. mit dem Binnenmarkt unvereinbar sind;
Pflicht zur rechtzeitigen Unterrichtung der Kommission vor Einführung von Beihilfen gemäß **Art. 108 III 1 AEUV**; Durchführungsverbot des **Art. 108 III 3 AEUV**, wonach Mitgliedstaat die beabsichtigte Maßnahme nicht vor abschließendem Beschluss der Kommission durchführen darf; **Art. 3 I GG**, soweit durch Verwaltungspraxis eine Selbstbindung der Verwaltung begründet wurde

Fall 5

- > Ausweislich des Bearbeitervermerks indes nicht zu prüfen: Unionsrechtliche Fragestellungen
- > § 3 HGrG in diesem Falle nicht verletzt, weil Subventionen im Haushaltsplan vorgesehen sind und die Förderung auch der bisherigen Verwaltungspraxis entspricht
- > Rechtswidrigkeit wg. Förderung trotz Beruhens auf US-Patent?
- > Maßgeblich ist tatsächliche Verwaltungspraxis, nicht Inhalt der insoweit ggf. überholten RiLi
- > folglich: Bewilligungsbescheid rechtmäßig
- > Voraussetzungen Rücknahme gem. § 48 I HmbVwVfG damit (-)

Fall 5

2) Rechtmäßigkeit des Aufhebungsbescheides *als Widerruf*

a) Rechtsgrundlage

- > Rechtsgrundlage für Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsakts, „der eine einmalige oder laufende Geldleistung“ gewährt:
§ 49 III 1 HmbVwVfG
- > Rechtsgrundlage (+)

Fall 5

b) Voraussetzungen

- > formelle Rm.: Erneut als gewahrt zu unterstellen:
Zuständigkeit der Behörde (§ 49 V HmbVwVfG),
Verfahren und **Form**
- > materielle Rm.:
 - materiell: Bewilligungsbecheid rm. (+), s.o.

Fall 5

Widerrufsgrund?

- > nach § 49 III 1 Nr. 1 / 2 HmbVwVfG erforderlich: Widerrufsgrund
- > hier: Leistung für Anschaffung eines Grundstücks und damit iSv § 49 III 1 Nr. 1 HmbVwVfG „nicht für den in dem Verwaltungsakt bestimmten Zweck verwendet“
- > (P) Zweckentfremdung nicht im Bescheid, sondern erst im gerichtlichen Verfahren angeführt
- > unschädlich: § 114 Satz 2 VwGO gestattet ein Nachschieben von Gründen im gerichtlichen Verfahren, wenn nicht ein Ermessensausfall vorliegt oder der VA durch das Nachschieben eine Wesensänderung erfährt
- > Widerrufsgrund (+)

Fall 3

- > ferner gemäß § 49 III 2 HmbVwVfG entsprechend anzuwenden: § 48 IV HmbVwVfG
- > Da Ausnahme gemäß § 48 IV 2 HmbVwVfG nicht einschlägig ist, Ausschlussfrist des § 48 IV 1 HmbVwVfG zu beachten, derzufolge
„Rücknahme nur innerhalb eines Jahres seit dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme“ von den Tatsachen zulässig ist, „welche die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes rechtfertigen“
- > Hier zu unterstellen: Einhaltung der Jahresfrist
- > Demnach ohne Belang: Ob diese Frist als Bearbeitungsfrist oder - so hM - „Entscheidungsfrist“ verstanden wird

Fall 3

c) Rechtsfolge

- > Von der in § 49 III 1 HmbVwVfG enthaltenen Rechtsgrundlage („kann“) als Rechtsfolge vorgesehen: **Ermessen**
- > Indes gemäß § 6 I HGrG bei der Ausführung des Haushaltsplans stets zu beachten: „**Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit**“

Fall 3

- > Vor diesem Hintergrund insbesondere im Falle von „Geldleistungsverwaltungsakten“ iSv § 48 II 1 HmbVwVfG und § 49 III 1 HmbVwVfG geboten: Rechtlich mögliche Aufhebung und damit ermöglichte Rückabwicklung der zuvor gewährten finanziellen Zuwendung ist idR auch tatsächlich umzusetzen
- > Angesichts dieser Vorschriften entgegen dem Wortlaut von § 49 III 1 HmbVwVfG geboten: dass Behörde bei Zuwendungsbescheiden von Aufhebungsmöglichkeit **Gebrauch machen soll**
- > Demnach wg. § 6 I HGrG in Fällen des § 49 III 1 HmbVwVfG zu Gunsten der Behörde eröffnet: **intendiertes Ermessen**

Fall 3

- > Daher ist eine hinreichende Begründung des AufhebungsVA durch die Behörde schon der bloße Hinweis, dass keine Anhaltspunkte für atypischen Sachverhalt vorliegen und deshalb nach den gesetzlichen Vorgaben zu entscheiden ist
- > Hier nicht vorgetragen oder sonst ersichtlich: Atypischer Sonderfall, in dem „freier“ Ermessensspielraum eröffnet wäre

Fall 3

> Ergebnis: Widerrufsbescheid rechtmäßig (+)

Fall 3

II) Rechtmäßigkeit des **Rückforderungsbescheides**

- > Rechtsgrundlage: § 49a I 1 HmbVwVfG, wonach bereits erbrachte Leistungen zu erstatten sind, „soweit ein Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit widerrufen worden ist“, sowie § 49a I 2 HmbVwVfG, der die Festsetzung der zu erstattenden Leistungen durch schriftlichen Verwaltungsakt gestattet
- > Demnach von § 49a I 1 HmbVwVfG als Rechtsfolge vorgesehen: Erstattung von aufgrund des aufgehobenen Verwaltungsaktes erbrachter Leistungen

Fall 3

- > Indes für - aufgrund des aufgehobenen Verwaltungsaktes - „erbrachte Leistungen“ iSv § 49a I 1 HmbVwVfG vorausgesetzt: Dass nicht (nur) Bewilligung, sondern auch Gewährung der Leistung in öffentlich-rechtlichem Rechtsverhältnis erfolgt (hM)
- > § 49a I HmbVwVfG findet mithin keine Anwendung, wenn Leistung nicht durch Verwaltungsakt gewährt wurde
- > Obwohl Entscheidung der Behörde über Gewährung der Leistung dem Grunde nach („Ob“) durch VA erging, durchaus möglich, dass Verwaltung zwecks Erfüllung ihrer Verpflichtung aus dem VA („Wie“) privatrechtliche Mittel einsetzt
- > hier: privatrechtlicher Darlehensvertrages gemäß § 488 I 1 BGB abgeschlossen und auf dessen Grundlage ausgezahlt

Fall 3

- > Nach diesen Maßstäben nicht in Rede stehend:
„Erbrachte Leistungen“ iSv § 49a I 1 VwVfG
- > Vor diesem Hintergrund: Rückforderung per Bescheid ist unzulässige Handlungsform
- > Rechtmäßigkeit des Rückforderungsbescheides (-)

III) Ergebnis

- > Aufhebungsbescheid rechtmäßig
- > Rückforderungsbescheid rechtswidrig
- > Klage hinsichtlich des Rückforderungsbescheides begründet, im Übrigen unbegründet.

Fall 5

Abwandlung

- > Nach Aufgabenstellung ebenfalls zu klären:
Rechtmäßigkeit des Aufhebungsbescheides und des
Rückforderungsbescheides
- > Erneut: Leistungsverwaltung, kein Vorbehalt des Gesetzes

Fall 5

A) Rechtmäßigkeit des Aufhebungsbescheides

- > Als Rechtsgrundlage für Aufhebung denkbar: § 48 I HmbVwVfG oder § 49 I, II, III HmbVwVfG
- > Im Falle der - hier zu prüfenden - Rechtswidrigkeit eines Subventionsbescheides wegen Verstoßes gegen die in **Art. 107 I AEUV, Art. 108 III 1 AEUV** und / oder **Art. 108 III 3 AEUV** zu findenden gesetzlichen Grenzen gleichfalls Vorgehen auf Grundlage des § 48 I 1 HmbVwVfG möglich, weil keine unionsrechtlichen (Spezial-)Regelungen zur Aufhebung unionsrechtswidriger Verwaltungsakte im EUV und AEUV existieren

Fall 5

- > Demnach zunächst klärungsbedürftig: Rechtmäßigkeit des Aufhebungsbescheides *als Rücknahme*

I) Rechtsgrundlage

- > § 48 I 1 HmbVwVfG („ein rechtswidriger Verwaltungsakt kann, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden“)
- > Rechtsgrundlage: (+)

Fall 5

II) Voraussetzungen

1) Formelle Rechtmäßigkeit

- > zu unterstellen: Wahrung der Zuständigkeit iSv § 48 V HmbVwVfG
- > Verfahren: § 28 I HmbVwVfG (+)
- > Form, §§ 10, 37 II HmbVwVfG (+)
- > Formelle Rechtmäßigkeit (+)

Fall 5

2) Materielle Rechtmäßigkeit

- > Wieder zu unterstellen: Inhaltliche Bestimmtheit des Rücknahme-VA gemäß § 37 I HmbVwVfG
- > In § 48 I 1 HmbVwVfG inhaltlich einzig vorausgesetzt: Rechtswidrigkeit des zurückgenommenen VA
 - > Tatbestandsvoraussetzungen sind für Bewilligungsbescheid nicht zu beachten
 - > einzig entscheidend: „Subventionsermessen“ ermessensfehlerfrei ausgeübt?
 - > zunächst darzustellen: Aus welchen Vorschriften gesetzliche Grenzen des Ermessens bei Vergabe von Subventionen stammen können

Fall 5

- > Insoweit insbesondere fraglich: Ob die „gesetzlichen Grenzen des Ermessens“ auch aus Vorschriften des Unionsrechts stammen können und inwieweit diese unionsrechtlichen Vorschriften für nationale Behörden bindend sind
- > Zwecks „Verwirklichung eines vereinten Europas“ iSv Art. 23 I 1 GG gemäß Art. 23 I 2 GG „durch Gesetz mit Zustimmung des Bundesrates“ möglich: Übertragung von Hoheitsrechten an die Europäische Union

Fall 5

- > Mit dem - nationalen - Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon ermöglicht: Dass der EUV und der AEUV als Vorschriften des primären Unionsrechts in das Bundesrecht überführt und damit Teil des in Deutschland geltenden rechtlichen Rahmens aus „verfassungsmäßiger Ordnung“ sowie „Gesetz und Recht“ iSv Art. 20 III GG geworden sind (hM)
- > Daher für nationale staatliche Stellen unmittelbar verbindlich: Vorschriften des primären Unionsrechts
- > Insoweit von primärrechtlicher Vorschrift gemäß Art. 4 III UAbs. 2 EUV verlangt: Dass die Mitgliedsstaaten „alle geeigneten Maßnahmen (...) zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus den Verträgen der Union ergeben“, ergreifen („effet utile“)

Fall 5

- > Mit dieser Verpflichtung der Mitgliedsstaaten nicht zu vereinbaren, dass mitgliedstaatliches Recht dem Unionsrecht zuwiderläuft
- > Vor diesem Hintergrund im Verhältnis zwischen Unionsrecht und mitgliedstaatlichem Recht geltend: **Anwendungsvorrang** des primären Unionsrechts vor jedwedem innerstaatlichen Recht (gleich welchen Ranges)
- > Dagegen nicht: Geltungsvorrang des primären Unionsrechts

Fall 5

- > BVerfG: Primäres Unionsrecht hat damit angesichts des „durch Zustimmungsgesetz zu den Verträgen erteilten Rechtsanwendungsbefehls“ gegenüber nationalem Recht Anwendungsvorrang
- > Vor diesem Hintergrund auch im EUV und AEUV zu finden: „Gesetzliche Grenzen“ des Subventionsermessens

Fall 5

- > Exkurs: „gesetzliche Grenzen des Ermessens“ ergeben sich damit (klausurrelevant) bei der Vergabe von Subventionen aus:
- > § 3 I HGrG, Haushaltsplan muss zuerst Ausgabeermächtigung treffen;
- > Art. 107 I AEUV, grds. Unvereinbarkeit staatlicher Beihilfen mit dem Binnenmarkt; Notifikationspflicht ggü. Kommission vor Einführung von Beihilfen gemäß Art. 108 III 1 AEUV; Durchführungsverbot des Art. 108 III 3 AEUV vor abschließendem Beschluss der Kommission;
- > allgemeiner Gleichheitssatz gemäß Art. 3 I GG, soweit durch Verwaltungspraxis eine Selbstbindung der Verwaltung begründet wurde

Fall 5

- > Vor diesem Hintergrund also insbesondere zu beachten: Unionsrechtliches Verbot wettbewerbsverfälschender Beihilfen gemäß Art. 107 I AEUV
- > In Gewährung verlorener Zuschüsse zu erblicken: Staatliche „Beihilfe“ iSv Art. 107 I AEUV
- > Wird Handel zwischen den Mitgliedsstaaten durch Beihilfe beeinträchtigt wird, weil Verfälschung des Wettbewerbs zwischen Mitgliedsstaaten droht?
- > Insoweit mangels spürbarer Auswirkung auf zwischenstaatlichen Handel nicht unter Art. 107 I AEUV fallend: „De minimis“-Beihilfen, für die im Falle gewerblicher Subventionen - in der Regel - ein Förderungshöchstbetrag von 300.000,00 € innerhalb von drei Steuerjahren gilt (VO (EU) 2023/2831)

Fall 5

- > „de minimis“-Beihilfe hier (-)
- > im Übrigen ohnehin bereits ergangen: Entscheidung der Kommission über Unvereinbarkeit der Zuwendung mit Gemeinsamen Markt wegen wettbewerbsverzerrender Wirkung
- > Durch den Verzicht auf Rechtsmittel gegen Entscheidung der Kommission begründet: Bestandskraft iSv Art. 108 II UAbs. 1 AEUV, durch die Entscheidung der Kommission auf nationaler Ebene Bindungswirkung entfaltet

Fall 5

- > Wegen Bestandskraft der Kommissionsentscheidung - ungeachtet der tatsächlichen Gegebenheiten - zu unterstellen: Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten durch drohende Verfälschung des Wettbewerbs
- > Folgerichtig wegen Verstoßes gegen gesetzliche Grenze des Ermessens gemäß Art. 107 I AEUV als ermessensfehlerhaft einzustufen: Zuwendungsbescheid
- > Ferner zumindest sehr naheliegend, aber letztlich nicht entscheidungstragend: Verstoß gegen Unterrichtungspflicht gemäß Art. 108 III 1 AEUV und Durchführungsverbot gemäß Art. 108 III 3 AEUV

Fall 5

- > Bewilligungsbescheid damit rechtswidrig
- > Im Falle eines begünstigenden Verwaltungsakts sodann gemäß § 48 I 2 HmbVwVfG einschränkend zu berücksichtigen: dass dieser nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 48 II bis § 48 IV HmbVwVfG zurückgenommen werden kann
- > nach § 48 II 1 HmbVwVfG bei rechtswidrigem „Verwaltungsakt, der eine einmalige Geldleistung gewährt“:
keine Rücknahme, „soweit der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes **vertraut hat** und sein **Vertrauen** unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme **schutzwürdig** ist“

Fall 5

- > Vertrauen gemäß **§ 48 II 2, 1. Alt. HmbVwVfG** „in der Regel“ als schutzwürdig anzusehen, wenn der Begünstigte die **gewährten Leistungen verbraucht** hat
- > **Ausnahme** von Schutzwürdigkeit wegen grob fahrlässiger Unkenntnis der Rechtswidrigkeit nach **§ 48 II 3 Nr. 3 HmbVwVfG**?
- > im Falle von unionsrechtswidrigen Zuwendungsbescheiden das „öffentliche Interesse an einer Rücknahme“ iSv § 48 II 1 HmbVwVfG mitbestimmend: **Gesteigertes Interesse an der Durchsetzung der unionsrechtlichen Wettbewerbsordnung** (hM)
- > Hintergrund: Art. 4 III UAbs. 2 EUV („**effet utile**“)

Fall 5

- > In diesen Fällen **regelmäßig** als **vorrangig** einzustufen, damit nach zuvor bereits entwickelten Maßstäben unionsrechtlich gebotene Rückforderung staatlicher Beihilfen nicht praktisch unmöglich wird: **Rücknahmeinteresse** (hM)
- > evtl. **(P)**: Rücknahme erst 16 Monate nach Kenntnis des Verstoßes gegen Unionsrecht → **§ 48 IV 1 HmbVwVfG**
- > aber: Ausschlussfrist nach § 48 IV 1 HmbVwVfG bei unionsrechtswidrigen Zuwendungsbescheiden **ohne Bedeutung**
- > Materielle Voraussetzungen für Rücknahme (+)
- > Voraussetzungen für Rücknahme insgesamt (+)

Fall 5

III) Rechtsfolge

- > Rechtsfolge des § 48 I 1 HmbVwVfG:
Ermessensspielraum der Behörde („kann“)
- > Insoweit im Falle der Aufhebung unionsrechtswidriger Zuwendungsbescheide eine Besonderheit darstellend: Dass das grundsätzlich bei Rücknahmeentscheidung gemäß **§ 48 I 1 HmbVwVfG** zu Gunsten der Behörde bestehende **Ermessen** in Fällen der Unionsrechtswidrigkeit idR **auf Null reduziert** und damit die **Behörde** aus Gründen des „**effet utile**“ iSv Art. 4 III UAbs. 2 EUV **verpflichtet** ist, eine **Rücknahme** der unionsrechtswidrigen Zuwendung auch tatsächlich vorzunehmen (hM)

Fall 5

- > Darüber hinaus aus bindender Entscheidung der Kommission gemäß **Art. 108 II UAbs. 1 AEUV** folgend:
Dass „der betreffende Staat sie ... **aufzuheben** ... **hat**“
- > Somit durch Aufhebung in jedem Falle gewahrt:
Rechtsfolge
- > Rechtmäßigkeit des Aufhebungsbescheides: (+)

Fall 5

B) Rechtmäßigkeit des **Rückforderungsbescheides**

- > Für den Erlass des Rückforderungsbescheides als **Rechtsgrundlage** dienend: § **49a I 1, 2 HmbVwVfG**
- > Nunmehr zumindest zu unterstellen, da keine gegenteilige Angabe und bei „verlorenem Zuschuss“ der Regelfall: dass Leistung auf „**zweiter Stufe**“ in **öff.-rechtl. Rechtsverhältnis** gewährt wurde (hM)
- > Rückforderung nach § 49a I HmbVwVfG damit möglich

Fall 5

- > Formelle Voraussetzungen (+), insbesondere Anhörung gemäß **§ 28 I HmbVwVfG** hat stattgefunden
- > In materieller Hinsicht von § 49a I 1 HmbVwVfG verlangt, aber bereits festgestellt: Dass Verwaltungsakt **mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen** und **Leistungen erbracht** sind
- > In diesem Falle von in § 49a I HmbVwVfG enthaltener Rechtsgrundlage als Rechtsfolge vorgesehen („sind“): **Gebundene Entscheidung**
- > Vor diesem Hintergrund einzig fraglich erscheinend: **Umfang der Erstattung**, für den gemäß § 49a II 1 HmbVwVfG „die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Herausgabe einer **ungerechtfertigten Bereicherung** entsprechend“ gelten

Fall 5

- > Verpflichtung zur Herausgabe gemäß **§ 49a II 1 HmbVwVfG iVm § 818 III BGB ausgeschlossen**, soweit Empfänger **nicht mehr bereichert** ist
- > Kein Berufen auf Entreicherung möglich, weil Fall der **verschärften Haftung?**
- > zivilrechtlich von **§ 819 I BGB** für verschärfte Haftung gefordert: **Kenntnis vom Mangel des rechtlichen Grundes** („positive Rechtsfolgenkenntnis“)
- > dagegen nach **§ 49a II 2 HmbVwVfG** für verschärfte Haftung bereits ausreichend: **grob fahrlässige Unkenntnis** des Begünstigten von den zur Aufhebung führenden Umständen

Fall 5

- > Für derartige grobe Fahrlässigkeit erforderlich:
„**Besonders schwerwiegendes und auch subjektiv schlechthin unentschuldbares Fehlverhalten**, das über das gewöhnliche - in § 276 II BGB konkretisierte - Maß an Fahrlässigkeit erheblich hinausgeht“ (BVerwG)
- > Mit Blick auf Art. 4 III UAbs. 2 EUV: Bei Verstoß gegen Notifizierungsverfahren gemäß Art. 108 III 1 AEUV immer grob fahrlässige Unkenntnis (+) (hM)
- > Damit gemäß § 49a II 2 HmbVwVfG **ausgeschlossen: Berufen auf Entreicherung** gem. § 49a II 1 HmbVwVfG iVm § 818 III BGB

Fall 5

- > Gem. § 49a II 1 HmbVwVfG iVm **§ 818 II BGB** von C geschuldet, weil er zur Herausgabe des Erlangten außerstande ist: **Wertersatz**
- > Damit ebenfalls rechtmäßig: Rückforderungsbescheid

C) Ergebnis

- > Aufhebungsbescheid und Rückforderungsbescheid rechtmäßig

Dr. Manuel Mielke



Fall 5



Fall 5

A) Sachentscheidungsvoraussetzungen

I. Verwaltungsrechtsweg

1. keine aufdrängende Sonderzuweisung (+)

2. § 40 I VwGO

a. ö.-re. Streitigkeit?

- streitentscheidende Norm?

- **§ 4 I BlnPrG**

- modifizierte Subjektstheorie → (+)

b. nicht verfassungsrechtlicher Art

→ zwar Art. 5 I GG in Rede

→ aber gleichwohl keine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit

c. abdrängende Sonderzuweisung (-)

→ Verwaltungsrechtsweg eröffnet (+)

Fall 5

II. statthafte Klageart

- § 88 VwGO: A möchte Auskunftserteilung
- eigentlich **Realakt**; hier ausnahmsweise VA (vgl. etwa §§ 4-6 UIG)?
- Nein, keine entsprechenden Ansätze im BlnPrG ersichtlich
- statthaft folglich: allgemeine Leistungsklage
- in der VwGO nicht ausdrücklich geregelt, aber Existenz in **§§ 43 Abs. 2 Satz 1, 111 Satz 1, 113 Abs. 4 VwGO** stillschweigend vorausgesetzt

Fall 5

III. Klagebefugnis

- § 42 II VwGO analog (Vermeidung von Popularklagen)
- erforderlich: zumindest mögliches Bestehen eines Anspruches des A auf Auskunftserteilung
- denkbare Anspruchsgrundlagen: § 4 Abs. 1 BlnPrG, Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG
- Bestehen eines Anspruches zumindest nicht offensichtlich ausgeschlossen
- Klagebefugnis (+)

Fall 5

IV. Klagegegner

- § 78 VwGO nicht direkt anwendbar
- daher **entweder** unmittelbares Abstellen auf das Rechtsträgerprinzip **oder** § 78 Abs. 1 **Nr. 1** VwGO analog
- Rechtsträger des BND: Bundesrepublik Deutschland

V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

- A: §§ 61 Nr. 1, 1. Alt, 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO
- BRD: §§ 61 Nr. 1, 2. Alt, 62 Abs. 3 VwGO

Fall 5

VI. Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts

- idR erstinstanzliche sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts, § 45 VwGO
- hier aber tatsächlich ausnahmsweise erstinstanzliche Zuständigkeit des BVerwG: **§ 50 Abs. 1 Nr. 4 VwGO**

VII. RSB

- vorherige Antragstellung (+)
 - (P) Führt der Umstand, dass bereits Auskunft erteilt wurde, zum Wegfall des RSB?
 - (-), die erteilte Auskunft bleibt in ihrem Umfang hinter demjenigen der begehrten Auskunft zurück
- Sachentscheidungsvoraussetzungen (+)

Fall 5

B) Begründetheit

Obersatz: Die Klage ist begründet, soweit A einen Anspruch auf die Erteilung der begehrten Auskunft hat.

I. AGL

§ 4 Abs. 1 BlnPrG?

- (P) Argument BND: Land Berlin hat keine Gesetzgebungskompetenz gegenüber Bundesbehörden
- Grundsatz: Gesetzgebungskompetenz bei den Ländern, Art. 70 Abs. 1 GG
- anders ggf. nur in den Fällen der
 - Art. 71, 73 GG – ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes
 - Art. 72, 74 GG – konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes (beachte aber: Art. 72 Abs. 3 GG)

Fall 5

- weitere ungeschriebene Ausnahme:
 - Annexkompetenz/Kompetenz kraft Sachzusammenhangs/Kompetenz kraft Natur der Sache
- „Presserecht“ weder als Gegenstand der ausschließlichen noch der konkurrierenden Gesetzgebung genannt
- str.: Fällt das Presserecht damit in die Gesetzgebungskompetenz der Länder?
 - BVerwG: Das Presserecht ist nicht Gegenstand eines eigenen Kompetenztitels, sondern folgt als Annex der Gesetzgebungszuständigkeit für den jeweiligen Regelungsbereich, der von der Berichterstattung betroffen ist
 - a.A.: Art. 70 Abs. 2 GG sieht eine Abgrenzung der Zuständigkeiten (ausschließlich) der Länder ausschließlich gegen die Art. 72-74 GG vor; da „Presserecht“ dort nicht genannt ist, sind die Länder zuständig

Fall 5

- Kompetenz zur Regelung des BND und seines Handelns: Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG
- Die Bejahung einer Annexkompetenz setzt einen funktionellen Zusammenhang zwischen ausdrücklich geregelter und möglicher „Annexmaterie“ voraus. Ein solcher besteht hier: könnten die Länder regeln, worüber der BND Auskunft geben muss, bestünde die Gefahr der Preisgabe sensibler Daten/Informationen, wodurch die Tätigkeit des BND erschwert/unmöglich gemacht werden könnte
- Annexkompetenz des Bundes (+) [a.A. natürlich vertretbar]

Fall 5

→ keine Gesetzgebungskompetenz des Landes Berlin für
Auskunftsansprüche gegenüber dem BND

Wie geht das BVerwG mit der fehlenden
Gesetzgebungskompetenz um?

- denkbar: konkrete Normenkontrolle, Art. 100 GG
- Voraussetzung aber: „Hält ein Gericht ein Gesetz [...] für
verfassungswidrig“ + Entscheidungserheblichkeit
- hier möglich: verfassungskonforme Auslegung des § 4
Abs. 1 BlnPrG dahingehend, dass Auskunftsansprüche
(jedenfalls) gegen den BND nicht erfasst sind

→ § 4 Abs. 1 BlnPrG scheidet als AGL aus

Fall 5

Weitere denkbare Anspruchsgrundlage: Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG

- (P) Können Grundrechte, die im Grundsatz der Abwehr staatlichen Handelns dienen, überhaupt Ansprüche vermitteln?
- Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG umfasst nicht nur das Recht, sich in Presseangelegenheit grds. frei betätigen zu können, sondern stellt zugleich eine Garantie der institutionellen Eigenständigkeit einer freien Presse dar
- Für die Möglichkeit ihres funktionierenden Bestehens und die Ausübung der ihr zugewiesenen Kontrollfunktion („4. Gewalt“) ist eine solche Presse regelmäßig auf staatliche Auskünfte angewiesen
- Daher kann Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG auch AGL sein

Fall 5

- Anspruchsvoraussetzungen lediglich
 - Auskunftsanspruch wird geltend gemacht
 - der Presse
 - gegen eine staatliche Stelle→ hier (+)
- (P) Reichweite des Anspruches:
 - (Bundes-)Gesetzgeber hat von seiner grds. bestehenden Regelungsbefugnis keinen Gebrauch gemacht
 - Um nicht die weitreichende gesetzgeberische Regelungsprärogative zu unterlaufen, hat der grundgesetzliche Auskunftsanspruch lediglich das Niveau des gesetzlich regelbaren „Mindeststandards“ („Was könnte der Bund *gerade noch* regeln, ohne in die Verfassungswidrigkeit zu laufen?“)

Fall 5

- jedenfalls nicht Anspruchsinhalt: Beschaffung von Informationen durch die Behörde, die ihr selbst nicht vorliegen oder Zusammentragen von mit unverhältnismäßig hohem Aufwand herauszufilternden Informationen (vgl. auch etwa Art. 14 Abs. 5 lit. b DSGVO)
 - hier: kein aufbereiteter Aktenbestand zur begehrten Information vorhanden, Daten müssten mit großem Aufwand aus den Archiven zusammengetragen werden
- Auskunftsanspruch (-)
- Ergebnis: Klage zulässig, aber unbegründet

Dr. Manuel Mielke



Fall 7



Fall 7

A) Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

- I. Zuständigkeit des BVerfG
→ Art. 93 I Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a BVerfGG
- II. Beschwerdeführer
→ § 90 I BVerfGG: „jedermann“
→ (+)
- III. Beschwerdegegenstand
→ § 90 I BVerfGG: Akt der öffentlichen Gewalt
→ hier: Urteil des BVerwG

Fall 7

IV. Beschwerdebefugnis

→ § 90 I BVerfGG: „Behauptung, in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, Artikel 33, 38, 101, 103 und 104 des Grundgesetzes enthaltenen Rechte verletzt zu sein“

1. Möglichkeit der Verletzung eines Grundrechtes / grundrechtsgleichen Rechtes

a. Art. 9 III GG

→ spezielleres Grundrecht im Verhältnis zu Art. 9 I GG

Fall 7

→ Art. 9 I GG:

- Vereinigung (+), wenn Voraussetzungen des § 2 VereinsG erfüllt:
 - Mehrzahl von Personen
 - freiwillig
 - gemeinsamer Zweck
 - auf Dauer (Abgrenzung zum „Augenblicksverband“)
 - Mindestmaß an Organisation
- positive/negative Vereinigungsfreiheit
 - (P) negative Vereinigungsfreiheit bzgl. ö.-re. (Zwangs-) Vereinigungen
- Individual-/Kollektivgrundrecht

Fall 7

→ Art. 9 III GG:

- „Koalitionsfreiheit“
- Unterschied zu § 9 I GG insb. im engeren Zweck: Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen
- geschützt sind sowohl der Zusammenschluss als auch die wesensprägenden Tätigkeiten im Rahmen des Zusammenschlusses

→ hier: Verletzung der Koalitionsfreiheit möglich

Fall 7

2. „gegenwärtig, selbst, unmittelbar“

- selbst & unmittelbar betroffen (+)
- (P) Gegenwärtigkeit der Betroffenheit
 - aus Beamtenverhältnis ausgeschieden
 - aber: Geldbuße „steht“ noch
 - insgesamt eher großzügiges Verständnis

V. Form, Frist

- schriftlich, § 23 BVerfGG (+)
- Monatsfrist, § 93 BVerfGG (+)
- Bezeichnung des verletzten Rechtes und des angegriffenen Aktes der öffentlichen Gewalt, § 92 BVerfGG

Fall 7

VI. RSB

1. Rechtswegerschöpfung, § 90 II BVerfGG (+)

2. Grundsatz der materiellen Subsidiarität

→ bei Urteilsverfassungsbeschwerden ohne Bedeutung

→ Verfassungsbeschwerde zulässig (+)

Fall 7

B) Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

- Verletzung eines Grundrechtes oder eines grundrechtsgleichen Rechtes erforderlich, BVerfG ist keine *Superrevisionsinstanz*
- bei Erfolg: § 95 I, II BVerfGG – insb. Aufhebung & Zurückverweisung

I. Schutzbereich Art. 9 III GG

1. persönlich

→ (+)

2. sachlich

- a. geschützt ist nicht nur das Bilden einer Vereinigung, sondern auch Arbeitskampfmaßnahmen fallen in den SB
- b. (P) B war Beamter
 - aufgrund des Alimentationsprinzips keine Tariffähigkeit
 - Alimentationspr. ist Teil der *hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums*, Art. 33 Abs. 5 GG

Fall 7

- e.A.: Arbeitskampfmaßnahmen von Beamten sind durch Art. 33 V GG schon aus dem SB ausgenommen
- h.M.: SB ist auch für Beamte eröffnet, Art. 33 V GG kommt allerdings als Rechtfertigung für einen Eingriff in Betracht
 - arg.: die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums ergeben sich nicht unmittelbar aus Art. 33 V GG, sondern aus einfachgesetzlicher Regelung; würde der SB durch Art. 33 V GG verkürzt, könnte der (einfache) Gesetzgeber den Inhalt der Verfassung bestimmen
- Schutzbereich eröffnet (+)

Fall 7

II. Eingriff

- das die Disziplinarmaßnahme bestätigende Urteil verkürzt(e) die Möglichkeiten des B, an Arbeitskämpfen teilzunehmen
- Eingriff (+)

III. Rechtfertigung

1. Schranken

- kein ausdrücklicher Vorbehalt in Art. 9 III GG
- kollidierendes Verfassungsrecht
- hier: Art. 33 V GG?
 - die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums sollen eine vom politischen Geschehen unabhängige leistungsfähige Verwaltung sicherstellen

Fall 7

- Treuepflicht / Lebenszeitprinzip / Alimentationsprinzip
- Streikverbot für Beamte ist selbst eigenständiges Prinzip der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums
- einfachgesetzlich konkretisiert in § 34 I BeamStG (Treuepflicht)

2. praktische Konkordanz

a. Schwere des Eingriffes

- keine Möglichkeit, durch Streik auf das eigene Beschäftigungsverhältnis einzuwirken
 - aber: vielseitige Kompensation (§ 53 BeamStG, Alimentationsprinzips, Lebenszeitprinzip)
- Eingriff hat kein sehr hohes Gewicht

Fall 7

- b. weitere Abschwächung des Eingriffes durch Einräumung eines Streikrechtes für Beamte außerhalb des „Kernbereichs“ des Art. 33 IV GG möglich?
- im Einzelfall nicht immer klar abgrenzbar, wo hoheitliches Tätigwerden vorliegt und wo nicht
 - Gleichbehandlungsproblematik zwischen „Kernbereichsbeamten“ und „Randbereichsbeamten“
 - Gefahr für die Belastbarkeit und Leistungsfähigkeit der Verwaltung
- Einführung eines Streikrechtes für „Randbereichsbeamte“
(-)

Fall 7

- c. anderes Ergebnis wegen Art. 11 I EMRK?
 - keine unmittelbare Bindung der BRD durch Urteil gegen die Türkei, Art. 46 EMRK
 - im Übrigen folgt aus dem (eben nicht: Verfassungs-) Rang der EMRK (Art. 59 II 1 GG) , dass sie lediglich als Auslegungshilfe herangezogen werden kann, wobei nationale Besonderheiten Berücksichtigung finden müssen
 - Übertragbarkeit des Inhalts von Urteilen gegen andere Länder findet ihre Grenzen in mangelnder Vergleichbarkeit der Sachverhalte
 - hier: Türkei hat „Beamte“ in betroffener Entscheidung von vornherein aus dem Schutzbereich der Vereinigungsfreiheit ausgeklammert
 - ferner: Rechtfertigung nach Art. 11 II EMRK möglich

Fall 7

- Rechtfertigung des Eingriffs (+)
- Verfassungsbeschwerde zulässig, aber unbegründet

GR-Schranken (= Art des Gesetzesvorbehalts)

einfach

→ Art. 2 I GG

→ Art. 12 I 2 GG

→ Art. 14 I 2 GG

qualifiziert

→ Art. 5 II GG: „allgemeine Gesetze“

→ Art. 14 III GG: „Enteignungsent-
schädigung“

einschränkend

→ Art. 8 II GG

↓
nur bei einschränken-
den GV gilt Zitiergebot
(Art. 19 I 2 GG)

z.T. kombiniert (qualifiziert einschränkend): → Art. 13 VII GG

i.Ü. verfassungsimmanent: kollidierendes Verfassungsrecht, insbes. GR Dritter

→ Art. 5 III GG, Art. 9 III GG, Art. 4 I, II GG (str. wegen Art. 136 I, 137 III WRV) ¹³

Dr. Manuel Mielke



Fall 8



Fall 8

- Gemäß § 32 Abs. 1 BVerfGG möglich: Vorläufige Regelung eines Zustands durch das BVerfG durch einstweilige Anordnung
- Obersatz: Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hat Erfolg, wenn er zulässig und soweit begründet ist.

Fall 8

A) Zulässigkeit

I) Zuständigkeit des BVerfG

- Anders als im Verwaltungsprozessrecht nicht vorhanden:
 - "verfassungsprozessuale Generalklausel", sondern in Art. 93 GG und § 13 BVerfGG zum Ausdruck kommendes „Enumerationsprinzip“
 - § 32 Abs. 1 BVerfGG → „sonst durch Bundesgesetz zugewiesener Fall“ iSv Art. 93 Abs. 3 GG und § 13 Nr. 15 BVerfGG

Fall 8

- § 32 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG verweist auf die „Hauptsache“, § 32 Abs. 1 BVerfGG auf „Streitfall“
- Daher Voraussetzung für Zuständigkeit des BVerfG: Zuständigkeit des BVerfG auch in der Hauptsache
- hier als Hauptsacheverfahren denkbar: Verfassungsbeschwerde
- Zuständigkeit des BVerfG für Verfassungsbeschwerde: Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a BVerfGG (+)
- Gegenstand der Verfassungsbeschwerde: „Behauptung, durch die öffentliche Gewalt in einem“ Grundrecht oder grundrechtsgleichen Recht „verletzt zu sein“
- hier vom Antragsteller in der Sache gerügt: Verletzung der Versammlungsfreiheit, Art. 8 Abs. 1 GG

Fall 8

- damit Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache statthaft
 - folglich BVerfG in der Hauptsache zuständig
- Zuständigkeit des BVerfG für die einstweilige Anordnung (+)

Fall 8

II) Rechtsschutzbedürfnis

- schutzwürdiges Interesse des Antragstellers an der Inanspruchnahme verfassungsgerichtlicher Hilfe im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes?
- (P) Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache,
 - grds. nur vorläufige Sicherung der Interessen des Antragstellers (Sicherungsanordnung / Regelungsanordnung)
 - mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG ausnahmsweise Vorwegnahme der Hauptsache zulässig, wenn ein sich kurzfristig erledigendes Geschehen betroffen und daher rechtzeitige gerichtliche Hilfe in der Hauptsache unerreichbar ist
 - hier: Antragstellung „wenige Tage vor der geplanten Dauermahnwache“
- Vorwegnahme der Hauptsache ausnahmsweise zulässig

Fall 8

III) Form, Frist

- Schriftform, § 23 BVerfGG
- keine eigene Frist für den Antrag nach § 32 BVerfGG

Fall 8

B) Begründetheit

- Als Maßstab für Begründetheit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nutzbar zu machen: § 32 I BVerfGG
- Daraus folgender Obersatz für Begründetheit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung: Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist begründet, soweit eine vorläufige Regelung zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten erscheint
- hier einzig ernsthaft in Betracht kommend: Dringende Gebotenheit einer vorläufigen Regelung zur Abwehr schwerer Nachteile
- strenger Maßstab

Fall 8

- im Kern reine Folgenabwägung, insbesondere: Welche Nachteile hat der Antragsteller zu befürchten, wenn sein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ohne Erfolg bleibt?
- Folgenabwägung allerdings nur, wenn Hauptsache nicht offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist

Fall 8

→ **offensichtliche Unzulässigkeit** der Hauptsache?

- Hauptsache: Verfassungsbeschwerde
- daher erforderlich:
 - Angabe des „Rechtes, das verletzt sein soll“ (§ 92 BVerfGG)
 - hier: Art. 8 Abs. 1 GG
 - auf A als e.V. anwendbar?
 - Art. 19 Abs. 3 GG
 - h.L.: „grundrechtstypische Gefährdungslage“ / Rspr.: korporative Betätigungsmöglichkeit
 - (+)
 - Angabe der „Handlung oder Unterlassung des Organs oder der Behörde, durch die der Beschwerdeführer sich verletzt fühlt“ (§ 92 BVerfGG)
 - (+)

Fall 8

- Wahrung der Monatsfrist (§ 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG)
→ (+)
- Betroffenheit: selbst, gegenwärtig, unmittelbar
→ (+)
- Rechtswegerschöpfung (+) [unterstellt: A hat auch erfolglos Beschwerde zum OVG erhoben]
- Grundsatz der materiellen Subsidiarität
 - Hat A alles unternommen, um seinem Recht Geltung zu verschaffen?
 - (P) Behörde hat sich mit dem konkretisierten Antrag (wohl) auseinandergesetzt, nicht aber die Fachgerichtsbarkeit
 - A hätte beim OVG einen Abänderungsantrag gemäß § 80 Abs. 7 VwGO stellen können

Fall 8

- Anforderungen des Grundsatzes der materiellen Subsidiarität
(-)
- Antrag unbegründet
- gleichwohl hilfsgutachterliche Fortsetzung der Prüfung (siehe Aufgabenstellung)

Fall 8

→ **offensichtliche Unbegründetheit** der Hauptsache?

- hier:

1. Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 GG (iVm Art. 19 Abs. 3 GG) eröffnet?

a. persönlich:

- „Deutschengrundrecht“
- Art. 19 Abs. 3 GG, wesensgemäße Anwendbarkeit auf e.V.
(+)

b. sachlich:

- Zusammenkunft einer Mehrzahl an Personen
- innere Verbundenheit durch Verfolgung eines gemeinsamen Ziels
- gerichtet auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung (enger Versammlungsbegriff, h.M.)

Fall 8

- Schutzbereichsbegrenzung: „friedlich und ohne Waffen“
- (P) Protestcamp als von Art. 8 Abs. 1 GG geschützt
 - stets Einzelfallbetrachtung erforderlich: Ist das Camp bloße Infrastruktureinrichtung oder selbst versammlungsrechtlich geschützte Veranstaltung?
 - vgl. G-20-Gipfel 2017 in Hamburg: VG HH, 19 E 5697/17, OVG HH, 4 Bs 125/17, BVerfG 1 BvR 1387/17, bis heute nicht abschließend vom BVerfG geklärt
 - kann hier dahinstehen und Eröffnung des Schutzbereiches unterstellt werden

Fall 8

2. Eingriff (+)
3. Rechtfertigung
 - a. Schranken: Art. 8 Abs. 2 GG, § 15 VersG
 - b. „Schranken-Schranken“
 - Tatbestandsmerkmal: Ist „die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzuges unmittelbar gefährdet“?
 - Abwägung gegen kollidierendes Rechtsgut, hier Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG zugunsten der Allgemeinheit

Fall 8

- Mildere Mittel als Verbot ebenso effektiv?
 - Mindestabstände
 - Beschränkung der Teilnehmerzahl
 - Pflicht zum Tragen von Mund-Nase-Bedeckung
 - Verlegung an vorzugswürdigen Standort
 - behördliche Erfahrungen mit vergleichbaren Sachverhalten dürfen herangezogen werden
 - Eingriff gerechtfertigt (+)
- Ergebnis: Antrag zulässig, aber unbegründet

Dr. Manuel Mielke



Fall 9



Fall 9

A) Zulässigkeit des Antrages auf einstweiligen Rechtsschutz

I. Zuständigkeit des BVerfG

→ einstweiliger Rechtsschutz vor dem BVerfG: § 32 BVerfG

→ Voraussetzung: Zuständigkeit des BVerfG in der Hauptsache („im Streitfall“)

→ hier denkbar: Organstreitverfahren, Art. 93 I Nr. 1 GG, § 13 Nr. 5 BVerfGG

→ zum Maßstab im Rahmen des § 32 BVerfGG:

- strenger Maßstab
- „die Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Maßnahme vorgetragen werden, [haben] grundsätzlich außer Betracht zu bleiben, es sei denn, die in der Hauptsache begehrte Feststellung oder der in der Hauptsache gestellte Antrag [erweist] sich von vornherein als unzulässig oder offensichtlich unbegründet“

→ im Kern: Folgenabwägung

Fall 9

II. Antragssteller, Antragsgegner

- im Verfahren nach § 32 BVerfGG wie im Hauptsacheverfahren
→ § 63 BVerfGG
- A als Abgeordneter, Art. 38 GG (+)
- Bundestagspräsident, Art. 40 GG (+)

III. Form, § 23 I BVerfGG

Fall 9

III. RSB

- (P) unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache?
 - Antrag grds. unzulässig, wenn er darauf abzielt, das Ergebnis der Hauptsache in beschleunigter Weise zu erlangen
 - ausnahmsweise Vorwegnahme der Hauptsache zulässig, wenn anderenfalls unzumutbare Nachteile drohen oder Rechtsschutz vereitelt würde
 - hier: bei Abwarten der Hauptsache wäre Eingriff bereits beendet
- Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz zulässig (+)

Fall 9

B) Begründetheit des Antrages auf einstweiligen Rechtsschutz

- (+), wenn Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist, § 32 I BVerfGG
- Folgenabwägung, wenn nicht der Hauptsacherechtsbehelf offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist
 - h.M.: Prüfung der offensichtlichen Unzulässigkeit/Unbegründetheit des Hauptsacherechtsbehelfes ist Teil der Prüfung der *Begründetheit* des Antrages nach § 32 BVerfGG

Fall 9

- I. keine offensichtliche **Unzulässigkeit** des Organstreitverfahrens
 1. Zuständigkeit des BVerfG (+), s.o.
 2. Antragsberechtigte, Antragsgegner (+), s.o.
 3. Streitgegenstand, § 64 I BVerfGG
 - konkrete Maßnahme oder Unterlassen muss angegriffen werden
 - Rechtserheblichkeit erforderlich
 - hier: Gestatten des Verhüllens mit Plakaten ohne Einholung der Zustimmung des Bundestages
 4. Antragsbefugnis, § 64 I BVerfGG
 - nur Rechte/Pflichten unmittelbar aus dem GG
 - hier: Art. 38 GG
 - nicht: Prozessstandschaft eines Abgeordneten für den gesamten Bundestag

Fall 9

5. Form, Frist

→ Form: § 23 I BVerfGG (i.V.m. § 64 II BVerfGG)

→ Frist: 64 III BVerfGG, 6 Monate

→ keine offensichtliche Unzulässigkeit des Organstreitverfahrens (+)

II. keine offensichtliche **Unbegründetheit** des Organstreitverfahrens

→ Organstreitantrag wäre begründet (und damit nicht offensichtlich unbegründet), wenn

→ in Streit stehende Maßnahme gegen das Grundgesetz verstößt,
§ 67 BVerfGG

Fall 9

- Verstößt Vertragsschluss ohne BT-Beteiligung gegen Grundgesetz?
- str.: Verletzung organschaftlicher Rechte erforderlich oder objektives Prüfverfahren?
 - BVerfG: kontradiktorisches Verfahren, Verletzung organschaftlicher Rechte erforderlich
 - a.A.: abstrakte Prüfung im Vordergrund (Art. 93 I Nr. 1 GG: „Auslegung dieses Grundgesetzes aus Anlass von Streitigkeiten“)
- Kann offen bleiben, wenn organschaftliches Recht verletzt
- Ausgangspunkt: Hausrecht des Bundestagspräsidenten, Art. 40 II 1 GG
- „Präsident übt [...] aus“, nicht „hat inne“
 - Hausrecht liegt originär beim Bundestag selbst

Fall 9

- daher ist grds. eine „**Rückholkompetenz**“ des Bundestages denkbar
- trifft jedenfalls in **wesentlichen** Fragen zu
- Demokratieprinzip (Art. 20 II 1 GG) ./.
Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 II 2, III GG)
- hier: Außendarstellung berührt das Ansehen des Bundestages, aber auch jedes einzelnen Abgeordneten und damit zugleich das Ausüben des Mandats iSv Art. 38 GG; **Wesentlichkeit** daher (+)
- keine offensichtliche Unbegründetheit (+)
- a.A. gut vertretbar, insb. weil BT „Rückholkompetenz“ nicht ausgeübt hat

Fall 9

III. Folgenabwägung

- **Nachteile**, die eintreten, wenn keine einstw. AO erlassen wird, sich Maßnahme in der Hauptsache aber als verfassungswidrig erweist ./ **Nachteile**, die eintreten, wenn eine einstw. AO erlassen wird, sich Maßnahme in der Hauptsache aber als verfassungsmäßig erweist
- eindeutiges Überwiegen der potentiellen Nachteile auf Seiten des A: für den Bundestagspräsidenten käme es lediglich zu einer Verzögerung und ggf. höheren Kosten; ein etwaiger Eingriff in die Rechte des A aus Art. 38 GG wäre irreparabel

Fall 9

- Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung begründet
- BVerfG wird dem Bundestagspräsidenten die Durchführung der Maßnahme lediglich mit der Maßgabe gestatten, dass zuvor der Bundestag mit der Angelegenheit befasst wurde

- zum Organstreit:
 - „nur“ feststellender Tenor (§ 67 Satz 1 BVerfGG)
 - BVerfG: gleichwohl ebenso wirkungsvoll wie Verpflichtungstenor, insbesondere Vollstreckungsanordnung nach § 35 BVerfGG möglich

Fall 9

Ergänzungsfrage: Haftung der Bundesrepublik?

1. AGL?
 - aus ÖR oder ZR?
 - fiskalisches Geschäft der Bedarfsdeckung
 - ZR
 - §§ 280 I, III, 283 BGB
2. Anspruchsvoraussetzungen
 - a. Schuldverhältnis
 - Abschluss eines (Werk-) Vertrages (+)
 - aber: Vertrag unwirksam, weil BT-Präs. ohne Beteiligung des BT nicht handeln durfte?
 - (-), vgl. § 58 VwVfG ./ Art. 40 II GG
 - Schuldverhältnis (+)

Fall 9

b. Unmöglichkeit (+)

→ BT-Präs. ist rechtlich daran gehindert, die Anbringung der Transparente in der vereinbarten Weise zuzulassen

c. Vertretenmüssen, § 280 I 2 BGB

d. kausaler Schaden → unterstellt

→ Anspruch des B (+)

Dr. Manuel Mielke



Fall 10



Fall 10

- Nach Aufgabenstellung zu prüfen: Erfolgsaussichten der vor dem Verwaltungsgericht erhobenen Klage
- Obersatz: Die Klage hat Erfolg, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen erfüllt sind und soweit die Klage begründet ist.
- Beachte: Differenzierung nach den einzelnen Maßnahmen erforderlich

Fall 10

A) Sachentscheidungsvoraussetzungen

Anordnung der Hergabe

- I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges
 1. aufdrängende Sonderzuweisung (-)
 2. § 40 Abs. 1 VwGO?
 - a. ö.-re. Streitigkeit?
 - aa. modifizierte Subjektstheorie: Berechtigt und verpflichtet die streitentscheidende Norm einseitig einen Träger hoheitlicher Gewalt?

Fall 10

- bb. streitentscheidend könnten hier sein
 - § 94 StPO
 - § 14 Abs. 1 SOG
 - cc. StPO grds. einschlägig bei repressivem Vorgehen
 - dd. hier denkbar: repressives Vorgehen auf Grundlage des § 33 KunstUrhG
 - ee. aber: Norm stellt (nur) die Verbreitung und öffentliche Zurschaustellung unter Strafe; daran fehlt es hier (noch)
 - ff. Folge: Es ist anzunehmen, dass die Polizei auf Grundlage des § 14 Abs. 1 Satz 1 lit. a) SOG tätig werden wollte
- ö.-re. Streitigkeit (+)

Fall 10

- b. nicht verfassungsrechtlicher Art
 - Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG könnte von Bedeutung sein
 - aber keine doppelte Verfassungsunmittelbarkeit
 - nicht verfassungsrechtlicher Art (+)
- c. keine abdrängen Sonderzuweisung?
 - bei polizeilichem Vorgehen stets in Erwägung ziehen: abdrängende Sonderzuweisung aus § 23 Abs. 1 EGGVG (sog. „JustizVA“ → „Strafrechtspflege“)
 - wenn eine Maßnahme sowohl präventiven als auch repressiven Charakter hat, ist nach ihrem Schwerpunkt zu entscheiden
 - kann hier dahinstehen, da repressives Vorgehen ohnehin nicht in Betracht kommt (s.o.)
 - abdrängende Sonderzuweisung (-)

Fall 10

II. statthafte Klageart

- § 88 VwGO: „Beseitigung“ der „Wegnahmeanordnung“
- Einordnung: Wegnahme = Sicherstellung iSv § 14 Abs. 1 Satz 1 lit. a) SOG
- (P) Rechtsnatur der Sicherstellung
- str., ob VA oder Realakt (mit tatsächlichem Vollstreckungselement)
- jedenfalls Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls erforderlich
- hier: „gestrecktes Verfahren“, erst Aufforderung zur Herausgabe unter Androhung der Wegnahme, dann erst Wegnahme
- zumindest in diesem Fall: Sicherstellung = VA
- Anfechtungsklage gemäß § 42 Abs. 1, 1. Alt. VwGO statthaft

Fall 10

III. Klagebefugnis

- § 42 Abs. 2 VwGO
- erforderlich: Möglichkeit der Verletzung in subjektiven Rechten
- hier: Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 GG

→ Klagebefugnis (+)

IV. Vorverfahren, §§ 68 ff. VwGO (+)

V. Frist, § 74 Abs. 1 Satz 1 VwGO (+)

VI. Klagegegner

→ § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO

VII. Beteiligten-/Prozessfähigkeit

Kläger: §§ 61 Nr. 1, 1. Alt., 62 Abs. 1 Satz 1 VwGO

Beklagter: §§ 61 Nr. 1, 2. Alt., 62 Abs. 3 VwGO

Fall 10

VIII.zuständiges Gericht, §§ 45, 52 Nr. 3 VwGO

IX. RSB (+)

→ Sachentscheidungsvoraussetzungen der Anfechtungsklage gegen die Sicherstellung (+)

Herausgabeverlangen

→ eigentlich statthaft: allgemeine Leistungsklage

→ hier aber: Annexantrag zur Anfechtungsklage, § 113 Abs. 1 Satz 2, 3 VwGO

→ Stufenklage sowie privilegierte Form der Klagehäufung

→ Sachentscheidungsvoraussetzungen sind mit denen der Anfechtungsklage gegeben

Fall 10

Feststellungsbegehren bzgl. zwangsweiser Wegnahme

- I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 Abs. 1 VwGO (+)
- II. Statthafte Klageart
 - Rechtsnatur des Zwangsmittels?
 - unmittelbarer Zwang als
 - VA („konkludente Duldungsverfügung“)
 - Realakt (h.M.)
 - bei Einstufung als VA:
 - Erledigung ist eingetreten
 - FFKl., § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO analog

Fall 10

- hier angenommen: Einstufung als Realakt
- allgemeine Feststellungsklage?
- erforderlich: feststellungsfähiges Rechtsverhältnis
- „jede Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder einer Sache aufgrund öffentlich-rechtlicher Regelungen“
- fragliches Rechtsverhältnis: Bestehen der Befugnis der Polizei zur zwangsweisen Wegnahme des Filmes
- Achtung: Rechtsverhältnis liegt in der Vergangenheit
 - qualifizierte Anforderungen beim Feststellungsinteresse
- allgemeine Feststellungsklage, § 43 Abs. 1 VwGO (+)

Fall 10

III. Subsidiarität der Feststellungsklage

- § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO
- hier: bezüglich des unmittelbaren Zwanges keine vorrangige Gestaltungsklage denkbar

IV. Klagebefugnis

- § 42 Abs. 2 VwGO nicht direkt anwendbar
- MM: wegen des Erfordernisses eines Feststellungsinteresses bedarf es keiner Klagebefugnis
- hM: § 42 Abs. 2 VwGO analog, Feststellungsinteresse ist zur Vermeidung von Popularklagen nicht hinreichend geeignet
- hier: Klagebefugnis (+), s.o.

Fall 10

V. Feststellungsinteresse, § 43 Abs. 1 VwGO

- grds.: jedes Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art
- (P) hier: in der Vergangenheit liegendes Rechtsverhältnis betroffen, dass sich „erledigt“ hat
- Folge: Übertragung der Anforderungen der FFKI. auf allg. FKI.
- hier: Wiederholungsgefahr (+)

Fall 10

VI. Klagegegner

- allgemeines Rechtsträgerprinzip/§ 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog
- FHH

→ Sachentscheidungsvoraussetzungen bzgl. allgemeiner Feststellungsklage hinsichtlich unmittelbaren Zwanges (+)

→ damit Sachentscheidungsvoraussetzungen insgesamt (+)

Fall 10

B) Begründetheit

Sicherstellung

Obersatz: § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO

I. RGL

→ § 14 Abs. 1 Satz 1 lit. a) SOG

II. formellen Rechtmäßigkeit

1. Zuständigkeit

→ eigentlich: § 3 Abs. 1 SOG, Verwaltungsbehörde

→ hier aber: Eilzuständigkeit der Polizei, § 3 Abs. 2 SOG

2. Verfahren: § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG

3. Form: §§ 10, 37 Abs. 2 VwVfG

Fall 10

III. materielle Rechtmäßigkeit

1. gegenwärtige Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung?

- Öffentliche Sicherheit:

Integrität der Rechtsordnung und der Rechtsgüter Einzelner sowie Bestand und Funktionieren staatliche Einrichtungen und Veranstaltungen

- Öffentliche Ordnung:

Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung für ein gedeihliches Zusammenleben innerhalb eines bestimmten Gebietes angesehen wird

Fall 10

- Gefahr:
Eine Gefahr liegt vor, wenn eine Sachlage oder ein Verhalten bei ungehindertem Geschehensablauf mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit die öffentliche Sicherheit oder Ordnung schädigen wird
- unmittelbar bevorstehend („gegenwärtig“):
Gefahrenverwirklichung hat bereits begonnen oder ist mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit in allernächster Zeit zu erwarten
- hier: drohende Verwirklichung des Tatbestandes aus § 33 KunstUrhG?
 - bei Anfertigung eines Fotos durch Pressefotografen ist mit Verbreitung zu rechnen
 - eine Einwilligung der Polizisten im Sinne von § 22 KunstUrhG liegt offensichtlich nicht vor

Fall 10

- aber: Einwilligung ist nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 KunstUrhG entbehrlich, da die Räumung der besetzten Häuser einen Vorgang der Zeitgeschichte darstellt; die in diesem Zusammenhang tätigen Polizisten werden dadurch relative Personen der Zeitgeschichte
 - RG: zur Zeitgeschichte gehören „alle Erscheinungen im Leben der Gegenwart, die von der Öffentlichkeit beachtet werden, bei (ihr) Aufmerksamkeit finden und Gegenstand der Teilnahme oder Wissbegier weiter Kreise sind“ → alle Fragen von allgemeinem gesellschaftl. Interesse
- drohende Verwirklichung des § 33 KunstUrhG (-)

Fall 10

- drohende Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Polizisten, Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 GG?
 - Abwägung zwischen Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG und Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 GG
 - die Polizisten werden lediglich als Teil des Gesamtgeschehens „Häuserräumung“ abgebildet, sie stehen nicht als Person im Mittelpunkt
 - Vorrang des Interesses an einer (Bild-)Berichterstattung
 - keine drohende Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Polizisten
- Gefahr (-)

Fall 10

- Tatbestand § 14 Abs. 1 Satz 1 lit. a) SOG (-)
- andere Rechtsgrundlage nicht ersichtlich
- Anfechtungsklage gegen die Sicherstellung ist zulässig und begründet

Herausgabeverlangen

- mit Aufhebung der Sicherstellung entfällt der Rechtsgrund für die weitere Verwahrung der Filmrolle
- Annexantrag nach § 113 I 2 VwGO begründet
- materiell-rechtliche AGL: § 14 Abs. 3 Satz 1 SOG
- Herausgabeanspruch (+)

Fall 10

Feststellungsbegehren bzgl. unmittelbaren Zwangs

Obersatz: Die Klage ist begründet, wenn eine Befugnis der Polizei zur Wegnahme der Filmrolle im Wege des unmittelbaren Zwanges nicht bestand. [nicht wie bei FFKI: „[...] rechtswidrig war.“]

- I. RGL: §§ 3, 15, 17 Abs. 1 HmbVwVG iVm §§ 17 ff. SOG
- II. formelle Rechtmäßigkeit
 1. Zuständigkeit, § 4 HmbVwVG iVm VollstBehAnO Hmb (+)
 2. Verfahren: Androhung, § 22 Abs. 1 SOG (+)
 3. Form: § 10 HmbVwVfG

Fall 10

III. materielle Rechtmäßigkeit

1. vollstreckbarer GrundVA, § 3 Abs. 3 HmbVwVG

→ hier wegen Aufhebung der Sicherstellung durch das Verwaltungsgericht (-)

2. Fall des § 7 SOG?

→ (-), da keine Gefahr, s.o.

→ Befugnis der Polizei zur Anwendung unmittelbaren Zwangs (-)

Fall 10

→ Feststellungsklage zulässig und begründet

→ (Hauptsache-) Tenor insgesamt:

„Die Sicherstellungsanordnung des Beklagten vom (...) wird aufgehoben. Der Beklagte wird verurteilt, die (möglichst genaue Bezeichnung der Filmrolle) an den Kläger herauszugeben. Es wird festgestellt, dass der Beklagte nicht befugt war, dem Kläger die (möglichst genaue Bezeichnung der Filmrolle) am (Datum) im Wege der Anwendung unmittelbaren Zwangs wegzunehmen.“

→ **Exkurs Verwaltungsvollstreckung**

Dr. Manuel Mielke



Fall 11



Fall 11

- Nach Aufgabenstellung zu prüfen: Erfolgsaussichten der vor dem Verwaltungsgericht erhobenen Klage
- Obersatz: Die Klage hat Erfolg, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen erfüllt sind und soweit die Klage begründet ist.

Fall 11

A. Sachentscheidungsvoraussetzungen

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

1. aufdrängende Sonderzuweisung (-)

2. § 40 Abs. 1 VwGO?

a. ö.-re. Streitigkeit?

aa. modifizierte Subjektstheorie: Berechtigt und verpflichtet die streitentscheidende Norm einseitig einen Träger hoheitlicher Gewalt?

bb. streitentscheidende Norm: § 13 Abs. 2 HmbVwVG

→ § 13 Abs. 2 Satz 2 HmbVwVG: Festsetzung durch Vollstreckungsbehörde

→ ö.-re. Streitigkeit (+)

Fall 11

b. nicht verfassungsrechtlicher Art (+)

c. keine abdrängende Sonderzuweisung (+)

II. statthafte Klageart

→ § 88 VwGO

→ Kläger begehrt Aufhebung des Kostenbescheides

→ Anfechtungsklage, § 42 Abs. 1, 1. Alt. VwGO

III. Klagebefugnis

→ Möglichkeit der Verletzung subjektiver Rechte erforderlich

→ Adressatentheorie: zumindest Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG denkbar

→ Klagebefugnis (+)

Fall 11

IV. Vorverfahren

- grds. ordnungsgemäße erfolglose Durchführung erforderlich
- hier: Fristproblem? → war VA möglicherweise bei Einlegung des Widerspruches schon bestandskräftig?
- § 41 Abs. 1 Satz 1 HmbVwVfG: Bekanntgabe des VA nötig
- hier: Bekanntgabe per Post
- Datum der tatsächlichen Bekanntgabe unbekannt, daher Nutzung der „3-Tages-Fiktion“, § 41 Abs. 2 Satz 1 HmbVwVfG
 - VA gilt am dritten Tag nach Aufgabe zur Post als bekanntgegeben

Fall 11

- unterstellt: Aufgabe zur Post am 24.9.2018
- Bekanntgabe: 27.9.2018
- Wann endet die Widerspruchsfrist?
 - unterstellt: ordnungsgemäß Rechtsbehelfsbelehrung
 - dann: § 70 Abs. 1 VwGO: 1 Monat nach Bekanntgabe
 - str.: Fristberechnung nach
 - §§ 79, 31 Abs. 1 HmbVwVfG iVm §§ 187 Abs. 1 188 Abs. 2 BGB oder
 - h.M.: § 57 Abs. 2 VwGO iVm § 222 ZPO iVm §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB
 - kann letztlich wegen gleicher Ergebnisse dahinstehen

Fall 11

- Fristbeginn: 28.9.2018 (Freitag)
- beachte aber: Fristbeginn für Berechnung des Fristendes irrelevant, vgl. § 188 Abs. 2 BGB
- Fristende:
 - eigentlich: 27.10.2018, ist aber ein Samstag
 - daher: § 222 Abs. 2 ZPO / § 193 BGB → nächster Werktag maßgeblich
 - Fristende mit Ablauf des 29.10.2018
- am 30.10.2018 eingelegter Widerspruch war verfristet

Fall 11

- Im Grundsatz: VA ist bestandskräftig, Klage unzulässig
- Anderes Ergebnis, weil die Behörde den Widerspruch nicht nur als unzulässig, sondern auch als unbegründet zurückgewiesen und damit eine Entscheidung (auch) in der Sache getroffen hat?
 - e.A.: Behörde darf bei Bestandskraft des Ausgangsbescheides nicht in der Sache entscheiden, eine Abweichung hiervon ist unbeachtlich, arg. e contrario § 60 VwGO iVm § 70 Abs. 2 VwGO; Schutz der Verwaltungsgerichte vor Überlastung; Rechtssicherheit
 - a.A.: Behörde ist „Herrin des Vorverfahrens“, Widerspruchsfrist dient nur ihrem Schutz, sie kann daher auch auf diesen verzichten

Fall 11

→ hier (klausurtaktisch) Anschluss an a.A. → Behörde hat Bestandskraft durchbrochen

→ ordnungsgemäß erfolglos durchgeführtes Vorverfahren (+)

V. Klagefrist, § 74 Abs. 1 Satz 1 VwGO (+)

VI. Klagegegner, § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO (+)

VII. Beteiligten-/Prozessfähigkeit (+)

VIII. Zuständiges Gericht (+)

IX. RSB (+)

→ Sachentscheidungsvoraussetzungen (+)

Fall 11

B) Begründetheit

Obersatz: § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO

I. RGL

→ § 13 Abs. 2 HmbVwVfG

II. formelle Rechtmäßigkeit

→ laut Sachverhalt (+)

III. materielle Rechtmäßigkeit

1. Kostengrund

→ Vollstreckung im Wege der Ersatzvornahme

a. RGL

→ § 13 Abs. 1 HmbVwVG

Fall 11

b. formelle Rechtmäßigkeit

- aa. Zuständigkeit (+) [„Vollstreckungsbehörde“: § 4 Abs. 1 HmbVwVG iVm VollstrBehAnO]
- bb. Verfahren: nicht anzuwenden: § 28 HmbVwVfG
 - Ersatzvornahme nach hM kein VA
 - im Übrigen: § 28 Abs. 2 Nr. 5 HmbVwVfG
- cc. Form: § 10 HmbVwVfG

c. materielle Rechtmäßigkeit

→ erforderlich:

- wirksamer vollziehbarer HDU-GrundVA, § 3 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 HmbVwVG
- Rechtmäßigkeit der Anwendung des Verwaltungszwanges
- keine Vollstreckungshindernisse

Fall 11

aa. HDU-GrundVA

- Halteverbotsschild
- Allgemeinverfügung iSv § 35 Satz 2 HmbVwVfG
- Inhalt: Nicht nur Halte-/Parkverbot, sondern zugleich Wegfahrgebot
- HDU-GrundVA (+)

bb. Wirksamkeit?

- setzt Bekanntgabe voraus, § 41 Abs. 1 HmbVwVfG
- nach § 41 Abs. 3 HmbVwVfG öffentliche Bekanntgabe möglich, wenn durch Rechtsvorschrift zugelassen oder „Einzelbekanntgabe“ untunlich ist

Fall 11

- Verkehrsschilder werden durch Aufstellung bekannt gegeben, dies stellt eine in der StVO vorgesehene Sonderform der öffentlichen Bekanntgabe dar (§§ 39 Abs. 1, 45 Abs. 4 StVO)
 - ordnungsgemäße Aufstellung setzt voraus, dass ein durchschnittlicher Kraftfahrer bei Einhaltung der nach § 1 StVO erforderlichen Sorgfalt das Verkehrszeichen mit einem beiläufigen Blick wahrnehmen kann; auf die *tatsächliche* Wahrnehmung durch den Betroffenen kommt es nicht an
 - hier (+)
- Wirksamkeit HDU-GrundVA (+)

Fall 11

cc. Vollziehbarkeit

- § 3 Abs. 3 HmbVwVG
- § 3 Abs. 3 Nrn. 1, 2 HmbVwVG (-)
- bleibt: § 3 Abs. 3 Nr. 3 HmbVwVG
 - Verkehrsschild steht „unaufschiebbaren Anordnungen und Maßnahmen von Polizeivollzugsbeamten“ iSv § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 VwGO gleich
 - § 80 Abs. 1 VwGO darf schon aus Gründen der Gefahrenabwehr nicht gelten
- Vollziehbarkeit (+)

Fall 11

dd. Rechtmäßigkeit des GrundVA erforderlich?

→ drei verschiedene Konstellationen:

- GrundVA bestandskräftig
→ Rechtmäßigkeit nicht erforderlich
- GrundVA sofort vollziehbar (kraft Gesetzes oder behördlicher Anordnung)

→ str.:

e.A.: Rm. erforderlich, anderenfalls würde Art. 19 Abs. 4 GG unterlaufen und vorhandenes Unrecht vertieft und möglicherweise perpetuiert

h.M.: Rm. nicht erforderlich, arg.: Effektivität der Gefahrenabwehr; § 29 II 1 HmbVwVG

- kein GrundVA, Fall des § 7 HmbSOG
→ Rm. erforderlich

Fall 11

→ hier zwar str. Fall betroffen, Streit kann aber dahinstehen, da Verkehrsschilder laut Sachverhalt rm. aufgestellt wurden

ee. Androhung der Vollstreckung

- nach § 8 Abs. 1 HmbVwVG grds. erforderlich, hier aber nicht erfolgt
- hier aber Entbehrlichkeit der Androhung nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 HmbVwVG, der bereits eine Störung vorliegt und K nicht erreichbar ist

ff. vertretbare Handlung (+)

gg. richtiger Vollstreckungsschuldner

- § 9 Abs. 1 Nr. 1 HmbVwVG
- (+)

Fall 11

hh. Vollstreckungshindernisse

- nicht ersichtlich

ii. Rechtsfolgenseite

- Ermessensspielraum der Behörde
- hier kein Ermessensfehler, der Umzug, dem das Halteverbot diene, wurde gestört

→ Ersatzvornahme = Kostengrund rechtmäßig

Fall 11

2. Kostenhöhe (+)

3. Kostenschuldner

- § 13 Abs. 2 Satz 1 HmbVwVG: „pflichtige Person“
- (+), s.o. zu § 9 Abs. 1 Nr. 1 HmbVwVG

4. Rechtsfolge:

- § 13 Abs. 2 Satz 1, 2 HmbVwVG: „Kosten sind zu tragen/werden festgesetzt“
- kein Ermessensspielraum der Behörde
- vgl. auch Gedanke § 6 I HGrG

Fall 11

→ Störgefühl in Anbetracht der Lösung?

- Rspr.:

- **dauerhaftes Parken** im öffentlichen Straßenraum ist **grundsätzlich erlaubt**
- der einzelne Verkehrsteilnehmer kann allerdings nicht zeitlich unbefristet auf die Nutzbarkeit des konkreten Stellplatz vertrauen
- vor diesem Hintergrund bestehen hinsichtlich des abgestellten Fahrzeuges **Nachschaupflichten** des Halters
- eine Kostentragungspflicht nach einem Abschleppvorgang kommt erst nach einer **Vorlaufzeit von drei vollen Tagen** in Betracht (vgl. BVerwG, Urteil vom 24.5.2018 – 3 C 25/16 –)
- gemeint: volle Kalendertage, nicht: 72 h

Fall 11

- normative Anknüpfung: § 13 Abs. 2 Satz 4 HmbVwVG („grob unbillig“)
- hier: Abschleppen wäre erst am 24.8.2018 möglich gewesen
- Kostenbescheid rechtswidrig, Klägerin ist auch in ihren Rechten aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt
- die Klage ist zulässig und begründet

Fall 11

Alternativlösung:

vgl. etwa VG Hamburg, Beschluss vom 30.12.2021 - 5 K 1268/20 -

→ Einstufung des Abschleppens als Sicherstellung

A. Sachentscheidungsvoraussetzungen (+)

B. Begründetheit

Obersatz: Die Klage ist begründet, soweit der Kostenbescheid rechtswidrig ist und die Klägerin ihren Rechten verletzt, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

Fall 11

I. RGL

→ § 14 Abs. 3 Satz 3 HmbSOG

II. formelle Rechtmäßigkeit (+)

III. materielle Rechtmäßigkeit

1. Kostengrund

→ Sicherstellung

a. RGL

→ § 14 Abs. 1 Satz 2 HmbSOG

Fall 11

b. formelle Rechtmäßigkeit

aa. Zuständigkeit (+)

bb. Verfahren

→ in diesem Aufbau nicht anzuwenden: § 28 Abs. 1 HmbVwVfG

→ würde die Sicherstellung hier als VA eingestuft, fehlte es an einer Bekanntgabe gegenüber dem Adressaten und die Sicherstellung wäre nie wirksam geworden

→ in diesem Falle wäre eine Lösung dann nur über den Sofortvollzug nach § 7 HmbSOG mit der Sicherstellung als hypothetischem GrundVA möglich

cc. Form: § 10 HmbVwVfG

Fall 11

c. materielle Rechtmäßigkeit

→ Tatbestandsvoraussetzungen § 14 I 2 SOG:

- verbotswidrig abgestelltes Fahrzeug (+), s.o.
- Behinderung anderer Verkehrsteilnehmer (+)
- Umsetzung nicht möglich (+)

→ Rechtsfolge: - Ermessen („wird ... in der Regel sichergestellt“ betrifft nicht die Rechtsfolge, sondern grenzt insbesondere zur Ersatzvornahme ab)

- Ermessensfehler (-), s.o.

Fall 11

2. Kostenschuldner

→ § 14 Abs. 3 Satz 3 HmbSOG: der „nach §§ 8 und 9 Verantwortliche“

→ K ist jedenfalls Zustandsstörer nach § 9 Abs. 1 Satz 1 HmbSOG

3. Kostenhöhe

→ OK

4. Rechtsfolge:

→ eigentlich intendiertes Ermessen (vgl. § 6 Abs. 1 HGrG, Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit)

→ hier aufgrund des Unterschreitens der dreitägigen Vorlaufzeit aber: atypischer Fall (+)

→ Klage zulässig und begründet

Dr. Manuel Mielke



Fall 13



Fall 13

- Nach Aufgabenstellung zu prüfen: Erfolgsaussichten der vor dem Verwaltungsgericht erhobenen Klage
- Obersatz: Die Klage hat Erfolg, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen erfüllt sind und soweit die Klage begründet ist.

Fall 13

A. Sachentscheidungsvoraussetzungen

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

1. aufdrängende Sonderzuweisung (-)

2. § 40 Abs. 1 VwGO?

a. ö.-re. Streitigkeit?

aa. modifizierte Subjektstheorie: Berechtigt und verpflichtet die streitentscheidende Norm einseitig einen Träger hoheitlicher Gewalt?

bb. streitentscheidende Norm: § 14 Abs. 1 SOG/§ 3 Abs. 1 SOG

→ beide Rechtsgrundlagen ermächtigen die Verwaltungsbehörde/Vollzugspolizei

→ ö.-re. Streitigkeit (+)

Fall 13

- b. nicht verfassungsrechtlicher Art (+)
- c. keine abdrängende Sonderzuweisung (+)

II. statthafte Klageart

→ § 88 VwGO

→ Kläger begehrt ausdrücklich Feststellung der Rechtswidrigkeit des Bescheides

→ evtl. auszulegen als Aufhebungsbegehren (vgl. § 88 aE VwGO)?

→ VA zwar (+), aber Erledigung kraft Zeitablaufs: Maßnahme war bis zum 10.9.2019 befristet, Klage wurde am 16.9.2019 erhoben

→ Auslegung als Anfechtungsklage (-)

Fall 13

→ FFKI, § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO?

- dort geregelt: Erlass VA – Klageerhebung – Erledigung
- hier aber: Erlass VA – Erledigung – Klageerhebung
- analoge Anwendung?
- Voraussetzungen: vergleichbare Interessenlage, planwidrige Regelungslücke
 - vergleichbare Interessenlage wegen Betroffenheit eines erledigten Verwaltungsaktes (+)
 - planwidrige Regelungslücke - str.:
 - e.A.: (-), allg. Feststellungsklage gem. § 43 Abs. 1 VwGO steht zur Verfügung, Befugnis zum Erlass eines VA=Rechtsverhältnis
 - h.M.: (+), § 43 Abs. 1 VwGO differenziert selbst zwischen Rechtsverhältnis und Nichtigkeit eines VA

Fall 13

- analoge Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO (+)
- statthaft: (erweiterte) FFKI.

III. Klagebefugnis

- Möglichkeit der Verletzung subjektiver Rechte erforderlich, § 42 Abs. 2 VwGO analog
- Adressatentheorie: zumindest Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG denkbar
- Klagebefugnis (+)

IV. Feststellungsinteresse

- jedenfalls Wiederholungsgefahr (+)
- auch vertretbar: Rehabilitationsinteresse

Fall 13

V. Vorverfahren

→ ordnungsgemäß erfolglos durchgeführt (+)

VI. Frist

- grds. Monatsfrist nach § 74 Abs. 1 Satz 1 VwGO
- (P) Gilt die Klagefrist bei Erledigung überhaupt?
 - einhellig: Ist die Klagefrist im Zeitpunkt der Erledigung bereits abgelaufen, kann auch eine FFKl. nicht zulässig erhoben werden (keine „Wiederbelebung durch Erledigung“)

Fall 13

- str.: Muss die Klagefrist nach Erledigung beachtet werden?
 - e.A.: (+), keine Besserstellung des Klägers wg. Erledigung; Zeitpunkt des Eintrittes der Erledigung hängt häufig vom Zufall ab
 - h.M.: (-), Klagefrist dient der Herstellung von Rechtssicherheit, derer es nach Erledigung aber nicht mehr bedarf, weil der VA keine Wirkung entfaltet
- kann hier dahinstehen:
- bei unterstellt ordnungsgemäßer Rechtsbehelfsbelehrung endete die Klagefrist am 28.9.2019
 - Klage erhoben wurde bereits am 16.9.2019

Fall 13

VII. Klagegegner

→ § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO: FHH

VII. Beteiligten-/Prozessfähigkeit (+)

VIII. Zuständiges Gericht (+)

IX. RSB (+)

→ Sachentscheidungsvoraussetzungen (+)

Fall 13

B. Begründetheit

Obersatz: Die Klage ist begründet, soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig war und der Kläger durch diesen in seinen Rechten verletzt wurde, § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO analog.

I. RGL

- § 14 Abs. 1 Satz 1 lit. a SOG?
- (P) Sicherstellung durch Anbringen der Parkkralle?

Fall 13

- Sicherstellung
 - soll dem Eigentümer/sonstigen Berechtigten die Verfügungsgewalt entziehen und eine neue Sachherrschaft begründen
 - hat ein amtliches Verwahrungsverhältnis zur Folge, § 14 Abs. 3 SOG
 - hier (-), A kann aus Sicht der Behörde mit dem PKW alles tun außer fahren
- § 14 Abs. 1 Satz 1 lit. a SOG als RGL (-)

Fall 13

- § 3 Abs. 1 SOG als RGL?

→ (P) Findet die Generalklausel neben der spezielleren Regelung des § 14 SOG überhaupt Anwendung?

- sind die Voraussetzungen einer Spezialnorm zwar nicht gegeben, ist aber deren Anwendungsbereich eröffnet, würden die vom Gesetzgeber durch die Schaffung der Spezialnorm aufgestellten Anforderungen an einen Eingriff durch die Anwendung der Generalklausel unterlaufen
- Sperrwirkung der Spezialnorm kann aber nie weiter gehen als ihre Regelungswirkung

Fall 13

- hier:
 - keine Entziehung der Verfügungsgewalt beabsichtigt
 - daher: Anwendungsbereich des § 14 SOG nicht eröffnet

→ Anwendbarkeit des § 3 Abs. 1 SOG (+)

→ RGL = § 3 Abs. 1 SOG

Fall 13

II. formelle Rechtmäßigkeit

→ (+), siehe Sachverhalt

III. materielle Rechtmäßigkeit

1. Gefahr für öff. Sicherheit/Ordnung

- Definition Gefahr: Sachlage, in der bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden für eines der Schutzgüter eintreten wird
- Definition öff. Sicherheit: Unverletzlichkeit der Rechtsordnung, Unverletzlichkeit der Rechtsgüter des Einzelnen sowie Bestand/Funktionieren staatlicher Einrichtungen und Veranstaltungen

Fall 13

- Definition öff. Ordnung: Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung für ein gedeihliches Zusammenleben innerhalb eines bestimmten Gebietes angesehen wird
- **hier konkret zu klären:** Geht eine Gefahr davon aus, dass A in der Lage ist, seinen Pkw zu nutzen?
 - gut 30-jährige Historie im Sexualstrafrecht
 - Taten werden trotz engmaschiger Maßnahmen der Führungsaufsicht begangen
 - mehrere Therapien erfolglos/abgebrochen
 - PKW wird gezielt bei der Tatbegehung eingesetzt

Fall 13

→ Gefahr für öff. Sicherheit in Gestalt der Integrität der Rechtsordnung sowie des Schutzes von Individualrechtsgütern (+)

2. A = Störer?

- nur denkbar: Störereigenschaft iSv § 8 Abs. 1 SOG
- knüpfte man jetzt an § 9 SOG an, konterkarierte man die obige Argumentation zur Anwendbarkeit des § 14 SOG
- für „Versursachung“ iSv § 8 Abs. 1 SOG erforderlich: Verhalten muss *conditio sine qua non* für die Entstehung der Gefahr/Störung sein
- m.a.W.: Das Verhalten darf nicht hinweggedacht werden können, ohne dass die Gefahr/Störung dadurch entfällt

Fall 13

- Neben Kausalität für Zurechnung erforderlich:
Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen dem - kausalen - Verhalten der Person und der Gefahr/Störung
- Für diese Unmittelbarkeit zu klären: Ob zwischen dem Verhalten einer Person und der Gefahr ein hinreichend enger Wirkungs- und Verantwortungszusammenhang besteht, der die Pflichtigkeit zu rechtfertigen vermag
- immer ausreichend für Zurechnung: Rechtswidrigkeit des - kausalen - Verhaltens

→ A = Störer (+)

Fall 13

3. Rechtsfolgenseite

- Ermessen, § 4 SOG
- Maßnahme dient Schutz der hochwertigen Rechtsgüter Leib, Leben, Freiheit und sexuelle Selbstbestimmung
- denkbare Alternative Maßnahmen wären insbesondere
 - vorübergehende Sicherstellung des Führerscheines
 - Sicherstellung des PKW
- keine ebenso geeigneten/milderen Maßnahmen
- nicht erforderlich, dass Gefahr vollkommen ausgeräumt wird, eine Minderung reicht aus, § 4 Abs. 1 Satz 2 SOG
- zeitlicher Rahmen der Maßnahme erheblich, aber mit Blick auf die Gewichtigkeit der geschützten Rechtsgüter OK; dauerhafte Parkkralle wäre problematisch

Fall 13

- Ermessensfehler (-)
- VA war rechtmäßig
- Klage daher zulässig, aber unbegründet

Dr. Manuel Mielke



Fall 15



Fall 15

- zu prüfen: Erfolgsaussichten des Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz

- Obersatz:

Der Antrag hat Erfolg, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen erfüllt sind und soweit er begründet ist.

Fall 15

A. Sachentscheidungsvoraussetzungen

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

1. aufdrängende Sonderzuweisung (-)

2. § 40 Abs. 1 VwGO?

a. ö.-re. Streitigkeit?

aa. modifizierte Subjektstheorie: Berechtigt und verpflichtet die streitentscheidende Norm einseitig einen Träger hoheitlicher Gewalt?

bb. streitentscheidende Norm: § 76 Abs. 1 Satz 2 HBauO

→ Ermächtigung der Bauaufsichtsbehörde

→ ö.-re. Streitigkeit (+)

Fall 15

- b. nicht verfassungsrechtlicher Art (+)
- c. keine abdrängende Sonderzuweisung (+)

II. statthafte Antragsart

- § 88 iVm § 122 VwGO
 - denkbare Antragsarten:
 - § 80 Abs. 5 Satz 1, 1. Alt./2. Alt. VwGO (ggf. iVm § 80a VwGO)
 - § 123 Abs. 1 VwGO
- spezieller: § 80 Abs. 5 VwGO, vgl. § 123 Abs. 5 VwGO

Fall 15

- § 80 Abs. 5 VwGO statthaft, wenn
 - Anfechtungsklage in der Hauptsache statthaft und
 - kein Suspensiveffekt gemäß § 80 Abs. 1 VwGO
- hier:
 - Nutzungsuntersagung = belastender VA
 - Anfechtungsklage in der Hauptsache statthaft
 - zwar keine sofortige Vollziehbarkeit kraft Gesetzes (§ 80 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 1-3a VwGO)
 - aber: Anordnung der sofortigen Vollziehung erklärt, § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO
 - folglich: Suspensiveffekt (-)
- Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1, 2. Alt. VwGO statthaft

Fall 15

III. Antragsbefugnis

- § 42 Abs. 2 VwGO analog
- hier: Möglichkeit der Verletzung der Rechte der Antragstellerin aus Art. 14 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG

IV. Antragsgegner

- § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog → FHH

V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Antragstellerin: §§ 61 Nr. 1, 1. Alt., 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO

FHH: §§ 61 Nr. 1, 2. Alt., 62 Abs. 3 VwGO

VI. zuständiges Gericht

- Gericht der Hauptsache, § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO

Fall 15

VII. RSB

1. Muss der Hauptsacherechtsbehelf spätestens mit dem Antrag eingelegt werden?
 - für Anfechtungsklage: (-), § 80 Abs. 5 Satz 2 VwGO
 - (P) bei Widerspruch:
 - e.A.: (+), Gesetzgeber hat in § 80 Abs. 5 Satz 2 VwGO eine bewusste Regelung geschaffen, in der der Widerspruch keine Erwähnung findet
 - h.M.: (-), es besteht kein Grund, den Widerspruch anders zu behandeln als die Anfechtungsklage; eine Pflicht zur Einlegung des Widerspruches spätestens mit Stellen des Antrages nach § 80 Abs. 5 VwGO liefe auf eine faktische Verkürzung der Rechtsbehelfsfrist hinaus
- kann hier dahinstehen, Widerspruch ist eingelegt

Fall 15

2. Ist der Hauptsacherechtsbehelf offensichtlich unzulässig?
 - wegen überwiegender Deckungsgleichheit der Sachentscheidungsvoraussetzungen des Antrages nach § 80 Abs. 5 VwGO einerseits und des Widerspruches/der Anfechtungsklage andererseits im Wesentlichen nur denkbar bei Verfristung des Widerspruches/der Anfechtungsklage
 - hier laut Sachverhalt: Widerspruch wurde fristgerecht erhoben
 - keine offensichtliche Unzulässigkeit des Hauptsacherechtsbehelfes

Fall 15

3. Muss vor Anrufen des Gerichtes bei der Behörde ein erfolgloser Aussetzungsantrag gestellt worden sein?
 - zu differenzieren:
 - möglich ist ein Aussetzungsantrag an die Behörde nach § 80 Abs. 4 VwGO immer
 - Pflicht ist er gemäß § 80 Abs. 6 Satz 1 VwGO in den Fällen, in denen eine sofortige Vollziehbarkeit nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwGO besteht
 - Ausnahmen:
 - § 80 Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 VwGO: Behörde hat ohne Mitteilung eines hinreichenden Grundes nicht in angemessener Frist über den gestellten Aussetzungsantrag entschieden
 - § 80 Abs. 6 Satz 2 Nr. 2 VwGO: Vollstreckung droht

Fall 15

- Exkurs -

Sonderkonstellation: Anträge nach § 80 Abs. 5 i.V.m. § 80a VwGO

- in den „Dreiecksverhältnissen“ des § 80a VwGO ist § 80 Abs. 5 VwGO aufgrund der Verweisung in § 80a Abs. 3 Satz 2 VwGO anwendbar
- diese erklärt § 80 Abs. 5 bis 8 VwGO für anwendbar, folglich auch § 80 Abs. 6 VwGO
- str.: Stellt die Verweisung eine Rechtsgrundverweisung oder eine Rechtsfolgenverweisung dar?

Fall 15

- h.M.: - Rechtsgrundverweisung
 - Folge: Fälle des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwGO in einer „Dreieckskonstellation“ gibt es nicht, daher kein Aussetzungsantrag nötig
- MM: - Rechtsfolgenverweisung
 - Folge: es bedarf stets eines Aussetzungsantrages, der auch nicht nachgeholt werden kann, ein einmal unzulässig gestellter Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO wäre damit nicht heilbar

Fall 15

- Streit in erster Linie relevant im Baurecht und Immissionsschutzrecht
- dort aber häufig „**Entschärfung**“ durch **§ 80 Abs. 6 Satz 2 Nr. 2 VwGO (analog)**
- Gebrauchmachen von Genehmigung kommt einer Vollstreckung gleich

- Exkurs Ende -

Fall 15

- hier: sofortige Vollziehbarkeit nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO, damit Antrag zwar möglich, aber nicht verpflichtend

→ Sachentscheidungsvoraussetzungen (+)

Fall 15

B. Begründetheit

Obersatz: Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1, 2. Alt VwGO ist begründet, soweit sich die Anordnung der sofortigen Vollziehung als rechtswidrig erweist.

Rechtswidrig ist die Anordnung der sofortigen Vollziehung, wenn sie unter formellen Mängeln leidet oder das Aussetzungsinteresse der Antragstellerin das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung überwiegt.

Ein überwiegendes Aussetzungsinteresse besteht dann, wenn die Klage in der Hauptsache Erfolg hat oder die Klage zwar erfolglos bleibt, gleichwohl aber keine eine sofortige Vollziehung rechtfertigenden Umstände vorliegen.

Fall 15

- I. „RGL“: § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO
- II. formelle Rechtmäßigkeit der AOsofVollz
 1. Zuständigkeit
 - für den jeweiligen Bescheid zuständige Behörde, § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO
 2. Verfahren
 - a. Anhörung gem. § 28 Abs. 1 HmbVwVfG?
 - AOsofVollz ist kein VA, es fehlt eine (eigenständige) Regelungswirkung
 - § 28 Abs. 1 HmbVwVfG findet auch keine analoge Anwendung, weil es jedenfalls an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt: § 80 Abs. 3 VwGO schafft spezielle Verfahrensanforderungen

Fall 15

b. Begründung nach § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO?

- Maßstab strenger als bei § 39 VwVfG: Es reicht nicht irgendeine Begründung, sondern die vorhandene Begründung muss *für den Einzelfall* eine Auseinandersetzung mit der Frage erkennen lassen, warum die Behörde meint, es bedürfe einer Anordnung der sofortigen Vollziehung
- Begründung kann daher zwar (sehr) kurz sein, darf sich aber nicht in bloßen Floskeln erschöpfen

→ wird unterstellt (+)

3. Form: Schriftform, ebenfalls § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO (+)

→ formelle Rechtmäßigkeit (+)

Fall 15

II. materielle Rechtmäßigkeit

(+), wenn die Klage in der Hauptsache keinen Erfolg hat und zusätzlich Umstände vorliegen, die einen sofortigen Vollzug rechtfertigen

1. Erfolgsaussichten der Anfechtungsklage

a. Sachentscheidungsvoraussetzungen (+), lediglich Widerspruchsverfahren müsste noch (erfolglos) beendet und sodann die Klagefrist gewahrt werden

b. Begründetheit

→ Obersatz: § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO

Fall 15

aa. RGL

→ § 76 Abs. 1 Satz 2 HBauO

bb. formelle Rechtmäßigkeit

(1) Zuständigkeit (+)

(2) Verfahren

→ § 28 Abs. 1 HmbVwVfG (+)

(3) Form

→ § 58 Abs. 4 HBauO, Schriftform (+)

→ formelle Rechtmäßigkeit (+)

Fall 15

cc. materielle Rechtmäßigkeit

(1) Anlage

- § 2 Abs. 1 Satz 3 HBauO
 - insbes. bauliche Anlagen iSv § 2 Abs. 1 Satz 1 HBauO
- hier (+)

(2) Widerspruch zu ö.-re. Vorschriften

- ö.-re. Vorschriften iSv § 76 Abs. 1 HBauO: Bauplanungsrecht, Bauordnungsrecht, sonstiges öffentliches Recht
- bei bauaufsichtlichem Einschreiten stets zu klären: reicht formelle Illegalität oder bedarf es auch materieller Illegalität?

Fall 15

- Vergleich § 76 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 HBauO:
- Satz 2 lässt – anders als Satz 1 – ein Vorgehen nicht nur dann zu, „wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können“
- „ultima ratio-Prinzip“ bei der Abrissverfügung: formelle und materielle Illegalität erforderlich
- dagegen bei Nutzungsuntersagung: formelle Illegalität reicht aus

Fall 15

Exkurs: Kann ausnahmsweise (nur) formelle Illegalität für eine Abrissverfügung ausreichen / kann auch bei nur materieller Illegalität ein Abriss verfügt werden?

Fall 15

- Ist die Wohnungsnutzung zu Prostitutionszwecken formell illegal?
- (+), wenn die Nutzung einer Genehmigung bedarf, diese aber nicht vorliegt
- Genehmigungspflicht der Prostitutionsnutzung?
- Genehmigungspflicht nach § 59 Abs. 1 Satz 1 HBauO, wenn nicht Ausnahme
 - nach § 60 HBauO
 - nach § 64 HBauO
 - nach § 66 HBauO
 - wegen Konzentrationswirkung in „übergeordnetem“ Verfahren

Fall 15

- Ausnahme nach § 60 Abs. 2 iVm II Nr. 1 der Anlage 2 zur HBauO, weil lediglich eine Nutzungsänderung vorliegt?
- Genehmigungsfreiheit läge danach dann vor, wenn für die neue Nutzung keine anderen öffentlich-rechtlichen Anforderungen gelten als für die bisherige Nutzung

Fall 15

- hier: Antragstellerin betreibt ein Prostitutionsgewerbe (§ 2 Abs. 3 Nr. 1 ProstSchG)
- Wohnungsprostitution als „Wohnen“ iSv § 4 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO?
 - (-), keine „auf Dauer angelegte Häuslichkeit“; selbst wenn Prostituierte in Wohnung leben, besteht zumindest auch Gewerbecharakter
- Nutzung zu Prostitutionszwecken auch sonst nicht von § 4 Abs. 2 BauNVO („Regelbebauung“) erfasst
 - Ausnahme nach § 60 Abs. 2 iVm II Nr. 1 der Anlage 2 zur HBauO (-)
 - Genehmigungspflicht (+)

Fall 15

- Innehaben der erforderlichen Genehmigung (-)
 - dass das Gebäude zu Wohnzwecken genehmigt ist, ist für die Prostitutionsnutzung unerheblich
- formelle Illegalität (+)
- Widerspruch zum öffentlichen Recht (+)
- (3) Ordnungspflichtigkeit der Antragstellerin
 - §§ 53 f. HBauO (+)

Fall 15

(4) Rechtsfolgende

- Ermessen („kann“)
- denkbar, dass das Einschreiten dann ermessensfehlerhaft wäre, wenn die Nutzungsänderung **offensichtlich genehmigungsfähig** (= materiell legal) ist (**str.**)
- Streit kann dahinstehen, wenn eine Genehmigungsfähigkeit nicht gegeben ist

Fall 15

- Genehmigungsvoraussetzungen: § 72 Abs. 1 HBauO
- dem Vorhaben dürfen keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, die im Genehmigungsverfahren zu prüfen sind
- unabhängig davon, ob Genehmigungsverfahren nach § 61 HBauO oder § 62 HBauO: § 29 ff. BauGB (städtebauliches Planungsrecht) sind zu prüfen

Fall 15

(a) § 29 Abs. 1 BauGB

- bauliche Anlage?
- nicht verwechseln/gleichsetzen mit baulicher Anlage iSv § 2 Abs. 1 HBauO
- (+)

(b) qualifizierter BPlan → § 30 Abs. 1 BauGB

(c) maßgeblich sind damit die Festsetzungen des Bebauungsplans (→ § 1 Abs. 3 Satz 2 BauNVO)

(d) hier: allgemeines Wohngebiet, § 4 BauNVO

(e) Wohnungsprostitution zulässig als Regelbebauung iSv § 4 Abs. 2 BauNVO?

→ (-), s.o.

Fall 15

(f) Ausnahme nach § 31 Abs. 1 BauGB iVm § 4 Abs. 3 BauNVO?

→ § 4 Abs. 3 Nr. 2 BauNVO: „sonstige nicht störende Gewerbebetriebe“?

→ (-), schon aufgrund typisierter Betrachtung stellt sich Wohnungsprostitution als störend dar; auf die Umstände des Einzelfalls kommt es daher nicht an

(g) Befreiung von den Festsetzungen des BPlanes, § 31 Abs. 2 BauGB?

→ (-), Grundzüge der Planung wären berührt, vgl. § 4 Abs. 1 BauNVO

Fall 15

- Nutzungen zu Prostitutionszwecken nicht (offensichtlich) genehmigungsfähig
 - Ermessensfehler (-)
 - Nutzungsuntersagung rechtmäßig (+)
 - Anfechtungsklage hat keine Aussicht auf Erfolg
2. zusätzlich zur Rechtmäßigkeit des VA erforderlich:
besonderes Interesse an der sofortigen Vollziehung
- HmbOVG: Die ungenehmigte Nutzung baulicher Anlagen rechtfertigt aufgrund der damit potenziell einhergehenden Gefahren idR ohne Weiteres die Anordnung der sofortigen Vollziehung
 - m.a.W.: „kann“ = „soll“
 - atypische Umstände hier nicht ersichtlich

Fall 15

- AOsofVollz insgesamt rechtmäßig
- Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zulässig, aber unbegründet

*Exkurs I: Besonderheiten bei (nur) formell rechtswidrig
Anordnung der sofortigen Vollziehung*

Exkurs II: Bebauungsplan

Dr. Manuel Mielke



Fall 16



Fall 16

Begriffe aus dem Beamtenrecht im Zusammenhang mit dem Fall:

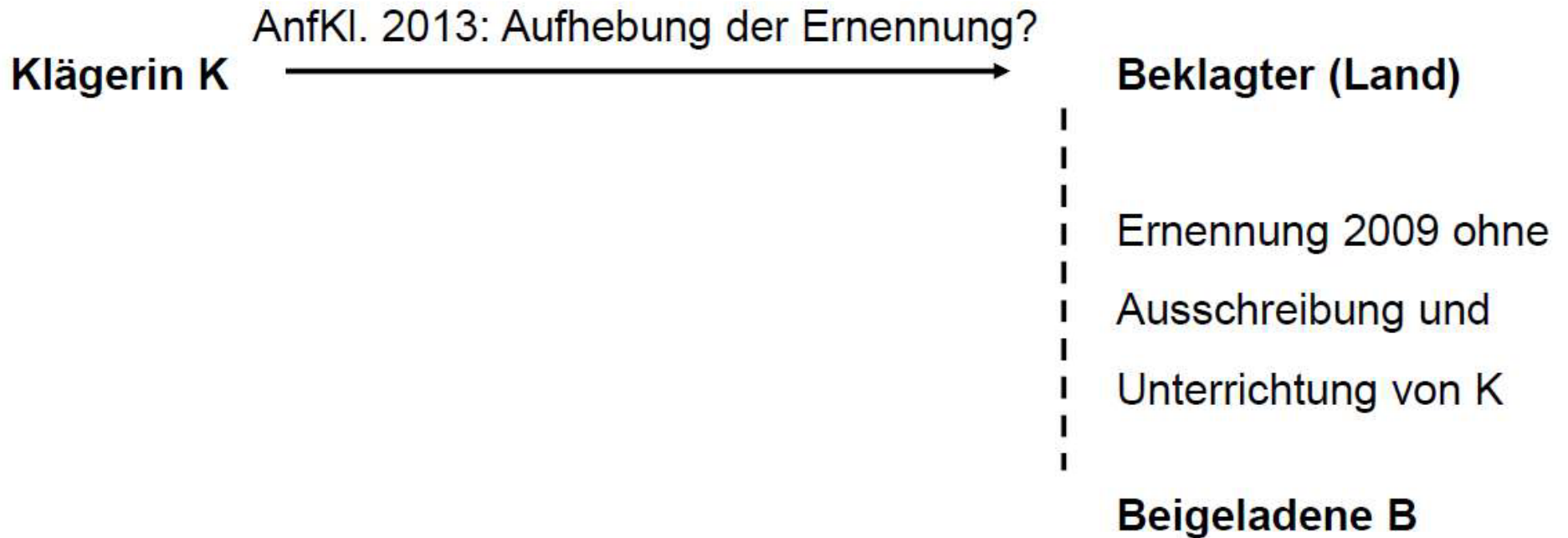
- hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums
- Amt im statusrechtlichen / abstrakt-funktionellen / konkret-funktionellen Sinne
- Anspruch auf gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern
- Bewerbungsverfahrensanspruch
- Grundsatz der Ämterstabilität
- Alimentationsprinzip
- Fürsorgepflicht ./ Treue-/Loyalitätspflicht

Fall 16

Normalfall eines beamtenrechtlichen Auswahlverfahrens

1. Ausschreibung
2. Bewerbungen
3. erforderlichenfalls: Einholung von Beurteilungen der Bewerber
4. interne Auswahl des vorgesehenen Kandidaten
(Eignung/Befähigung/Leistung)
5. schriftliche Mitteilung an jeden einzelnen Bewerber, dass er/sie
(nicht) ernannt werden soll
6. nach Zugang aller Mitteilungen bei den Bewerbern: zweiwöchige
Wartefrist
7. Ernennung des favorisierten Kandidaten durch Aushändigung
der Urkunde (§ 8 II BeamStG)

Fall 16



Fall 16

I. Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspruches der K?

- Herleitung des Anspruches aus Art. 33 Abs. 2 GG, § 9 BeamStG („Eignung, Befähigung, Leistung“)
- fehlende Ausschreibung = Vereitelung einer Bewerbung
- fehlende Mitteilung über beabsichtigte Ernennung: Vereitelung der Rechte aus Art. 19 IV GG
 - Mitteilung muss die wesentlichen Erwägungen der Auswahl wiedergeben
 - durch Wartefrist wird Möglichkeit gegeben, Antrag nach § 123 VwGO zu stellen
 - nach Ernennung des Konkurrenten ist bei ordnungsgemäßigem Ablauf der Bewerbungsverfahrensanspruch erfüllt und eine Anfechtungsklage nicht mehr möglich (Grds. der Ämterstabilität)

Fall 16

(P) Umgang mit einer Verletzung des Bewerbungsverfahrensanspr.

- früher unumstößlich: Der Grundsatz der Ämterstabilität steht einer Rückgängigmachung der Ernennung des Konkurrenten entgegen, wenn nicht die Voraussetzungen einer Rücknahme der Ernennung vorliegen (§ 12 BeamtStG)
- früher: Dienstherr hat ggf. eine zweite Stelle zu schaffen (BVerwG)
- seit BVerwG, 2 C 16/09 (vor allem Rn. 27 ff. sehr anschaulich):
Die Ernennung ist ausnahmsweise mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben, wenn der Bewerbungsverfahrensanspruch verletzt wurde.
 - Durchbrechung des Grundsatzes der Ämterstabilität
 - Rechtsbehelf: Anfechtungsklage

Fall 16

„Pannen“ im Verfahren insbesondere:

- keine Mitteilung an unterlegene Bewerber über beabsichtigte Ernennung
- keine/zu knappe Wartefrist vor Ernennung
- gerichtliches Verbot der Ernennung nach Obsiegen des Mitbewerbers im Eilverfahren wird missachtet
- nach Obsiegen des Dienstherrn im Eilverfahren keine erneute Wartefrist für Rechtsschutz nach § 32 BVerfGG (vgl. in dem Zusammenhang: BVerfG, Kammerbeschl. vom 7.8.2024 - 2 BvR 418/24 -, Präsidentenstelle OVG NRW)

Fall 16

II. Verwirkung der Rechtsposition der K?

- Verfristung des Widerspruches nicht möglich, Frist nach § 70 I VwGO hat nie zu laufen begonnen
 - Verwirkung auch (und gerade) bei fehlendem Fristlauf zu berücksichtigen
 - prozessuale und materiell-rechtliche Wirkung
 - Herleitung aus § 242 BGB analog, Grundsatz von Treu und Glauben
 - Umstandsmoment / Zeitmoment
 - Höchstfrist in aller Regel: 1 Jahr
 - gesetzlicher Anknüpfungspunkt: § 58 II VwGO
 - hier: Abwägung der Positionen von K / Dienstherr / B
- Verwirkung (+)

Fall 16

Beispiel aus der Praxis: BVerwG, Beschluss vom 11. September 2018 – 4 B 34/18 –

1. 4. Juli 2008 – Erteilung der Baugenehmigung
 2. 2. Januar 2009 – Baubeginn
 3. 28. Oktober 2009 – Akteneinsichtsgesuch
 4. 1. November 2010 – Akteneinsicht gewährt
 5. 24. November 2010 – Widerspruch erhoben
- Verwirkung (-)

Fall 16

Zusatzfrage 1

- RBB dann nicht falsch, wenn sie NUR die Angaben aus § 58 I VwGO enthält:
 - **WAS** (Rechtsbehelf)
 - **WOHIN** (Behörde/Gericht, Sitz)
 - **BIS WANN** (Frist)
- insbesondere nicht erforderlich:
 - Beginn der Frist (z.B. „ab Zustellung“ → fehleranfällig, vgl. § 8 VwZG)
 - konkrete Adresse, wenn Sitz aus Bezeichnung der Behörde/des Gerichts deutlich wird („LG Hamburg“)
 - Form des Rechtsbehelfs
- wird mehr als das gebotene Mindestmaß mitgeteilt, muss dies **richtig** und darf **nicht** in einer Weise **irreführend** sein, die geeignet ist, die (fristgerechte) Einlegung des Rechtsbehelfs zu vereiteln

Fall 16

- für Belehrungen zur **Klageerhebung** einhellig: wenn auch über die Form der Klageerhebung belehrt wird, reicht der Hinweis auf „schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle“ (§ 81 VwGO) aus
- BVerwG, Urteil vom 25. Januar 2021 - 9 C 8/19 -
- für Belehrungen zur **Einlegung des Widerspruches** str.:

e.A.: § 70 I VwGO benennt die elektronische Form ausdrücklich neben der Schriftform, diese muss daher ebenfalls in die Belehrung aufgenommen werden (OVG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 15. Juni 2021 – 2 LB 15/19 –)

a.A.: elektronische Form ist lediglich ein Unterfall der Schriftform (OVG Bremen, Urteil vom 17. August 2018 – 1 B 162/18 –, *aber zur Rechtslage vor 1.1.2018*)

Fall 16

Zusatzfrage 2 a)

- „in deutscher Sprache“
 - unproblematisch: § 184 Satz 1 GVG iVm § 55 VwGO
- „abgefasst“
 - (P) könnte eine irreleitende Festlegung (nur) auf Schriftform beinhalten
 - BVerwG, 1 C 6.18: „abfassen“ entfaltet neben „in deutscher Sprache“ kein eigenständiges Gewicht, RBB ok

Fall 16

Zusatzfrage 2 b)

- § 23 VwVfG iVm § 58 I VwGO: RBB hat in deutscher Sprache zu erfolgen
- fehlerhafte/irreführende zusätzliche fremdsprachige RBB macht die allein maßgebliche deutsche RBB nicht unrichtig
- konnte der Adressat die deutsche RBB nicht verstehen und sich zumutbar auch keine Kenntnis ihres Inhalts verschaffen → § 60 VwGO

Fall 16

Exkurs: Fristen und Berechnung

1. Dauer

- grds. Widerspruchsfrist (§ 70 VwGO), Klagefrist (§ 74 VwGO): 1 Monat ab Bekanntgabe
- nicht: 4 Wochen (!)
- § 58 II VwGO (iVm § 70 II VwGO): 1 Jahr

2. Berechnung

- Klage: § 57 II VwGO i.V.m. § 222 I ZPO i.V.m. §§ 187 I, 188 II BGB
- Widerspruch: str., ob wie bei Klage oder § 31 VwVfG i.V.m. §§ 187 I, 188 II BGB (im Ergebnis egal)
- nicht § 193 BGB, sondern § 222 II ZPO
- ggf. § 188 III BGB

Fall 16

3. (P) Fristbeginn

- im Verwaltungsrecht bei Rechtsbehelfen immer § 187 **Abs. 1** BGB
- Ereignis = Bekanntgabe des VA
 - Fristlauf mit Beginn des auf die Bekanntgabe folgenden Tages
 - vollkommen gleichgültig für Berechnung, auf welchen Tag Bekanntgabe/Folgetag fällt
- Viertagesfiktion (seit 1.1.2025)
 - § 41 II VwVfG
 - *nicht* bei Zustellung nach VwZG
 - sog. „ab“-Vermerk in Verwaltungsakten

Fall 16

Exkurs: Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

→ § 60 VwGO (iVm § 70 II VwGO)

1. Versäumen einer *gesetzlichen* Frist
2. Säumnis nicht verschuldet
3. Wiedereinsetzungsantrag binnen zwei Wochen (uU 1 Monat) nach Wegfall des Hindernisses
4. Nachholung der versäumten Rechtshandlung in o.g. Frist (Wiedereinsetzung dann auch von Amts wegen möglich)
5. Glaubhaftmachung (§ 294 ZPO iVm § 173 VwGO)
6. nicht mehr als ein Jahr seit Verstreichen der versäumten Frist vergangen

Zusatzfall: Jagdhütte

A. Zulässigkeit Widerspruch

I. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I VwGO analog (+)

II. Statthaftigkeit des WS

→ § 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO

→ (+)

III. Widerspruchsbefugnis

→ § 42 II VwGO analog

→ Art. 2 I GG, Art. 14 Abs. 1 GG

→ (+)

IV. Form, Frist

→ Form OK

→ (P) Frist

- § 70 I VwGO

- Fristbeginn: (P) Wann Zustellung?

 - § 1 HmbVwZG iVm § 3 II VwZG iVm § 178 I
1 Nr. 1 ZPO

 - Nichtantreffen des Adressaten

 - (+)

 - in der Familie beschäftigte Person

 - Anstellungsverhältnis zum Adressaten
selbst nicht zwingend

 - (+)

- in der Wohnung
 - maßgeblich ist die Möglichkeit der zweifelsfreien räumlichen Zuordnung
 - nicht entscheidend ist, dass die beschäftigte Person „hinter der Wohnungstür“ angetroffen wird
 - (+) [a.A. vertretbar]
- wirksame Zustellung gem. § 1 HmbVwZG iVm § 3 II VwZG iVm § 178 I 1 Nr. 1 ZPO (+)

- Zustellung am 16.4.
- bei Annahme einer fehlerhaften Zustellung:
gleiches Ergebnis über § 8 VwZG, da
Bescheid von der Haushälterin am gleichen
Tag ein A weitergereicht wurde
- Fristbeginn gem. § 57 II VwGO iVm § 222 I
ZPO iVm § 187 I BGB: 17.4.
- Fristende gem. § 57 II VwGO iVm § 222 I ZPO
iVm § 188 II BGB: 16.5.
- Eingang des Widerspruchs bei Behörde: 18.5.
- Widerspruch ist verfristet

- aber: Wiedereinsetzung gem. § 60 VwGO iVm § 70 II VwGO möglich?
 - gesetzliche Frist versäumt (+)
 - (P) ohne Verschulden?
 - eigenes Verschulden des A?
→ (-)
 - Organisationsverschulden durch Beauftragung des Schwagers?
→ (-), Schwager war sonst zuverlässig (vgl. § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB)

- zurechenbares Verschulden des Schwagers?
 - denkbare Zurechnung über § 85 Abs. 2 ZPO
 - aber: Schwager ist nur mit der Suche eines Bevollmächtigten beauftragt, er ist nicht selbst Bevollmächtigter
 - § 85 Abs. 2 ZPO (-)
 - zurechenbares Verschulden des beauftragten Rechtsanwaltes?
 - (-), nicht ersichtlich
- „ohne Verschulden“ (+)

- 2-Wochen-Frist für Wiedereinsetzungsantrag, § 60 Abs. 2 Satz 1 VwGO (+)
- innerhalb der Frist: Nachholung der versäumten Rechtshandlung, § 60 Abs. 2 Satz 3 VwGO?
 - (+), Widerspruch wurde gleichzeitig mit dem Antrag eingelegt
- Glaubhaftmachung der anspruchsbegründenden Tatsachen, § 60 Abs. 2 Satz 2 VwGO?
 - (+) zu unterstellen

- Jahres-Ausschlussfrist nach § 60 Abs. 3 VwGO nicht verstrichen?

→ (+)

→ Wiedereinsetzung in die Widerspruchsfrist gemäß § 70 Abs. 2 i.V.m. § 60 VwGO (+)

V. Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde: § 73 Abs. 1 VwGO

VI. RSB

→ Zulässigkeit des Widerspruches (+)

B. Begründetheit

- Obersatz: Der Widerspruch ist begründet, soweit der Ausgangsbescheid rechtswidrig oder unzweckmäßig ist und den Widerspruchsführer seinen Rechten verletzt.
- differenzieren zwischen Beseitigungsverfügung und Vollstreckungsandrohung

Beseitigungsvfg.

I. RGL: § 76 I 1 HBauO

II. formelle Rm.

1. Zuständigkeit (+)
2. Verfahren: § 28 I HmbVwVfG (+)
3. Form: § 58 IV HBauO

III. materielle Rm.

1. bauliche Anlage
 - § 2 I 1 HBauO
 - (+)

2. Widerspruch zu öffentlichem Baurecht?

- grds. formelle + materielle Illegalität erforderlich
- Ausnahme hier (-)

a) formelle Illegalität

→ Genehmigungspflicht nach § 59 Abs. 1 HBauO
(+)

→ auch aus § 60 Abs. 2 HBauO iVm Anlage 2
nichts Abweichendes, da II Nr. 2 der Anlage 2
(„für die neue Nutzung keine anderen
öffentlich-rechtlichen Anforderungen als für die
bisherige gelten“) nicht greift

b) materielle Illegalität

aa) Bauordnungsrecht

→ keine Probleme sichtbar

bb) Bauplanungsrecht

(1) § 29 I BauGB

→ bauliche Anlage?

→ Beachte: nicht mit § 2 I HBauO
verwechseln

→ (+)

(2) § 35 BauGB

(a) § 35 I Nr. 4, 3. Alt. BauGB?

→ Vorhaben wäre danach privilegiert, wenn es „wegen seiner besonderen Zweckbestimmung nur im Außenbereich ausgeführt werden soll“

→ Vogelfutter könnte ohne Probleme aber auch anderswo – im Innenbereich – gelagert werden

→ § 35 I Nr. 4, 3. Alt. BauGB (-)

(b) ansonsten kein Privilegierungstatbestand naheliegend

(b) § 35 II BauGB

(aa) „können“ idR = „müssen“

(bb) Beeinträchtigung öffentlicher
Belange?

→ Beeinträchtigungen des
Landschaftsbildes, § 35 III Nr. 5
BauGB?

→ Vergleichsmaßstab ist die
Landschaft nicht nur ohne
Vogelfutterlagerung, sondern
ohne Hütte

→ keine „Vorschädigung“ der
Landschaft erwähnt

→ Beeinträchtigung des
Landschaftsbildes (+)

→ anderes Ergebnis wg. § 35 IV
BauGB?

→ (-)

→ Beeinträchtigung eines
öffentlichen Belanges (+)

→ Widerspruch gegen öff. Baurecht (+)

3. Adressat der Beseitigungsvfg.

→ § 54 I HBauO

→ anderes Ergebnis wegen Schenkung?

→ (-), Eintragung des e.V. im GB bisher (-)

4. Rechtsfolge: Ermessen

a. „ausdrückliche Versicherung“ im Jahr 1998

→ Zusicherung iSv § 38 VwVfG iVm § 1 HmbVwVfG?

→ Folge wäre: Behörde wäre in ihrem Ermessen dahingehend reduziert, keine Abrissverfügung zu erlassen

→ aber: Schriftform erforderlich

→ Zusicherung (-)

b. jahrelange Duldung des bekannten rw. Zustandes

→ Verwirkung der Eingriffsbefugnis?

→ h.M.: Verwirkung polizeirechtlicher Eingriffsbefugnisse ist nicht möglich

c. sonstige Ermessenfehler nicht erkennbar

→ Abrissverfügung ist rechtmäßig

Zwangsgeldandrohung

I. RGL: §§ 8, 14 HmbVwVG

II. formelle Rm. (+)

III. materielle Rm.

- (P) - Pächter hat tatsächliche Sachherrschaft inne
 - A kann nicht abreißen, ohne seine vertraglichen Pflichten gegenüber dem Verein zu verletzen
 - damit ist der Abriss dem A gegenwärtig rechtlich unmöglich
 - dieses Vollstreckungshindernis müsste durch die Behörde durch eine Duldungsanordnung gegenüber dem Verein ausgeräumt werden

→ Zwangsgeldandrohung (derzeit) rw.

→ Ergebnis: Klage zulässig, hinsichtlich der Vollstreckungsandrohung begründet, im Übrigen unbegründet